

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- julio - diciembre de 2015
Volumen LXXII, N°. 160

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 | Luis Bernardo Ruiz Jaramillo |
| Guillermo Lariguett | Hernán Darío Vergara Mesa |
| Gabriele Vestri | Luisa Fernanda Cano Blandón |
| María Elisa Camacho López | Jorge Eduardo Vásquez Santamaría |
| Andrés Botero Bernal | Andrea Alarcón Peña |
| Luis Felipe Vivares Porras | Max Yuri Gil Ramírez |
| Jhon Fernando Restrepo Tamayo | Diana Patricia Arias Holguín |
| William Fredy Pérez Toro | Jaime Gañán Echavarría |
| Ana Victoria Vásquez Cárdenas | Patricia González Sánchez |
| Diana María Restrepo Rodríguez | Juliana Pérez Restrepo |
| Hernán Alberto Villa Orrego | Alix Bibiana Gómez Vargas |
| Paola Carrillo Gamboa | Ana María Londoño Agudelo |
| Miguel Ángel Montoya Sánchez | Dúber Armando Celis Vela |

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

Autor obras separatas

Juan Carlos Gil Acevedo. Comunicador Audiovisual, egresado del Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid, con estudios de Licenciatura en Educación: Artes Plásticas y candidato a Magister de la Maestría en Lingüística en la Universidad de Antioquia. Se ha desempeñado en el ámbito cultural como comunicador en los programas Empresas Culturales y Creativas y la Red de Danza Ciudad de Medellín de la Facultad de Artes. Actualmente se desempeña como docente de Lectoescritura de las Facultades de Ingeniería y Comunicaciones de la misma universidad.

Estudios de Derecho se encuentra en los siguientes índices y bases bibliográficas: Categoría B Publindex, Colciencias, Colombia; Lexbase, Colombia; Sociological Abstracts (Soc-Abs), Estados Unidos; GALE-CENGAGE Learning, Estados Unidos; International Bibliography of the Social Sciences (IBSS), Inglaterra; Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (CLASE), México; Latindex, México; EBSCO Publishing, Estados Unidos; ProQuest Estados Unidos; SCIELO.

Tarifa postal reducida.

Se permite la reproducción de cualquier artículo de la revista *Estudios de Derecho*, siempre y cuando se cite la fuente y 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://aprendeenlinea.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)

Editorial policy

Estudios de Derecho is a biannual journal from the School of Law and Political Sciences of the University of Antioquia. It contributes to the debate of ideas on law and politics, and encourages dialog with other disciplines. The Journal prioritizes the publishing of papers resulting from research projects written by national or international authors. Its target audience includes political scientists, lawyers and, in general, any professionals interested in the social areas of knowledge. The journal's ISSN is 0120-1867. Estudios de Derecho appears in several bibliographical indexes and databases.

Manuscripts must be original and have not been submitted to another journal simultaneously. reviewers are assigned once the manuscripts have been received and the formal steps have been taken by the journal's director and editorial board. Reviewers review the text while following the principle of anonymity for both the author and the reviewer. After analyzing the reviewers' feedback, the Journal decides whether the manuscript is suitable for publication, not suitable for publication, or suitable for publication after modification. Then, authors are notified of the journal's decisions. Once the paper has been approved for publication, the author shall notify the Journal of the transfer of rights. In this document, the author authorizes the Journal to reproduce, distribute, market and disseminate the manuscript by any means, printed or electronic, including as an on-line resource. The views expressed here are those of the authors and do not necessarily reflect the positions of the School of Law and Political Sciences of the University of Antioquia.

The journal Estudios de Derecho authorizes the total or partial reproduction of papers published in it as long as the source is acknowledged and the reproduction is for academic purposes. Likewise, it allows open access to its content as it endorses better dissemination of knowledge. The Journal can be accessed from: <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)

Política editorial

Estudios de Derecho é uma publicação semestral da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade de Antioquia. Contribui com o debate das ideias em torno do direito e da política e fomenta um diálogo com outras disciplinas. Prioriza a publicação de artigos decorrentes de pesquisas, escritos por autores nacionais e estrangeiros. Está voltada para cientistas políticos, advogados e, em geral, para profissionais interessados nas áreas sociais do conhecimento. A revista está numerada sob o ISSN 0120-1867 e é possível encontrá-la em diversos índices e bases bibliográficas.

Os artigos devem ser originais e não ter sido submetidos a outra revista simultaneamente; depois de recebidos e revisados os aspectos formais pela diretoria da revista e o Comitê editorial, são nomeados os árbitros que avaliam o texto seguindo o princípio de anonimato tanto para o autor quanto para o avaliador; após analisados os conceitos dos pares decide-se sobre a publicação, publicação sujeita a modificações ou não publicação do artigo. A diretoria da revista comunica a decisão aos autores. Após aprovação do artigo, o autor envia à diretoria da revista, a cessão dos direitos patrimoniais onde autoriza a reprodução do artigo, a sua distribuição, comercialização e divulgação por qualquer meio, impresso ou eletrônico, incluída a internet. As propostas apresentadas pelos autores não envolvem a Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade de Antioquia.

A revista Estudios de Derecho autoriza a reprodução total ou parcial dos artigos publicados nela, desde que seja citada a fonte e seja para fins acadêmicos. Igualmente, permite o acesso aberto ao seu conteúdo visando uma maior circulação do conhecimento e pode ser consultada em <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

- Editorial** 15-17
Nora Alba Cossio Acevedo
- Análisis de los medios de prueba testimonial y pericial en el Código General del Proceso: un estudio desde la experiencia procesal penal** 19-50
Analysis of the witness and expert evidence procedures involved in the General Process Code: A study from the criminal litigation experience
Ronald Jesús Sanabria Villamizar
- La prueba pericial en el proceso penal colombiano desde la dimensión social de la epistemología** 51-76
The expert evidence in the Colombian criminal proceeding from the social dimension of epistemology
Yeison Manco López
Luis Bernardo Ruiz Jaramillo
- El precedente judicial y el acceso a la ayuda humanitaria por parte de la población víctima del desplazamiento forzado: un análisis de los fallos de tutela proferidos por los Jueces del Circuito de Medellín en los años 2012 y 2013** 77-104
Judicial precedent and access to humanitarian aid by victims of forced displacement: An analysis of lawsuits for the protection of fundamental rights in sentences delivered by circuit judged in Medellin between 2012 and 2013
Jorge Luis Montoya Villegas
- El Acuerdo Gobierno – FARC sobre búsqueda, identificación y entrega digna de restos de personas desaparecidas. Análisis político y jurídico** 105-141
Colombia's Government-FARC Agreement on search, identification and dignified return of the missing persons' remains. Political and legal analysis
Gloria María Gallego García

Prácticas discursivas y justiciabilidad de los derechos sociales. Usos discursivos de los derechos sociales en la justicia constitucional colombiana **143-166**

Discursive practices and social rights justiciability. Discursive uses of social rights in the Colombian constitutional justice

Dúber Armando Celis Vela

Ruta hacia la dignificación laboral de las madres comunitarias y sustitutas en Villavicencio, Colombia **167-187**

A road towards community and surrogate mothers' job dignity in Villavicencio, Colombia

Fabián Hernando Ortégón Melo

María Catalina Ramos Valencia

La accesibilidad de las personas con discapacidad física en Colombia: una problemática que va más allá de la simple consagración normativa **189-216**

Access for physically disabled people in Colombia: A problem that transcends simple legal parameters

Laura Juliana Espitia Patiño

Andrea Padilla Muñoz

Coexistencia y uso estratégico de los modelos de participación política en los procesos de transformación urbana en Colombia. El caso de Medellín **217-242**

Coexistence and strategic use of political participation models as part of urban transformation processes in Colombia. The case of Medellín

Mario Montoya Brand

Ana Victoria Vásquez Cárdenas

Nataly Montoya Restrepo

El paisaje como determinante de superior jerarquía para los planes de ordenamiento territorial **243-272**

The natural landscape as a determinant and dominant factor in the establishment of land development plans

Jorge Eduardo Vásquez Santamaría

El gobierno corporativo en las sociedades no cotizadas. Algunos apuntes para el caso colombiano **273-293**

Corporate government in non-listed companies. Some notes for the Colombian case

Wilson Iván Morgestein Sánchez

De Dworkin y de sus críticos **295-308**

On Dworkin and his critics

María Lourdes Santos Pérez

Aproximación al derecho penal ambiental: ideas para su abolición **309-329**

Approximation to environmental criminal law: Ideas for its abolition

Martha Isabel Gómez Vélez

Derechos de emisión y fiscalidad en el derecho español **331-349**

Emission rights and taxation in the Spanish law

Marta Irene Arrieta Martínez

Reseña

Divorcio en Buda: luces y sombras de la justicia y de quien imparte justicia **351-356**

Divorce in Buda: lights and shadows of justice and who dispenses justice

Miguel Ángel Montoya Sánchez

Editorial

Sin duda alguna el conocimiento es un bien que posee un valor estratégico, al potenciar competencias en los individuos y propiciar aprendizajes sociales en comunidades e instituciones de naturaleza pública o privada; y para cualquier país, constituye un componente esencial para el desarrollo sostenible y sustentable.

En el artículo 15 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, “se reconoce el derecho de toda persona a participar en la vida cultural; gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; y beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”. En este mismo pacto, se consagra el compromiso de cada estado de respetar la libertad para la investigación científica y para la actividad creadora y de realizar las acciones necesarias para conservar, desarrollar y difundir la ciencia y la cultura. En este mismo sentido el artículo 19 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, consagró que “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin considerar fronteras, ya sea oralmente o por escrito en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Actualmente, en el ámbito universitario se vienen promoviendo varias estrategias de generación y gestión del conocimiento: las formas de aprendizaje autónomo, el agenciamiento de los saberes prácticos y los provenientes de culturas no académicas, procesos de innovación y apropiación social, y la valoración del conocimiento tradicional. Con igual propósito se ha pronunciado la UNESCO (2005), organización que tiene como premisa central que el conocimiento se comparte entre creadores y usuarios, y se comunica porque debe aportar al desarrollo y progreso humano, “ya que éste es un bien público que ha de estar a disposición de todos”, en la medida en que debe contribuir a la resolución de los desequilibrios existentes entre las distintas culturas, y debe basarse en el aprovechamiento compartido de los saberes que cada sociedad ha construido.

Podríamos entonces decir, que los principios que orientan la divulgación del conocimiento son: la participación en el conocimiento; la producción de conocimiento con contenido socialmente útil; los aprendizajes que mejoren la vida; la difusión

y acceso abierto y gratuito en la red; la interacción con los distintos públicos; y la conformación de comunidades de aprendizaje. Ahora bien, la divulgación del conocimiento es una acción social porque debe dirigirse a todo tipo de públicos, y en esa medida cumple una función pedagógica, formativa y de inclusión social. Diferentes términos aluden a la divulgación del conocimiento: difusión, circulación, apropiación social, popularización, alfabetización científica; se trata de posibilitar la democratización del conocimiento, no obstante la denominación y las finalidades que le otorguemos, lo que se pretende con este tipo de procesos es aportar a la construcción de otras comprensiones e interpretaciones de los problemas sociales y de los avances científico-tecnológicos.

En la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información (Ginebra 2003, Túnez 2005), el conocimiento fue declarado como bien público, lo que significa que toda persona tiene el derecho de acceder al conocimiento y a traducirlo de acuerdo a su contexto.

En concreto, se divulga para motivar el conocimiento en temas coyunturales; para modificar ideas estereotipadas sobre los procesos de investigación; también para estimular otras formas de comprensión de hechos, instituciones, discursos, o fenómenos con una visión más holística; para propiciar la popularización o apropiación de la ciencia en la medida que se difunden conocimientos básicos y avanzados que expliciten de una mejor manera los adelantos científicos, también para generar aprendizajes -que incorporados a las prácticas cotidianas- mejoren la calidad de vida.

La divulgación del conocimiento ha tenido muchos cambios, debido a los avances tecnológicos, sin embargo, seguimos privilegiando en el contexto académico el artículo de revista, el libro, y otras formas orales como las conferencias, los foros, los debates, y la que se difunde en la sociedad-red a través de facebook, twitter, chats, etc.

La divulgación del conocimiento es una responsabilidad estatal, en Colombia con la Ley 29 de 1990, por la cual se dictaron algunas disposiciones para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico, en su artículo 10 consagró el compromiso del Gobierno de asignar espacios permanentes en los medios de comunicación de masas de propiedad del Estado para la divulgación científica y tecnológica; posteriormente con la Ley 1286 se conformó el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, y dentro de sus funciones (numeral 3, art. 35) están aprobar las políticas, estrategias, planes de mediano y largo plazo y desarrollar, por intermedio de su secretaría técnica y administrativa, las estrategias permanentes de consolidación de las comunidades científicas, información científica y tecnológica,

comunicación y difusión, planeación y prospectiva, regionalización, estímulo a los investigadores y apoyo al desarrollo institucional.

Pese a que no se duda de que el conocimiento debe comunicarse, nuestra realidad nos muestra que estamos ante dos modelos, un primer modelo que impulsa la función social del conocimiento, que emplea estrategias como el *open access*, *open course ware*, las bases de datos, las bibliotecas digitales, los libros electrónicos, los repositorios abiertos, los portales y bases bibliográficos, los índices bibliográficos de citas, los resúmenes, y los blogs, que facilitan que la información y la comunicación se desplacen a una mayor velocidad y de manera gratuita. El otro modelo es el que representa la economía del conocimiento, que impulsa los niveles de competitividad exigidos a nivel mundial y que nos ingresa en los procesos y plataformas de medición de la producción.

En este último modelo el conocimiento está ligado al orden económico; en este esquema el círculo de usuarios son las instituciones de educación superior con más recursos económicos; es así como la función social del conocimiento se reduce, y se crea un escenario de competitividad y de desigualdad en el acceso a la información y en su circulación, porque la publicación se difunde con un costo en bases de datos bibliográficas con cálculos del factor de impacto como son la *International Scientific Indexing- ISI Indexing- y Scopus*, en el caso de Colombia, debe buscar posicionarse en los indicadores internacionales de producción científica del *SCImago Journal & Country Rank*. Por tanto, la promoción de los productos de apropiación social del conocimiento y de formación del recurso humano, ya adquieren un valor figurado frente a la participación en estos altos estándares que propone la métrica de las publicaciones científicas, propias de la *cienciometría*.

Nora Alba Cossio Acevedo¹

¹ Abogada, profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: nora.cossio@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: Cossio Acevedo, N. A. (2015). Editorial. *Estudios de Derecho*. 72(160), 15-17. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a01



Autor: Juan Carlos Gil Acevedo
Título: Horror vacui
Técnica: fotografía digital
Dimensiones: variables
Año: 2015

Análisis de los medios de prueba testimonial y pericial en el Código General del Proceso: un estudio desde la experiencia procesal penal

DOI: [10.17533/udea.esde.v72n160a02](https://doi.org/10.17533/udea.esde.v72n160a02)

* Artículo de reflexión, producto de la investigación “Efectividad de la implementación de la oralidad en el proceso civil”, terminada en el mes de marzo del año 2015, desarrollada por los grupos de investigación de Derecho Procesal (GIDPRO) de la Universidad Libre, seccional Cúcuta, liderado por el profesor Carlos Alberto Colmenares Uribe y el de la Universidad Simón Bolívar, liderado por el profesor Rodolfo Pérez Vásquez.

Fecha de recepción: 29 de julio de 2015

Fecha de aprobación: 19 de agosto de 2015

Análisis de los medios de prueba testimonial y pericial en el Código General del Proceso: un estudio desde la experiencia procesal penal

Ronald Jesús Sanabria Villamizar¹

Resumen

Conocer cuál es el basamento teórico e ideológico de una reforma legal es una tarea que el jurista nunca debe olvidar; ello es lo que pretende el presente trabajo: analizar la reforma introducida por la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso –CGP–, a los medios de prueba testimonial y pericial, no solo desde el plano legal-práctico, sino sobre todo, auscultando las razones y sus consecuencias en el plano de la dogmática procesal en general y, en particular, en la dogmática del derecho probatorio. La extrapolación de figuras jurídicas de otras latitudes ajenas a la tradición normativa de una localidad determinada, sin un juicio crítico que sirva para evaluar la conveniencia de su adopción y sobre todo su coherencia con el sistema normativo y político, es uno de los errores más frecuentes cometidos por el legislador colombiano.

Si bien la creación del proyecto del CGP, así como su discusión y posterior promulgación en el Congreso de la República, se debe a uno de los fenómenos de gestación legislativa más democráticos de la historia jurídico colombiana, lo cierto es que no escapa a la regla general señalada en el párrafo anterior, así lo demuestra: la adopción de métodos para la práctica de la prueba como el interrogatorio cruzado, especialmente la facultad de contrainterrogatorio a testigos y peritos; la adopción tácita de garantías como la confrontación de la prueba; el ejercicio de la impugnación de credibilidad y el perito de parte, por señalar solo algunos de los fenómenos que en este trabajo se analizan.

Palabras clave: oralidad, contrainterrogatorio, preguntas sugestivas, impugnación de credibilidad, testigo, perito.

Analysis of the practice withoral trend media testimonial evidence in the General Code Process: a study from criminal litigation experience

Abstract

Being knowledgeable about the theoretical and ideological foundations of any legal reform is a task that a jurist should never forget. With this purpose in mind, this paper examines Act 1564 of 2012, or General Process Code—CGP and the different reforms introduced to the witness and expert evidence procedures, not just from the legal and practical perspective, but, most importantly, in terms of the procedural dogmatic in general, as well as the probative law in particular.

Extrapolation of legal concepts from other latitudes, far from the local normative tradition, with no critical judgment of the potential benefits of these adoptions, as well as their coherence with the existent political and legal systems, can be described as one of the most frequent mistakes made by the Colombian Legislator. In this sense, while the initial proposal of the CGP, as well as its subsequent discussion and final enactment in Congress illustrate one of the most democratic legislative processes in the Colombian legal history, these legislative processes do not escape to the general pattern illustrated above. From this angle, this paper examines, among other issues, the adoption of methods of taking evidence, including cross-interrogation, especially the right to cross-examine witnesses and experts; the tacit adoption of guarantees such as the confrontation of evidence; and the credibility challenge and the Party Expert.

Keywords: orality, cross-examination, leading questions, impeachment of credibility, witness, expert.

1 Docente Investigador de la Universidad Libre, seccional Cúcuta. Candidato a magíster en derecho penal de la Universidad Libre, seccional Bogotá, Colombia. Candidato a magíster en derecho procesal constitucional de la Universidad Nacional Lomas de Zamora de Buenos Aires, Argentina. Abogado de la Universidad Libre, seccional Cúcuta. Integrante del grupo de investigación de Derecho Procesal (GIDPRO) de la Universidad Libre, seccional Cúcuta. Correo electrónico: ronald.sanabria@unilibrecucuta.edu.co

Análisis de los medios de prueba testimonial y pericial en el Código General del Proceso: un estudio desde la experiencia procesal penal

Introducción

La relación entre oralidad y proceso judicial, que se ha venido gestando en las últimas décadas en el ordenamiento jurídico colombiano, ha llegado a su máxima expresión con la promulgación del Código General del Proceso –CGP– (Ley 1564 de 2012).

Esta nueva realidad jurídica es un reto para la justicia colombiana; exige para su correcto desarrollo cambios normativos, los cuales se han realizado con apoyo de organizaciones no gubernamentales como el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, padre del Código, y principalmente, cambios de orden cultural en la sociedad, en especial en la comunidad judicial, de la cual dependerá en últimas el éxito o el fracaso de las nuevas disposiciones legales.

En la medida en que en la experiencia reside un remedio para blindar el presente y el futuro de los errores del pasado, y que esta se construye por medio de una crítica rigurosa, este texto pretende analizar la oralidad en materia penal en los últimos 10 años, haciendo especial énfasis en la influencia de la relación entre oralidad y prueba en los medios de prueba testimonial y pericial.

1. Nociones generales sobre la Ley 906 de 2004

La Ley 906 de 2004 nació como reacción a los problemas de la época, como una suerte de esperanza para curar las enfermedades que aquejaban a la justicia penal: ineficiencia, impunidad, falta de capacidad para luchar contra la gran criminalidad e insuficientes garantías procesales que aseguraran el idóneo ejercicio dentro del proceso penal de derechos fundamentales. Su nacimiento también se debió a la necesidad de adoptar los lineamientos establecidos por la legislación internacional sobre derechos humanos.

Sobre esta legislación se dijo inicialmente que adoptaba un sistema acusatorio, luego se morigeró esta posición sosteniendo que tan solo se adoptó un sistema

con tendencia o de corte acusatorio, para luego afirmar que en realidad la Ley 906 de 2004 adoptó un sistema oral y por audiencia, con algunas similitudes con el *sistem adversary* estadounidense, en todo caso con particularidades disímiles como la existencia del Ministerio Público como interviniente especial, los derechos de naturaleza procesal de las víctimas, el ejercicio reglado de la acción penal, etc.

Sin desconocer el debate existente en la comunidad académica sobre los contenidos, alcances y límites de los sistemas de enjuiciamiento criminal (acusatorio, inquisitivo y mixto), que como bien lo explican, entre otros, Illuminati (2014) y Armenta Deu (2014; 2003), en la “actualidad la distinción entre sistema acusatorio e inquisitivo ha perdido sentido, al punto que en ocasiones se le considera como una cuestión de simple interés histórico” (Illuminati, 2014, p. 107), no cabe duda que Colombia mediante la modificación constitucional adoptada por el acto legislativo número 3 del año 2002 y la promulgación de la Ley 906 de 2004 adoptó el llamado principio acusatorio.

El principio acusatorio no es sinónimo de sistema acusatorio, pero sí uno de sus componentes esenciales. Según este principio, en el proceso penal debe existir una separación irrestricta entre los funcionarios encargados de investigar los comportamientos delictivos y presentar acusación contra sus probables responsables ante los funcionarios encargados de juzgar la responsabilidad de quienes son sometidos a un proceso penal, de tal suerte que estos últimos funjan como controladores del poder punitivo del Estado, velando así por la protección de los derechos fundamentales de los procesados y tomando la decisión final acerca de su responsabilidad penal; además, este principio también comporta la máxima *nemo iudex sine actore* (sin acusación de parte no puede celebrarse el proceso penal).

En el mundo occidental, este principio es considerado como un derecho humano², de ahí la tendencia de los países occidentales a adoptarlo; en el caso particular de Colombia, además de ser también un derecho humano por la teoría de integración normativa de la legislación internacional (bloque de constitucionalidad), este principio ha sido elevado a rango constitucional en los artículos 250 y 251 de la Constitución Política de Colombia, siendo considerado hoy como una garantía procesal de orden fundamental.

2 Entre otros: Declaración Universal de los Derechos Humanos, arts. 20 y 11; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9 numeral 3 y 4 y art. 14; Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptados por el 7° Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente; Directrices sobre la Función de los Fiscales, aprobado por el 8° Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en donde se dispuso “10. El cargo de fiscal estará estrictamente separado de las funciones judiciales” y Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8 numeral 1.

En ese orden de ideas, lo que Colombia hizo al promulgar la Ley 906 de 2004 fue acoplar su sistema de enjuiciamiento criminal a las exigencias internacionales relativas a derechos humanos, y no emular sistemas penales de otras latitudes, como erradamente sostienen algunos.

Por otra parte, vale destacar que el Código de Procedimiento Penal –CPP- actual no se ha salvado de la euforia coyuntural legislativa: ha sufrido 14 reformas³, es decir, un promedio de 1,4 al año, y se tramitan en la actualidad en el Congreso nuevas modificaciones⁴.

2. Oralidad en la Ley 906 de 2004

La oralidad en materia procesal penal figura, según expresamente lo reglamenta el Código, como un principio rector y una garantía procesal⁵, lo que conlleva una prevalencia sobre las demás disposiciones normativas de diferente rango que contempla el Código⁶.

La posición adoptada por el legislador sobre la naturaleza de la oralidad es contraria a la posición mayoritaria asumida por la doctrina especializada moderna.

- 3 Las reformas son: i) 937/04, otorgó competencia para decretar la extinción de la sanción por prescripción; ii) 985/05, reformó temas referidos a la competencia para conocer sobre casos relacionados con la trata de personas; iii) 1121/06, eliminó beneficios para delitos relacionados con terrorismo; iv) 1098/06, suprimió beneficios para ciertos delitos cuando la víctima es un niño o adolescente; v) 1142/07, amplió el uso de la detención preventiva, la práctica de capturas y medidas de aseguramiento, la competencia de los jueces y algunas etapas procesales; vi) 1153/07, reguló el tratamiento de las pequeñas causas por un procedimiento simplificado, pero fue declarada inexecutable por la Sentencia C-879 del 2008 de la Corte Constitucional; vii) 1257/08, adicionó derechos para las mujeres víctimas; viii) 1273/09, confirió competencia para conocer procesos por delitos que atenten contra la información y los datos; ix) 1312/09, modificó la aplicación al principio de oportunidad para articular la Ley de Justicia y Paz (L. 975/05); x) 1395/10, con la adopción de medidas de descongestión, modificó oportunidad para iniciar el incidente de reparación integral, entre otros; xi) 1453/11, eliminó beneficios para casos de captura en flagrancia; xii) 1474/11, amplió plazos para las medidas de aseguramiento privativas de la libertad y el concepto de flagrancia, entre otros; xiii) 1542/12, incorporó la investigación oficiosa de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria; xiv) 1652/13, adicionó la entrevista a menores víctima de delitos sexuales como elemento material probatorio.
- 4 Los proyectos de ley de mayor envergadura son: i) Proyecto de Ley No. 115 de 2014; autores: Ministerio de Justicia y del Derecho, Yesid Reyes Alvarado y Fiscalía General de la Nación, Eduardo Montealegre; se pretende modificar el régimen legal de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad; ii) Proyecto de Ley No. 102 de 2014, autor: Hernán Penagos; se pretende modificar estructuralmente el proceso penal regido por la Ley 906 de 2004.
- 5 Ley 906 de 2004. Título preliminar: principios rectores y garantías procesales. Art. 9. “Oralidad. La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos dejará constancia de la actuación”.
- 6 Ley 906 de 2004. Art. 26. “Prevalencia. Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación”.

Entre los que sostienen que la oralidad es un principio se encuentran grandes maestros del derecho procesal; sin embargo debe resaltarse que la mayoría de ellos no profundizaron sobre esta discusión, sino que simplemente lo dieron por sentado: Giuseppe Chiovenda (1922), James Goldschmidt (1936), Alcalá Zamora Castillo (1947), Eduardo Juan Couture (1958), Morales Molina (1965), Mauro Cappelletti (1972), Ugo Rocco (1976), Víctor Fairén Guillén (1992), Francesco Carnelutti (1997), Guasp Delgado (1998), Hernando Devis Echandía (2009).

La doctrina, especialmente después de las obras de Dworkin (2010) y Alexy (2002), se ha dado a la tarea de distinguir entre principios y reglas, considerando esto fundamental para efectos de determinar lo que es presupuesto ineludible en el deber ser del derecho y lo que puede ser puesto por el legislador según criterios de necesidad y conveniencia. Este fenómeno se presenta en todas las especialidades del Derecho. Seguramente fue esta la razón por la que grandes maestros del derecho procesal del siglo XX no abordaron esta temática.

La doctrina moderna mayoritaria que se ha dado a la tarea de estudiar la naturaleza regla-principio de las instituciones jurídico-procesales, sostiene que la oralidad es una regla técnica de procedimiento (entre otros, Alvarado Velloso, 2004; López Blanco, 2009; Rojas Gómez, 2002), por lo que su adaptación hace parte de la discrecionalidad legislativa de la que goza el legislador y se debe a razones de política procesal, es decir, criterios de oportunidad y conveniencia en un momento determinado; dicho de manera negativa, la oralidad no es consustancial al proceso judicial, como si lo es el principio de contradicción, sino tan solo una opción.

Más allá de la discusión académica sobre la naturaleza jurídica de la oralidad, es indudable que la tendencia moderna es adoptar este canal de comunicación para que se surtan los actos procesales, por lo que la atención debe centrarse en el análisis de los aspectos necesarios para que su implementación resulte idónea para el mejoramiento de la justicia.

En este sentido, cabe destacar algunas disposiciones normativas de la Ley 906 de 2004 que van encaminadas a que los operadores judiciales, acostumbrados de antaño a la escritura, no evadan la obligaciones de comunicarse dentro del proceso judicial de manera oral. Además de múltiples artículos que reiteran la obligatoriedad de la oralidad en todo el proceso penal, se destacan dos: i) el artículo 163 establece una prohibición expresa respecto a las providencias judiciales: “En desarrollo de los principios de oralidad y celeridad las providencias judiciales en ningún caso se podrá transcribir, reproducir o verter a texto escrito apartes de la actuación, excepto las citas o referencias apropiadas para la debida fundamentación de la decisión”, norma que en la práctica judicial no se tiene en cuenta, ya que la mayoría de jueces, sobre todo actuando como jueces de segunda instancia, leen el auto o

sentencia, según corresponda, en las llamadas audiencias de lectura de fallo; ii) el artículo 431⁷ dispone la exigencia de lectura en el juicio de los documentos que se aduzcan como prueba documental, norma que ha sido ampliamente criticada en la comunidad jurídica nacional por considerarse un purismo de la oralidad y generadora de dilación exasperante en las audiencias, en este sentido puede verse el texto de Reyes Alvarado (2013).

3. Oralidad y pruebas

Los cambios en materia penal al régimen probatorio en ocasión al nuevo CPP fueron estructurales, al punto que algunos profesores señalaron que: “La principal característica del nuevo proceso penal colombiano está determinada por una verdadera revolución probatoria (...)” (Urbano Martínez, 2008). Las novedades más importantes, sin desconocer las referentes a cada medio de prueba en particular, las cuales se analizarán en los acápite sucesivos, son las siguientes: i) eliminación del principio de permanencia de la prueba, base del antiguo sistema regido por la Ley 600 de 2000; en su lugar, se implementó el principio de inmediación de la prueba; ii) testigo de acreditación como requisito *sine qua non* para la incorporación de evidencia; iii) cadena de custodia como herramienta para asegurar la conservación de la evidencia recolectada; iv) la adopción de la concepción de verdad dialéctica como fin de la prueba (prohibición absoluta de la prueba de oficio) y v) oralidad como método de expresión para que se surta del devenir del *iter probatorio* (aducción, decreto, práctica y valoración de la prueba). Esta última novedad es la que nos compete analizar en el presente trabajo.

Antes de continuar con el análisis, vale destacar que las novedades señaladas se erigen a partir de la columna vertebral del sistema de enjuiciamiento criminal adoptada por la Ley 906 de 2004: el principio acusatorio. El debate sobre el significado, alcance y límites de este principio, así como sus diferencias con un sistema acusatorio, es rico en cantidad y calidad de argumentos, sin embargo, para efectos de este trabajo, como se explicó anteriormente, se entenderá simplemente como la separación entre los funcionarios que ejercen la acción penal de aquellos que tienen la labor de juzgar.

7 Ley 906 de 2004. Art. 431. “Empleo de los documentos en el juicio. Los documentos escritos serán leídos y exhibidos de modo que todos los intervinientes en la audiencia del juicio oral y público puedan conocer su forma y contenido.

Los demás documentos serán exhibidos y proyectados por cualquier medio, para que sean conocidos por los intervinientes mencionados. Cuando se requiera, el experto respectivo lo explicará. Este podrá ser interrogado y conainterrogado como un perito”.

En lo que respecta a la aducción de prueba y el consecuente decreto por parte del juez, baste con decir que en materia penal cualquier solicitud probatoria, ya sea en el sentido de solicitar su práctica, su exclusión o su rechazo, e incluso la solicitud de práctica de pruebas anticipadas, se realiza de manera oral. Cosa diferente ocurre con el Código General del Proceso: las partes deben realizar las peticiones probatorias que pretendan hacer valer por medio de los escritos iniciativos del proceso, esto es, demanda, contestación de demanda, demanda de reconvencción y sus respectivas reformas, así como la solicitud de pruebas adicionales de que habla el artículo 370.

En atención a que los distintos medios de prueba regulan de manera diversa su práctica, lo que es apenas lógico en atención a sus particularidades y naturaleza, a continuación se analizará de manera autónoma cada uno de ellos.

4. Oralidad y Prueba Testimonial

4.1 Método para la práctica de la prueba

El método *cross-examination* (Decastro González, 2005), de origen anglosajón, se presenta como la principal novedad adoptada por el CPP en materia de prueba testimonial, y ahora también en el CGP, al respecto se pronunciaron Bejarano Guzmán y Canosa Suárez (2012).

Según este método, llamado por la legislación local interrogatorio cruzado, el testigo debe ser sometido a un escrutinio efectuado por las partes, y no por el juez, quien debe asumir una posición pasiva durante la práctica de la prueba. El método se divide en cuatro etapas, organizadas de tal manera que las partes en disputa se intercalan los momentos para interrogar, sometiendo al testigo a múltiples preguntas en aras de cuestionar la veracidad de su dicho: i) la primera etapa llamada interrogatorio directo la efectúa la parte que solicitó la prueba; ii) luego viene el contrainterrogatorio, realizado por la contraparte, de ahí su nombre, y tiene como principal función refutar el dicho del testigo; iii) después viene el llamado re-directo, mediante el cual la parte que solicitó la prueba tiene la oportunidad de realizar preguntas aclaratorias sobre los temas abordados en el contrainterrogatorio; y iv) por último, el re-contrainterrogatorio⁸, etapa en la cual quien no solicitó la prueba tiene la última oportunidad de refutar lo dicho por el testigo.

8 La Ley 906 de 2004 no contempla nombre a esta etapa del interrogatorio cruzado. En la legislación foránea (Puerto Rico) recibe este nombre "re-contrainterrogatorio". Regla 43(A), Reglas de Evidencia: "(1) Interrogatorio directo: primer interrogatorio de un testigo sobre una materia no comprendida dentro del alcance de un interrogatorio previo de este testigo. (2) Contrainterrogatorio: examen de un testigo por una parte diferente a la que efectuó el interrogatorio directo. (3) Interrogatorio redirecto: examen de un testigo que, con posterioridad a su contrainterrogatorio, le hace la parte que le sometió al interrogatorio directo.

El *cross-examination* está íntimamente ligado al *adversarial system of litigation* (Taruffo, 2010), y a él subyace una ideología filosófica y política sobre el proceso judicial: la verdad se construye por medio de la confrontación de las partes, planteándose como fin de la prueba una verdad meramente consensual con la que el juez debe resolver el asunto puesto a su consideración. De ahí que se afirme que este método de práctica de pruebas se inscribe dentro de la *sporting theory* (teoría deportiva del derecho procesal), en la que el más avezado de los abogados es quien tendrá la mayor probabilidad de ganar el caso, y no la parte que tenga la razón.

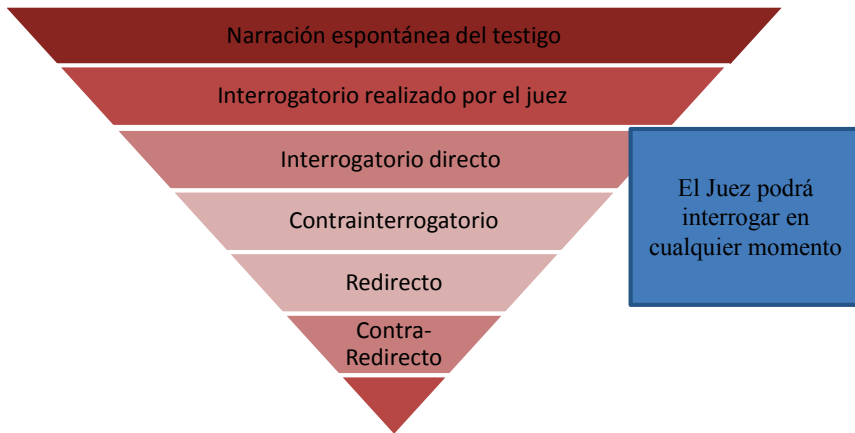
El Código Procesal Penal colombiano adoptó este método pero con una particularidad: una vez culminado el interrogatorio cruzado, el Juez y el Ministerio Público podrán hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso (art. 397 del CPP). Ahora bien, ¿Qué sucede con el Código General del Proceso?

La estructura inicial de la práctica de la prueba testimonial no varió respecto al Código de Procedimiento Civil: en primer lugar, una etapa encaminada a identificar al testigo; luego una etapa en donde el deponente narra de forma espontánea los hechos que conoce, después, el juez podrá cuestionar sobre la razón de la ciencia de su dicho y, finalmente, la oportunidad que tienen las partes de realizar preguntas al testigo. Las variaciones relevantes que introdujo el CGP se dan en la última etapa.

Según el CPC, artículo 228-4, una vez culminada las preguntas por parte del juez, las partes pueden interrogar por una sola vez al testigo, comenzando por quien solicitó la prueba. Cosa diferente ocurre con el Código General del Proceso, norma que adoptó en la etapa final de la práctica de este medio de prueba el interrogatorio cruzado; en palabras de la misma Ley: “A continuación del juez podrá interrogar quien solicitó la prueba y contrainterrogar la parte contraria. En el mismo orden, las partes tendrán derecho por una sola vez, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al testigo, con fines de aclaración y refutación”. Además de lo mencionado, se le dio la facultad al juez de interrogar en cualquier momento de la práctica de la prueba.

La norma del CGP no define las etapas que conforman el interrogatorio cruzado, tan solo menciona la facultad de interrogar nuevamente al testigo. Esta omisión debe ser superada utilizando la terminología empleada por la Ley 906 de 2004 (interrogatorio directo, contrainterrogatorio, interrogatorio re-directo y re-contrainterrogatorio). La siguiente gráfica representa la estructura de la práctica de la prueba testimonial según el CGP:

(4) Recontrainterrogatorio: examen de un testigo que, con posterioridad al interrogatorio redirecto de dicho testigo, le hace la parte que le sometió al contrainterrogatorio. (...).



Es evidente la mixtura hecha por el legislador colombiano: inicialmente utilizó el método propio de los sistemas inquisitivos, en donde es el juez el principal encargado de interrogar, para luego utilizar el método *cross-examination*, propio de los sistemas acusatorios. Se fusionaron las bondades de sistemas aparentemente opuestos.

La facultad de las partes de contrainterrogar a un testigo no se contemplaba ni en el Código Judicial de 1930 ni en el Código de Procedimiento Civil de 1970. Su novedad exige un análisis pormenorizado sobre sus implicaciones, máxime si se tiene en cuenta que el Código General del Proceso no reguló reglas de prueba sobre su desarrollo en la audiencia de juzgamiento. Debido a la importancia de esta temática se analizará en un acápite independiente más adelante.

Ahora bien, desde el punto de vista de las técnicas de preguntas, ya no de la estructura de interrogatorio, la doctrina señala que existen dos métodos que en principio pueden considerarse antagónicos: la técnica interrogativa y la técnica narrativa. Según Nieva Fenoll (2010), la primera consiste en que el interrogador, no importa si es el juez o el abogado litigante, lleva preparado a la audiencia una serie de preguntas sobre hechos específicos que son de relevancia para la solución del caso. La segunda consiste en realizar una pregunta introductoria para que el testigo de manera espontánea narre al juez los hechos sobre los que tiene conocimiento.

Como salta a la vista, el legislador aquí también fusionó lo mejor de los sistemas: después de cuestionar sobre los datos que sirvan para identificar el testigo, el juez utilizará la técnica narrativa; si le queda alguna duda acerca del relato hecho de manera espontánea por el testigo, hará uso de la técnica interrogativa; en la cuarta etapa de la práctica de la prueba, es decir en la que actúan las partes como interrogadores, se deberán realizar preguntas sobre hechos concretos y específicos.

La principal crítica al sistema narrativo es que impide el ejercicio del derecho de contradicción. La principal crítica al sistema interrogativo se centra en que el abogado usurpa la calidad de protagonista que es natural del testigo, generando un gran riesgo en cuanto a que a través de la pregunta se puede estar introduciendo información para el declarante, lo que propicia que cometa los llamados «errores de comisión» (Manzanero Puebla, 2008), es decir, que el declarante introduzca en sus respuestas falsos recuerdos propiciados por la información que le aportó la pregunta.

El CGP permite la libre narración de los hechos por parte del testigo sin sacrificar el idóneo ejercicio del derecho de confrontar por las partes, razón por la cual se afirma que esta legislación fusionó las bondades de cada sistema, decisión que se aplaude, ya que como bien lo afirma el profesor italiano Michele Taruffo (2010), al analizar un método de preguntas que permita alcanzar la verdad dentro del proceso, lo que él llama función epistémica del proceso judicial:

Esto no significa, sin embargo, que sea imposible concebir un método epistémicamente válido, que pudiera servir como punto de referencia a los ordenamientos procesales en el caso de que pretendieran encaminarse realmente hacia la búsqueda de la verdad. Este método debiera tender a maximizar, combinándolas, las ventajas presentes en los dos modelos considerados, eliminando, al mismo tiempo, sus aspectos negativos. Esto no parece imposible: se trata de imaginar un sistema en el que las partes tengan el poder de interrogar y contrainterrogar a *todos* los testigos sobre todos los hechos de la causa, y en el que también el juez tenga el poder de interrogar a todos los testigos sobre cualquier circunstancia relevante para la decisión. Las partes y el juez debieran tener, además, el poder de formular a todos los testigos preguntas que apunten a verificar su credibilidad, su imparcialidad respecto de las partes y del objeto de la causa, y la fiabilidad de sus declaraciones (p.183).

4.2 ¿Qué implica contrainterrogar?

Hay unanimidad en la doctrina en considerar que el contrainterrogatorio es un instrumento para ejercer el derecho de confrontación (Peláez Mejía, 2014) y que es parte esencial de los sistemas de enjuiciamiento de corte acusatorio.

Según la Ley 906 de 2004, su finalidad consiste en: “refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado”. Sin embargo, como bien lo señalan Baytelman & Duce (2011), el objetivo del contrainterrogatorio no se reduce a una refutación, sino que con su ejercicio se pueden alcanzar por lo menos cinco objetivos fundamentales: i) desacreditar el testigo, ii) desacreditar el testimonio, iii) acreditar proposiciones fácticas de interés para la teoría del caso, iv) acreditar prueba material propia, v) obtener inconsistencias con otras pruebas de la contraparte.

De un análisis integral de la Ley 906 de 2004, especialmente de las normas regulativas de esta materia (art. 391, 393 y 403), así como también de la doctrina nacional (Novo Velásquez, 2012; Espinosa Acuña, 2011; Reyes Medina, 2009; Cadena Lozana & Herrera Calderón, 2008; Decastro González, 2005; Castro Ospina, 2005) y foránea especializada (Baytelman & Duce, 2011; Fontanet Maldonado, 2010; Chiesa Aponte, 2005; Ramos González & Vélez Rodríguez, 1996), se extrae que el correcto ejercicio del contrainterrogatorio requiere por lo menos de la aplicación de las siguientes reglas:

- a) Se rige por el principio dispositivo. El contrainterrogatorio es esencialmente una facultad, por lo que las partes pueden renunciar a su ejercicio.
- b) En la medida que el método interrogatorio cruzado está estructurado sistemáticamente, si la parte se rehúsa a hacer uso del contrainterrogatorio, la práctica de la prueba fenece.

Esta regla no se aplica estrictamente en Colombia. En materia penal, el legislador facultó al juez y al Ministerio Público para que una vez finalizado el interrogatorio cruzado, pueda hacer preguntas complementarias. Por su parte, el Código General del Proceso le otorgó la facultad al juez de intervenir en cualquier momento en la práctica de la prueba.

- c) En el contrainterrogatorio solo se pueden abordar temas tratados en el interrogatorio directo.
- d) El contrainterrogador puede hacer uso de cualquier medio de convicción, legal y oportunamente allegado, para lograr el objetivo propuesto.

Sobre esta regla, el Código de Procedimiento Penal establece: “Para contrainterrogar se puede utilizar cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio oral”. Aunque no existe un fundamento legal para el uso de medios de prueba, como los documentos, la práctica judicial ha entendido, en buena hora, que una vez la evidencia mute a prueba en el juicio oral, las partes podrán hacer uso de ellas.

En lo que respecta a la regulación del CGP, se advierte sobre la regulación del artículo 221 numeral 7º: “El testigo no podrá leer notas o apuntes, a menos que el juez lo autorice cuando se trate de cifras o fechas, y en los demás casos que considere justificados siempre que no afecte la espontaneidad del testimonio”. Esta norma no puede interpretarse exegéticamente. Su teleología reside en que la lectura de un documento no puede suplantar las respuestas espontáneas del testigo, lo que es apenas lógico en atención a la regla técnica de la oralidad, pero no en prohibir el uso de medios de convicción para ejercer un derecho tan importante como lo es la confrontación.

En ese orden de ideas, ha de afirmarse categóricamente: el CGP no prohíbe el uso de medios de prueba para el ejercicio del contrainterrogatorio, ni tampoco para la práctica de la prueba testimonial. Con esto no se quiere decir que su uso sea indiscriminado; la parte interesada deberá demostrar al juez que persigue un fin legítimo, que según la Ley 906 de 2004 puede ser refrescar la memoria o impugnar la credibilidad.

e) En atención a las diferentes finalidades, todas las reglas del interrogatorio sobre tipo de preguntas y objeciones no son aplicables al contrainterrogatorio.

El interrogatorio directo tiene como objeto que el testigo informe los hechos que percibió por medio de sus sentidos y que guardan relevancia con el proceso, desde la perspectiva de la teoría del caso de la parte que lo solicitó. En cambio, como se explicó con anterioridad, el contrainterrogatorio busca principalmente refutar lo dicho por el testigo en el interrogatorio directo. Esta diferencia de teleología es de suma importancia: cada fin requiere medios particulares para poder alcanzarlos.

Sin desconocer que existen reglas comunes (entre otras, precisión y pertinencia de las preguntas y claridad e idoneidad de las respuestas), para el ideal desarrollo de las diferentes fases del interrogatorio cruzado se requieren pausas diversas, que incluso son contrarias en algunos casos. La principal diferencia reside en el tipo de preguntas permitidas.

En el interrogatorio directo, donde el testigo es el protagonista, las preguntas deben ser abiertas, haciendo uso de adverbios interrogativos, permitiéndole así al testigo relatar libremente los hechos que conoce. Es por esto que la mayoría de códigos procesales de Iberoamérica prohíben las preguntas sugestivas en esta etapa del interrogatorio: la sugestión de la pregunta le resta protagonismo al testigo, quien se ve compelido a confirmar o negar la suposición que se encuentra ínsita en la pregunta. Tanto el CPP⁹ como el CGP¹⁰ prohíben este tipo de preguntas.

Pero en el contrainterrogatorio sucede algo totalmente diferente. Para refutar el dicho del testigo en la mayoría de las veces es necesario el uso de preguntas

9 Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal. Art. 391: “Interrogatorio cruzado del testigo. Todo declarante, luego de las formalidades indicadas en el artículo anterior, en primer término será interrogado por la parte que hubiere ofrecido su testimonio como prueba. Este interrogatorio, denominado directo, se limitará a los aspectos principales de la controversia, se referirá a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad de otro declarante. No se podrán formular preguntas sugestivas ni se insinuará el sentido de las respuestas. (...)” (subrayado fuera del texto). Art. 392: “El interrogatorio se hará observando las siguientes instrucciones: (...) b) El Juez prohibirá toda pregunta sugestiva, (subrayado fuera del texto) (...)”.

10 Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso. Art. 220. “Formalidades del Interrogatorio. (...) Las partes podrán objetar preguntas por las mismas causas de exclusión a que se refiere el inciso precedente, y cuando fueren sugestivas. (...)” (subrayado fuera del texto)”.

sugestivas, cerradas y de control. De ahí que se afirme que la pregunta natural en esta etapa del examen cruzado es precisamente la sugestiva; de lo contrario sería muy difícil, sino imposible, que el concontrinterrogador logre demostrar alguna circunstancia que impugne la credibilidad del testigo.

Antes de proseguir con el análisis es menester insistir en un argumento expuesto con anterioridad. En general al interrogatorio cruzado, y en especial al concontrinterrogatorio y la permisión de pregunta sugestiva en esa sede, subyace una idea de justicia: el proceso judicial es esencialmente una lucha entre partes, en la que el ordenamiento jurídico y el juez deben limitarse a asegurar que los contendientes cuenten con igualdad de armas para hacer valer su teoría del caso. La verdad no se confirma o demuestra, la verdad se construye.

Aterrizada esta idea al interrogatorio cruzado la lógica es la siguiente: en un primer momento quien solicitó la prueba cuenta con el examen directo para preguntar sobre los temas que le interesan, pudiendo omitir temas que no le son favorables o abordarlos tan solo superficialmente; luego le corresponde la oportunidad a la contraparte con el concontrinterrogatorio, escenario en el que propenderá por demostrar circunstancias que le resten capacidad demostrativa al dicho del testigo, siendo necesario para ello contar con herramientas que le permitan alcanzar tal fin (preguntas sugestivas). Luego la contienda se repite una vez más, pero limita en temas: re-directo y re-concontrinterrogatorio.

La adopción en la legislación colombiana, tanto en materia civil como en penal, de este método de práctica de prueba, no quiso extrapolar ideas de justicia ajenas a nuestra tradición jurídica. Sin embargo, sí tomó su principal bondad: el interrogatorio cruzado permite un cabal e idóneo ejercicio del derecho de confrontación.

La famosa frase de Jhon Henry Wigmore, jurista norteamericano, "*the cross-examination is the greatest legal engine ever invented for the search of truth*" (citado por Taruffo, 2010, p.179), que expresa que el contra-examen es el mayor método legal inventado para la búsqueda de la verdad¹¹, no es aplicable en Colombia por nuestra cultura jurídica; mejor debe decirse: el concontrinterrogatorio es el mayor método legal inventado para el ejercicio del derecho de confrontación de la prueba.

La doctrina especializada en interrogatorio cruzado es unánime en afirmar que la pregunta sugestiva es connatural al concontrinterrogatorio; algunos autores no desconocen sus defectos pero advierten que su utilidad debe prevalecer, con mayor razón si se tiene en cuenta que la parte que solicitó la prueba cuenta con el re-directo para aclarar cualquier punto.

11 Traducción propia.

La doctrina colombiana más importante¹² piensa otra cosa: la pregunta sugestiva debe prohibirse en la totalidad de la práctica de la prueba testimonial. Incluso, autores como Tejeiro Duque (2013) al comentar el régimen probatorio regulado por el CGP advierten que: “También la pregunta sugestiva debe ser eliminada, como quiera que imposibilita escuchar la genuina versión del expositor y puede inducir a respuestas distantes del verdadero sentido que anima a quien hace su relato” (p. 175).

A esa disputa de posturas, que en realidad se presenta en todo el mundo occidental y se debe a la ya antigua discusión entre las escuelas de derecho procesal, debe sumársele que tradicionalmente el ordenamiento jurídico colombiano adoptaba una restricción absoluta a las preguntas sugestivas. Basta revisar el Código Judicial del 30, el Código de Procedimiento Civil del 70, el Código Penal de 1991 y el de 2000, e incluso la posición de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia, para llegar a tal conclusión.

Visto todo lo anterior, existen dos opciones: i) se adopta el conainterrogatorio con sus características esenciales, preguntas sugestivas, y se es coherente con este método, o ii) se prescinde de las preguntas sugestivas por ser contrarias a la tradición cultural colombiana.

En materia penal se tomó la primera opción. La Ley 906 de 904 solo prohibió la pregunta sugestiva para el interrogatorio directo y el re-directo, y guardó silencio acerca de la permisión en sede de conainterrogatorio. Pese a la omisión legislativa, en la práctica judicial, la doctrina que se encargó de analizar el Código, así como también la Corte Suprema de Justicia, avalaron las preguntas sugestivas.

¿Qué sucederá en las demás especialidades en ocasión al Código General del Proceso? Además de la discusión doctrinal, existe una aparente contradicción en la Ley: el artículo 220 que establece reglas para el interrogatorio en su integridad, dispone que la pregunta sugestiva será objetada; por su parte el artículo 221 establece la posibilidad de conainterrogatorio.

Pese a lo anterior, la balanza debe inclinarse hacia la esencia del conainterrogatorio, máxime si se tiene en cuenta que esta postura no niega la ideología del Código General del Proceso, sino que se funde con ella potencializando derechos tan importantes como la contradicción y la confrontación probatoria.

Por último sobre este tema: no debe confundirse la pregunta sugestiva con la capciosa. Esta última debe ser prohibida de manera absoluta porque contiene ya no

12 Parra Quijano afirma: “Estimamos no convenientes ni aconsejables en ningún caso, las sugerencias al deponente, ya que si lo que se persigue, con el proceso moderno, es la investigación de la verdad, ello será imposible de conseguir con preguntas que sirven como sucedáneas de la percepción” (2010, p. 333); en igual sentido Rodríguez (1990) y Azula Camacho (2008).

una simple sugerencia, sino un engaño o artificio que tiene como propósito inducir al testigo en error. Este tipo de preguntas se presentan cuando se introduce a la pregunta afirmaciones falsas, o sin ningún tipo de base probatoria, dándose por ciertas, y a paso seguido se introduce una pregunta sugestiva que pende de la capciosa.

- f) Las reglas reguladas para el contrainterrogatorio son aplicables para el re-contrainterrogatorio.

Mencionadas las seis reglas básicas y esenciales del contrainterrogatorio, y atendiendo a su novedad para la tradición jurídica colombiana, vale la pena en este punto analizar los motivos de la comisión redactora del Código General del Proceso, la cual como se dijo al inicio de este trabajo, fue integrada por los miembros del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, para adoptar estas nuevas reglas probatorias para la práctica de la declaración de terceros. Al discutir el artículo que reglamenta las pautas para la práctica de la prueba, con algunas modificaciones -hoy artículo 221 del Código General de Proceso-, se dijo:

(...) Presidente (se refiere al Dr. Jairo Parra Quijano) señala que existen dos sistemas para interrogar al testigo que son el inquisitivo y el adversarial. Explica que en el sistema inquisitivo el testigo rinde su versión de manera espontánea, el juez interroga y posteriormente se le concede la posibilidad a las partes para que interroguen; en cambio, en el método adversarial cada parte presenta sus testigos, interroga quien solicitó la prueba, se procede a realizar el contrainterrogatorio, el cual tiene como objetivo refutar al testigo sobre lo que contestó y se permite hacer preguntas insinuantes; posteriormente se hace el interrogatorio re-directo por parte de quien realizó el interrogatorio directo y finalmente el re-contrainterrogatorio. Añade que la orientación actual del código es hacia un sistema inquisitivo. Comenta que en el nuevo código de procedimiento penal se acoge el sistema adversarial para interrogar al testigo pero se permite que el juez, al final del mismo, formule preguntas complementarias. Sugiere que se reflexione sobre estos dos sistemas.

La Dra. Figueredo (se refiere a la Dra. María Julia Figueredo Vivas) manifiesta que es beneficioso para el proceso que sea el juez el que primero confronte e interrogue al testigo, dado que facilita la consecución de los fines del proceso que éste responda con la verdad. Comenta que no es conveniente permitir que el testigo vaya preparado para la práctica del interrogatorio. Agrega que el sistema actual es adecuado y sirve a los fines de la prueba y del proceso.

El Presidente manifiesta que en el método adversarial se confía en la forma en que se interroga al testigo. Reitera que en el contrainterrogatorio se pueden hacer preguntas insinuantes a fin de desacreditar la veracidad de las respuestas del testigo.

A este propósito el Dr. Palacio (se refiere al Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié) señala que con el sistema actual el interrogatorio que se hace al testigo sólo le permite al juez

conocer lo que el testigo tiene preparado para responder, mientras que con el método adversarial se puede lograr una mayor información de parte del testigo.

Interviene el Dr. Medina (se refiere al Dr. Carlos Bernardo Medina) para sugerir que se implemente un sistema mixto y sea el juez quien pregunte y dirija la diligencia para permitirle después a las partes realizar el interrogatorio directo y el contrainterrogatorio, tal como se maneja en el sistema angloamericano.

El Dr. Cediél (se refiere al Dr. Gabriel Cediél Franco) comparte la posición del Dr. Medina y sugiere la implementación de un método mixto para que sea la autoridad judicial quien inicie el interrogatorio con base en lo que pretende conocer de la práctica de la prueba y luego se permita a las partes la formulación de preguntas y contra preguntas.

El Dr. Robledo (se refiere al Dr. Pablo Felipe Robledo Del Castillo) expresa que debido al sistema escrito vigente y al formalismo existente en la formulación de las preguntas, el interrogatorio es poco ágil y en algunos casos el juez limita a la parte la posibilidad de interrogar. Comparte la implementación de un método mixto.

El Dr. Cediél sugiere que se permita formular preguntas y contra preguntas sobre la marcha, es decir, en el momento en que el testigo está contestando, con el propósito de desenmascarar las mentiras o inexactitudes en sus respuestas. (La información consignada entre paréntesis no corresponde al texto original). (<http://www.icdp.org.co/descargas/Actas/>).

De la discusión que se presentó en la Comisión Redactora se pueden extraer dos conclusiones: i) la Comisión quiso adoptar un sistema mixto que conjugara lo mejor de sistemas aparentemente contrapuestos y ii) de manera expresa se discutió el uso de las preguntas sugestivas, llamadas insinuanes a modo de sinónimo, aceptándose tácitamente su uso.

4.3 Inhabilidades para atestiguar y la tacha del testigo

La configuración de una casual de inhabilidad para atestiguar genera la imposibilidad de la práctica de la prueba testimonial, situación que sin lugar a dudas puede entenderse como una sanción a la parte que le interesa su práctica, y en general a la justicia, que se priva de obtener un conocimiento valioso para tomar la decisión judicial.

La Ley 906 de 2004 no contempla inhabilidad para atestiguar, regulación que es coherente con el sistema de valoración de la sana crítica y con la ideología de juez director del proceso, como se explicará más adelante.

El CGP mantuvo las inhabilidades para atestiguar, persistiendo una clasificación tácita, ya no expresa como la contemplaba el CPC en los artículos 215 y 216, entre

inhabilidades absolutas e inhabilidades relativas, recordándose que las primeras hacen referencia a aquellas situaciones que de configurarse imposibilitan la práctica de la prueba en todo proceso judicial, y las segundas, se refieren a las que tan solo generan una postergación de la práctica hasta tanto no se verifique por parte del juez la cesación de la circunstancia que genera la inhabilidad (puede verse López Blanco, 2008). Sobre las absolutas, se eliminó la imposibilidad de los menores de doce años de atestiguar, en palabras de Ulises Canosa (2012):

De las novedades que el CGP trae en prueba testimonial merecen resaltarse:

a) La eliminación del límite de edad de doce años. Todas las personas son hábiles ahora para testimoniar y el juez deberá adoptar respecto de los menores las medidas apropiadas para la recepción y las reglas pertinentes para la apreciación. (p. 48)

Se dejó tan solo las personas que “se hallen bajo interdicción por causa de discapacidad mental absoluta y los sordomudos que no pueden darse a entender” (CGP, artículo 210, inciso 1); sobre las relativas, se mantuvo la regulación tradicional, dejándose la posibilidad del juez de evaluar cualquier otra circunstancia que a su juicio, utilizando claro está las reglas de la sana crítica, generan una inhabilidad relativa (ver artículo 210 del CGP)¹³.

El legislador colombiano perdió la oportunidad de adoptar un procedimiento más coherente con el sistema de libre valoración de la prueba, en donde sea el juez y no el legislador quien decida si el testigo está en condiciones para rendir testimonio. La prueba es al juez como el oxígeno al humano, por lo que solo cuando exista una causa extrema, ya sea de orden jurídico como las excepciones al deber de atestiguar o la prueba ilícita, o de orden fáctico como la demencia absoluta, deberá privarse de ella.

En ese orden de ideas, por regla general las causales del artículo 210 del CGP deberían ser circunstancias para menguar la credibilidad del testigo y por ende la capacidad demostrativa de su testimonio, no una situación que imposibilite la práctica de la prueba, y en todo caso debe depositarse la confianza en el Juez para que sea él, y no la Ley, el encargado de decidir si rechaza o acepta la práctica del testimonio: si realmente se quiere la verdad en el proceso, todos los caminos deben ir dirigidos a ella. En palabras del maestro Hernando Devis Echandía (1982): “Es mejor dejar al juez en libertad para recibir o rechazar al testimonio y, en el primer caso, para determinar su mérito como medio de prueba” (p. 296), en el mismo

13 Importante recordar que la Corte Constitucional mediante sentencia de constitucionalidad C-202/2005, consideró que la disposición del CPC que consagra esta facultad del juez, la cual fue reglamentada de manera idéntica por el CGP, se ajusta a la Constitución.

sentido Parra Quijano (2010): “Ya hemos sentido nuestra discordancia con el establecimiento de inhabilidades para testimoniar, por ser una inconsistencia en donde quiera que se consagre el sistema de libre valoración de la prueba, pues aquellas no son más, en el fondo, que limitaciones a la prueba testimonial” (p. 312).

Sobre el momento para solicitarle al juez que declare la imposibilidad de la práctica de la prueba testimonial por inhabilidad para atestiguar, la Ley 1564 dispuso dos momentos: antes de la audiencia en donde será practicada la prueba, debiéndose presentar por escrito, u oralmente dentro de la misma audiencia¹⁴. La primera opción es contraria al método comunicativo que por regla general quiso adoptar el CGP: la oralidad. El juez tendrá la obligación de resolver la solicitud en la audiencia.

4.4 Testigo imparcial e inutilidad de la tacha en un sistema que adopta el método *cross-examination*

La tacha en la Ley 906 de 2004 no existe; la razón: en un proceso judicial que adopta el interrogatorio cruzado como método para la práctica de la prueba testifical, es innecesaria la consagración normativa de la tacha. En este sistema las partes cuentan con el ejercicio del contrainterrogatorio, escenario en el que por medio de la impugnación de credibilidad se le advierte al juez de cualquier circunstancia que deba ser tenida en cuenta para la valoración de la prueba. Sobre esta idea se volverá con más detalle más adelante.

Tradicionalmente la tacha se ha entendido como un medio para advertirle al juez de una situación relevante acerca del testigo; dependiendo de cuál sea, puede generar dos efectos diferentes: imposibilidad de práctica de la prueba—este efecto se genera cuando se presenta inhabilidades para atestiguar, vista en el acápite anterior—o estimación de la situación al momento de determinar la eficacia probatoria del testimonio—por ejemplo, cuando existe parentesco entre el testigo y las partes—.

La tacha subsiste en el Código General del Proceso, pero con algunas variantes. Se varía la terminología de testigo sospechoso a imparcialidad del testigo (artículo 217 del CPC y 211 del CGP), pero se mantienen las mismas causas de tacha contempladas en el CPC y los efectos que surtían. Se cambia la apariencia, pero se mantiene la esencia.

14 Ley 1564 de 2014, Código General del Proceso. Art. 210. “(...) La tacha por inhabilidad deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella. El juez resolverá en la audiencia, y si encuentra probada la causal se abstendrá de recibir la declaración”.

¿Cuáles son las causas para que un testigo sea considerado imparcial? El primer inciso del artículo 211 del CGP no varió respecto al primer inciso del artículo 217 del CPC, por lo que las causas son las mismas de la legislación anterior: hay una lista de causas meramente enunciativas en la que se encuentran situaciones como el parentesco y los antecedentes penales, manteniéndose la posibilidad de que el juez considere al testigo imparcial por una situación diferente a las establecidas por el legislador: una decisión sana, ya que jamás la ley podrá regular todas las situaciones que se presentan en la sociedad.

En el acápite anterior se hizo claridad sobre los momentos procesales para tachar los testigos cuando incurren en una causal de inhabilidad, consideraciones que no requieren mayores esfuerzos toda vez que la ley expresamente en el artículo 210 del CGP lo regula. No pasa lo mismo con el momento para alegar la tacha por imparcialidad del testigo, como quiera que el inciso segundo del artículo 211 de la misma normativa nada dice sobre el tema, limitándose a reglar que: “La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda”. Cabe recordar que el legislador de 2012 eliminó la disposición del artículo 218 del CPC que regulaba los aspectos procesales de manera genérica para las tachas, de lo que se extrae la intención de la ley de establecer reglas procesales diferentes sobre su oportunidad y trámite.

La tacha por imparcialidad del testigo se analiza *ex post* a la práctica de la prueba, en la fase de valoración que se realiza en la sentencia. En cambio la tacha por inhabilidad se analiza *ex ante* a la práctica de la prueba. Esta diferencia es de vital importancia para delimitar los aspectos procesales de una u otra.

Partiendo de lo anterior, el momento para interponer la tacha por imparcialidad del testigo debe entenderse a partir del decreto de la prueba hasta que culminan los alegatos de conclusión, siendo el momento ideal la práctica de la prueba, especialmente en sede de conainterrogatorio, en atención a la oralidad y los principios de inmediación y concentración.

Las partes cuentan con la facultad-derecho de comunicarle al juez, una vez acreditado el hecho, que se presenta una situación que debe ser tenida en cuenta al momento de valorar la prueba, por ejemplo, que entre la parte y el testigo existe una relación afectiva desde la infancia, por lo que no se encuentra ninguna justificación jurídica válida para limitar la interposición de este tipo de tachas a las reglas procesales de la tacha por inhabilidad.

Ahora bien, las razones por las cuales se considera que la tacha por testigo imparcial es innecesaria en el proceso judicial regido por las reglas de prueba del CGP, son en síntesis las siguientes:

La tacha es un instrumento útil en sistemas judiciales escritos, en donde las partes deben contar con mecanismos para comunicarle al juez circunstancias relevantes para resolver el asunto, máxime si se trata de temas tan trascendentales como los relacionados con la prueba. En sistemas orales estos mecanismos son suplantados por la audiencia, escenario en donde las partes pueden comunicar libremente al juzgador cualquier circunstancia que consideren pertinente para las resultas del proceso. Sin embargo, este argumento *per se* no desacredita la utilidad de la tacha, puesto que se puede decir que el hecho de que tenga una regulación especial se debe a la importancia del asunto.

La esencia del concontrainterrogatorio contiene la figura de la tacha, por lo que consagrar estas dos instituciones en un mismo Código resulta redundante y finalmente innecesario. Tal como se explicó *in extenso* con anterioridad, el concontrainterrogatorio tiene como objeto principal refutar el dicho del testigo, ya sea acreditando circunstancias relativas al testigo o al testimonio, para lograr la impugnación de la credibilidad, es decir, un cuestionamiento de tal magnitud que ocasione que el juez disminuya considerablemente la capacidad demostrativa del dicho. El mismo fin persigue la tacha.

La diferencia entre una y otra institución reside en que el concontrainterrogatorio se inscribe dentro de un sistema oral regido por el principio de inmediación, siendo en consecuencia más coherente con ellos. Con esto no se quiere decir que la tacha sea incompatible del todo con un sistema judicial de tales características. No. Sin embargo, es indudable que el concontrainterrogatorio abarca la tacha en su totalidad, por lo que esta última se torna inútil y redundante.

Es de advertir que con el concontrainterrogatorio no es necesario que la parte manifieste expresamente la circunstancia con la que se impugna la credibilidad al testigo; no se rige por el principio dispositivo. Basta con que la parte demuestre durante la práctica de la prueba una circunstancia que en palabras del CGP ponga en duda la imparcialidad del testigo para que deba analizar su trascendencia al momento de efectuar el juicio de valoración en la sentencia.

¿Qué sucede en materia penal ante la ausencia de la tacha? El artículo 403 regula las causales de impugnación de credibilidad del testigo, las cuales son en esencia las mismas que las contempladas como causales que afectan la credibilidad o imparcialidad del testigo en el artículo 211 del CGP. Sin embargo, en materia penal no se exige a las partes la interposición de la tacha o una manifestación expresa acerca de la configuración de estas causales, ya que es deber del juez al observar que se acreditó una de ellas, analizarla al momento de otorgar capacidad demostrativa a la prueba. Si a bien lo tienen, las partes podrán recordar las circunstancias relevantes al pronunciar los alegatos de conclusión (esta manifestación podría equipararse a

la interposición de la tacha), momento idóneo e ideal para recordar al juez todo aspecto relevante para tomar la decisión de fondo.

5. Prueba pericial

Sin temor a exagerar se puede afirmar que el medio de prueba que más sufrió cambios en ocasión al CGP fue la prueba pericial. Por tanto, debido a que se trata de múltiples variaciones y de diversa naturaleza, se analizará cada una de ellas de forma autónoma.

Los cambios más importantes que introdujo el CGP sobre prueba pericial los adoptó, con ciertos matices, el legislador de 2004 que expidió el actual Código de Procedimiento Penal. Vale la pena, entonces, analizar brevemente las principales características de la prueba pericial según la Ley 906 de 2004.

5.1 Experiencia penal

La oralidad, junto con otros aspectos señalados en los párrafos anteriores, transformó de manera sustancial la prueba pericial que tradicionalmente se presentaba en los juicios penales. Los siguientes son sus principales rasgos:

- a) Como consecuencia de la adaptación del principio acusatorio, se eliminó la figura de perito judicial. En su lugar se estableció el perito de parte.
- b) Previo a la comparecencia del perito a la audiencia de juicio oral, es obligatoria la presentación de un informe que contenga la base de opinión pericial. Esta regla se justifica por la necesidad de conocer los fundamentos epistémicos utilizados por el perito para llegar a determinadas conclusiones para poder ejercer idóneamente el derecho de confrontación probatoria.
- c) La comparecencia del perito a la audiencia de juicio oral es un requisito de validez de la prueba pericial, por lo que de no presentarse se entenderá como no practicada. Esta regla se constituye como una garantía al derecho de confrontación probatoria, que en Colombia se explica tradicionalmente como un componente de la contradicción.
- d) De una lectura literal de la legislación procesal penal (art. 420), se concluye que la prueba pericial se constituye únicamente con el dicho del perito en audiencia. Sin embargo, este criterio no es pacífico ni en la jurisprudencia ni en la doctrina (autores que sostienen esta posición: Granados Peña, 2005; Hartmann Arboleda, 2011; Bedoya, 2008), pues también se afirma que la prueba pericial es un acto complejo compuesto por el informe base de opinión pericial y el

- dicho del perito en audiencia. Luego de diez años la balanza se ha inclinado hacia la última postura.
- e) Por expreso mandato normativo (art. 405), las reglas del interrogatorio cruzado regulados para testigos se aplican en la práctica de la prueba pericial, sin perjuicio de las reglas especiales.
 - f) Los impedimentos regulados para el juez son aplicables para el perito.

5.2 Perito de parte y perito judicial en el CGP

El perito judicial, aquella persona con conocimientos especiales de orden científico, técnico o artístico designado por el Estado para ayudar al juez, era el método utilizado por el CPC. Con este método se creía garantizar la imparcialidad del perito, que al no ser llamado por la parte interesada sino por la justicia misma asumía un compromiso directo con ella. Este método se basaba en la desconfianza al perito privado, y en general a las partes.

El CGP da un giro de 180 grados, no solo en lo normativo, que es visible para cualquiera a simple vista, sino principalmente de orden ideológico y axiológico: la adopción por regla general del perito de parte. Según este método, como su mismo nombre lo indica, las partes pueden elegir los peritos que a bien tengan, obviamente cumpliendo una serie de requisitos que van encaminados a asegurar la calidad del peritaje y la idoneidad del perito. Este método se basa en la confianza a la partes, y en particular al perito.

Este giro copernicano no se debe directamente a la oralidad, ni a la intermediación, contradicción o concentración. Más bien se justifica por una visión pragmática y eficientista del proceso, que toma como fundamento una experiencia afortunada sucedida en el campo penal con la Ley 906 de 2004, además de tomar como columna vertebral el principio de la buena fe consagrado en la Constitución Política. En todo caso, este cambio es un intento de mejora a un medio de prueba que se ha caracterizado por la excesiva lentitud en su producción.

El perito de parte no supone la aceptación de una parcialización irracional y arbitraria con uno de los intereses en pugna en el litigio, por lo que se aplaude la decisión del legislador del 2012 de aplicar las causales de impedimento reguladas en principio para los jueces a los peritos. Igual situación ocurre en materia penal.

La regla general, perito de parte, encuentra su excepción en dos circunstancias: prueba pericial de oficio y declaratoria de amparo de pobreza, casos en los que el juez acudiría al tradicional perito judicial, obviamente con las modificaciones adoptadas por el CGP.

5.3 Práctica de la prueba pericial: ¿oral o escrita?

La prueba pericial regulada por el CGP por regla general no exige para su práctica la oralidad, a menos que se presente una variable que más adelante se explicará con detalle. Se mantuvo en este punto la postura tradicional del CPC: la fase de práctica de la prueba pericial inicia con el aporte de un escrito que debe contener los requisitos legales para considerarlo un peritaje.

Contrario a lo que afirman algunos autores¹⁵, el hecho de que el CGP haya refrendado una regulación tradicional no es sinónimo de una negación o incoherencia con la regla técnica de oralidad, y mucho menos con los principios de inmediación¹⁶, contradicción¹⁷ o economía procesal.

Sobre la oralidad, la elección de que un acto procesal sea oral o escrito se debe a razones de política procesal (criterios de conveniencia y oportunidad), y no a juicios de compatibilidad o coherencia con sistemas orales, que en todo caso son inexistentes en una dimensión pura o absoluta.

Antes de proseguir con el análisis, resáltese la siguiente variable contemplada por el CGP: la comparecencia del perito como requisito *sine que non* para la constitución de la prueba pericial es una de las dos formas de ejercer el derecho de contradicción, y dependerá del titular de este derecho (la contraparte). Basta con la simple petición para que el juez deba ordenar la comparecencia a la audiencia del perito, so pena de tenerse la prueba como no practicada por falta de un requisito de validez: la contradicción; expresamente dispone el CGP “Si el perito citado

15 “Pues bien, este es un punto en el que el recién aprobado Código General del Proceso merece un razonable distanciamiento. Como en ocasiones anteriores lo hemos puesto de presente, no es adecuado que en un sistema procesal que se proclama a sí mismo como sistema oral, el dictamen pericial preserve la forma escrita. Si bien es claro que no existen procesos totalmente verbales o escritos, lo cierto es que, en el marco de la oralidad, se debe hacer lo posible por verbalizar las actuaciones procesales –tomando prestada la expresión de un autor español–, particularmente las probatorias y, como es natural, el dictamen pericial es una de aquellas actuaciones que, sin ningún problema, se puede verbalizar. Ello no solamente fomentaría la implementación de una verdadera oralidad, sino que además favorecería la coherencia en las instituciones de orden procesal” (Mestre Ordóñez & Rojas Quiñones, 2013, p. 153).

16 “(...) la intermediación procesal, por ejemplo, pierde mucha fuerza cuando se impide que el perito intervenga directamente en la audiencia oral, toda vez que el contacto con la experticia misma es menor cuando ésta se halla contenida en un escrito, a cuando se rinde personalmente en el marco de una audiencia. (...)” (Mestre Ordóñez & Rojas Quiñones, 2013, pp. 153-154).

17 “(...) una de las grandes ventajas que se suelen atribuir a la oralidad es la de agilizar y dinamizar dicha contradicción, particularmente la probatoria, en el sentido de permitir una verdadera discusión entre las partes, cuando el dictamen es rendido en la audiencia, ventaja ésta última que resultaría claramente reducida si el dictamen preserva su forma escrita, evitando entonces que se aproveche la presencia del perito en el marco de una audiencia, para controvertir, allí mismo, su actuación” (Mestre Ordóñez & Rojas Quiñones, 2013, p. 154).

no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor”. La otra forma de ejercer el derecho de contradicción es aportando otra prueba pericial, que hace las veces de contraprueba o prueba de refutación (Decastro, 2010), según las temáticas que aborde. Valga destacar que el legislador permitió la simultaneidad del uso de las formas de ejercer la contradicción a la prueba pericial; y también le permitió al juez, si en su criterio es necesario, ordenar sin previa solicitud de parte la comparecencia del perito (Artículo 228 del CGP).

Lo anterior es suficiente para concluir que lejos de disminuir el ejercicio del derecho de contradicción, la regulación del CGP lo mejora: faculta a la parte a usar dos medios de contradicción, o incluso los dos, idóneos para contradecir las conclusiones del perito.

Sobre los principios de concentración y economía procesal, baste con decir que no exigir por regla general la comparecencia del perito en audiencia, y solo si la parte interesada lo solicita, es abiertamente respetuoso de ellos. La discusión podría presentarse en la solicitud de una experticia, pero ella se justifica en atención a la necesaria e idónea contradicción de la prueba.

El tema que puede presentar una discusión relevante es la intermediación. Pero lo previo y necesario es responder qué es realmente la intermediación, en este sentido pueden analizarse las conclusiones planteadas por Parra Quijano (2008) al preguntarse por este concepto, y analizar si hay o no alguna restricción injustificada o desmedida a tan importante principio de la justicia contemporánea de occidente.

La intermediación es inicialmente la relación entre el juzgador y la fuente de prueba, y luego, de forma subsidiaria ante la imposibilidad de plano de la primera relación, del juzgador y el medio de prueba.

La diferencia entre medio y fuente de prueba se le atribuye principalmente al maestro italiano Francesco Carnelutti (2000), aunque también Bentham (1959) lo mencionó. En Colombia, Devis Echandía, tomando como base las ideas de los juristas europeos, afirmó:

No hay que confundir la fuente de la prueba con el medio mediante el cual se manifiesta; esta última noción comprende los modos aceptados en cada ley procesal como vehículos de la prueba: por ejemplo el testimonio, el documento, el indicio, la confesión, la inspección por el juez mismo, el dictamen de peritos. Gracias a estos medios el juez llega a conocer el hecho fuente y de éste deduce el hecho que se va a probar, así sea en forma directa e inmediata, si el hecho fuente es el mismo hecho que quiere probarse. (...).

(...).

Es importante observar que, a pesar de la clara distinción que en teoría puede hacerse entre estas dos nociones de medio y fuente, en la práctica, tanto los legisladores como los juristas utilizan el término prueba para referirse a ambos; así, cuando se dice que un hecho es prueba de otro, se está contemplando la fuente, y cuando se expresa que la confesión o la escritura pública o dos testimonios son prueba de cierto hecho, se trata de los medios (1976, p. 271).

En ese orden de ideas, en lo que respecta a la relación entre juzgador y fuente de prueba, solo se puede afirmar que existe inmediación en la inspección judicial, puesto que allí el juez tiene contacto directo con el hecho a probar; en los demás casos tan solo existirán grados de inmediación.

Debido a lo anterior, de manera subsidiaria se puede considerar la inmediación como la relación entre el juzgador y el medio de prueba. Con fundamento en esta idea, se ha creado una regla insoslayable, que funge realmente como garantía de esta concepción: el juez encargado de pronunciar la decisión de fondo debe tener contacto directo con el medio de prueba, so pena de considerar su práctica inexistente. Esta regla general encuentra su excepción en la prueba por comisionado.

Si se preguntara cuál es la esencia del medio de prueba testimonial, nadie dudaría en contestar que es el testigo mismo, por lo que se justifica que el derecho moderno colombiano exija su comparecencia para que el juzgador tenga contacto directo con él, o lo que es lo mismo, para que tenga inmediación.

La pregunta es, entonces, cuál es la esencia del medio de prueba pericial, ¿el perito como conocedor de un hecho que el juez desconoce, al estilo del testigo, o el dictamen pericial en donde analiza con fundamento en conocimientos especializados un objeto determinado que el juez conoce pero no entiende por falta precisamente de esos conocimientos? No necesariamente una respuesta niega a la otra, es evidente que existe un complemento; sin embargo la balanza se inclina hacia la última opción. Lo que interesa realmente de la prueba pericial es el dictamen, que puede ser oral y/o escrito, según criterios de política procesal del legislador de turno, y es que como dice Nieva Fenoll “(...) ¿Qué distancia existe entre pensamientos del perito, reflejado en el escrito, y el juez? Realmente ninguna, y por ello su análisis de esta prueba también se analiza con inmediación pese a ser escrita” (2009, p. 103).

Otro argumento que refuerza esta tesis se encuentra en el parágrafo del artículo 228 del CGP, en donde el legislador consideró conveniente regular la práctica de la prueba pericial de manera escrita: “En los procesos de filiación, interdicción por discapacidad mental absoluta e inhabilitación por discapacidad mental relativa, el dictamen podrá rendirse por escrito”.

Por todo lo anterior, se afirma que la escritura en el trámite de la prueba pericial no lesiona, ni siquiera reduce, principios como la inmediación, la concentración o la contradicción.

5.4 Reglas de prueba del perito en audiencia

Las reglas de prueba aplicables al perito en audiencia son las mismas que para la declaración de terceros y ya fueron explicadas en este trabajo. Lo mismo sucede en materia penal.

Es de resaltar que el legislador permitió expresamente las preguntas asertivas e insinuantes, léase sugestivas, en el desarrollo del conainterrogatorio del perito. Este es otro argumento para sostener que por regla general las preguntas que deben utilizarse en sede del conainterrogatorio son las de tipo sugestivo. Dispone la norma sobre este punto:

(...). En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuantes. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. (...) (Subrayado fuera del texto) (CGP, Art. 228).

6. Prueba documental

Los documentos en un proceso oral no pierden su esencia, por lo que resulta risible el hecho de que se exija en todos los casos, sin importar su extensión, su lectura o reproducción, según sea el caso.

De la definición de documento de Parra Quijano (2014) “documento es toda cosa capaz de representar un hecho cualquier o una manifestación del pensamiento” (p. 495), que es de corte carneluttiana al establecer como principal característica la representatividad (Carnelutti, 2000, p. 156), se extrae que este tipo de medio de prueba se compone de dos elementos: el objeto que contiene la representación y la representación misma.

Exigir la lectura o reproducción para la constitución de determinada prueba documental es suponer equivocadamente que el juez no cuenta con las capacidades para acceder a la representación (contenido) que se encuentra en el objeto (contenedor). Y resulta risible en mayor medida cuando se trata de un simple documento declarativo, como por ejemplo, un contrato de arrendamiento en donde

se parte de la base de que el juez no tiene la capacidad intelectual para acceder a su contenido, no puede leer *motu proprio*, por lo que las partes deben asumir el rol de lectores junto al “testigo de acreditación”.

No se trata de adaptar la oralidad en su totalidad de forma acrítica, dando como verdad absoluta que todo acto procesal oral será mejor que todo acto procesal escrito. Parafraseando Carnelutti, hablar y escribir no son medios irreconciliables o contrapuestos, en realidad son medios complementarios (1997, p. 100), correspondiéndole al legislador, también a la judicatura y la academia, evaluar la conveniencia de adoptar en cada acto procesal la oralidad o la escritura.

En materia penal sucede un absurdo, que ha sido matizado en buena hora por la Corte Suprema de Justicia (Sentencia de única instancia 36784, fecha 17-08-2012)¹⁸. En primer lugar, valga destacar que la figura de testigo de acreditación tiene fundamentos del todo válidos de cara a las garantías penales del sistema jurídico procesal actual (principio de no permanencia de la prueba), y que cobran una justificación palpable al comprender que toda evidencia debe soportar un examen riguroso para mutar al estatus jurídico de prueba, el cual permite al juez entrar a valorarla, y que los requisitos de ese examen deben ser superados con ayuda de un testigo que tenga la capacidad de acreditarlos (los requisitos son: identificación, autenticidad, pertinencia y confrontación). Sin embargo, esta regla llevada a lo absoluto, adoptada como una especie de purismo sin restricciones, genera que haya actos procesales que se realicen de manera contraria al sentido común y alejado de un pragmatismo moderado que tanta falta le hace a la justicia colombiana. Un ejemplo palpable de este tipo de actos procesales que resultan absurdos es lo que sucede con los documentos, particularmente con los de gran extensión.

Horas derrochadas leyendo documentos de una gran cantidad de folios se han permitido producto de una lectura literal, exegética y ciega del artículo 431 de la Ley 906 de 2004, según el cual es requisito para la mutación a prueba de la evidencia documental su lectura o reproducción íntegra.

18 “En efecto, si bien es cierto la norma en cita, denominada “*Empleo de documentos en el juicio*”, indica que esos escritos serán leídos y exhibidos de modo que todos los intervinientes en la audiencia de juicio oral y público puedan conocer su contenido, **ello no impone su lectura integral, absoluta y textual**, cuando quiera que varios de sus apartes no guarden relación con el objeto de la prueba, pues puede ocurrir que sólo una fracción del documento, sea la que resulte útil para el sujeto procesal que lo ha ofrecido, o por el contrario, sea necesaria su lectura integral, caso en el cual surgirá la carga argumentativa de señalar los motivos por los cuales es indispensable agotar la lectura integral del texto, mucho más cuando se trate de piezas de abundante foliatura, pues ante todo debe velarse por hacer eficaz el principio de celeridad procesal y la impartición de justicia en plazos razonables” (negrilla fuera del texto). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 36784, fecha 17-08-2012.

El CGP hizo caso omiso a las disposiciones de la Ley 906 de 2004 sobre documentos y oralidad, manteniendo una regulación tradicional (Mestre Ordóñez & Rojas Quiñones, 2013, pp. 145 y 150), postura que debe aplaudirse: el fanatismo no debe ser nunca el criterio para adoptar una institución jurídica.

La oralidad no afectó, por lo menos no en la misma medida que sucedió con la declaración de terceros y la pericial, el *iter* probatorio del documento. Sin embargo, existen dos cambios relacionados con la oralidad a resaltar: i) la posibilidad de la interposición de la tachadura oralmente (art. 269 del CGP) y ii) la exhibición de documentos en audiencia (arts. 266 y 267 del CGP).

Conclusiones

1. La ductilidad constitucional de que habla el profesor italiano Gustavo Zagrebelsky (2009) se ve reflejada en el derecho procesal colombiano: una misma Constitución permite la consagración legal de dos regímenes probatorios que por su ideología y teleología son antagónicos. En el proceso penal colombiano, regulado por la Ley 906 de 2004, se busca una verdad dialéctica, creada por el debate de las partes, al punto que se prohíbe la oficiosidad probatoria del juez. Recuérdese que la propia Corte Constitucional consideró que esta norma de carácter legal se justifica en razón al margen de libertad y discrecionalidad de que goza el legislador para concretar los mandatos constitucionales. En todas las demás especialidades jurídicas, por lo menos en las que irradia el CGP que son la gran mayoría, se busca una verdad material o real, la verdad no se construye sino que se confirma, al punto que se establece ya no como una mera facultad, sino como un deber del juez decretar pruebas de oficio para asegurar que la decisión judicial se tome teniendo en cuenta lo realmente sucedido.

2. Pese a la incompatibilidad de los regímenes probatorios señalados, luego de realizar una comparación entre la regulación de ambos códigos sobre tres medios probatorios (prueba testimonial, prueba pericial y prueba documental), son notables las similitudes de las reglas de prueba, lo que confirma el hecho de que la línea divisoria entre las viejas ideologías procesales contrapuestas se encuentra cada vez más borrosa.

3. Resulta de una enorme utilidad para la implementación del CGP la experiencia penal, especialmente lo referente a la prueba testimonial y pericial.

Referencias

- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales* (2ª ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Armenta Deu, T. (2003). *Principio acusatorio y derecho penal*. Barcelona: JM Bosch Editor.
- Armenta Deu, T. (2014). *Estudios de justicia penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Azula Camacho, J. (2008). *Manual de derecho procesal. Pruebas judiciales*; Tomo VI. (3ª ed.) Bogotá: Editorial Temis.
- Bejarano Guzmán, R.; Canosa Suárez, U. (2012) En *Segundo Foro Código General del Proceso*. (2: 24-10 de 2012: Bogotá, Colombia). Universidad de los Andes. Recuperado de <http://www.youtube.com/user/uniandes/featured>.
- Bentham, J. (1959). *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Editorial Ejea.
- Blanco, H. F. (2009). *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*. Tomo I. Parte General. Bogotá DC: Dupré Editores.
- Bytelman, A. & Duce, M. (2011). *Litigación penal. Juicio oral y prueba*. Bogotá: Ibáñez.
- Cadena Lozana, R. & Herrera Calderón, J. (2008). *Técnicas de Interrogatorio y Contrainterrogatorio en el Sistema Acusatorio*. (2ª ed.) Bogotá: Ediciones Jurídicas.
- Canosa Suárez, U. (2012). Código General del Proceso. Aspectos Probatorios. En *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (pp. 33-62). Bogotá: Departamento de publicaciones Universidad Libre.
- Capelletti, M. (1972). *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. (S. S. Melendo, Trad.) Buenos Aires: Jurídicas Europa-América SA.
- Carnelutti, F. (1997). *Derecho procesal civil y penal*. México DF: Harla SA de CV.
- Carnelutti, F. (2000). *La prueba civil*. (2ª ed.). (Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Trad.) Buenos Aires: Depalma.
- Castillo, N. A. Z. (1947). *Estudios de teoría general e historia del proceso* (Vol. Tomo II). México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Castro Ospina, S. J. (2005). *Cinco estudios sobre el sistema acusatorio*. Bogotá: Universidad Externado.
- Chiesa Aponte, E. L. (2005). *Tratado de derecho probatorio*. EEUU: Publicaciones JTS.
- Chiovenda, G. (1922). *Principios de derecho procesal* (Vol. I). Madrid: Reus SA.
- Comisión Redactora del Proyecto de Código General del Proceso Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Acta No. 29 - Mayo 5 de 2004. Recuperado de <http://www.icdp.org.co/descargas/Actas/>
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-202 (2005)

- Couture, E. J. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (3ª. (Póstuma) ed.). Buenos Aires: Roque Depalma Editor.
- Decastro González, A. (2005). *El contrainterrogatorio. Estudio sobre la práctica de la prueba testimonial adversa*. Medellín: Librería Jurídica Comlibros.
- Decastro González A. (2010). *La prueba de refutación*. Recuperado de <http://alejandrodecastroabogados.com/blog/wp-content/uploads/2010/03/La-prueba-de-refutacion-versi%C3%B3n-PDF.pdf>
- Delgado, J. G. (1998). *Derecho procesal civil* (Vol. Tomo I). Madrid: Civitas.
- Devis Echandía, H. (1976). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Víctor P. De Zavalía.
- Devis Echandía, H. (1982). *Compendio de derecho procesal*. Tomo II: Pruebas Judiciales. Bogotá: ABC.
- Devis Echandía, H. (2009). *Nociones generales de derecho procesal civil*. Bogotá DC: Temis S.A.
- Dworkin, R. (2010). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Espinosa Acuña, D. (2011). *Las técnicas del juicio oral*. Bogotá: Editorial Carrera 7ª.
- Fontanet Maldonado, J. (2010). *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*. (3ª ed.). San Juan de Puerto Rico: Jurídica Editores.
- Goldschmidt, J. (1936). *Derecho procesal civil*. Barcelona: Labor SA.
- Granados Peña, J. E. (2005). La prueba pericial y la prueba nobel en el marco del nuevo proceso penal en Colombia. *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*. (11), pp. 75-98.
- Guillén, V. F. (1992). *Teoría general del derecho procesal*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hartmann Arboleda, M. (2011). Anotaciones y concordancia al libro: *Litigación penal. Juicio oral y prueba* de Andrés Baytelman y Mauricio Duce. Bogotá: Ibáñez.
- Illuminati, G. (2014). Sistema Acusatorio y Adversary System. En I. C. *Procesal, XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (pp. 107-124). Cartagena: Universidad Libre.
- López Blanco, H. F. (2008). *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*. Tomo III. *Pruebas*. (2ª ed.). Bogotá: Dupré editores.
- Manzanero Puebla, A. L. (2008). *Psicología del Testimonio*. Madrid: Pirámide.
- Mestre Ordóñez, J. & Rojas Quiñones, S. (2013). La oralidad procesal de sus postulados teóricos a su reglamentación adecuada (especial referencia a las recientes reformas legislativas). En *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. (39). pp. 119-167.

- Molina, H. M. (1965). *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General*. Bogotá: Ediciones Lerner.
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2009). *Jurisdicción y Proceso. Estudios de ciencia jurisdiccional*. Madrid: Marcial Pons.
- Novoa Velásquez, N. A. (2012). *La Prueba Testimonial*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Parra Quijano, J. (2010). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: Librería ediciones del profesional Ltda.
- Parra Quijano, J. (2008) ¿Qué es realmente la intermediación? En E. Ferrer Mac-Gregor, & A. Zaldívar Lelo de Larrea, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo X: Tutela judicial y derecho procesal*. (pp. 367-392). México DF: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Peláez Mejía, J. M. (2014). Configuración del “derecho a la confrontación” en los Estados Unidos y Colombia. Un análisis constitucional para los sistemas de enjuiciamiento criminal. En *X Congreso Internacional de Derecho Procesal* (pp. 335-387). Cúcuta: Universidad Libre.
- Ramos González, C. & Vélez Rodríguez, E. (1996). *Teoría y Práctica de la Litigación en Puerto Rico*. Puerto Rico: Michie of Puerto Rico.
- Reyes Alvarado, Y. (2013). Empleo de los documentos en el juicio. En *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (pp. 565-575). Bogotá: Universidad Libre.
- Reyes Medina, C. (2009). *Las técnicas del proceso oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiana. Manual General para operadores jurídicos*. (2ª ed.) Bogotá: USAID.
- Rocco, U. (1976). *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General*. (Vol. II). Buenos Aires: Depalma.
- Rodríguez, G. (1990). *Curso de Derecho Probatorio*. (6ª ed.). Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Rojas, M. E. (2002). *La Teoría del Proceso*. Bogotá: Universidad Externado.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad*. (D. A. Scagliotti, Trad.) Madrid: Marcial Pons.
- Tejeiro Duque, O. A. (2013). Práctica probatoria en audiencia. En I. C. Procesal, *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (p. 175). Bogotá: Universidad Libre.
- Urbano Martínez, J. J. (2008). *La Nueva Estructura Probatoria del Proceso Penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Velloso, A. A. (2004). *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*. Primera Parte. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Zagrebelsky, G. (2009). *El derecho dúctil* (9ª ed.). (M. Gascón, Trad.) Madrid: Trotta.



Autor: Juan Carlos Gil Acevedo
Título: El ahorcado
Técnica: fotografía digital
Dimensiones: variables
Año: 2015

La prueba pericial en el proceso penal colombiano desde la dimensión social de la epistemología¹

DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a03

- 1 Artículo de investigación, producto del proyecto “La prueba pericial: el sistema de valoración en el proceso penal colombiano”, terminado en agosto de 2014, fue investigador principal el profesor Luis Bernardo Ruiz Jaramillo y coinvestigadores los profesores Yeison Manco López, Óscar García Arcila, Alejandra Ortiz Fernández y Lina Marcela Estrada Jaramillo; participó como estudiante en formación de pregrado Camilo González Estrada y como estudiante de maestría Julián Alexander Zuluaga Restrepo. Se contó con el servicio técnico de traducción del profesor Álvaro Yepes Henao. La investigación fue inscrita en el Sistema Universitario de Investigación, según Acta 13 de enero 16 de 2013 del Comité para el Desarrollo de la Investigación –CODI– y financiada por el Fondo de Apoyo al Primer Proyecto de Profesores de la Universidad de Antioquia. El proyecto está adscrito al grupo de investigación “Estado de Derecho y Justicia-EDJ” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la misma Universidad.

Fecha de recepción: 29 de septiembre de 2015

Fecha de aprobación: 19 de octubre de 2015

La prueba pericial en el proceso penal colombiano desde la dimensión social de la epistemología

Yeison Manco López²

Luis Bernardo Ruiz Jaramillo³

Resumen

En este artículo se prefiere hablar de la dimensión social de la epistemología en consideración a que el derecho es una construcción social, ya que es un ámbito colaborativo en el que los individuos producen conocimiento y decisiones a partir, entre otros, del sentido común o la ciencia. Desde esta dimensión, con autores clásicos como Haack, se afrontan aspectos de la prueba pericial tales como la científicidad, la competencia epistémica del juez-lego para valorar el conocimiento experto. Asimismo, se estudia la concepción de la prueba pericial como auxiliar del juez y las consecuencias de la misma para reglas jurídicas como la prohibición del conocimiento privado del juez y el uso de las generalizaciones del conocimiento humano. Finalmente, con los aportes de autores no-clásicos como Shapin o Kitcher se pone en cuestión, a partir de las prácticas sociales, el trasplante del adversarialismo en Colombia debido a la desigualdad que genera para la defensa.

Palabras clave: prueba pericial, epistemología, juez-lego, perito de parte, sistema adversarial, valoración racional.

The expert evidence in the Colombian criminal proceeding from the social dimension of epistemology

Abstract

Departing from an understanding of Law as a social construction, as well as a collaborative endeavor in which different individuals produce knowledge and make decisions based, among other elements, on their commonsense of science, this article explores the social dimension of epistemology. From this perspective, and grounded on classic theorists such as Haack, the paper examines different aspects of the “expert evidence”, including the scientificity, as well as the lay judge’s epistemic competence to assess expert’s knowledge. In the same manner, this report also explores the expert evidence as an assistant to the judge, and the consequences thereof for legal rules such as the prohibition of the judge’s private knowledge and the use of human knowledge generalizations. Finally, drawing on non-classical authors such as Shapin or Kitcher, and based on social practices, the paper calls into question the adversarialism being transplanted in Colombia, and the level of inequality generated for the defense.

Keywords: expert evidence, epistemology, lay judge, party expert, adversarial system, rational assessment.

2 Abogado y Magister en Derecho de la Universidad de Antioquia. Profesor de tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Integrante del grupo de investigación Estado de Derecho y Justicia. Correo electrónico: yeison.manco@udea.edu.co. A.A. 1226. Dirección de correos U. de A.: Calle 70 No. 52-21, Medellín, Colombia.

3 Abogado, Magister en Filosofía Política, actualmente cursa estudios de doctorado en Derecho en la Universidad de Rovira I Virgili (España) Profesor de tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Integrante del grupo de investigación Estado de Derecho y Justicia. Correo electrónico: bernardo.ruiz@udea.edu.co. A.A. 1226. Dirección de correos U. de A.: Calle 70 No. 52-21, Medellín, Colombia.

La prueba pericial en el proceso penal colombiano desde la dimensión social de la epistemología

Introducción

Este artículo presenta resultados de la investigación “La prueba pericial: sistema de valoración en el Código de Procedimiento Penal colombiano” (en adelante CPP/2004). El proyecto, entre otros objetivos, aspiró a investigar sobre la “caracterización del estatuto epistemológico” de la prueba pericial; lo mismo que el estudio del perito como órgano de prueba y la prestación del “servicio público de pruebas periciales”. En su desarrollo se encontró una amplia bibliografía sobre temas de epistemología en el derecho probatorio y en especial en las pruebas periciales. El hilo conductor y la perspectiva del estudio del presente artículo, es la dimensión social de la epistemología en el campo del derecho probatorio, más concretamente, en las pruebas periciales.

Los problemas que cabe abordar, desde lo epistemológico, consisten en si existe algo que pueda llamarse “estatuto epistemológico” en el conocimiento científico; si lo científico se constituye o no en categoría especial del saber con algún tipo de privilegio sobre otros saberes. Desde luego, caben otras preguntas conexas con las anteriores, tales como si es posible, en la época actual, concebir la función del *iudex peritus peritorum* y, por ende, si existe una total libertad del juez para usar su conocimiento privado cuando se trata de saberes expertos; en este mismo ámbito se cuestiona sobre la posibilidad de que el juez pueda integrar la experiencia de la vida en la valoración de la prueba. Relacionado con estos cuestionamientos también se plantea cómo debe concebirse la prueba pericial, si como auxiliar del juez o como medio de prueba en estricto.

Finalmente, se pregunta sobre la justificación de la creencia a partir del testimonio; en especial, si la misma es un acto de voluntad o si se somete a las reglas de la racionalidad práctica. Asimismo, se aborda el problema de la calidad del conocimiento experto que se adquiere con el servicio público de pruebas periciales para la defensa en un entorno institucional o burocrático como el regulado en Colombia.

Para abordar esta problemática debe tenerse presente que la prueba en general, desde los estudios clásicos de la epistemología, es un concepto que se encuentra intrincado en la formación del conocimiento y de las decisiones en muchos ámbitos sociales de la vida de las personas, ya sea el personal, el familiar, el social, el profesional, el académico, el burocrático, el judicial o el científico. No obstante, como lo advierte Haack (2007), en algunas vertientes de la filosofía se pregona la idea según la cual las creencias son una construcción social y al mismo tiempo se muestra escepticismo sobre el papel que juega en las mismas lo individual, la razón o la prueba. Escepticismo que ocurre toda vez que se considera que lo determinante en la conformación de las creencias es una suerte de negociación social o de conformidad con el conocimiento que se construye por razones ideológicas en ámbitos sociales como los mencionados (pp. 20-21).

En contraste con esta última concepción escéptica, en este artículo se parte de la idea clásica según la cual la prueba de los hechos juega un papel importante en las creencias individuales junto con las creencias de otras personas. Se advierte que en esta oportunidad no se tiene como objeto rebatir las tesis escépticas sobre los hechos, la prueba y la construcción individual de las creencias; sin embargo, sí se toman algunos conceptos importantes que vienen desde esas posturas que reivindican los estudios sociales de la ciencia, entre los que se encuentra el problematizar alrededor del papel de las instituciones o de la burocracia en la calidad del conocimiento que se conforma en el ámbito de la ciencia, y la implicación que tienen en el campo judicial y las pruebas periciales.

El objetivo general que se plantea en este artículo es el estudio de la dimensión social de la epistemología en el ámbito del derecho probatorio, de algunas de las concepciones y de las instituciones de la prueba pericial, teniendo presente tanto la normatividad procesal penal, como también la que regula el funcionamiento del servicio público de peritos en Colombia. Así se estudian las concepciones de la prueba pericial, en tanto auxiliar del juez o de mera opinión, o la del juez perito de peritos o la del conocimiento como autoridad; y se analizan, asimismo, las instituciones del adversarialismo, del conocimiento privado del juez, del perito de parte y de los criterios de científicidad.

Los objetivos específicos son: 1) Analizar y poner en cuestión la solidez, en la época actual, de la demarcación de las diferentes modalidades de pruebas periciales, en particular, a las que la legislación procesal penal les concede una caracterización especial como científicas o técnicas. 2) Estudiar las concepciones de la prueba pericial como auxiliar del juez o como medio de prueba en estricto o el juez como perito de peritos, desde la dimensión social de la epistemología y las consecuencias que conlleva para las reglas jurídico-probatorias como la

prohibición del conocimiento privado en la decisión judicial, los roles del juez y las partes, asimismo, la función de las generalizaciones del conocimiento humano en la valoración probatoria. 3) El análisis y la caracterización del perito y de las instituciones que prestan el servicio de pruebas periciales desde la dimensión social de la epistemología, en concreto, la conformación de las creencias en la burocracia estatal en instituciones como Medicina Legal y Ciencias Forenses, y la Defensoría del Pueblo, en un sistema adversarial como el que regula el CPP/2004.

Desde el punto de vista metodológico, el enfoque comprensivo es el pertinente para desarrollar este estudio, ya que en el ámbito epistemológico se puede dar cuenta de la multiplicidad de relaciones y condiciones de posibilidad que median la idea de conocimiento científico en la prueba pericial. Así, se parte de la idea según la cual el conocimiento científico no es ascéticamente neutro, concluyente y universal, por tal motivo, la perspectiva que arrojan los autores que se estudian en este trabajo es la más apropiada para fundamentar la investigación.

Las fuentes principales de este estudio documental son las obras originales de autores como Haack (2014), Carmen Vásquez (2014) y Dwyer (2008) quienes desde una perspectiva de la epistemología clásica ponen de presente la dimensión social del conocimiento para el estudio de las pruebas periciales; asimismo, se abordan otros autores como Weber (1964), Shapin (1995) y Kitcher (1995) que aunque asumen posiciones más fuertes sobre la incidencia de lo social en el conocimiento, sirven para caracterizar instituciones burocráticas relacionadas con la producción del conocimiento experto para el proceso judicial.

La temática en estudio se divide en dos capítulos: en el primero se explora la dimensión social del conocimiento en la prueba pericial; y en el segundo, se aborda la incidencia de las prácticas sociales sobre las instituciones o la burocracia en la producción del conocimiento experto para el proceso judicial.

1. La dimensión social del conocimiento en la prueba pericial

Se puede decir con Dwyer (2008) que la epistemología en el ámbito jurídico trata de cómo los jueces buscan, en lo mejor de sus capacidades, formarse creencias justificadas sobre la verdad basados, al menos en parte, en pruebas periciales en las que deban confiar. Por tanto, la epistemología jurídica ocupa un espacio dentro de la filosofía aplicada, concretamente en el área de la epistemología, así como dentro del derecho en relación a la prueba judicial (p. 9). Para efectos de este trabajo no se hace diferenciación de fondo entre conocimiento y creencia (Vásquez, 2014); se parte de la advertencia de Ferrer (2007, p. 19) en cuanto que en el ámbito jurídico-probatorio el conocimiento posible es el racional y experiencial, por lo que no es

aceptable dar por justificada una decisión solo con base en una creencia que no tenga un fundamento empírico. Ello en tanto se tiene como punto de partida el concepto de Estado de Derecho que exige obedecer la regla según la cual las actuaciones en el Estado, deben ser controlables y estar justificadas, de manera que no pueden alcanzar legitimidad las decisiones simplemente voluntaristas o caprichosas.

La dimensión social de la epistemología se expresa con dos tipos de componentes, de un lado, los próximos a la tradición de la prueba judicial; y del otro, los allegados a la sociología del conocimiento o algunas filosofías sociales. Como se verá estas distinciones no siempre resultan totalmente radicales, aunque si se pueden describir los ámbitos en que operan los aspectos sociales en el campo del derecho probatorio. En este trabajo se toma como referente la idea de Haack (2014) de una misma concepción epistemológica, por lo que, se prefiere hablar de dimensiones de la epistemología (individual o social) más que de epistemologías (individual, o social, o jurídica, o del sur, o feministas). La prueba pericial, desde la dimensión social de la epistemología, puede caracterizarse por los siguientes componentes:

Primero. La intermediación del juez en el conocimiento en el ámbito de los procesos judiciales es quizás uno de los componentes que más caracteriza, desde una concepción clásica de la epistemología, el proceso penal, pues se trata de un ámbito institucional y burocrático en el que se considera que en la figura del juez hace eclosión, oficialmente, la decisión sobre los hechos. Esta exigencia es expresión del carácter colaborativo del proceso judicial (Dwyer, 2008, p. 22). Por ello el CPP/2004 exige que sean los jueces, con sus cualidades de independientes e imparciales los que decidan sobre el crimen y la responsabilidad (Arts. 6, 19, 56-65); igualmente, la determinación de los hechos relacionados con el delito y la responsabilidad del acusado le corresponde a la jurisdicción penal (Arts. 29-55).

De esta manera, queda proscrita toda forma de justicia privada o por mano propia. Así, el componente social en el ámbito de la prueba judicial es, por excelencia, la presencia de un tercero llamado juez a quien le corresponde juzgar o decidir con base en la actividad probatoria que le propongan y le alleguen las partes a partir de sus investigaciones. Lo jurídico es un ámbito en el que, por medio de la prueba judicial, la información se dirige a un tercero a fin de que él la controle en cuanto a su admisibilidad y decida la solución del conflicto con base en ella.

De otra parte, al juez se le cuestiona su competencia epistémica (Dwyer, 2008, pp. 97-98) para controlar y decidir el conocimiento científico o técnico. La prueba pericial, por definición, se refiere al conocimiento de carácter científico, técnico o práctico que en todo caso supera el sentido común del juez. De allí se derivan debates que tienen que ver con la composición del juez; si el juez debe ser unicameral (único) o bicameral (el juez-funcionario del derecho y el jurado de los hechos);

o si es lego en los conocimientos especializados y si tiene o no la idoneidad para decidir sobre la admisión del saber experto y para su valoración en la sentencia; o si es preferible que el juez ostente la doble función de juez- experto.

Al respecto, el juez-funcionario tiene la ventaja de conocer el medio judicial, así como el comportamiento de los abogados y de los peritos, y mejor conocimiento de las relaciones que se pueden dar entre peritos, abogados y las empresas relacionadas con los litigios (Kaye *et al.*, 2011). Por su lado, el jurado tiene la ventaja de integrar a la sociedad a los procesos judiciales y darle mayor legitimidad social a sus decisiones, pero tiene la desventaja de ser más sugestionable o manipulable por las partes, y por ende, con mayores dificultades para superar los sesgos adversariales. Aunque en esta oportunidad no se profundiza sobre el asunto, hay que admitir que la disyuntiva unicameral-bicameral tiene desventajas que son superables con adecuadas regulaciones normativas.

Ahora bien, en relación con la disyuntiva juez-lego (unicameral o bicameral) o juez-experto, hay que mencionar que esta última opción tiene dos importantes inconvenientes en gran medida insuperables: en primer lugar se encuentra el denominado sesgo cognitivo, y en segundo lugar, la falacia del *iudexperitus peritorum*; los cuales se abordarán luego. Por lo pronto, puede decirse sobre estas disyuntivas que la solución más adecuada es un sistema de juez-lego, acompañado, según Vásquez (2014), de la estructuración de un proceso judicial más heurístico en el sentido de que el juez-lego tenga suficientes herramientas (cognitivas y procesales) para percibir los signos de credibilidad o desconfianza frente al perito y/o el conocimiento experto que se allega al proceso.

Segundo. Se tiene que el ejercicio de determinar los hechos relacionados con el delito y la responsabilidad del acusado por parte del juez debe estar “fundado en las pruebas (...)” (Art. 381 del CPP/2004). Esto es, el denominado por los estudiosos del derecho procesal (Devis, 1995, p. 116) o de la filosofía del derecho (Gascón, 1999, p. 128) como la necesidad de la prueba. Precisamente, la epistemología clásica tiene como aspecto esencial establecer las conexiones entre la prueba y la justificación de las creencias. Aspecto que en el campo jurídico también es primordial en tanto la prueba es el fundamento de las decisiones (o creencias) de los jueces. En esta oportunidad se sigue la opción que plantea Haack (2014) en el sentido de acoger una concepción epistemológica clásica en la que la prueba tiene un papel protagonista en la conformación de las creencias en el ámbito judicial; aún más, la concepción de la prueba que se pregona aquí tiene un componente experiencial básico.

Tercero. El carácter experiencial de la prueba judicial se puede ver cuando el CPP/2004 exige que los testigos declaren en cuanto a “la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la

percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración” (Art. 404); en relación con la prueba pericial prescribe el mismo código que “las investigaciones o los análisis se realizarán por el perito o los peritos, según el caso” (Art. 406). En términos de Haack, la prueba con respecto a las afirmaciones empíricas incluye la experiencia sensorial del sujeto, sus ojos, sus oídos etc. (2014, p. 13). Es de anotar que los aspectos sensoriales o perceptuales de la prueba son una exigencia importante en el derecho probatorio, a pesar de que la estructura de la prueba judicial impida la percepción o experimentación directas o inmediatas por parte del mismo juez: por ello, los testigos son los ojos y los oídos del juez. Así, la normatividad le exige al testigo que describa los hechos que percibe. No obstante, dentro del mismo pensamiento epistemológico clásico existen muchas divergencias sobre lo que es o no considerado como la prueba y las conexiones entre estas y las creencias; precisamente, tal es el marco en el que se discute qué es lo que significa la prohibición de que el juez use su conocimiento privado como prueba.

Cuarto. A los jueces en sus decisiones les está prohibido “utilizar su conocimiento privado” como prueba (Art. 435), por tanto, éstos deben fundar sus decisiones en el conocimiento que le aporten los denominados órganos de prueba (testigos o peritos o documentos). Con esto, como lo considera Dwyer (2008), se busca evitar el prejuizamiento (p. 22). Esta prohibición es muy propia de la prueba judicial, ya que en otros ámbitos del conocimiento al analista o al investigador si le está permitido el uso del conocimiento privado. Como consecuencia de esto, en la modernidad, se proscribió al antiguo “juez-justiciero”, quien fungía como testigo presencial de los hechos y en el mismo acto aplicaba justicia. La prohibición en cuestión es un componente de estampa profundamente social, ello en la medida en que el juez necesita del testigo para obtener el conocimiento; en términos epistémicos existe dependencia epistémica (Vásquez, 2014, p. 29) del juez con el órgano de prueba (el testigo); lo cual es explicado en términos de Dwyer (2008) al mencionar que el proceso es un ámbito en el que la determinación de los hechos es colaborativa (p. 22).

No obstante lo anterior, es ineludible que el juez ponga su conocimiento privado en la decisión, más no como prueba, sino a la manera de generalizaciones del conocimiento humano para valorar la prueba. La acepción de la prueba como lo probado (*proof*) trae a escena el papel que al momento de la decisión, cumplirán la prueba de los hechos y la interpretación de los mismos a partir de las generalizaciones del conocimiento humano. En términos de Dwyer (2008), las generalizaciones del conocimiento humano son un componente social que se constituye en el pegamento de las inferencias que hace el juez a partir de las pruebas (pp. 60-62). Se advierte que para evitar la falacia del *iudex peritus peritorum* el juez no puede, *motu proprio*, integrar a su decisión el conocimiento privado de

carácter experto que posea, ya que el conocimiento experto debe obtenerse con las garantías procesales en el contexto del proceso.

Quinto. La prueba de los hechos y las interpretaciones. La prueba judicial se concibe para efectos de este trabajo como una combinación de lo empírico y de las razones (Haack, 2014, pp. 13-14). Lo empírico se entiende, en términos de Haack (2009) como un equivalente aproximado a “factual” (p. 52); valga decir que se relaciona con los hechos. Por su parte, las razones se refieren a las inferencias o a las generalizaciones del conocimiento humano, incluyendo, entre otros componentes, el uso de la lógica. Al efecto, el *fundherentismo* de Haack (2009) se manifiesta con una combinación de fundacionalismo y coherentismo en la justificación de la creencia; tomando del fundacionalismo lo experiencial o sensorial como un componente que se ubica en la base de la justificación de una creencia; y del coherentismo, la conformidad con otras creencias de diversos tipos, entre ellas, las generalizaciones del conocimiento humano.

En la filosofía del derecho, desde Ferrajoli (1995), se resuelve este asunto en el ámbito de la valoración probatoria combinando la teoría de la verdad como correspondencia con las teorías sintácticas y pragmáticas como la coherencia y la aceptación justificada, lo primero como aspecto empírico y lo segundo como razonamientos de diverso orden (pp. 65-67). Desde el derecho procesal, Devis (1995), se refiere a la concepción de la prueba judicial como los motivos o razones que se desprenden de los medios de prueba (p. 34). Así, el hecho y su interpretación son imprescindibles. Las concepciones de la prueba como medio (*evidence*) y como lo probado (*proof*) se unen en el contexto del proceso, desde su producción a su valoración; la producción tiene como aspecto central el juego de roles entre las partes, el juez y los órganos de prueba; y la valoración tiene como aspecto básico los razonamientos o las inferencias que se hacen a partir del medio de prueba y el papel de “pegamento” o conexión que cumplen las generalizaciones del conocimiento humano.

La imposibilidad epistémica de distinguir tajantemente hechos e interpretaciones se manifiesta en el campo de la prueba pericial con la cuestionable distinción entre hechos y opinión; con la cual se ha caracterizado al medio de prueba (testigo) como quien lleva los hechos al proceso, y al perito como quien da una mera opinión. La consecuencia de la pericia como opinión es que se toma como un conocimiento auxiliar del juez y no como medio de prueba. Al respecto, explica Dwyer (2008) que tal distinción en términos categóricos es inútil ya que ignora la complejidad de los pasos de la inferencia que pueden haber llevado a la formación de un hecho o una opinión; casi todos los ‘hechos’ se forman por inferencia, pero se separan de las ‘opiniones’ porque el grado de inferencia es considerado como pequeño (pp.

96-97). Menciona Vásquez (2014) que desde la epistemología las diferencias entre el testigo experto y el testigo lego son más bien de grado en las formas jurídico-procesales, ello en cuanto al tipo de afirmaciones que se le permite a cada uno, a las formas de recusaciones o tachas o recursos que es posible aducir frente a ellos, a las responsabilidades jurídicas que asume el uno o el otro y a la retribución a que tienen derecho.

Finalmente, habrá que advertir que desde otro punto de vista, el de Wittgenstein (1998), puede inferirse el interés del lenguaje en el ámbito del conocimiento judicial, ya que muchas creencias, en especial las generalizaciones del conocimiento humano –que como vimos son el pegamento de las inferencias a partir de las pruebas–, se dan por supuestas y no se someten a prueba. Lo que no se comparte con Wittgenstein es que los juegos del lenguaje impliquen un edificio de creencias en el cual lo experiencial o sensorial se diluya y no cumpla el papel que ordinariamente tiene en los procesos judiciales, este es, el de permitir anclar los juicios sobre bases controlables. Aunque debe aceptarse que el lenguaje interviene en la conformación del conocimiento judicial, no todo tipo de lenguaje tiene el efecto de generar la aceptación de creencias sin bases racionales.

Por su lado, sin necesidad de recurrir a lenguajes formalizados sino partiendo del lenguaje natural, Haack (2007) sostiene que se puede diferenciar entre lenguajes como el ostensivo y el verbal, o el de observación y otros; de tal manera que existen lenguajes como el ostensivo, que tienen un referente externo al sujeto, susceptibles de corrección en cuanto a los objetos que definen, y por ende permiten fijar creencias individuales (p. 62).

En el derecho probatorio es común la combinación del lenguaje ostensivo y el verbal en las descripciones normativas, como por ejemplo, “quien matare a otro” (Art. 103 del Código Penal colombiano) o quien tenga una “cosa” con “ánimo de señor y dueño” (Art. 762 del Código Civil colombiano), susceptibles de corregirse con los objetos externos, como “persona lesionada o muerta”, o “cosa” que puede ser “finca” o “casa”; y al mismo tiempo requieren de definición otros conceptos como “ajenidad” o el “ánimo” o la “intención”, pero se resalta que no se pierde el referente externo por completo. En términos de Ferrajoli (1995), es la exigencia de la materialidad de la acción del lenguaje del legislador al establecer la tipicidad criminal para efectos de que pueda someterse a su prueba empírica (p. 96). Esto lo concibe Gascón (1999) al hacer referencia al modelo epistemológico cognoscitivista, en cuyas exigencias se encuentra que “los enunciados fácticos se conciban como *descripciones* de hechos que tiene una existencia independiente de esos enunciados”; por tanto, son enunciados con referentes externos (p. 65).

Sexto. La investigación es otro componente social de la epistemología ya que implica un juego de roles, en el cual las partes investigan y el juez juzga. Según Haack (2009), desde la epistemología a diferencia de otras actividades humanas como preparar la comida, componer una sinfonía, bailar o debatir, la investigación es un intento por descubrir la verdad de alguna o algunas preguntas (p. 363). Al respecto, el CPP/2004 tiene una estructura de la investigación en la que la verdad de los hechos se busca establecer mediante el sistema adversarial; allí la carga de determinar “los hechos que revistan las características de un delito” (Art. 66) le corresponde a la Fiscalía General de la Nación (Art. 114); y la oposición o contraprueba le incumbe a la defensa (Art. 125). En el sistema adversarial la iniciativa probatoria es asunto de las partes (Art. 374, 390-393, 405, 414-418), y la función del juez es decidir sobre la admisibilidad de la prueba, inmediar en su práctica y valorarla en la sentencia. Esta legislación acoge el sistema de perito de parte y abandona el anterior sistema de perito auxiliar del juez (Ley 600/2000). Sobre la dicotomía perito de parte o perito de juez hay que mencionar que ambos exhiben problemas, como por ejemplo, al de parte frente a los denominados sesgos adversariales y al de juez, el sesgo cognitivo.

Los sesgos adversariales, según Kaye *et al.* (2011), consisten en la tendencia de los peritos de parte a defender la posición de quien los contrata, más que a darle conocimiento de calidad al juez para decidir (pp.17-18); en contraste el sesgo cognitivo del juez es la posibilidad que tiene éste de limitar el conocimiento que requiere la parte para apuntalar su pretensión, y por ende, afectar el acceso mismo a la justicia a la parte interesada. Frente a esta situación es muy afortunada la regla 706 de las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses al prescribir la prueba pericial de oficio, ya que permite morigerar el rigor adversarial con una intervención limitada del juez; y además, le da una herramienta importante al juez-lego para entender mejor la ciencia o la técnica involucradas en la comprensión de los hechos. En contraste, para el caso colombiano existe una versión radical de adversarialismo que contiene una rotunda prohibición de la prueba de oficio (Art. 361).

Adicionalmente, a la investigación se le unen otros *desideratum* epistemológicos importantes, tales como, la pertinencia cognitiva (*relevance*) y la completitud de las pruebas. En efecto, la *relevance* es el punto de partida para el conocimiento admisible desde el punto de vista epistemológico. Así, la investigación sobre los hechos debe ser exhaustiva de tal manera que comprenda todas las pruebas posibles y relevantes que logren arribar a la verdad o a una mejor calidad del conocimiento. La pertinencia cognitiva, está regulada en el CPP/2004 (Art. 375) cuando exige como requisito de admisibilidad que la prueba sirva “para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados [la conducta

delictiva y sus consecuencias], o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito”. Por su parte, la completitud se desprende del preámbulo constitucional al establecer como fines del constituyente “asegurar” los valores de la justicia y el conocimiento. La justicia exige que al momento de la sentencia el juez encuentre que la investigación realizada probó en lo posible la verdad de los hechos.

Séptimo. La valoración racional de la prueba. El sistema de libre valoración es otro aspecto estructural de la prueba judicial, y tiene un significado negativo consistente en que el juez no está sometido a tarifa legal probatoria alguna (Gascón, 1999). No obstante, un aspecto importante en la epistemología del derecho probatorio es que las decisiones a partir de la prueba de ninguna manera pueden ser voluntaristas, se trata más bien de un ámbito racional regulado por normas jurídicas como también por reglas de la razón práctica (Ferrer, 2007). Las inferencias o razonamientos a partir de las pruebas son un ámbito muy propio de la epistemología clásica; sin embargo, como se ve luego, no puede reducirse a una epistemología individual, sino que tiene componentes sociales importantes con el papel que cumple la confianza social en el conocimiento humano por medio del uso de las generalizaciones. En primer lugar, el ámbito jurídico-probatorio es compartido en el sentido de que el juez para efectos de conformar su decisión sobre el objeto litigioso usa la información de terceros, bien como testigos (laicos o expertos) en dos sentidos: para establecer los hechos y como fuente de las generalizaciones del conocimiento humano que permiten la interpretación de los mismos.

Por tanto, en el campo judicial se puede compartir la idea de Wittgenstein (1998) del carácter social del conocimiento, en el sentido de que las creencias sobre algo se construyen con base en otras creencias: no obstante, como ya se advirtió, nos separamos del autor en cuanto al papel de la experiencia individual en las prácticas judiciales ya que, como vimos, consideramos de gran importancia ciertos componentes de la epistemología clásica, tales como los razonamientos basados en la prueba, el carácter deductivo o inductivo de los mismos, y el problema de la racionalidad y control de las decisiones en tal ámbito.

Octavo. La teoría reduccionista y la no-reduccionista de la justificación del testimonio debaten sobre qué es aquello que permite justificar una creencia sobre algo a partir del testimonio. Propone, la primera, la necesidad de comparar lo que ocurre con el testigo, con aquello que acontece normalmente en la vida; y propone, la segunda, que simplemente hay que confiar en la información que da el testigo (buena fe). El CPP/2004 tiene una suerte de combinación de ambas opciones ya que para la apreciación del testimonio prescribe que “el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por

los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad” (Art. 404). Criterios todos estos que son reconducibles al conocimiento del juez sobre lo que ocurre en la vida, por ejemplo, normalmente cómo percibimos, cómo reaccionamos ante las preguntas, qué se entiende por sentidos sanos, etc. En otras palabras, se trata de las generalizaciones del conocimiento humano o máximas de experiencia. El no-reduccionismo se fundamenta en la presunción de buena fe según la cual las autoridades públicas deben prodigar a las actuaciones de los particulares en la administración de justicia (Arts. 12 y 140).

Ya se vio que el proceso es un ámbito colaborativo, social, en el que el juez depende de la información de los hechos que le lleven los expertos, y que el juez funda sus decisiones a partir de las inferencias que haga a partir de los testimonios, y además el pegamento que une el testigo (medio de prueba) y las inferencias o razonamientos, lo constituye las denominadas generalizaciones del conocimiento humano que extrae de su experiencia vital. La teoría reduccionista, según Coady (1992), obliga que el juez en la justificación del testimonio ponga su conocimiento del mundo en aras de definir su fiabilidad; lo cual exige que el juez tenga en cuenta su interpretación del mundo y la de otras personas (pp. 82-83). En contraste, explica Lackey (2006), para la teoría no-reduccionista tal experiencia del mundo no es factible que la obtenga un individuo, por ello, las razones para justificar el conocimiento adquirido mediante el testigo se encuentran en este mismo, por lo que tienen como fuente la memoria, el razonamiento inferencial etc.; por tanto hay que confiar en éste a menos que se presenten infirmantes relevantes, tales como, contra-creencias o contra-pruebas (pp. 166-167). La idea de combinar las dos teorías epistemológicas se encuentra acorde con una concepción de la prueba pericial como medio de prueba, en la medida en que el conocimiento que el juez adquiere de la prueba pericial es más holístico, como se analiza luego.

Noveno. La concepción de la prueba pericial como medio de conocimiento y no como auxiliar del juez. La pericia como medio de prueba es algo que se encuentra claramente establecido en el Art. 382 del CPP/2004; sin embargo, el tema es polémico, pues hay autores que sostienen lo contrario; por ejemplo, el argentino Machado (1995, p. 33) asume que el perito “no está destinado a establecer medios de prueba, sino a brindar al juez elementos de apreciación”. Asimismo, dice López-Muñiz (2008) que “autores, como Gómez Orbaneja y el propio Prieto Castro estiman que los peritos son auxiliares del juez, y que le proporcionan los conocimientos que éste no tiene” (pp. 24-25). También la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana ha tenido la concepción de la prueba pericial como auxiliar del juez al considerar que el mismo juez en la sentencia puede integrar su conocimiento

privado de carácter científico; convirtiendo al juez en perito de peritos y por ende suplantando al perito mismo⁴.

Si se acepta esta última opción se considera que el juez puede integrar el conocimiento experto a su decisión de manera libre y, por ende, se concibe al juzgador como *peritus peritorum*, con todos los inconvenientes que esto implica para las garantías procesales. En efecto, cuando el juez integra en la sentencia de manera privada el conocimiento científico, este se torna incontrovertible, por tanto, puede implicar indefensión para una de las partes; precisamente, para evitar este problema para las garantías procesales, es que el conocimiento experto se debe allegar al proceso como medio de prueba, valga decir, por medio del perito en el contexto procesal.

Hay que precisar con Ferrer (2007) que en el contexto judicial es necesario superar la concepción según la cual el experto transmite conocimiento al juez, en quien produce un estado mental de convicción o de persuasión; así, el valor no depende de un estado mental del juez, sino del acatamiento por parte de este de los estándares de las pruebas, garantías procesales y de parámetros que le dan fiabilidad o validez al conocimiento experto. Por ello, la concepción de la pericia como medio probatorio favorece una intervención más activa del juez-lego para la adecuada asimilación y comprensión del conocimiento experto, lo cual se facilita con el juicio oral en el que el dictamen pericial surte diversas fases en las que la información del perito puede ser mejor asimilada por el juez, en la medida en que experimenta la actividad pericial desde el descubrimiento probatorio, la presentación del informe pericial, su admisibilidad y luego en la práctica, con la posibilidad de interrogatorios por el mismo juez. Además, la anunciada combinación de la teoría reduccionista y la no-reduccionista tiene realidad en el contexto de las fases de actividad probatoria, ya que en la valoración no se deja por completo a la imposibilidad que propone la teoría reduccionista de un juez que compendia el mundo, o del inconveniente de la teoría no-reduccionista de confiar ingenuamente en el perito. Así, en el contexto del proceso el juez tiene posibilidad de obtener signos de confianza (fiabilidad o credibilidad) o desconfianza en el dictamen, y luego en la sentencia, tiene mejores elementos para aplicar con su experiencia vital como pegamento para sus inferencias.

4 Un ejemplo de un caso en el que la Corte Suprema de Justicia (Sentencia de Casación Penal del 7 de marzo de 2002, Radicado 14043) incurre en la falacia *iudex peritus peritorum*, es el de una mujer acusada por el homicidio de su hija recién nacida, en el cual esa Corte, a partir del mismo dictamen médico-legal cuestionado con la casación, estableció que los razonamientos que hizo el perito con base en los hallazgos clínicos que concluían que el *nasciturus* fue objeto de homicidio, eran errados a la luz de la ciencia médica; luego la Corte procedió a realizar sus propias inferencias a partir de los mismos hallazgos clínicos y con base en el conocimiento adquirido *motu proprio* en la literatura médico-legal, extrajo la conclusión contraria, es decir, la muerte del *nasciturus* tuvo causas naturales.

Décimo. En cuanto a la caracterización del conocimiento experto se parte de la idea de que existe pluralidad de saberes con diversos niveles de desarrollo en cuanto a las técnicas o tecnologías que usan; asimismo, se presenta pluralidad de métodos y técnicas entre los diversos saberes. En la época actual, no puede decirse que exista un método definitivo para lo científico, ni tampoco es posible pregonar que tenga algunas características definitivas de carácter cualitativo que lo diferencien de otros saberes; ni mucho menos es posible afirmar la infalibilidad del mismo. A pesar de este punto de partida la discusión sobre el tema no es pacífica, de hecho, en la legislación y en práctica judicial aún se parte de la idea del carácter especial de la ciencia y se intenta aún establecer los llamados criterios de demarcación entre lo científico o no, con el fin de darle un valor especial a la ciencia sobre otros saberes; por tanto, aún continúa la tradicional tendencia de tomar lo científico con deferencia sobre su función educadora; es decir, la tendencia a tomar lo científico como criterio de autoridad por encima de su función instructora o pedagógica.

En efecto, el CPP/2004 establece una regulación especial para identificar el conocimiento que tiene el carácter de científico o técnico a fin de decidir sobre la admisibilidad en el proceso cuando se trata de “aspectos noveles” del mismo; para que ello ocurra, tal conocimiento debe cumplir al menos uno de los siguientes condicionamientos: que “goce de aceptabilidad en la comunidad académica” o que la “teoría o técnica subyacente” “haya sido o pueda llegar a ser verificada” o que “haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica”; o que en el caso de la “técnica científica” “se haya acreditado el nivel de confiabilidad” (Art. 422). Criterios de admisibilidad en los que la credibilidad del conocimiento científico dependerá de características propias de una determinada sociedad, como la aceptación por una comunidad académica, o la verificación de la teoría o de la técnica subyacente o el nivel de confiabilidad de una técnica científica. Aspectos todos referidos a componentes sociales del conocimiento que se refieren a las instituciones o la burocracia, o las comunidades científicas o académicas.

Como se dijo, tratar de establecer criterios para discriminar los diferentes saberes es lo que se ha denominado en la filosofía de la ciencia como el “problema de la demarcación” (Haack, 2005), esfuerzo dirigido a distinguir lo científico de los demás saberes a fin de darle mayor peso epistémico. No obstante, como lo explica Vásquez (2014), en la actualidad estos tipos de estudios han perdido importancia ya que las distinciones entre lo científico, lo técnico y lo práctico no se consideran más de cualidad, sino más bien de carácter cuantitativo (pp. 89-91). En términos de Haack (2005) lo científico es solo una extensión del sentido común mediante instrumentos, técnicas o herramientas, ni siquiera el método los puede demarcar. Precisamente este problema de la científicidad ha sido debatido en los casos de la

llamada trilogía Daubert (Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals de 1993, General Electric Co. v. Joiner de 1997 y Kumho Tire Co. v. Carmichael de 1999⁵) de la jurisprudencia estadounidense, y puede decirse que existe una diferencia importante con el tratamiento del tema en la legislación colombiana, ya que el Art. 422 le da un trato especial al conocimiento científico y técnico, y tal jurisprudencia abandonó las distinciones entre lo científico y lo no-científico en el caso Kumho. En este caso se dejaron atrás las diferenciaciones a priori entre los distintos saberes periciales, por lo que se considera que la fiabilidad es algo independiente del adjetivo que tenga el saber (científico, técnico o práctico), máxime porque va a depender de las circunstancias de cada caso en concreto (Vásquez, 2014, p. 156).

Finalmente, la demarcación es de poca utilidad, porque como lo dice Kaye *et al.* (2011) las caracterizaciones de lo técnico no han sido completamente satisfactorias. Ello en tanto la práctica ha mostrado que es usual que conocimientos técnicos o artísticos como la grafología o dactiloscopia se presenten en los manuales y ante los tribunales con el carácter y el método científico; en el mismo sentido, menciona Pérez Gil (2010), que los esfuerzos por diferenciar lo científico, lo técnico, lo artístico o lo práctico, no se logran con base en cualidades de uno u otro saber; lo usual es que la ciencia en el proceso judicial se manifieste en su vertiente aplicativa (la tecnología) y difícilmente se exprese mediante sus meras teorías; incluso, advierte que la prueba pericial es más una actividad fundamentalmente práctica en el sentido de que aplica teorías o técnicas a la realidad (p. 39).

Con lo anterior se quiere manifestar que la concepción de la prueba pericial como saber basado en la autoridad que se toma acriticamente por los jueces, no es posible en la época actual, por ello, es mejor concebir la pericia como medio de prueba que se somete a criterios de admisibilidad por el juez, y luego, en su práctica, a la contradicción de las partes en el juicio oral; por lo mismo, es ilegítimo que los jueces integren dicho conocimiento a su decisión a la manera de máximas de experiencia, ello bajo el mal entendimiento que trae el concebirlo como un mero auxiliar del juez.

Con esto no se trata de pregonar el relativismo en el conocimiento científico, ya que sin duda existen saberes con mejores técnicas o instrumentos que otros; como también hay saberes con mejores condiciones de reproducibilidad o repetitividad; no obstante, todos los saberes se someten al mismo sistema de garantías procesales y los jueces-legos, deberían tener las herramientas que les permitan una adecuada comprensión de la materia para contrarrestar los sesgos de los peritos y decidir sobre su admisibilidad y valoración, evitando, en lo posible, el error.

5 Esta trilogía refiere y ha sido usada en casos de tipo civil, no obstante modificó las Federal Rules of Evidence, concretamente la 702 que regula las condiciones del *experttestimony* o prueba pericial, aplicable también a casos penales por disposición de las reglas 101 y 1101 de las mismas.

Décimo primero. La dimensión social de la epistemología también se manifiesta en la prueba judicial con las prácticas sociales y judiciales; en el caso concreto de la prueba pericial puede verse cómo se estructuran las instituciones o la burocracia del conocimiento en la prestación del servicio de peritos dentro de una sociedad. A continuación se profundizará más sobre este punto.

2. El servicio de pruebas periciales desde las prácticas sociales en Colombia

De conformidad con el CPP/2004 el servicio de peritos lo cumplen los “expertos de la policía judicial, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, entidades públicas o privadas, y particulares especializados en la materia de que se trate” (Art. 406). Es de anotar que la Policía Judicial y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses hacen parte de la estructura administrativa de la Fiscalía General de la Nación (Art. 27 transitorio de la Constitución Política); estos organismos son dependientes del órgano de la acusación. Así, el perito de parte que se admite en nuestra legislación tiene la cualidad adicional de la dependencia administrativa, laboral o de otro orden con la parte procesal. Aspectos que a la luz de la experiencia de la vida genera cuestionamientos para la credibilidad del perito, pero que al momento de la valoración de la prueba tienden a ser encubiertos o minimizados por la autoridad del legislador; lo cual se constituye en un sesgo institucional del conocimiento y de las calidades del perito. Estas instituciones se ponen en situación crítica frente a su confiabilidad y credibilidad ya que no son solo peritos de parte, sino que adicionalmente son dependientes de la parte.

Por su lado, el acusado tiene legislativamente la posibilidad de tener sus peritos de confianza, no obstante, en Colombia esto no deja de ser una quimera por la imposibilidad económica para el pago de los mismos. Las posibilidades reales de peritos para el acusado son los que le dispense la Defensoría del Pueblo o los que le designen las mismas instituciones adscritas a la Fiscalía. Los acusados en Colombia se encuentran en una situación crítica para su acceso a la justicia ya que en la realidad solo tienen acceso a peritos que “no son de su confianza” (Defensoría del Pueblo) o los mismos de la Fiscalía, y solo excepcionalmente a los de “su confianza”, si los puede pagar. A propósito de esto último, según un informe realizado por el Grupo de Derecho de Interés Público (Universidad de los Andes, 2012) a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a diciembre de 2011 la población penitenciaria en Colombia era del 79.4% de los estratos socio-económicos 1, 2 y 3 (p. 6); por lo que cabe inferir que, por lo general, los sujetos pasivos del sistema criminal no tienen posibilidades económicas de conseguir a sus “peritos de confianza”.

Además, si se comparan los recursos disponibles para la función de acusar por parte de la Fiscalía y los relacionados con la defensa que tiene la Defensoría del Pueblo, encontramos que, según el informe de Ejecución Presupuestal Consolidado al 31 de Diciembre de 2014 (2015, p. 14), los gastos en la Fiscalía General de la Nación fueron de \$2.188.484.991.787,60; mientras, para la Defensoría del Pueblo, según el XXII Informe de la Defensoría del Pueblo presentado al Congreso de la República por el año 2014 (p. 425), se invirtió en gastos un total de \$381.167.000.000 para atender múltiples funciones relacionadas con la protección de los derechos humanos en diversos ámbitos como el carcelario, en la fuerza pública, los derechos económicos y sociales, la población desplazada, los derechos de las víctimas, derechos de los niños y adolescentes, el ámbito de la minería ilegal, las comunidades indígenas, derecho a la salud, y el acceso a la justicia; dentro de este último rubro se encuentra un ítem marginal para las pruebas periciales las cuales tienen que ser compartidas entre la defensa y las víctimas.

Es de anotar que el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses tuvo un presupuesto de gastos en las pruebas periciales para el 2014 de \$183.404.769.339 (Fiscalía General de la Nación, 2015, p.191) lo que es casi la mitad del total de gastos a diciembre de 2014 de la Defensoría del Pueblo para cumplir sus múltiples funciones, entre ellas, la misión marginal de la defensa. Además, la Fiscalía cuenta con 25 laboratorios acreditados (Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2015, p. 60) y con los peritos del Cuerpo Técnico de Investigación en diversos campos periciales como química, genética, balística, metrología y microscopia electrónica de barrido, algunos de ellos certificados. En contraste, el servicio de pruebas periciales en la Defensoría del Pueblo es más bien marginal ya que divide el país en 5 regiones que comprenden cada una varios departamentos; y tampoco cuenta con laboratorios forenses acreditados (Informe de la Defensoría del Pueblo, 2015, p. 405). Finalmente, es un dato revelador de la precariedad de la defensa en Colombia, que el promedio de procesos para cada defensor sea de 68 casos (Informe de la Defensoría del Pueblo, 2015, p. 370).

Sobre estas prácticas judiciales en Colombia cabe cuestionarse acerca de los sesgos en las pruebas periciales. Según Dwyer (2008), el término “sesgo del perito” cubre una serie de situaciones en las que un espectador razonable puede concluir que las pruebas presentadas por el perito no son las pruebas que se podrían esperar de un experto seleccionado al azar; que actuara con equilibrio. Kaye *et al.* (2011) hacen una tipología de los sesgos adversariales en la prueba pericial, estos tienen como base la relación social entre el experto y la parte que lo contrata y le define el objeto de su labor. Estos sesgos se expresan, por ejemplo, cuando el experto adrede utiliza expresiones de certeza o de duda para favorecer la parte o cuando

utiliza instrumentos, teorías, o técnicas que den resultados a favor de la parte (sesgo consciente); también se expresa con el impulso natural de hacer algo útil por quien te emplea y te remunera adecuadamente (sesgo inconsciente), o con la tendencia a que los abogados o sus bufetes escojan y presenten a los tribunales entre todas las comunidades científicas, o académicas, o profesionales, solo aquellos expertos que se encuentren a favor de sus tesis (sesgos de selección) (pp. 17-23). En Colombia el problema se agrava por el hecho de que la acusación tiene expertos bajo su dependencia administrativa y económica permanente, lo cual genera un sesgo institucional que ni los mismos jueces tienen herramientas para contrarrestar debido a la autoridad del legislador que los encubre.

Desde la epistemología Haack (2014) pone en cuestión dos posiciones enfrentadas sobre el método de investigación judicial adversarial, la del Magistrado Frankel cuando proclama que el choque entre adversarios, el sesgo de la acusación *versus* el contra-sesgo de la defensa, son un poderoso mecanismo para obtener la verdad; y el pensamiento de Peirce al considerar que este método es una fórmula para el desastre del sistema judicial. La autora considera que el sistema adversarial puede llegar a ser un buen método de investigación pero requiere de ajustes normativos para contrarrestar sus sesgos (pp. 33-35). Si no es satisfactorio el método adversarial en un sistema como el estadounidense en el que existen mejores condiciones de igualdad para enfrentar la acusación y la defensa, se pregunta, entonces, qué se puede esperar de un sistema como el colombiano en el que cerca del 80% de la población detenida tiene unas condiciones económicas precarias. En otras palabras, el método de investigación adversarial en Colombia realmente no es una lucha del sesgo de la acusación y el contra-sesgo de la defensa, sino que, en la mayoría de las ocasiones, la tendencia es a un monólogo del sesgo de la acusación. Este punto del caso colombiano es bueno analizarlo desde lo que puede llamarse las filosofías sociales del conocimiento o la sociología del conocimiento.

Primero. Sobre la construcción social del conocimiento. Puede decirse que la tradición de la epistemología individual lleva a que cualquier discusión epistemológica respecto de la ciencia se ubique única y exclusivamente en el campo interno o de la validez de un cuerpo de conocimiento determinado; no obstante, puede decirse a partir de Shapin (1995), que además de este ámbito interno del conocimiento, en la que tiene relevancia el dato, el método, el experimento, etc., también la construcción del conocimiento toma lugar en un campo social y moral. Según él, el conocimiento solo es posible porque es un producto de una interacción social, y por esto, cobran importancia la cotidianidad y las prácticas de investigación científica. Para este autor (1995), las relaciones en que se basan y aseguran los conocimientos son de tipo moral, y la confianza juega un papel en ellas para la

construcción y el mantenimiento del orden social y del conocimiento. Considera además que en la interacción social tiene lugar la definición de lo que se considera como verdadero o falso en un momento y lugar determinado (p. 3).

Según Shapin (1995), la confianza moral permite a las personas creer en otros y obtener a través de ellos conocimientos que les son absolutamente ajenos y que les serían imposibles de comprobar por medio de la experiencia inmediata. Para el caso de la ciencia, la comunidad científica confía en el otro solo si éste ya se ha sumado al acumulado existente de conocimiento creíble (p. 19). Del mismo modo, en la sociedad existen unos agentes de confianza que no son algo diferente de personas o instituciones reconocidas como afirmadoras de verdad; la sociedad funciona a partir de acciones e interacciones colectivas en las que se configuran las economías de la verdad (p. 6). Además, este autor considera que la confianza es algo como el pegamento de la sociedad, de suerte que si la sociedad no tiene confianza, en realidad no tiene la obligación moral de cumplir sus promesas y decir la verdad. La sociedad solo puede funcionar con base en lazos de confianza que no deben romperse, so pena de perder la credibilidad dentro de ella misma (p. 19).

Precisamente, la sociedad, por autoridad del legislador, pone la confianza en la obtención del conocimiento en instituciones de carácter burocrático como Medicina Legal y Ciencias Forenses, en la Policía Judicial y en la Defensoría del Pueblo, como también en agentes de carácter privado. Como se dijo, cabe cuestionarse sobre la credibilidad del conocimiento que se genera por iniciativa del órgano de la acusación en instituciones como Medicina Legal y Ciencias Forenses, cuando el mismo obedece a la iniciativa de la Fiscalía General de la Nación.

Segundo. Weber (1964) ofrece un provechoso punto de vista sobre el componente institucional, ello porque permite relacionar la dominación basada en la legalidad y la burocracia. Según él, todo derecho puede establecerse como verdad y a pesar de su abstracción, se hace legítimo en tanto parte de un consenso para cuidar los intereses de la asociación. La dominación de la legalidad posee, entre otras características, una subordinación del funcionario a la ley, una delegación estricta de competencias y funciones, una especialización o profesionalización del trabajo y unos procedimientos estandarizados para el cuadro administrativo burocrático de la organización. Estos principios rigen un cuerpo administrativo permanente que se encarga de dar eficiencia, celeridad e impersonalidad a los procesos descritos. Este tipo de estructuras recibe el nombre de burocracia. La idea clave de Weber en este punto es que la dominación legal y el aparato burocrático se basan en el control del saber, en el manejo de la información y no en las relaciones productivas como lo planteaban algunos autores de su época.

Ahora, la afirmación de que la burocracia se encuentra fundada en el manejo del saber y de la información, es un asunto más sensible que debe mirarse detenidamente en el caso de las instituciones relacionadas con el mundo académico y científico. Pues bien, problematizando sobre la relación de los conceptos de burocracia y ciencia, puede preguntarse si ¿En efecto la institucionalidad de una burocracia de científicos al servicio del aparato penal del Estado genera credibilidad sobre sus hallazgos? O si ¿Dicha burocracia afecta de algún modo el ejercicio de valoración probatoria?

Desde luego, del sesgo estructural o institucional que genera el hecho de que los peritos se conciban, por la misma autoridad del legislador, como partidarios o parciales que son a la vez dependientes, no se sigue de manera automática, que sean prevaricadores o pusilánimes frente a las prácticas ordinarias que se pueden generar frente a las autoridades administrativas. Lo que si puede decirse, es que indiscutiblemente, si la legislación trasplanta de otras legislaciones estos métodos de investigación de los hechos, debe también tener presente el contexto procesal en el que se implementan. Sin duda alguna, los desequilibrios económico-sociales, lo mismo que la ausencia de alguna política pública seria para mitigarlos, son fenómenos que van a generar poca credibilidad en el conocimiento que se genera en el proceso. Así, los aspectos sociales que se ponen en funcionamiento para la generación del conocimiento en el proceso son fuertemente desfavorables para la defensa.

Tercero. Sobre las comunidades científicas. Kitcher (1995) plantea que en la sociedad existe una división social del trabajo cognitivo y que gracias a esta división aparecen diversas comunidades científicas. Para él, las estructuras sociales se pueden ver como relaciones entre individuos quienes se unen a través de procesos de socialización de diversa índole (p. 303), de manera tal que si la persona no se somete a dichos procesos no podrá ingresar en tales comunidades. Plantea que las relaciones y el diálogo entre los científicos son esenciales y se desarrolla, de igual forma, a partir de procesos definidos por la confianza (p. 304).

Ahora bien, Kitcher se enfoca en el estudio de las comunidades científicas, las relaciones entre los científicos y los diferentes modelos que pueden plantear dichas comunidades para permitir el progreso cognitivo de la ciencia. Allí está el aporte valioso de Kitcher (1995) reflejado en una de las premisas del modelo que propone para clausurar y superar los debates científicos que encarnan ciertas ideas del racionalismo y ciertas ideas del irracionalismo, en sostener que los científicos están tan movidos por lo no epistémico como por las metas epistémicas (pp. 200-201). Por vía de la burocracia se incorporarán las metas no epistémicas a las que esta se encuentra vinculada y de las que participa al lado de otras instituciones que

hacen parte del mismo aparato estatal. Y es este carácter burocrático el que permite que la influencia de las metas no epistémicas sea aún mayor de lo que puede ser en una comunidad del conocimiento normalmente inclinada a la academia. La burocracia entonces no será ajena a su entorno ni a los objetivos estatalmente definidos para el aparato del que participa. Sostener lo contrario sería, en este caso, negar las evidentes diferencias que existen entre esta burocracia del conocimiento y cualquier otra comunidad científica.

La burocracia en nuestro medio gobierna instituciones de conocimiento experto y que se constituyen en agentes de confianza dentro del proceso penal; y desde luego, en dichas instituciones confluyen las comunidades científicas. Así, la comunidad científica burocratizada se encuentra sujeta a una estructura y unos procedimientos por medio de los cuales deben realizar su actividad investigativa. Ello quiere decir que su actividad científica es un dinamismo que no solo está regido por las reglas y protocolos reconocidos como válidos dentro del saber específico, sino que también se rige por las formas que le imponen la legalidad y el poder reglamentario. Son estos últimos los que definen jerarquías, etapas y maneras de proceder de la actividad pericial científica. Por lo anotado puede hablarse de una burocracia del conocimiento que se puede caracterizar por lo siguiente:

- 1) La actividad del perito se sujeta a los requerimientos institucionales para formular sus hallazgos o resultados investigativos; lo cual se manifiesta con el uso de las formalidades y formatos prescritos para tal fin.
- 2) Asimismo, la incorporación de los individuos a tal comunidad y las directrices destinadas a regir la cotidianidad del trabajo de la burocracia, se establecen por los fines mediante los cuales funciona.
- 3) La burocracia del conocimiento no tiene solo un interés estrictamente cognitivo, es decir, toda su actividad no va dirigida a eliminar las ambigüedades que se encuentren en la investigación y a llegar a una conclusión científica cierta en todos los casos; así, el compromiso del científico no se encuentra estrictamente con el hecho investigado ni con la ciencia, sino con la hipótesis de la parte para la que trabaja.
- 4) Fuera de lo anterior, la burocracia compartirá los mismos recursos por medio de asignaciones tendientes a priorizar ciertas áreas en desmedro de otras; de tal modo, la investigación científica y sus desarrollos o resultados estarán sujetos a este orden de asignaciones en la estructura burocrática. Por tanto, la pertinencia del conocimiento es definida por los intereses de la estructura burocrática.
- 5) Para Kitcher (1995), así como la ciencia tiene metas, los individuos tienen metas propias y también las tienen las comunidades a las que pertenecen; aunque en

un ámbito científico por lo general éstas son epistémicas, también pueden ser de otro tipo, como religiosas, políticas y demás (pp. 180-181). Se precisa que esto de por sí no implica que en las comunidades se caiga en el camino de la irracionalidad; más bien lo que ocurre es que muchas metas no-epistémicas son compatibles con las epistémicas. No obstante, la burocracia corre el riesgo de que lo no-epistémico en un caso determinado pueda resultar prevaleciendo sobre lo epistémico. Lo no-epistémico en las pruebas periciales lo definen las políticas públicas del estado y las prácticas gubernamentales, incluyendo las corruptas.

Conclusiones

1) El derecho es una construcción social ya que los individuos en un ámbito colaborativo producen conocimiento y decisiones a partir, entre otras cosas, del sentido común o la ciencia. El componente social primordial del proceso judicial es la intermediación del juez en la medida en que implica la proscripción de las formas de justicia por mano propia y una división de funciones entre las partes, los testigos y el juez. Lo que se cuestiona en esta división de roles es la competencia epistémica del juez y del perito en cuanto a la preparación profesional o académica o la experiencia para afrontar las actividades relacionadas con el conocimiento experto. En esta problemática se habla de la dicotomía del tipo de juez, si lego o experto en el conocimiento; o el tipo de perito, si es de juez o de parte. Se concluye que es preferible el juez-lego en cuanto evita el sesgo cognitivo del juez-experto y mediante un sistema de reglas el juez-lego puede mitigar o superar el sesgo adversarial; entre estas reglas ideales se encuentra la posibilidad de interrogatorios e incluso de nombrar oficiosamente expertos, y de exigirle a las partes y sus peritos que demuestren la fiabilidad del conocimiento en las diversas fases procesales.

En cuanto a la dicotomía perito de parte o perito del juez, se concluye que el perito debe ser de confianza de las partes a fin de permitirle a estas el acceso al conocimiento, pero al mismo tiempo, con justificación suficiente, se le debe dar la posibilidad al juez de un experto de confianza para entender cabalmente el conocimiento experto de que se trate.

2) Desde la dimensión social de la epistemología se puede concebir la prueba pericial como medio de prueba en estricto, lo cual significa que la misma se admite, se practica y se valora en el contexto del proceso judicial. Esta concepción repele la idea de la prueba pericial como mera opinión y al juez como *peritus peritorum*; precisamente, estas dos concepciones de la prueba pericial obedecen a la idea de tomar el conocimiento experto como integrante del saber privado que integra

libremente el juez en su decisión. Por tanto, el conocimiento experto solo puede ingresar al proceso por medio del perito con el propósito de garantizar que el mismo sea objeto de contradicción, evaluación de su admisibilidad por parte del juez a fin de que pueda obtener criterios de credibilidad sobre el conocimiento experto.

3) La dimensión social del conocimiento experto se manifiesta con la prohibición de que el juez lo integre *motu proprio* en la sentencia a la manera de generalización del conocimiento o como sana crítica. La prueba pericial, como cualquier otra, implica que se ingrese al proceso en una actividad colaborativa entre las partes, los órganos de prueba y el juez. Esto se explica desde la epistemología social por la dependencia epistémica del juez con respecto a los testigos o peritos (órganos de prueba) para la obtención del conocimiento para el proceso.

4) La concepción de prueba judicial comprende tanto el dato sensorial como también los razonamientos a partir de los mismos. Exactamente, las generalizaciones del conocimiento humano son un componente social que sirve de pegamento o conexión entre el dato sensorial y la inferencia o razonamiento. Esta concepción de la prueba es importante al momento de la valoración de la misma en el sentido de que no se trata de un acto dejado a la voluntad del juez, sino que se encuentra sometido tanto a reglas jurídicas como también de la razón práctica. Se advierte que en la justificación de la decisión judicial es tan ingenuo pensar que el juez puede integrar la vida a su decisión, como también que se confíe acríticamente en el perito o testigo en virtud de la buena fe que se sobreentiende en las actividades que realicen los particulares ante las autoridades estatales. Ante esta disyuntiva se prefiere un sistema procesal en el que el juez pueda exigirle al perito que exprese los signos de credibilidad, tanto del conocimiento como del órgano de prueba mismo.

5) A partir de datos normativos como también de informes de diversas autoridades relacionadas con la obtención del conocimiento experto en el proceso penal, se concluye que el adversarialismo como estrategia de investigación del conocimiento para el proceso tiene importantes fallas en el ámbito de las pruebas periciales, ya que se aplica en una sociedad en la que cerca del 80% de los detenidos o condenados por delitos penales son personas de escasa capacidad económica como para acceder a peritos de su confianza; por lo cual, esta amplia población tendrá que resignarse con peritos ubicados en estructuras burocráticas como las de Medicina Legal y Ciencias Forenses o la Policía Judicial o la Defensoría del Pueblo; estructuras que tienen sus propios intereses y que estos no siempre coinciden con los del sujeto pasivo del proceso penal. Además, los miembros de tales estructuras, en general, obedecen a metas no-epistémicas que pudieran estar en contra del mismo imputado o acusado. En Colombia, más que definir el sistema adversarial como el sesgo de la acusación *versus* el sesgo del acusado, es más preciso decir que se

trata de un monólogo del sesgo de la acusación; solo excepcionalmente, cuando el acusado tiene posibilidades de escoger su perito y de pagarlo, puede decirse que puede darse un verdadero adversarialismo.

Referencias

- Coady, C. (1992). *Testimony, a philosophical study*. New York: Oxford University Press.
- Defensoría del Pueblo. (2015). *Vigésimo Segundo Informe del Defensor del Pueblo de Colombia al Congreso de la República*. Bogotá. Recuperado de: www.imprenta.gov.co
- Devis, H. (1995). *Teoría general de la prueba judicial* (5ª ed., Vol. I). Bogotá: ABC.
- Dwyer, D. (2008). *The Judicial assessment of expert evidence*. Cambridge: Cambridge University.
- Federal Rules Evidence. (2015). (F. E. Review, Ed.). Recuperado el 25 de 03 de 2015, de <http://federalevidence.com/downloads/rules.of.evidence.pdf>
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. (P. A. otros, Trad.) Madrid: Trotta.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Fiscalía General de la Nación. (2015). *Ejecución Presupuestal Consolidada al 31 de Diciembre De 2014*. Bogotá. Recuperado de www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Copia-de-eje-cuarto-trimestre-diciembre-de-20141.pdf
- Gascón Abellán, M. (1999). *Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Grupo de Derecho de Interés Público-Universidad de los Andes. (2012). *Informe Relativo a las personas privadas de la libertad en Colombia (años 1991 a 2011)*. Informe a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Universidad de los Andes, Bogotá. Recuperado el 25 de 08 de 2015, de <http://gdip.uniandes.edu.co/index.php?modo=resultados&id=1>
- Haack, S. (2005). Trial and Error: The Supreme Court's Philosophy of Science, Forthcoming; The Coronado Conference: Scientific Evidence and Public Policy. Available at SSRN: *American Journal of Public Health, Supplement 1, 95*(S1). Recuperado el 16 de Diciembre de 2014, de <http://ssrn.com/abstract=695341>
- Haack, S. (2007). *Defending Science -within reason, between scientism an cynicism*. New York: Prometheus books.
- Haack, S. (2009). *Evidence and inquiry, a pragmatist reconstruction of epistemology* (2a, expanded ed.). New York: Prometheus Books.
- Haack, S. (2014). *Evidene Matters, Science, Proof, and Truth in the law*. New York: Cambridge University Press.

- Kaye, D.; Bernstein, D., & Mnookin, J. (2011). *The new Wigmore: a treatise on evidence: expert evidence* (2 ed.). Austin: Aspen Publishers.
- Kitcher, P. (1995). *The advancement of science*. New York: Oxford University Press.
- Lackey, J. (2006). It takes two to tango: beyond reductionism and non-reductionism in the epistemology of testimony. En L. A. Sosa, *The Epistemology of Testimony* (pp. 160-189). Oxford: Oxford University Press.
- Lopez-Muñiz Coñi, M. (2008). *La pericial, guía práctica y jurisprudencial* (3ª ed.). Madrid: Colex.
- Machado Schiaffino, C. (1995). *Pericias*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.
- Pérez Gil, J. (2010). *El conocimiento científico en el proceso civil: ciencia y tecnología en tela de juicio*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Shapin, S. (1995). *A social history of truth*. Chicago and London: The University of Chicago Press.
- Vásquez, C. (24 de octubre de 2014). *La prueba pericial. Entre la deferencia y la educación*. Tesis doctoral, Universitat de Girona, Dret Privado. Recuperado el 24 de marzo de 2015, de Universitat de Girona: <http://www.udg.edu/Default.aspx?tabid=4764>
- Weber, M. (1964). *Teoría de las categorías sociológicas. En Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Wittgenstein, L. (1998). *Sobre la certeza*. Barcelona: Gedisa.



Autor: Juan Carlos Gil Acevedo
Título: Derroche
Técnica: fotografía digital
Dimensiones: variables
Año: 2014

El precedente judicial y el acceso a la ayuda humanitaria por parte de la población víctima del desplazamiento forzado: análisis de los fallos de tutela proferidos por los Jueces del Circuito de Medellín en los años 2012 y 2013¹

DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a04

1 Artículo de investigación, derivado del proyecto “Acción de Tutela respecto al Registro y las Ayudas Humanitarias de la Población Desplazada: ¿garantía de derechos o barrera de acceso?”. Es investigador principal el profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Jaime Alberto Agudelo Figueroa. Jorge Luis Montoya Villegas, Leidy Dávila Cano, Bonnie Cotes Rodríguez y Rafael Alzate Vargas, participaron como auxiliares de investigación. Proyecto inscrito en el Sistema Universitario de Investigación de la Universidad de Antioquia, cofinanciado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Investigación terminada 14 de julio de 2015

Fecha de recepción: 21 de agosto de 2015

Fecha de aprobación: 16 de septiembre de 2015

El precedente judicial y el acceso a la ayuda humanitaria por parte de la población víctima del desplazamiento forzado: análisis de los fallos de tutela proferidos por los Jueces del Circuito de Medellín en los años 2012 y 2013

Jorge Luis Montoya Villegas²

Resumen

Con la acogida por parte de la Corte Constitucional de la figura del precedente, este tribunal ha podido establecer en sus decisiones lineamientos de índole jurídico, que derivan en normas de obligatorio cumplimiento para los jueces y demás órganos y entidades administrativas existentes en el país, como ha sucedido con la declaratoria del estado de cosas inconstitucional contenido en la Sentencia T-025 de 2004 y sus autos de seguimiento.

Derivado de lo anterior, se realizó el análisis de 224 sentencias proferidas entre los años 2012 y 2013 por los Jueces del Circuito de Medellín, en las que se resolvieron peticiones de entrega de ayuda humanitaria propuestas por las víctimas del delito de desplazamiento forzado, con el que se pretendió determinar si los jueces de instancia al fallar tienen en cuenta el precedente emanado de las decisiones de la Corte Constitucional. Del análisis realizado genera gran preocupación que de los 224 fallos revisados, solo en un 4% de ellos se dio aplicación al precedente constitucional.

Palabras clave: precedente judicial, desplazamiento forzado, ayuda humanitaria.

Judicial precedent and access to humanitarian aid by victims of forced displacement: An analysis of lawsuits for the protection of fundamental rights in sentences delivered by circuit judged in Medellín between 2012 and 2013

Abstract

With the adoption of the concept of judicial precedent, the Constitutional Court in Colombia has been able to establish judicial guidelines in their decisions, which derive into mandatory policies for all judges and administrative entities in the country. This is the case of the content of T-025/2004 decision and its following acts.

Departing from this situation, and examining whether first instance judges applied the Constitutional Court's precedent in their decisions, this paper examines a total of 224 decisions delivered by the Circuit Judges in Medellín between 2012 and 2013, which involved claims of humanitarian aid by victims of forced displacement. Results of the analysis show that only 4% of the decisions did take into account the constitutional standards determined by the Court.

Keywords: judicial precedent, forced displacement, humanitarian aid.

2 Abogado de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: montoyajl1987@gmail.com.

Citación de este artículo usando el sistema APA: Montoya Villegas, J. L. (2015). El precedente judicial y el acceso a la ayuda humanitaria por parte de la población víctima del desplazamiento forzado: análisis de los fallos de tutela proferidos por los Jueces del Circuito de Medellín en los años 2012 y 2013. *Estudios de Derecho*. 72(160), 77-104. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a04

El precedente judicial y el acceso a la ayuda humanitaria por parte de la población víctima del desplazamiento forzado: análisis de los fallos de tutela proferidos por los Jueces del Circuito de Medellín en los años 2012 y 2013

Introducción

El precedente judicial, es una institución de reciente aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano cuya implementación ha generado un cambio en la tradicional forma de entender las fuentes del derecho, logrando que la jurisprudencia pasara de ser simple criterio auxiliar a una fuente obligatoria y formal del derecho, lo que derivó en que los jueces al momento de fallar, debían soportar sus decisiones no solo en la ley sino también en la jurisprudencia.

En materia de desplazamiento forzado torna especial importancia la figura del precedente, dado que ha sido la Corte Constitucional, mediante sus sentencias, el órgano que más ha desarrollado mecanismos de protección en favor de las víctimas en relación con la protección de sus derechos constitucionales fundamentales.

Ahora bien, la realidad es que muchas de las víctimas deben acudir constantemente a la jurisdicción constitucional mediante el ejercicio de la acción de tutela a fin de pedir a los jueces ordenar la materialización de sus derechos, entre los que se encuentra la entrega de las ayudas humanitarias. Esto motivó el interés por conocer si los jueces en sus decisiones acogen y aplican los criterios establecidos por la Corte Constitucional en sus sentencias, o si por el contrario sus actuaciones se convierten en una barrera de acceso a los mismos.

De ahí que el objetivo del presente artículo sea evidenciar si el acceso a las ayudas humanitarias por parte de la población desplazada, está siendo protegido por parte de los Jueces del Circuito de Medellín de acuerdo al precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional. Para ello se tendrá como base de análisis 224 fallos derivados de igual número de acciones de tutela proferidas entre los años 2012 y 2013.

Así pues, para lograr el objetivo planteado, en primer momento se hará una exposición de la figura del precedente y su aplicación en Colombia, luego se hablará del desarrollo de la jurisprudencia constitucional en torno a la protección de las víctimas del delito de desplazamiento forzado, más especialmente en lo relacionado con el derecho a recibir las ayudas humanitarias, se mostrarán los resultados de la investigación y se terminará con las respectivas recomendaciones.

1. El precedente judicial en Colombia

1.1 Preámbulo a la aplicación del precedente en Colombia

A partir de la Constitución de 1991 que trajo consigo la creación de la Corte Constitucional como máximo órgano garante del cumplimiento de los postulados constitucionales, y de la llegada al país de la doctrina neo-constitucionalista, comenzó un proceso de transformación en la forma de entender el papel y valor de la jurisprudencia dentro de las fuentes generales del derecho, lo que derivó, entre otras cosas, en la adopción de la doctrina del precedente judicial, que si bien tuvo y tiene sus contradictores, con el paso de los años ha llegado a ser tenida por la Corte como de obligatoria aplicación para las decisiones que profieran todas las autoridades administrativas y, en especial, los miembros de la rama judicial. Con esto se ha ocasionado además un cambio en la forma de entender el derecho y sus fuentes, considerando que Colombia había adoptado en un inicio el sistema de fuentes propio del siglo XIX, donde la ley, entendida en su sentido más estricto, era considerada la única fuente formal y por ende obligatoria.

Un claro ejemplo de la doctrina de las fuentes imperante en Colombia hasta la acogida de la doctrina del precedente se evidencia en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, que realizó una diferenciación entre fuente primaria y secundaria, designando la ley como fuente primaria y la analogía, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho como fuentes secundarias, y que por tanto, solo serían de aplicación a falta de un postulado legal que permitiera regular el caso. Esto indicaba que los jueces y las autoridades administrativas debían proferir sus decisiones basándose principalmente en lo que dijera la ley, entendida ésta como creación del órgano legislativo, lo que ponía esta rama del poder como la más importante en materia de creación legal, dado que por su hegemonía legislativa las leyes por ellos creadas pasaban a ordenar el ejercicio de la aplicación del derecho.

No obstante lo anterior, y como se expresó al inicio del presente escrito, la Corte Constitucional comenzó poco a poco a desarrollar y aplicar en Colombia la figura del precedente judicial, lo que trajo consigo un cambio en la forma de entender las

fuentes del derecho y su jerarquía. Pero como todo cambio siempre trae dificultades, molestias y contradictores, y este caso no fue la excepción, el proceso de acogida y fijación dentro del sistema jurídico colombiano necesitó de un proceso continuado e inacabado que lleva ya poco más de 20 años si tomamos como referencia las sentencias C-113 y C-131 de 1993, que aunque no son precisamente una clara aplicación del precedente, sí son una muestra que desde ese momento ya había comenzado a darse la discusión sobre el tema.

Y es que el principal problema para lograr la adopción de la doctrina del precedente derivó de la concepción tradicionalista de las fuentes del derecho, que se encontraba arraigada en nuestro ordenamiento y en la gran mayoría de jueces y doctrinantes. Esta concepción entendía que:

(i) los jueces meramente aplican la ley, sin crearla, (ii) que los pronunciamientos judiciales son importantes para ilustrar las normas positivas sólo cuando estas son oscuras o ambiguas, (iii) que la obligación judicial de fallar conforme a derecho se cumple preferente o exclusivamente mediante la obediencia a las reglas establecidas por el constituyente o el legislador, y (iv), como corolario de lo anterior, que los jueces están “atados” a la ley pero son “independientes” frente a las sentencias judiciales con las que se han fallado casos anteriores. La jurisprudencia, en este sentido, ha sido tradicionalmente considerada como una fuente “secundaria” o “auxiliar” del derecho que sólo opera en casos de silencio de la fuente primaria (López, 2006, p. 3).

Y precisamente esa corriente conservadora, siendo mayoría dentro de la Corte Constitucional, trató de frenar el desarrollo o acogida en Colombia de la doctrina del precedente, basados en la doctrina civil-romanista mencionada. Incluso para Bernal Pulido en la sentencia C-131 de 1993: “(...) el alto Tribunal se asestó un duro golpe a sí mismo, al declarar que el carácter de “criterio auxiliar obligatorio para las autoridades” que el artículo 23 del Decreto 2067 de 1991 reconocía a la “doctrina constitucional” contenida en sus sentencias, era incompatible con el sistema de fuentes colombiano (Bernal Pulido, 2005, p.156); y que desde ese mismo momento, la Corte ha mantenido una lucha contra sí en pro de aplicar la doctrina del precedente. Lo ocurrido en la Sentencia C-131 de 1993 no fue una decisión fortuita, correspondió a lo que ya se ha dicho y que Bernal Pulido resume de manera muy clara cuando afirma que:

(...) antes de la Constitución de 1991 se gestó una postura “tradicional” consistente en el reconocimiento de fuerza vinculante a la jurisprudencia, pero únicamente con “valor supletorio”. Esta tendencia se caracteriza por reconocer que la ley es la fuente principal de Derecho, y que la jurisprudencia es una fuente supletoria, cuya eficacia está condicionada a la existencia de los siguientes problemas hermenéuticos: oscuridad de la disposición

legal, falta de coherencia entre “disposiciones de igual jerarquía” o falta de “plenitud del orden normativo (2005, p. 156).

Sin embargo, y a pesar de la dificultad inicial, la figura del precedente se comenzó a abrir paso en la Corte en la medida que cambió el grupo de Magistrados que la conformaban, y aquellos que fueron llegando asumieron una posición a favor de la doctrina, para ese momento minoritaria, de índole transformadora que entendía a la jurisprudencia, y sobre todo la constitucional, como fuente principal del derecho y de aplicación obligatoria. Es así como se empieza a erigir el precedente como fuente formal del derecho en el sistema jurídico colombiano.

1.2 Definición e implementación del precedente jurisprudencial

La palabra precedente es polisémica, y según el diccionario de la RAE se puede definir como: todo aquello que “es anterior y primero en el orden de la colocación o de los tiempos” y/o la “aplicación de una resolución anterior en un caso igual o semejante al que se presenta” (2015). Estas definiciones, si bien orientan y acercan a la concepción de precedente existente en el ordenamiento jurídico colombiano, se quedan cortas porque más allá de una simple aplicación de una resolución anterior a un caso posterior, el concepto de precedente lleva inmersa una carga de razonamiento y argumentación que son parte de su esencia.

Por lo anterior, y acudiendo a los doctrinantes, traigo la definición planteada por Gascón, quien se refiere al precedente en los siguientes términos: “de ahí que [el] fundamental concepto de precedente sea el que entiende por tal, *sensu stricto*, el criterio, principio o razón jurídica en el que se funda una decisión judicial previa usada como fuente para la adopción de futuras decisiones” (2011, p.134).

De esta definición se extrae algo muy importante, y es que para entender el precedente desde la óptica jurídica debe haber claridad en que no todo lo que aparece en una decisión judicial se considera como tal, sino aquello que incida de manera directa e integre su *ratio decidendi* o fundamento, es decir, solo es precedente aquel argumento, consideración o afirmación que influye o fundamenta la decisión a tomar por el juzgador o fallador. Otro aspecto a destacar de la definición anterior es que no circunscribe la creación del precedente a un órgano en particular, por lo que se puede hablar de precedente, en el caso colombiano, en cualquiera de los órganos judiciales, e incluso en los administrativos cuando emiten decisiones. Además de la autora citada, Bernal Pulido define el precedente como:

Toda *ratio decidendi* que haya servido a la Corte Constitucional para fundamentar una decisión suya. En este sentido, el precedente constitucional es un argumento contenido

en la parte motiva de toda sentencia de la Corte Constitucional (...). El precedente constitucional es entonces una parte de toda sentencia de la Corte Constitucional, en donde se concreta el alcance de una disposición constitucional, es decir, en donde se explicita qué es aquello que la Constitución prohíbe, permite, ordena, o habilita para un tipo concreto de supuesto de hecho, a partir de una de sus indeterminadas y lapidarias cláusulas (2005, p. 151).

Sobre esta definición es importante precisar que la referencia expresa a la Corte Constitucional, se debe a que ha sido precisamente este órgano el encargado de afincar en el ordenamiento jurídico colombiano la figura del precedente, pero no debemos dejar de lado que la misma Corte sostiene la obligatoriedad del precedente dictado por las altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional como lo establecen, entre otras, las Sentencias C-539 de 2011, C-634 de 2011 y C-588 de 2012. Adicional a lo señalado, como el precedente está contenido en las sentencias, su obligatoriedad dependerá de la fuerza vinculante que se le otorgue a éstas en determinado ordenamiento jurídico.

Por último, es importante traer la definición de precedente que maneja la Corte Constitucional, quien en la Sentencia T-292 de 2006 y haciendo referencia a las sentencias T-104 de 1993 y SU-047 de 1999, lo definió como “aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que habrá de resolver que por su pertinencia para la solución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia”, teniendo presente que en sentido técnico lo que tiene valor de precedente es la *ratio decidendi* de la o las sentencias pertinentes.

Ahora bien, habiendo definido qué es el Precedente, es importante mencionar que en Colombia cuando se analiza su implementación, la mayoría de autores comienzan por abordar su estudio a partir de las sentencias C-113 y C-131 de 1993, porque un gran número de doctrinantes consideran que a raíz de estos fallos la Corte comenzó una lucha contra sí misma a fin de poder virar hacia la decisión de aplicar la figura del precedente a sus decisiones; sin embargo, hay quienes, como Quinche, consideran que la importancia de esos fallos radica en que permitieron a la Corte declarar “su total autonomía en lo relacionado con la facultad constitucional de construir y fijar los efectos de sus propios fallos” (2014, p. 55), al tiempo que en ellos se fijó el punto de partida para la regla que posteriormente otorgaría la obligatoriedad y fuerza vinculante a las interpretaciones de la Corte.

Lo cierto es que toman esas sentencias como un punto de partida para comentar el proceso que ha vivido la inclusión del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, pasando por una gran lista de sentencias referenciadas por los doctrinantes como son: la C-511 de 1994, C-109 de 1995, la C-037 de 1996, la C-447

de 1997, la C- 1439 de 2000, la T-409 de 1992, T-547 de 1993, la T-123 de 1995, T-363 de 1995, la SU-1553 de 2000, entre otras, hasta llegar a la Sentencia C-836 de 2001, en la que se reafirmó con nuevos argumentos y de forma concluyente la vigencia del precedente judicial obligatorio. De ahí que se pueda decir junto a Bernal Pulido que el reconocimiento del precedente constitucional en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha pasado por lo menos por dos fases: una primera de identificación de los fundamentos del precedente constitucional y una segunda de consolidación del mismo (2005, p. 157).

Lo anterior permite afirmar, entonces, que el proceso de aplicación del precedente en Colombia ha pasado por dos etapas básicas, en las que la Sentencia C-836 de 2001 se convierte en el referente entre el paso de una etapa a la otra. La primera etapa inicia con las mencionadas sentencias C-113 y C-131 de 1993 y se caracteriza porque en ella la discusión se centra en torno a la forma como debe ser entendida la jurisprudencia y el valor que se le debería otorgar dentro del sistema de fuentes, es decir, esta fase se caracterizó porque la discusión se basó en torno a los fundamentos del precedente, mientras que a partir de la Sentencia C-836 de 2001, la discusión se centra en entender qué es el precedente y la forma de consolidación del mismo en el ordenamiento jurídico, en esta etapa ya se zanjó la discusión de la obligatoriedad de las decisiones judiciales y ahora se pasó a determinar en qué consiste precisamente esa obligatoriedad. Al respecto López Medina afirma que la Sentencia C-836:

(...) es de la mayor importancia por lo menos por tres razones fundamentales: en primer lugar, porque le permitió a la tercera Corte posicionarse frente a la doctrina del precedente ya que era posible que el cambio en la composición de la Corte hubiera afectado el balance constitucional hasta ahora logrado; en segundo lugar, porque le permitió a la Corte pronunciarse sobre la antigua norma que tradicionalmente había controlado el sistema de jurisprudencia imperante en el país; y en tercer lugar, porque mediante esta sentencia se reabre el tema de la vinculatoriedad, ya no del precedente de la jurisdicción constitucional, sino del precedente de la jurisdicción común (2006, p.73).

La obligatoriedad del precedente en Colombia, como ya se mencionó, se comienza a establecer en pleno a partir de la Sentencia C-836 de 2001, en la que se estudia, entre otros, el alcance del artículo 230 de la Constitución Política que establece: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial” (2015). En dicha providencia se argumentó por parte de la Corte que:

La sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico

como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución.

En este sentido, se tiene que el término ley utilizado en el postulado constitucional debe ser entendido de manera amplia y no restrictiva, y en consecuencia, cuando aparece mencionado en el artículo indicado se refiere a todo el ordenamiento jurídico. De ahí que la jurisprudencia adquiriera relevancia, dado que como lo expresa el máximo Tribunal Constitucional en la sentencia en mención, la unidad de un ordenamiento jurídico se logra:

(...) mediante la unificación de la jurisprudencia. En efecto, si cada juez, al momento de interpretar la ley, le confiere en sus sentencias un sentido diferente a una misma norma, sin que el propio ordenamiento consagre mecanismos orientados a tal unificación, habrá caos, inestabilidad e inseguridad jurídica. Las personas no podrán saber cuál es el Derecho que rige en un país (2001).

Para no detallar cada uno de los argumentos esgrimidos en la sentencia, puede decirse de forma general que en la Sentencia C-836 de 2001, la Corte se dedicó en gran parte a defender el papel creador del juez, y no el de mero aplicador del derecho, puesto que para la Corte, el juez creador del derecho también debe propender porque exista seguridad jurídica evidenciada en la previsibilidad de las decisiones judiciales, es decir, en la certeza que se debe dar a los ciudadanos que los jueces decidirán los casos iguales de la misma forma.

En palabras del máximo Tribunal: “(...) la previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los Derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente (Sentencia C-836 de 2001). Cabe agregar a lo ya mencionado, que:

Sólo mediante la aplicación consistente del ordenamiento jurídico se pueden concretar los derechos subjetivos. Como se dijo anteriormente, la Constitución garantiza la efectividad de los derechos a todas las personas y los jueces en sus decisiones determinan en gran medida su contenido y alcance frente a las diversas situaciones en las que se ven comprometidos. Por lo tanto, una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional (Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-836 de 2001).

Ahora bien, para lograr la efectividad en la aplicación del precedente y lograr en mayor proporción la seguridad jurídica que la Corte defiende, no debemos perder de vista que la Jurisprudencia se torna vinculante en dos sentidos, tal como nos lo manifiestan Tamayo Jaramillo & Jaramillo Jaramillo cuando afirman:

en primer lugar, el precedente judicial sentado por los jueces de mayor jerarquía es vinculante frente a los jueces de inferior jerarquía (a ello se le ha denominado el precedente vertical); en segundo lugar, el precedente es vinculante también para el juzgado o el Tribunal que lo profirió (precedente horizontal), con el fin de lograr la protección de efectiva de los derechos y la realización efectiva de la justicia material, a lo que se suma la búsqueda de la seguridad Jurídica (2012, p. 241).

En esta misma línea, la Corte en la Sentencia T-1258 de 2005, al hablar de la importancia del precedente horizontal, sostuvo que este deriva del:

deber de las autoridades judiciales de ser consistentes con las decisiones por ellas mismas adoptadas, de manera que cosas con supuestos fácticos generales sean resueltas bajo las mismas fórmulas de juicio, a menos que expongan razones suficientes para decidir en sentido contrario (...) pues los jueces tienen la obligación constitucional de respetar sus propias decisiones, lo cual hace que sea obligante también el precedente horizontal.

1.3 El precedente en las sentencias de la Corte Constitucional

Conviene, en estos momentos, enunciar la aplicabilidad del precedente derivado tanto de sentencias de control abstracto como de sentencias de control concreto. Lo primero para decir sobre este asunto es que respecto de las autoridades administrativas y cualquier autoridad pública que no ejerza funciones judiciales, acatar el precedente es de obligatorio cumplimiento, puesto que ellas no tienen la misma facultad de los jueces referida a la autonomía o independencia judicial. Lo segundo, en relación con la obediencia al precedente por parte de los jueces se tiene que para ellos la obligación de seguir el precedente debe analizarse haciendo la siguiente diferenciación:

Las autoridades judiciales tienen la obligación de acatamiento del precedente constitucional en cuatro casos: (i) acatamiento de la ratio decidendi y la parte resolutive de las sentencias de control abstracto (sentencias “C”); (ii) acatamiento de la ratio decidendi y de la parte resolutive de las sentencias de exequibilidad condicionada; (iii) acatamiento de la ratio decidendi de las sentencias de reiteración de jurisprudencia, sean estas de control abstracto (Sentencias “C”), o de control concreto (Sentencias “T”); y (iv) acatamiento de la ratio decidendi de las sentencias de unificación en control concreto (sentencias “SU”).

Respecto de los demás precedentes judiciales, es decir, de los precedentes constitucionales contenidas (sic) en las sentencias de control concreto (sentencias “T”), o de los precedentes emitidos por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, en virtud del principio de autonomía judicial, le está permitido a las autoridades judiciales “apartarse del precedente judicial impuesto por las altas cortes en ciertos casos excepcionales y razonablemente justificados” (Quinche, 2014, p. 22).

La deducción derivada del párrafo anterior es clara si afirmamos que en general, el precedente derivado de sentencias de control abstracto obliga siempre a los jueces, mientras que el derivado de control concreto, más precisamente de sentencias “T”, permite en determinadas situaciones a los jueces no aplicarlos pero imponiéndoles una carga argumentativa que justifique su apartamiento.

Antes de mencionar esas razones que permiten a los jueces apartarse del precedente, es importante reiterar que si bien en principio las decisiones derivadas de las sentencias de control concreto tienen efectos inter-partes, en el desarrollo de la doctrina del precedente en nuestro ordenamiento jurídico, la Corte ha manifestado que también de ellas se derivan consecuencias generales. Así lo expuso el máximo Tribunal Constitucional cuando sentenció:

Los fallos de la Corte Constitucional, tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, tanto en su parte resolutive (erga omnes en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e inter partes para los fallos de revisión de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la ratio decidendi, tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas. Esto en razón de la jerarquía del sistema de fuentes formales de derecho y el principio de supremacía constitucional, que obligan a la aplicación preferente de las disposiciones de la Carta Política y, en consecuencia, de los contenidos normativos identificados por la jurisprudencia constitucional, en ejercicio de su labor de intérprete autorizado del Texto Superior” (Sentencia C-634 de 2011).

Sobre este mismo asunto y a fin de encaminarnos hacia las causales de inaplicación del precedente por parte de los jueces, conviene traer lo expuesto por el profesor Quinche, dado que al referirse a la fuerza vinculante de los fallos de tutela proferidos por la Corte Constitucional sostiene que:

Si se trata de una Sentencia “SU”, de unificación, proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, el precedente es completamente obligatorio para todas las autoridades públicas, incluyendo jueces y tribunales, en virtud de muchas razones, algunas de ellas muy obvias, como sería la de considerar que si la regla contenida en una sentencia de unificación no es obligatoria, entonces no tiene sentido unificar. En el segundo nivel, si se trata de una sentencia “T”, es decir, de un fallo proferido por una cualquiera de las

salas de revisión de tutela, entonces la regla de la decisión será en principio obligatoria para todas las autoridades, pero éstas podrán apartarse siempre y cuando justifiquen de manera suficiente y adecuada el motivo del apartamiento jurisprudencial (2014, p. 104).

Es que la obligatoriedad de las reglas contenidas en las sentencias de control abstracto se torna de importancia dado que las decisiones contenidas en ellas giran en torno a derechos particulares de índole Constitucional, y las situaciones de hecho que en principio son subjetivas, pueden tener en otro asociado similitudes tales que podrían estudiarse conjuntamente o una situación a la luz de otra antes resuelta. Esto es más evidente en relación con el tema de las víctimas del conflicto armado, cuando una misma situación fáctica, como por ejemplo el desplazamiento forzado, deriva en la vulneración de derechos subjetivos de varias personas, y es precisamente en un hecho como este donde se entenderá con claridad la importancia de la aplicación del precedente en relación con las decisiones proferidas en sede de tutela, dado que lo más lógico y atendiendo a las reglas de la razón, ante hechos iguales, las decisiones o consecuencias, en principio, deberían ser las mismas.

Lo anterior para significar que si no se respeta la aplicación del precedente en sede de tutela, se estaría sacrificando la tan aclamada seguridad jurídica que propugna la Corte, adicional a esto las personas se verían sometidas muy fácilmente a una violación de sus derechos constitucionales y en especial el derecho a la igualdad. Así pues, conviene exponer cuáles son las situaciones en las que un juez puede apartarse del precedente. Estas razones fueron analizadas en la Sentencias C-836 de 2001 y expuestas por Jaramillo quien afirma al respecto lo siguiente:

Si se trata de precedente vertical los jueces inferiores se pueden separar, por vía de ejemplo, si tiene un lugar: i) cambio legislativo; ii) cambio justificado en la situación social y económica; claro caso de jurisprudencia contradictoria.

Si es precedente horizontal, el funcionario judicial se puede apartar de la jurisprudencia anterior al ser errónea por las siguientes razones: i) no responde a la situación social vigente después de un cambio social, ii) es contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico, iii) o por cambios en el ordenamiento jurídico positivo (2012, p. 270).

Esto es importante, porque de entrada evidencia que cuando el juez decide no aplicar el precedente, no puede simplemente hacerlo motivado por un acto de mero capricho, o atendiendo a intereses particulares o subjetivos, sino que tiene una carga argumentativa que lo obliga a justificar el porqué de su decisión.

Como conclusión de esta primera parte, se tiene que la figura del precedente es de acogida constitucional en Colombia, que esto trae consigo la obligatoriedad de

su aplicación por parte de las autoridades administrativas, dejando una posibilidad solo a los jueces de separarse de ellos pero con la obligación de justificar su decisión. Adicional, con el desconocimiento o inaplicación del precedente se vulneran derechos constitucionales, y más cuando con ellos se fijan los alcances de las normas constitucionales referentes a los derechos fundamentales.

2. El desplazamiento forzado y la ayuda humanitaria en el precedente de la Corte Constitucional

El tema del precedente es de gran relevancia en relación con las víctimas del conflicto, en especial para quienes viven en situación de desplazamiento forzado, entendiéndose por tal:

toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público (Congreso de la República, Ley 387 de 1997).

Por ello, habiendo expuesto qué es el precedente y cómo se da su aplicación en el ordenamiento interno, es pertinente en estos momentos hacer énfasis en la situación de las personas víctimas del delito de desplazamiento forzado y su protección constitucional, para proceder luego a evidenciar las situaciones encontradas en el estudio de los fallos de tutela proferidos por los jueces del circuito en Medellín, precisando que la finalidad no es hacer un estudio de la línea jurisprudencial aplicable en materia de desplazamiento forzado, sino reflejar las realidades encontradas en las decisiones judiciales que fueron objeto de estudio.

Sin duda alguna, el mayor referente jurisprudencial en el tema del desplazamiento forzado es la Sentencia T-025 de 2004, sentencia que tuvo su origen en una serie de acciones de tutela presentadas por parte de un gran número de la población que vive en situación de desplazamiento, las cuales llegaron a acumular 108 expedientes correspondientes a igual número de tutelas interpuestas por 1150 núcleos familiares, quienes se quejaban de la falta de intervención estatal dirigida a la solución de esta problemática. Esto derivó en que la Corte Constitucional procediera a:

Declarar la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación

de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado, y el volumen de recursos efectivamente destinados a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, de otro lado (Sentencia T-025 de 2004).

La declaratoria del estado de cosas inconstitucional estuvo acompañada de varias órdenes dirigidas a las autoridades nacionales con el fin de aplicar correctivos tendientes a superar la vulneración masiva y continua de los derechos de la población desplazada, sobre todo, sabiendo que la afectación a sus derechos tuvo origen en situaciones derivadas de la falta de organización del Estado, quien actuó en algunos casos con connivencia.

Así pues, en la sentencia en mención, la Corte al analizar los hechos contenidos en las diferentes tutelas encontró, entre otros, que la gran mayoría de los accionantes se encontraban inscritos en el Registro Único de Población Desplazada (hoy Registro Único de Víctimas - RUV); todos fueron víctimas del delito de desplazamiento forzado; la ayuda humanitaria de emergencia no llegó a todos, y a quienes se les entregó no se les hizo en forma oportuna y completa; las acciones de tutela fueron presentadas porque los peticionarios consideraban que las autoridades administrativas no estaban cumpliendo con su misión de protegerlos; adicional, en materia de ayuda humanitaria, habían transcurrido entre seis meses y dos años sin otorgar ningún tipo de ayuda económica para su sostenimiento.

Además de las situaciones de hecho en que se encontraban los tutelantes, la Corte hizo un estudio jurisprudencial del precedente en materia de desplazamiento forzado, lo que la lleva a identificar los derechos que les son vulnerados a las personas víctimas de este delito, identificando en su estudio diecisiete derechos violados y que se enuncian en el siguiente listado:

- a) El derecho a la vida en condiciones de dignidad.
- b) Los derechos de los niños, de las mujeres cabeza de familia, los discapacitados y las personas de tercera edad, y de otros grupos especialmente protegidos.
- c) El derecho a escoger su lugar de domicilio.
- d) Los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de expresión y de asociación.
- e) Afectación de los derechos económicos, sociales y culturales.
- f) El derecho a la unidad familiar y a la protección integral de la familia.
- g) El derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la vida.
- h) El derecho a la integridad personal.
- i) El derecho a la seguridad personal.

- j) La libertad de circulación por el territorio nacional y el derecho a permanecer en el sitio escogido para vivir.
- k) El derecho al trabajo y la libertad de escoger profesión u oficio.
- l) El derecho a una alimentación mínima.
- m) El derecho a la educación.
- n) El derecho a una vivienda digna.
- ñ) El derecho a la paz.
- o) El derecho a la personalidad jurídica.
- p) El derecho a la igualdad.

En relación con los derechos antes mencionados, la Corte considera que debe existir un mínimo prestacional que siempre debe ser satisfecho por el Estado, por lo que prioriza algunos de estos derechos, entre los que se encuentra:

el derecho a una subsistencia mínima como expresión del derecho fundamental al mínimo vital, lo cual significa que “las autoridades competentes deben proveer a las personas desplazadas, así como asegurar el acceso seguro de las mismas, (a) alimentos esenciales y agua potable, (b) alojamiento y vivienda básicos, (c) vestidos apropiados, y (d) servicios médicos y sanitarios esenciales”. También se dispone que las autoridades deberán realizar esfuerzos especiales para garantizar la participación plena de las mujeres en condición de desplazamiento en la planeación y la distribución de estas prestaciones básicas. Este derecho debe leerse también a la luz de lo dispuesto en los Principios 24 a 27 reseñados en el Anexo 3, ya que es a través de la provisión de asistencia humanitaria que las autoridades satisfacen este deber mínimo en relación con la subsistencia digna de los desplazados. **Esta asistencia humanitaria se refiere tanto a la ayuda humanitaria de emergencia, que se presta al producirse el desplazamiento, como a los componentes de asistencia mínima durante las etapas de restablecimiento económico y de retorno** (Sentencia T-025 de 2004) (negrillas fuera de texto).

Se hace alusión en este acápite a la entrega de la ayuda humanitaria como una forma de asistencia dirigida a la población desplazada, tendiente a contrarrestar la situación de hambruna y necesidad que pueda sufrir como consecuencia de su condición, que además se convierte en un deber estatal para con las personas que están bajo su jurisdicción, o como lo define el artículo 47 de la Ley 1448 de 2011, es aquella ayuda otorgada:

de acuerdo a las necesidades inmediatas que guarden relación directa con el hecho victimizante, con el objetivo de socorrer, asistir, proteger y atender sus necesidades de alimentación, aseo personal, manejo de abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica de emergencia, transporte de emergencia y alojamiento transitorio

en condiciones dignas, y con enfoque diferencial, en el momento de la violación de los derechos o en el momento en el que las autoridades tengan conocimiento de la misma.

Ahora bien, la ley en mención en su artículo 62 establece las tres fases o etapas para entrega de las ayudas humanitarias a saber: inmediata, de emergencia y de transición. Esto modifica lo establecido en la Ley 387 de 1997, sin embargo, esto no obsta para que los pronunciamientos de la Corte referidos a la ayuda humanitaria antes de entrada en vigencia la ley de víctimas, le sean aplicables.

Es precisamente el tema de la entrega de esta ayuda una de las situaciones analizadas en la Sentencia T-025 de 2004, dado que es uno de los reclamos más frecuentes de las víctimas a las entidades estatales y que deriva en un sinnúmero de tutelas, puesto que gran parte de la población no solo tiene que vivir con el flagelo del desplazamiento forzado, sino además con la angustia de no poder satisfacer sus necesidades básicas. Entendiendo esta situación, la Corte no olvidó la problemática derivada de la dificultad del autosostenimiento de la población víctima, y ante la negativa de las autoridades administrativas de entregar la ayuda humanitaria dejó por sentado en la *ratio decidendi* de la sentencia que:

existen dos tipos de personas desplazadas que, por sus condiciones particulares, son titulares de un derecho mínimo a recibir ayuda humanitaria de emergencia durante un período de tiempo mayor al que fijó la ley: se trata de (a) quienes estén en situación de urgencia extraordinaria, y (b) quienes no estén en condiciones de asumir su autosostenimiento a través de un proyecto de estabilización o restablecimiento socio económica (sic), como es el caso de los niños que no tengan acudientes y las personas de la tercera edad quienes por razón de su avanzada edad o de sus condiciones de salud no están en capacidad de generar ingresos; o las mujeres cabeza de familia que deban dedicar todo su tiempo y esfuerzos a cuidar a niños menores o adultos mayores bajo su responsabilidad. En estos dos tipos de situación, se justifica que el Estado continúe proveyendo la ayuda humanitaria requerida para la subsistencia digna de los afectados, hasta el momento en el cual la circunstancia en cuestión se haya superado, es decir, hasta que la urgencia extraordinaria haya cesado, o hasta que los sujetos que no estén en posibilidad de cubrir su propio sustento adquieran las condiciones para ello (Sentencia T-025 de 2004).

Así, se estableció por parte de la Corte una doble tarea al Estado consistente en la entrega de la ayuda humanitaria a quienes continuaban en condiciones de precariedad, al tiempo que le instaba a diseñar estrategias tendientes a permitir a los desplazados lograr su estabilidad económica y por ende su propia manutención. En palabras más simples, la Corte le dijo al Estado, o les proporcionas herramientas para que puedan valerse por sí mismos o de lo contrario debes sostenerlos. Al respecto, bien vale la pena citar un extracto de la Sentencia T-099 de 2010, donde

la Corte al resolver una situación referida a la negativa en la entrega de la ayuda humanitaria manifiesta que:

La finalidad de la atención humanitaria de emergencia, como su misma descripción normativa lo establece, es la asistencia mínima que requiere la persona víctima del desplazamiento forzado para alcanzar unas condiciones dignas de subsistencia mediante la satisfacción de las necesidades básicas y que ha de ser suministrada de manera integral y sin dilaciones, como quiera que la persona desplazada carece de oportunidades mínimas que le permitan desarrollarse como seres humanos autónomos. De allí que deba ser proveída hasta la conclusión de las etapas de restablecimiento económico y retorno o reubicación y que “el Estado no pueda suspender abruptamente la ayuda humanitaria de quienes no están en capacidad de autosostenerse, [como] tampoco pueden las personas esperar que vivirán indefinidamente de esta ayuda.

11. El suministro de la atención humanitaria, regulado por el artículo 15 de la Ley 387 de 1997, disponía en el párrafo único que “[a] la atención humanitaria de emergencia se tiene derecho por espacio máximo de tres (3) meses, prorrogables excepcionalmente por otros tres (3) más” (Resalta la Sala), disposición que al ser analizada en sede de constitucionalidad por esta Corporación (C-278-07), se declaró la inexecutable de las expresiones máximo y excepcionalmente, con base en que:

i. “el término de tres meses de la ayuda humanitaria resulta demasiado rígido para atender de manera efectiva a la población desplazada y no responde a la realidad de la permanente vulneración de sus derechos (...)”.

ii. “la situación de la población desplazada tiende a agravarse con el paso de los meses, por lo cual no es razonable hacer depender del factor temporal el alivio a las necesidades de los afectados, y menos aún, para liberar de responsabilidad a las autoridades comprometidas en la atención del fenómeno”.

iii. La entrega de una ayuda y una prórroga “frente a las realidades nacionales, resulta notoriamente insuficiente en la gran mayoría de situaciones, y por lo mismo, no alcanza para que puedan paliarse y finalmente, superarse los graves quebrantamientos a múltiples derechos fundamentales de la población desplazada”, por lo que, “el término para brindar ayuda humanitaria oper[a] en contra y no a favor de los desplazados, como debe ser, pues, se repite, conforme a lo dispuesto en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en el Estado, en cuya contra también repercutirá el escaso tiempo otorgado, recae la responsabilidad de solucionar la situación de esas personas, y por tanto, debe llevar a cabo acciones oportunas, efectivas y suficientes en tal sentido, observando, al efecto, los principios rectores de humanidad, imparcialidad y no discriminación”.

iv. La referencia temporal “debe ser flexible y sometida a una reparación real (...) hasta salir de la vulnerabilidad que atosiga a la población afectada, particularmente en esa primera etapa de atención, en la cual se les debe garantizar condiciones de vida digna que hagan viable parar el agravio, en tránsito hacia una solución definitiva mediante la ejecución de programas serios y continuados de estabilización económica

y social” programas que sólo pueden iniciarse cuando exista “la plena certeza de que el desplazado tiene satisfecho su derecho a la subsistencia mínima, al haber podido suplir sus necesidades más urgentes de alimentación, aseo personal, abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica, transporte de emergencia y alojamiento transitorio en condiciones dignas”.

12. Es así como el suministro de la atención humanitaria de emergencia debe ir hasta cuando los afectados estén en condiciones de asumir su autosostenimiento a través de un proyecto de estabilización o restablecimiento socio económico, es decir, hasta cuando “la población sujeta a la condición de desplazado, accede a programas que garanticen la satisfacción de sus necesidades básicas en vivienda, salud, alimentación y educación a través de sus propios medios o de los programas que para tal efecto desarrollen el Gobierno Nacional, y las autoridades territoriales.

Este aparte de la Sentencia T-099 de 2010 permite dilucidar aspectos importantes relacionados con la protección del derecho a una subsistencia mínima como expresión del derecho fundamental al mínimo vital, dado que se está haciendo énfasis en la eliminación del factor temporal como condición negativa para la entrega de las ayudas humanitarias, amparado en un argumento muy afortunado, dado que el atribuirle al solo hecho del paso del tiempo la superación del estado de necesidad es un exabrupto sobre todo cuando las experiencias demuestran que en muchos casos, a medida que avanza el tiempo las condiciones de vida para las personas en situación de desplazamiento tienden a desmejorar mucho más, máxime cuando estamos frente a adultos mayores, mujeres madres solteras, niños y personas con discapacidad, entre otros.

También es importante resaltar que un problema presentado con la entrega de las ayudas humanitarias radica en la demora por parte de la administración para hacerlas efectivas, lo que deriva en una espera larga y estresante para quienes carecen de los medios suficientes para satisfacer sus necesidades básicas, viviendo sometidos en muchos casos a la desidia por parte del Estado. Adicional a ello, se ha ideado por parte de la administración un sistema de turnos a fin de proceder con la entrega de las ayudas, lo que ha ocasionado mayor retraso en la entrega de las mismas y un trato desigual a ciertos grupos que dentro de la población desplazada y según lo manifestado por la Corte Constitucional, requieren priorización en la atención.

Es más, incluso los jueces en sede de tutela no aplican el precedente de la Corte en relación con este tema, contenido entre otros en la Sentencia T-182 de 2012 en la que se ordenó a la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional -Acción Social- (hoy Departamento para la Prosperidad - DPS) que:

dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de este fallo, proceda a modificar su política de asignación de turnos para la entrega de la ayuda humanitaria de emergencia y sus prórrogas, tomando en consideración criterios de diferenciación derivados del grado de vulnerabilidad de los beneficiarios. Deberá dar prioridad, en consecuencia, a los sujetos de especial protección constitucional, como madres cabeza de familia, personas con discapacidad, adultos mayores, indígenas y afrodescendientes.

Sumado a lo anterior, es importante en este punto mencionar el auto 099 de 2013, mediante el cual la Corte hace seguimiento a las acciones adelantadas por el Gobierno Nacional para la superación del estado de cosas inconstitucional declarado mediante la Sentencia T-025 de 2004, en materia de ayuda humanitaria en sus distintas fases, inmediata, de emergencia y de transición, en el nuevo marco institucional de la Ley 1448 de 2011. Este auto, es uno de los 35 autos derivados de T-025 de 2004, en el que se hace énfasis por parte de la Corte de las situaciones problemáticas que aún se evidencian a la hora de acceder a la entrega de las ayudas humanitarias.

Considerando lo extenso del contenido del auto en mención, simplemente se mencionarán situaciones que se evidenciaron por parte de la Corte y que después de diez años de la Sentencia T-025 (2004) siguen presentándose. Uno de los temas importantes tiene que ver con la entrega oportuna de las ayudas, para lo cual se expresa que si bien se está utilizando un mecanismo de turnos, no se puede someter a las personas a una espera injusta y prolongada, puesto que con ello se están violentando sus derechos. Adicionalmente, se recuerda que si bien la igualdad exige el respeto a los turnos, no se puede olvidar que hay situaciones excepcionales en las cuales se hace posible y con toda justificación priorizar determinadas personas a fin de lograr una protección de sus derechos.

Otro pronunciamiento importante, es la amonestación que hace la Corte a la administración en el sentido que ésta no debe establecer para la entrega de las ayudas humanitarias requisitos más allá de los establecidos en la ley, como tampoco creer que por la sola asignación de un turno o un acto administrativo que otorga el derecho a la ayuda humanitaria se está amparando el derecho de las víctimas, dado que la materialización de este implica la entrega real, completa y oportuna de los elementos que componen la ayuda.

Según lo dicho, seguidamente se mencionarán las reglas y subreglas que ha fijado la Corte y que han sido reiteradas en el auto en mención, en relación con la ayuda humanitaria para la población desplazada:

- a) **Situación evidenciada:** la entidad competente no reconoce, debiendo hacerlo, la ayuda humanitaria o la prórroga a la población desplazada que cumple los requisitos para acceder a ella.

| Regla | Subreglas |
|---|---|
| En el momento de evaluar la procedencia de la ayuda humanitaria las autoridades deben tener en cuenta que la situación de desplazamiento es una cuestión de hecho, y en esa medida, son las condiciones materiales y las circunstancias fácticas las que determinan la procedencia de la ayuda humanitaria. | <p>*Se pone en riesgo y/o se vulnera el derecho fundamental al mínimo vital de la población desplazada cuando las autoridades no reconocen la ayuda humanitaria o su prórroga aduciendo únicamente requisitos, formalidades y apreciaciones que no se corresponden con la situación en la que se encuentra esa población.</p> <p>* Se pone en riesgo y/o se vulnera el derecho al mínimo vital de la población desplazada, cuando las autoridades no reconocen la ayuda humanitaria aduciendo requisitos, formalidades y apreciaciones que no se encuentran establecidos en la ley.</p> |

- b) **Situación evidenciada:** [La entidad] deja de notificar al interesado sobre la decisión, o, cuando habiéndolo notificado, deja de hacer entrega efectiva de los componentes de la ayuda humanitaria de emergencia o de la prórroga de la misma, por cualquier razón que no encuentra asidero en la ley vigente y en la Constitución.

| Regla | Subreglas |
|---|--|
| La Corte ha encontrado distintas dificultades para que su entrega se haga efectiva, y ha establecido que sólo el desembolso real de los componentes de la ayuda implica una materialización del derecho a la subsistencia mínima. | <p>* Se pone en riesgo y/o se vulnera el derecho al mínimo vital de la población desplazada cuando las autoridades responsables se limitan a responder formalmente a una solicitud de ayuda humanitaria y no se hace su entrega efectiva.</p> <p>* Se pone en riesgo y/o se vulnera el derecho al mínimo vital de la población desplazada cuando las autoridades responsables se limitan al reconocimiento de la ayuda humanitaria por medio del acto administrativo correspondiente y no se hace su entrega efectiva.</p> <p>* Se pone en riesgo y/o se vulnera el derecho al mínimo vital cuando no se hace entrega efectiva de la ayuda humanitaria por razones injustificadas como la falta de notificación de la decisión al interesado; cuando la entidad competente se resiste a su desembolso injustificadamente; o incluso, bajo el pretexto de que la entidad competente se encuentra limitada en materia presupuestal por hacer parte de una política nacional de reestructuración de competencias y racionalización de gastos.</p> |

- c) **Situación evidenciada:** cuando la asistencia humanitaria se brinda de una manera tan incompleta o parcial, que ésta se ve desprovista de toda posibilidad de contribuir efectivamente a que la persona que se ha desplazado recientemente pueda solventar sus mínimas necesidades y, de este modo, pueda tener una vida digna.

| Regla | Subreglas |
|--|--|
| La ayuda humanitaria debe tramitarse y entregarse de manera completa y oportuna de acuerdo con su finalidad de satisfacer las necesidades mínimas indispensables de la población desplazada para tener una vida digna y debe ser acompañada de mecanismos que permitan el acceso a salidas efectivas a la situación de emergencia. | <p>* Se pone en riesgo y/o se vulnera el derecho al mínimo vital de la población desplazada cuando la ayuda humanitaria no se entrega de manera inmediata y urgente.</p> <p>* Se pone en riesgo y/o se vulnera el derecho al mínimo vital de la población desplazada cuando la asistencia humanitaria se entrega de manera dispersa a lo largo del tiempo y de manera incompleta.</p> <p>*Se pone en riesgo y/o se vulnera el derecho al mínimo vital de la población desplazada cuando la entrega de la ayuda humanitaria no se acompaña del acceso a salidas efectivas frente a la situación de emergencia fruto del desplazamiento sino que perpetúa la condición de vulnerabilidad en la que se encuentra la población desplazada. La efectividad de la ayuda humanitaria depende de la existencia del acceso a tales salidas.</p> |

Estas reglas y sub-reglas son de importancia, dado que mediante ellas la Corte otorga lineamientos que deben seguirse a la hora de analizar solicitudes y proferir decisiones, máxime cuando se sabe la importancia actual de la jurisprudencia de la Corte derivada de la aplicación del precedente.

Con lo expuesto hasta el momento, referido a la protección constitucional de las personas víctimas del delito de desplazamiento forzado y su derecho a las ayudas humanitarias y demás acciones encaminadas a su restablecimiento, se procederá a continuación a evidenciar las situaciones encontradas en la investigación denominada “Acción de Tutela respecto al Registro y las Ayudas Humanitarias de la Población Desplazada: ¿garantía de derechos o barrera de acceso?”.

3. Resultado de la investigación

Antes de entrar a describir lo encontrado en la investigación, conviene precisar que las ayudas humanitarias, tal como se encuentran en la Ley 1448 de 2011 y que ya han sido enunciadas en este escrito, tienen una diferencia derivada del momento en que deben ser entregadas. Así, por ejemplo, tenemos en primer lugar la ayuda

inmediata que deberá ser otorgada por las alcaldías municipales siempre y cuando la declaración de la situación de desplazamiento no haya superado los tres meses de ocurrencia; en segundo lugar, se hizo referencia a la ayuda de emergencia, la cual debe ser entregada a las personas desde el momento de su inscripción en el Registro Único de Víctimas, siempre que el desplazamiento no haya ocurrido con un tiempo mayor a un año, caso en el cual procederá la entrega de la ayuda de transición. Adicionalmente se resalta que tanto la ayuda de transición como la inmediata deberán otorgarse por periodos trimestrales.

El proceso investigativo estuvo enfocado en hacer seguimiento a 224 acciones de tutela proferidas por jueces del circuito de Medellín en los años 2012 y 2013, y luego de la lectura y análisis individual de cada fallo, se encontró que en todas ellas los peticionarios hacían solicitud de entrega de las ayudas humanitarias, bien como petición principal o subsidiaria, razón por la que no se descartó ninguno de ellos en el presente análisis, teniendo en cuenta además que en materia de tutela le es dado al juez fallar de forma extra y ultra petita³.

Los fallos analizados fueron 100 proferidos en el año 2012, del año 2013 se analizaron 124, encontrándose que en el año 2012 se concedió la entrega inmediata de la ayuda humanitaria en cuatro ocasiones lo que equivale a un 4%, mientras que en el año 2013 igual decisión se tomó en cinco casos dando un equivalente del 4%, lo que podría significar que se mantiene en el tiempo la situación de desprotección de los derechos de las víctimas.

Ahora bien, del conjunto de fallos analizados tenemos que solo en nueve de ellos, es decir en un 4% de los casos, se ordenó por parte del juez la entrega material inmediata de la ayuda humanitaria⁴. Precizando que en todos los casos habían transcurrido más de tres meses desde la última ayuda recibida, e incluso a varios de los tutelantes nunca se les había otorgado el beneficio.

Se tiene otra situación que salta a la vista y es que el término máximo de tres meses de entrega entre una ayuda humanitaria y la otra, no se está respetando, y en

3 Al respecto la Sentencia T-464 de 2012 sostiene que “en materia de tutela no sólo resulta procedente sino que en algunas ocasiones se torna indispensable que los fallos sean extra o ultra petita. Argumentar lo contrario significaría que si, por ejemplo, el juez advierte una evidente violación, o amenaza de violación de un derecho fundamental como el derecho a la vida, no podría ordenar su protección, toda vez que el peticionario no lo adujo expresamente en la debida oportunidad procesal. Ello equivaldría a que la administración de justicia tendría que desconocer el mandato contenido en el artículo 2o superior y el espíritu mismo de la Constitución Política, pues -se reitera- la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales es el cimiento mismo del Estado social de derecho”.

4 Es importante precisar que hubo alrededor de 34 casos en los que se ordenó la entrega de la ayuda humanitaria, sin embargo, para materializar la entrega se dio a la entidad accionada un tiempo adicional, lo que se termina convirtiendo para el desplazado en una espera injustificada.

consecuencia, a las personas se les está sometiendo a una espera larga e injustificada. Y preocupa más aun, que en sede de tutela el 96% de las decisiones analizadas no contemplan esta situación como una clara vulneración de los derechos, sino que haciendo mal uso de los argumentos de la Corte, la justifican y terminan decidiendo en forma contraria a la línea jurisprudencial del máximo órgano Constitucional, lo que podría leerse o interpretarse como un desconocimiento tanto del precedente como de la técnica de análisis del mismo.

Tampoco se evidencia en los fallos estudiados, ni siquiera en los que ordenan la entrega inmediata de la ayuda humanitaria, referencia directa o análisis derivado de las reglas y sub-reglas fijadas por la Corte Constitucional, sino que por el contrario en gran parte de ellos se encuentran sentencias de tipo “*citra petita*”⁵, como sucede en los casos en los que se solicita protección de los derechos fundamentales constitucionales a la vida, mínimo vital, igualdad, dignidad humana y derecho de petición, y el juez solo se limita en su fallo a decidir con base en la vulneración o no al derecho de petición.

La situación enunciada se constata, entre otros, en la Sentencia T-446 de 2013 del Juzgado 13 Laboral del Circuito donde una ciudadana después de haber solicitado protección de sus derechos a la vida en condiciones dignas, los derechos de los niños, de las mujeres cabeza de hogar, de los discapacitados, de las personas de la tercera edad, a la libertad de expresión, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la integridad personal, a la seguridad social, al trabajo, a la educación y a la igualdad, el juez decide tutelar el derecho fundamental de petición, sin hacer referencia alguna a los demás derechos invocados como vulnerados. La reiteración de situaciones similares a la descrita, derivó en que en ninguno de los fallos existieron sentencias *ultra* o *extra petita*, pero sí fue muy común encontrar sentencias de tipo *citra petita*, lo que preocupa si se considera que estamos ante posibles violaciones de derechos constitucionales fundamentales.

Otro asunto a resaltar es que en los diferentes fallos analizados se han encontrado argumentos, sustentados en diferentes pronunciamientos de la misma Corte Constitucional, según los cuales acceder a la entrega de la ayuda humanitaria de forma inmediata significaría una vulneración al principio de igualdad, olvidando que la Corte ha sido reiterativa en permitir que en algunos casos excepcionales derivados de situaciones de extrema urgencia manifiesta, se pueda dar prelación a la entrega de las ayudas (Sentencia T-755 de 2009), lo que hace que existan situaciones de especial protección que permiten hacer una diferenciación y protección prioritaria.

5 Entiéndase por Sentencia *citra petita* aquella que omite pronunciarse sobre algunas de las cuestiones sometidas por las partes al juicio.

Un caso para destacar fue el analizado en el fallo de radicado 2013-00619 proferido por el Juzgado 12 Administrativo Oral de Medellín, en el que ante una solicitud de entrega de inmediata de la ayuda humanitaria y aplicación del enfoque diferencial contenido en el artículo 13 de la ley 1448 y desarrollado por la Corte Constitucional en varias sentencias de las cuales ya se hizo referencia en el presente escrito, el juez determina no acceder a la petición amparado en un *obiter dicta* de la Corte contenido en la Sentencia T-1161 de 2003 salido de contexto. En el fallo mencionado el juez niega la entrega inmediata fundando su decisión en el siguiente argumento:

No se puede ordenar a través de tutela que el pago de la ayuda humanitaria contemplada en el artículo 49 de la Ley 418 de 1997 se realice de manera inmediata, porque de esta manera se estaría vulnerando el derecho a la igualdad de todas las personas que han presentado la solicitud de esta ayuda con anterioridad al peticionario, según lo señalado por la Red de Solidaridad en su contestación. Sin embargo, se hace preciso indicar que para las personas que se encuentran en condición de desplazados es necesario conocer una fecha cierta, aunque no inmediata, en la cual se realizará el pago. Esta fecha debe ser fijada con estricto respeto de los turnos, dentro de un término razonable y oportuno.

Si, como ya se ha mencionado antes, la Corte Constitucional en varias de sus providencias establece que en determinadas circunstancias es posible priorizar determinada población dada su condición de especial protección, el argumento esgrimido por el juez en esta sentencia evidencia desconocimiento del precedente y a su vez una falta de técnica en la aplicación del mismo, además que en el caso mencionado aparece como tutelante una persona de la tercera edad que está a cargo de tres menores de edad, y sin embargo, a pesar de esta situación el juez no la analiza a la luz del precedente, sino que por el contrario, lo desestima.

Llama la atención que el juez cita en este caso como sustento a su decisión una sentencia previa a la T-025 y en la que se habla de la ayuda humanitaria otorgada con ocasión de la Ley 418 de 1997 que es completamente diferente a las contempladas por la Ley 1448 de 2010, a pesar de ser un fallo proferido en el año 2013, lo que ubica su argumento en una esfera diferente a lo solicitado. Esto puede deberse, entre otras, a una realidad que aflora en los despachos judiciales y es el uso de minutas en las que se proyectan las decisiones judiciales. Pero el problema no radica en el uso de tales instrumentos, sino en la falta de actualización normativa de las mismas, lo que refleja el grado de desconocimiento por parte de juez de la normatividad y jurisprudencia vigente, o en el peor de los casos son reflejo de la desidia frente al estudio del precedente.

Adicionalmente, es evidente a todas luces que según los fallos de tutela analizados, los jueces no están siendo juiciosos con el estudio de las situaciones que ameritan especial protección, sobre todo cuando de todos los casos estudiados, en el 42% de los mismos, aparecen mujeres madres cabeza de familia solicitando entrega de las ayudas humanitarias, sin contar las situaciones propias de los adultos mayores, de los niños y de las personas con discapacidad.

La situación evidenciada debe generar preocupación, porque no solo está demostrando que hay falencias en sede judicial, sino que también se perpetúa en el tiempo el desamparo a la población desplazada, y continúa existiendo desinterés por parte de las autoridades administrativas en cuanto a la creación de acciones o mecanismos tendientes a la superación del estado de necesidad.

Y es que dentro de la lectura que se hace de las situaciones encontradas, no puede olvidarse que las personas cuando acuden a estas instancias judiciales han tenido un proceso previo ante las entidades estatales encargadas para ello, pero solo encuentran obstáculos y talanqueras. Situación que se reitera la mayoría de las veces cuando acuden ante el juez de tutela.

Sobre lo mencionado, vale preguntarse ¿si existe precedente en materia de entrega de las ayudas humanitarias, por qué ante situaciones originadas en hechos iguales, como es el desplazamiento forzado de personas que además se les aplica el enfoque diferencial, que también ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte, los jueces terminan decidiendo con base en argumentos que en la mayoría de las veces resultan contrarios a dichos lineamientos?

Esto podría demostrar no solo que los jueces no están respetando el precedente vertical, sino que por el contrario se aferran a un precedente horizontal contrario a lo proferido por el máximo órgano constitucional, ocasionando así una doble victimización de los tutelantes. Precizando sobre esto, y en atención a los resultados de la investigación, vale la pena dejar planteado el interrogante de si los jueces estarían incurriendo en el delito de prevaricato por acción por violación de la jurisprudencia, atendiendo a lo expuesto por Quinche:

la Corte precisó que se configura el delito de prevaricato por acción, por violación de la jurisprudencia, bajo cuatro modalidades:

- a) Cuando la providencia, resolución, dictamen o concepto se dicta aplicando una norma que ha sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional.
- b) Cuando la providencia, resolución, dictamen o concepto se dicta contrariando la interpretación contenida en una sentencia de exequibilidad condicionada, por considerar que en este tipo de fallos son vinculantes tanto el *decisum* como la *ratio decidendi*.

c) Cuando la providencia, resolución, dictamen o concepto se dicta violando o apartándose de “la jurisprudencia sentada por las altas cortes en casos en los cuales se presenta una simple subsunción”, como acontece cuando la disposición constitucional es idéntica a la norma derivada de ella. En estos casos se configura el prevaricato “no por violar la jurisprudencia, sino la constitución o la ley directamente”.

d) Cuando la providencia, resolución, dictamen o concepto se dicta con manifiesto alejamiento del operador jurídico de una subregla constitucional constante, como acontece cuando se dejan de aplicar las reglas vertidas en los fallos de reiteración de jurisprudencia o en las sentencias de unificación jurisprudencial (2014, p. 78).

Ahora bien, como el propósito no es atacar a los jueces ni hacer juicios de valor en torno a sus decisiones, sino invitar a un adecuado ejercicio de sus funciones, y a fin de finalizar la discusión en este sentido, quiero traer algunas consideraciones de Jaramillo, quien al analizar la forma en que fallan los jueces de instancia, ha llegado a la siguiente conclusión:

los actores jurídicos (jueces distintos a los magistrados de las “Altas Cortes” y abogados), en veces, realizan citaciones asimétricas, y en oportunidades se limitan a citar simplemente algunos párrafos de sentencias que no siempre configuran o traducen la jurisprudencia vigente; es más, se realizan citas de extractos insulares, desconectados del caso juzgado (2012, p. 256).

Así pues, es importante señalar que la falta de aplicación del precedente parece ser un tema generalizado, lo que requiere acciones por parte de todos los órganos judiciales e incluso de entes administrativos, a fin de encaminar sus decisiones al logro de la seguridad jurídica que propugna la Corte Constitucional, teniendo en cuenta que con ello se busca garantizar la seguridad jurídica y protección de postulados constitucionales como la igualdad.

4. Recomendaciones

A partir de lo observado en la investigación y lo que se acaba de mencionar en los anteriores párrafos, es conveniente indicar algunas recomendaciones que deben ser tenidas en cuenta por todas las autoridades estatales, no solamente los jueces, a fin de lograr la unidad de criterio en las decisiones y protección en materia de derechos a la población desplazada.

- Se hace necesario establecer mecanismos que permitan a los jueces conocer con mayor facilidad el precedente aplicable a determinado asunto, lo que implica sistematizar los fallos que configuran precedente según los temas.

- Desarrollar cátedras universitarias que enseñen a los nuevos abogados el correcto análisis y uso del precedente, así como capacitar a las diversas autoridades en este tema.
- En materia de protección de las víctimas del delito de desplazamiento forzado, debe el Estado crear y desarrollar políticas públicas que se encaminen a lograr el restablecimiento de sus derechos, al tiempo que se acompañe el proceso con funcionarios que hayan sido sensibilizados sobre la importancia de la reparación a las víctimas.
- Formar a los funcionarios públicos para que comprendan que las acciones estatales de protección no son consecuencia de una política de solidaridad para con las víctimas, sino que corresponden a un deber y obligación del Estado por su inacción en el compromiso de cuidar y velar por el bienestar de sus asociados.

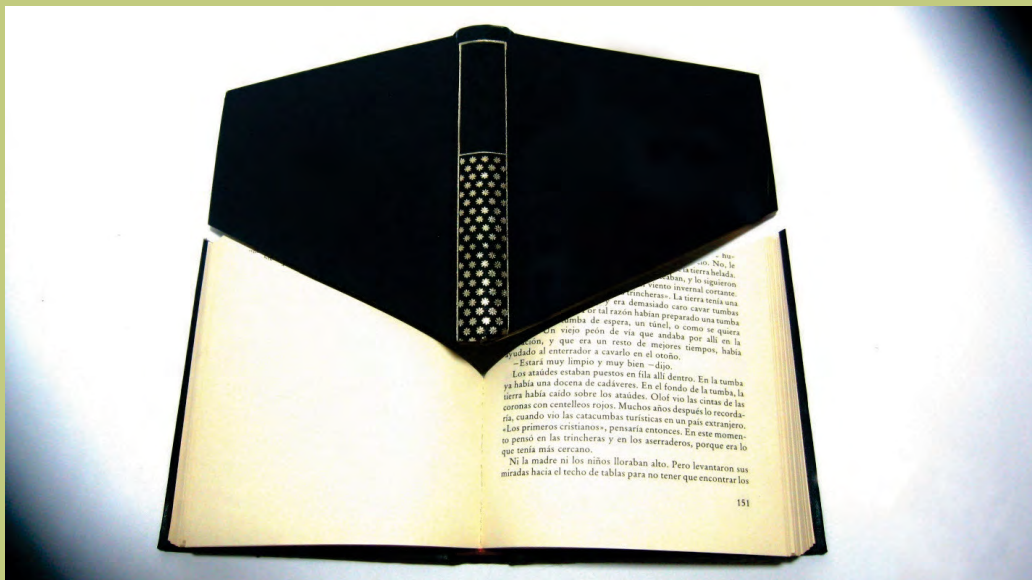
Referencias

- López Medina, D. E. (2006). *El Derecho de los Jueces*. Bogotá D.C.: Legis
- Bernal Pulido, C. (2005). *El Derecho de los Derechos*. Bogotá D.C.: Universidad Externado.
- Tamayo Jaramillo, J. & Jaramillo Jaramillo, C. (2012). *El Precedente Judicial en Colombia, Papel y valor asignados a la Jurisprudencia*. Bogotá D.C.: Ibáñez.
- Quinche Ramírez, M. F. (2014). *El Precedente Judicial y sus reglas*. Bogotá D.C.: Legis.
- Gascón Abellán, M. (2011). Racionalidad y (Auto) Precedente. Breves consideraciones sobre el Fundamento e Implicaciones de la Regla del Autoprecedente. *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*. (10). 132-148.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1448 (10 de junio de 2011). Por la cual se dictan medidas de Atención, Asistencia y Reparación Integral a las Víctimas del Conflicto Armado Interno y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 387 (18 de julio de 1997). Por la cual se adoptan medidas para la Prevención del Desplazamiento Forzado; la Atención, Protección, Consolidación y Estabilización Socioeconómica de los Desplazados Internos por la Violencia en la República de Colombia. Bogotá D.C.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 153 (15 de agosto de 1887). Por la cual se adiciona y reforma los Códigos Nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-836(2001).
- Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-025(2004).
- Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-1258(2005).
- Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-292 (2006).

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-099(2010).

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-182 (2012).

Corte Constitucional Colombia. Auto 099 (2013). Derivado de la Sentencia T-025 (2004).



Autor: Juan Carlos Gil Acevedo

Título: De espalda

Técnica: fotografía digital

Dimensiones: variables

Año: 2014

El Acuerdo Gobierno – FARC sobre búsqueda, identificación y entrega digna de restos de personas desaparecidas. Análisis político y jurídico¹

DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a05

- 1 Artículo de reflexión, realizado en el proyecto de investigación 690-000089 “Violencia sexual contra las mujeres en el conflicto armado. Memoria de la barbarie y reconciliación social en Colombia”, desarrollado con el auspicio de la Universidad Eafit, en el marco del grupo de investigación Justicia y Conflicto de la misma Universidad.

Fecha de recepción: 30 de noviembre de 2015

Fecha de aprobación: 18 de diciembre de 2015

El Acuerdo Gobierno – FARC sobre búsqueda, identificación y entrega digna de restos de personas desaparecidas. Análisis político y jurídico

Gloria María Gallego García²

Resumen

Este artículo es resultado de un estudio del primer punto del Acuerdo entre el Gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) sobre la búsqueda, ubicación, identificación y entrega digna de restos de personas dadas por desaparecidas en el contexto del conflicto armado. Se analiza el fundamento moral, político y jurídico del Acuerdo, y el contenido y alcance del mismo, a la luz de normas fundamentales del derecho internacional humanitario que obligan a las partes en los conflictos armados internos a buscar e identificar a los muertos y dar destino decoroso a sus restos, así como a informar a los familiares de personas desaparecidas sobre el paradero y la suerte final de sus seres queridos.

Palabras clave: diálogos de paz, desaparecidos, derecho internacional humanitario, derecho a la verdad, entrega digna de restos – Acuerdos especiales.

The Agreement Government – FARC on search, identification and dignified return of the remains of missing persons. Political and legal analysis

Abstract

This study examines the first agreement reached between the Colombia's Government and FARC (Revolutionary Armed Forces of Colombia, in English) on search, identification and dignified return of the missing persons' remains in the context of the armed conflict lived in this country. The analysis includes the moral, political and legal basis of this agreement, as well as its content and scope in light of the fundamental rules incorporated by international humanitarian law that mandates all parties involved in internal armed conflicts to seek and identify victims, and provide them with a decorous destination to their remains, while informing families about the fate and whereabouts of their loved ones.

Keywords: peace talks, missing persons, international humanitarian law, right to the truth, dignified return of remains, special agreements.

2 Abogada de la Universidad de Antioquia y Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España). Profesora de Filosofía del derecho y Coordinadora del grupo de investigación Justicia y Conflicto – Universidad Eafit (Medellín, Colombia). Correo electrónico: ggalleg3@eafit.edu.co

Citación de este artículo usando el sistema APA: Gallego García, G. M. (2015). El Acuerdo Gobierno – FARC sobre búsqueda, identificación y entrega digna de restos de personas desaparecidas. Análisis político y jurídico. *Estudios de Derecho*. 72(160), 105-141. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a05

El Acuerdo Gobierno – FARC sobre búsqueda, identificación y entrega digna de restos de personas desaparecidas. Análisis político y jurídico

Introducción

Con ocasión del conflicto armado colombiano, miles de personas han quedado desaparecidas: no volvieron a ser vistas, se ignora su paradero y cuál ha sido el desenlace de su aventura en el mundo. La desaparición anula la certeza de la existencia misma de las personas, causa terribles destrozos al desaparecido y a su círculo familiar.

Para los familiares la vida se queda como detenida en la fecha de la desaparición, en ese último encuentro, en la última comunicación con el ser querido. La felicidad, el normal fluir de la vida, los proyectos quedan alterados y lo que sigue es una indefinida espera, quedando cautivos de un sentimiento de pérdida ambigua, pues no tienen certeza ni de la supervivencia, ni del fallecimiento. Pierden la confianza en el porvenir y la capacidad de hacer planes de largo aliento; tampoco tienen elementos para hacer el duelo y sobreponerse para seguir adelante.

Los autores del hecho, las autoridades y la sociedad se desatienden del desaparecido, pero para los familiares la desaparición prosigue indefinidamente, tornándose en zozobra y sufrimiento permanente:

Para mí es como un calvario desde su propia hora, que no tengo cómo desatarlo. No puedo decir más... Uno sin saber dónde está, dónde se encuentra, cómo y en qué condiciones.

Tal vez él no está vivo; es que él como me quería a mí, a las hermanas, ya se hubiera identificado, pero nada. Y ya esa gente, quizá la gente que se lo llevó, yo creo que esa gente ya ni existe, porque eso fue una matazón después de un poco de ellos (Testimonio de madre con hijo desaparecido, 2012).

En el marco de los diálogos de paz de La Habana entre el Gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), el jefe de negociadores del Gobierno, Humberto de la Calle, anunciaba el 17 de octubre de 2015 la llegada a un importante acuerdo, relacionado con el punto de víctimas: el *Acuerdo sobre la*

búsqueda, ubicación, identificación y entrega digna de restos de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en relación con el conflicto armado (que en adelante por razones de brevedad llamaremos Acuerdo sobre desaparecidos), divulgado en el comunicado conjunto número 62.

El Acuerdo contempla dos puntos. El primero se refiere al compromiso de las partes en relación con las personas desaparecidas a causa de infracciones cometidas en su confrontación: el Gobierno colombiano se compromete a acelerar la identificación de los guerrilleros muertos en combate y enterrados como N.N., y las FARC se comprometen a entregar la información sobre las personas que hayan muerto en su poder. A tal efecto, se obligan a proveer al Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) la información de la que dispongan y a facilitar la ejecución de los planes especiales humanitarios. Esta medida se pondrá en marcha antes de la firma del acuerdo final de paz.

El segundo punto consiste en la creación de una Unidad Especial de carácter humanitario y extrajudicial para la búsqueda e identificación de personas desaparecidas con ocasión del conflicto armado interno. Se trata de un mecanismo transitorio y excepcional que formará parte del sistema de justicia transicional que se está construyendo dentro del proceso de paz, y tendrá relación directa con la Comisión de la verdad ya pactada en La Habana (Comunicado conjunto No. 62, La Habana, 2015). Manifestó Humberto de la Calle que el propósito del Acuerdo es:

ante todo aliviar ese dolor. El profundo dolor de los familiares de los desaparecidos. Esto es una muestra más de que las víctimas son el centro de este proceso. Lo que nos proponemos en La Habana es poner fin definitivo al sufrimiento de miles de colombianos”. “Los familiares de las personas que fueron dadas por desaparecidas tienen derecho a sanar las heridas a través de la ubicación de los restos, y tienen derecho a saber qué sucedió (Redacción Paz, 2015).

Este trabajo está dedicado al análisis del primer punto del Acuerdo sobre desaparecidos, con el objetivo de determinar su alcance y contenido y demostrar que es un acuerdo político que tiene un claro fundamento moral y jurídico, ya que viene a dar cumplimiento por vía de acuerdos especiales a normas básicas del derecho internacional humanitario.

El método de este estudio consiste en una observación pensante del Acuerdo Gobierno – FARC sobre desaparecidos desde el doble extremo del deber ser (las normas del derecho internacional humanitario sobre la justa conducción de las hostilidades y el trato humano debido a los combatientes enemigos y a los combatientes que se van a hacer efectivas por medio de acuerdos especiales), y del ser (la realidad del conflicto armado colombiano, la manera sucia e irregular

como han peleado las fuerzas enemigas y la atrocidad contra los enemigos fuera de combate y la población civil). Dado que la institución jurídica contribuye universalmente a imponer una representación de la normalidad en relación a la cual todas las prácticas diferentes aparecen como desviadas o anómicas, el derecho internacional humanitario aporta tanto una representación acerca de la conducta correcta en la guerra como una representación de las desviaciones en que incurren las partes en conflicto, lo que permite identificar las concretas prácticas violatorias que causaron que miles de personas quedaran desaparecidas con ocasión de la confrontación entre las fuerzas armadas estatales y las FARC. Ello es una muestra del carácter encarnizado y feroz de esta guerra.

El entrecruzamiento entre normas y realidad nos permite alcanzar una conciencia profunda del significado político del Acuerdo, de su inherente sentido humanitario y de su alcance, esto es, las obligaciones de cada parte en relación con los respectivos grupos de desaparecidos que deben ser buscados, identificados y cuyos restos deben ser honrosamente entregados a los familiares, para darles alivio en su sufrimiento, algo primordial para la paz y la reconciliación de este país.

Este trabajo consta de siete numerales. Los tres primeros numerales abordan la cuestión del fundamento moral y jurídico del primer punto del Acuerdo sobre desaparecidos: la obligación de las partes del conflicto armado interno de buscar e identificar a los muertos y dar destino decoroso a sus restos (prevista en el artículo 8 del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra, de 1977, y el derecho a conocer la suerte de los familiares desaparecidos y, llegado el caso, a recibir unos restos debidamente identificados y a darles una inhumación honrosa según las creencias de la familia (que forma parte del derecho internacional humanitario consuetudinario, es un derecho implícito en la Convención Americana sobre Derechos Humanos según reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se encuentra expresamente reconocido en la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, artículo 24, num. 2).

Luego, en los numerales 4 a 6, se analiza el contenido y alcance del primer punto del Acuerdo, en lo referente al compromiso del Gobierno de acelerar la identificación de los guerrilleros enterrados como N.N., y el compromiso de las FARC de entregar la información sobre las personas muertas en su poder. Estas fórmulas escuetas tienen un rico contenido de obligaciones y detrás suyo se oculta el hecho crudo de que las normas más básicas del derecho internacional humanitario sobre la justa conducción de las hostilidades y el trato humano a todas las personas cuyas vidas se ven afectadas por el conflicto armado, han sido rutinariamente ignoradas y afrontadas, y de ahí proviene un gran número de personas que han

quedado desaparecidas. La atenta y prolongada investigación de la realidad de las desapariciones en medio del conflicto armado colombiano (Gallego García & Fernández Sola, 2004), nos permite identificar estos principales grupos de víctimas: 1) soldados, policías y guerrilleros muertos en combates entre el Ejército y las FARC, inhumados por el adversario sin haberlos identificado y sin brindar ninguna información útil y completa a las organizaciones humanitarias que pudiera llegar a los familiares para que conocieran su destino final; 2) personas civiles, policías y soldados tomados por las FARC como rehenes y muertos en su poder, ya fuera asesinados o debilitados por el hambre, el cansancio y las duras condiciones del cautiverio; 3) guerrilleros de las filas de las FARC ejecutados por sus propios camaradas en purgas internas sin que se les otorgara, como es debido, garantías judiciales y protección contra la pena de muerte, según lo exige el Protocolo adicional II, artículos 5 y 6.

El último numeral destaca la importancia suma del primer punto del Acuerdo sobre desaparecidos, que viene a dar una reparación a los familiares y constituye un *nunca más* contra actos similares, una muestra de buena fe y confianza entre enemigos otrora absolutos, que ahora se tratan como enemigos justos y se empeñan en buscar una salida negociada al conflicto armado que los ha enfrentado por cinco décadas. El Acuerdo es fruto de los trabajos por la paz y, también, un afianzamiento en el camino al acuerdo definitivo de paz.

1. La obligación humanitaria de buscar e identificar a los muertos y dar destino decoroso a sus restos

El derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados internos (artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, y Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra, de 1977), entra a regir cuando se inicia la lucha armada con el fin de evitar los efectos más destructivos y crueles de la guerra, y convierte a las partes (el Estado con sus fuerzas armadas, los grupos armados organizados insurgentes y los grupos armados organizados contrainsurgentes), en sujetos de derecho internacional humanitario con capacidad para contraer ante la comunidad internacional obligaciones de respeto y protección a los no combatientes (población civil, personal de asistencia médica y humanitaria y enemigos fuera de combate) y algunas obligaciones frente al adversario.

Este derecho tiene la virtud de instaurar normas comunes y generales que establecen iguales parámetros de respeto y protección a cargo de todas las partes y sus normas son obligatorias para todos los combatientes (los que llevan a cabo la lucha armada en nombre de una de las partes en conflicto). En medio de la guerra la suerte de los más elementales derechos del individuo, como los derechos a la

vida, a la integridad física, a la libertad personal, no depende solo de las actuaciones del Estado, sino también de las actuaciones de individuos miembros de grupos armados organizados (insurgentes o contrainsurgentes), cuya posesión de las armas y capacidad de realización de hostilidades los responsabiliza de la indemnidad de los no combatientes.

Los instrumentos de derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados internos, tanto el artículo 3 común como el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra, tienen efecto *ipso iure* y deben aplicarse de manera objetiva (independiente de la voluntad del Gobierno o de los grupos armados organizados) y automática (las obligaciones directamente se derivan del instrumento jurídico, en cuanto aparece la situación prevista de conflicto armado interno, sin que tenga que mediar una declaración de guerra o un reconocimiento expreso del conflicto por todas las partes). Esta regulación tiene carácter heterónomo: no contiene normas que los combatientes se dan a sí mismos, sino que proceden de una instancia distinta de ellos, la comunidad internacional jurídicamente organizada y creadora del derecho internacional humanitario, que impone un conjunto de normas obligatorias sobre la justa conducción de las hostilidades y el trato humano a todos aquellos cuya vida se ve afectada por la guerra.

La realidad de la guerra obliga a prever normas dedicadas al trato humano, tanto entre los combatientes, como de éstos hacia los no combatientes. El artículo 8 del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra establece que:

Siempre que las circunstancias lo permitan, y en particular después de un combate, se tomarán sin demora todas las medidas posibles para buscar y recoger a los heridos, enfermos y náufragos a fin de protegerlos contra el pillaje y los malos tratos y asegurarles la asistencia necesaria, y *para buscar a los muertos, impedir que sean despojados y dar destino decoroso a sus restos* (las cursivas son nuestras).

Esta norma refleja ideas fundamentales de humanidad y civilidad, pues ninguna sociedad conocida se ha caracterizado por abandonar a los muertos ni por negarles ritos y sepultura, ni en tiempo de paz ni en tiempo de guerra. La primera epopeya de Occidente, *Ilíada*, dibuja el inmenso poder de la fuerza sobre la vida de los seres humanos, muestra la guerra como una desgracia que se abalanza por igual sobre quienes padecen la violencia como sobre quienes la ejercen, y expresa la profunda congoja que produce al alma humana el abandono de los muertos después del tumulto de la batalla:

“yacían en tierra, mucho más queridos para los buitres que para sus esposas”.

“Nueve días estuvieron yaciendo muertos, sin que hubiera quien los enterrara: en piedras el Cronión había mudado a las gentes” (Homero, 2007, pp. 318 y 612, respectivamente).

No hay probablemente nada más desolador que el campo de batalla donde quedan combatientes heridos o moribundos abandonados a su suerte por su propio ejército o por el ejército enemigo, o cadáveres esparcidos que se convierten en presa de los animales de carroña. Aunque parezca paradójico, los que se enfrentan a muerte en la guerra están hermanados en el riesgo y quedan expuestos a las heridas, la enfermedad, la captura, la derrota o la muerte. El hecho de compartir el peligro y la coercitiva naturaleza de la guerra sirve de fundamento a un conjunto de obligaciones de respeto y de humanidad ante la realidad suprema del sufrimiento y la muerte que ronda a los combatientes, que correlativamente les da derecho a exigir cierto comportamiento limpio y recto de sus adversarios.

En la guerra es obligación de las partes en conflicto mantener íntegro el respeto a los muertos, sean amigos o enemigos, en reconocimiento de la finitud de todos los seres humanos, cuya condición básica es la mortalidad, una realidad común que concita reverencia y que trasciende la enemistad política y el enfrentamiento militar. Es menester guardar respeto al cuerpo que alguien habitó y que constituye la prueba evidente de su existencia, alguien que tuvo una vida y una historia personal y vínculos de parentesco, afectos, amistad y compañerismo con muchas personas, y que después de la muerte sigue siendo significativo para ellas. El respeto a los restos mortales preserva tanto la memoria del muerto como los sentimientos de los vivos a él vinculados. De la norma del artículo 8 del Protocolo II se derivan obligaciones imperativas para las partes en conflicto:

- a) Tomar todas las medidas posibles para buscar y recoger a los muertos sin distinción desfavorable alguna. Esta obligación incluye permitir que las organizaciones humanitarias nacionales o internacionales busquen y recojan a los muertos (*v. gr.*, el Comité Internacional de la Cruz Roja). En la práctica esas organizaciones necesitan el permiso de la parte que controla una zona determinada para llevar a cabo esas actividades de búsqueda y recogida, y ese permiso no puede ser negado caprichosamente.
- b) Tomar todas las medidas posibles para evitar que los muertos sean despojados. El pillaje es una práctica absolutamente prohibida (Protocolo II, art. 4º, num. 2 g) y al enemigo muerto solo se le pueden sustraer las armas y municiones, nunca los efectos personales (cadenas y placas de identificación, relojes o anillos, objetos de valor afectivo como fotografías, cartas, etc.) los cuales se vuelven cruciales para su identificación y para una entrega digna de despojos a los familiares.
- c) Los muertos deben ser inhumados respetuosamente y sus tumbas respetadas y mantenidas en debida forma. Este “dar destino decoroso a los restos” implica que, en principio, se los entierre individualmente; solo pueden usarse tumbas

colectivas cuando las circunstancias (fuerza mayor, una gran mortandad), no permitan disponer tumbas individuales.

- d) Las partes en conflicto tienen la obligación de facilitar la identificación de los muertos, registrar toda información disponible antes de inhumarlos y señalar la ubicación de sepulturas. Es menester hacer lo posible por conservar sus datos, sus posesiones, su identificación para que los familiares puedan conocer su suerte final y hacer la última y suprema despedida de su ser querido con un rito funerario según sus creencias (religiosas o no religiosas), todo lo cual les permite hacer un duelo, asumir la pérdida y, aún con el dolor, seguir adelante con sus vidas.

Esta última obligación derivada del artículo 8 del Protocolo II está vinculada de manera directa al derecho de los familiares a conocer el paradero y la suerte corrida por sus seres queridos en medio de una situación de guerra.

2. El derecho a conocer la suerte de los familiares desaparecidos

El Protocolo adicional I a los cuatro Convenios de Ginebra, de 1977, aplicable a los conflictos armados de carácter internacional, consagra “el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros” y establece que “Tan pronto como las circunstancias lo permitan, y a más tardar desde el fin de las hostilidades activas, cada Parte en conflicto buscará las personas cuya desaparición haya señalado una Parte adversa. A fin de facilitar tal búsqueda, esa Parte adversa comunicará todas las informaciones pertinentes sobre las personas de que se trate” (artículos 32 y 33, respectivamente). Con estas dos normas el Protocolo I reconoce que en una situación de guerra es crucial dar información y esclarecer la verdad en torno a la suerte de los desaparecidos, entendiendo por tales a “las personas, militares o civiles, que no se hayan reintegrado a su unidad al término de una operación o misión militar, o que no hayan podido regresar a su domicilio por circunstancias relacionadas con las hostilidades” (Gasser *et al.*, 2001, p. 494).

Los Estados en conflicto tienen la obligación de mitigar el sufrimiento de los familiares de los que desaparecen en medio de la guerra, llevando a cabo una investigación que permita determinar la suerte corrida por los combatientes y por personas civiles que se encuentran en territorio ocupado o en territorio enemigo, que permita darles noticias acerca de si se encuentran vivos y en qué circunstancias y dónde, o si están muertos, dándoles información sobre lo ocurrido y la oportunidad de recuperar sus restos, sepultarlos de acuerdo con sus creencias, todo lo cual constituye un principio humanitario fundamental³.

3 Ver en detalle, Gasser *et al.* (2001, pp. 483-512).

Una norma análoga no está prevista de manera expresa para los conflictos armados internos, cuya regulación internacional es raquítica e insuficiente, ya que solo está conformada por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y por el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, normas muy simplificadas a causa de la resistencia de los Estados a asumir obligaciones ante la comunidad internacional que limiten sus poderes a la hora de reprimir alzamientos armados internos.

Sin embargo, la práctica general y reiterada de los Estados ha hecho que el derecho a conocer la suerte de los familiares desaparecidos alcance el rango de norma de derecho internacional consuetudinario, aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales (es decir, conflictos no cubiertos por el Protocolo adicional I, sino solo por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional II), y tiene el siguiente tenor: “Las partes en conflicto tomarán todas las medidas factibles para averiguar lo acaecido a las personas dadas por desaparecidas a raíz de un conflicto armado y transmitirán a los familiares de éstas toda la información de que dispongan al respecto” (Henckaerts & Doswald-Beck, 2007, pp. 477-484)⁴.

El derecho internacional humanitario consuetudinario confiere a las familias el derecho a conocer la suerte que han corrido sus allegados –sean combatientes que no se hayan reintegrado a su unidad al término de una operación o misión militar o civiles que no hayan podido regresar a su domicilio por circunstancias relacionadas con las hostilidades–, un derecho que se tiene que seguir garantizando mucho después de que termina el conflicto armado, dado el alto volumen de heridos, enfermos, muertos, presos, desplazados, rehenes, desaparecidos que deja un conflicto armado interno. Las partes deben ser siempre conscientes de que todas estas situaciones someten a las familias a prolongados períodos de duda, ansiedad y padecimiento emocional y que es inadmisibles cualquier dilación en la averiguación y transmisión de la información sobre la suerte de sus familiares.

Se observa en la práctica del derecho internacional de los derechos humanos la tendencia a considerar la necesidad de conocer el paradero de los seres queridos, una necesidad humana básica, y el derecho a la verdad, un derecho implícito en tratados internacionales de derechos humanos, sean de alcance universal o regional. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos afirma –para citar algunos de sus fallos más conocidos– que:

4 Ver también, Naqvi, (2006, pp. 161-193).

El derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención (CIDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia 25 de noviembre de 2000, párr. 201).

La Corte es muy sensible ante la posibilidad de que las autoridades empleen mecanismos superficiales y distractores y recalca que:

la obligación de investigar debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad (CIDH, caso *Villagrán Morales y otros c. vs Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 226).

En consecuencia, declara que el Estado está obligado a emplear todos los medios a su alcance para averiguar e informar a los familiares de la suerte que han corrido las personas desaparecidas y, si se determina que la víctima de desaparición ha sido asesinada, el Estado tiene la obligación de informar a los familiares del lugar donde se encuentran los restos:

El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance (CIDH, caso *Velásquez Rodríguez vs Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1999, párr.181).

Asimismo, en el derecho internacional de los derechos humanos hay un instrumento que positiviza el derecho a la verdad: la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006, que reconoce a cada víctima “el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará

las medidas adecuadas a este respecto” (artículo 24, numeral 2)⁵. Esta importante norma implica que prescindiendo de las acciones judiciales que se puedan impetrar ante el sistema judicial, las víctimas indirectas tienen el derecho a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y la suerte final que corrió la persona desaparecida. Las medidas apropiadas para asegurar ese derecho pueden incluir medidas y procedimientos no judiciales que complementen la función del poder judicial.

El derecho a la verdad ampara intereses y necesidades vitales de los seres humanos cuando son golpeados por la injusticia de las violaciones de derechos humanos, particularmente por la desaparición de un ser querido. Los familiares tienen derecho a recibir información sobre los hechos de que se trata; por ejemplo, hasta donde sea posible, sobre quién, cuándo, cómo, dónde, por qué cometió la violación de derechos humanos y quiénes dieron la orden o fueron cómplices; cuál es el paradero del desaparecido y cuál fue su suerte final. Aunque la verdad sea muy terrible, así se proporciona a las víctimas una sensación de final, que les permita hacer el duelo, recuperar los planes de vida y reclamar la reparación por las violaciones de sus derechos y por los daños sufridos.

Como corolario, los familiares de los fallecidos tienen derecho a que se les devuelvan los restos para trasladarlos donde estimen oportuno y sepultarlos adecuadamente, conmemorar a quien fue en vida muy querido con un rito de despedida y unas honras fúnebres, según su cultura y sus creencias. Este último derecho es la clausura de una tragedia, el rito final de despedida, que colma necesidades y sentimientos humanos muy profundos ligados al sentido de la vida y de la muerte y a ciertas creencias trascendentes. Según el juez Cançado Trindade:

Frente a la angustia generada por la muerte de un ser querido, los ritos fúnebres, con los restos mortales, buscan traer un mínimo de consuelo para los sobrevivientes. De ahí la importancia del respeto a los restos mortales: su ocultamiento priva a los familiares también del ritual fúnebre, que atiende a necesidades del propio inconsciente y alimenta la esperanza en el prolongamiento o permanencia del ser (aunque sólo en la memoria viva y en los lazos afectivos de los sobrevivientes). El ocultamiento e irrespeto de los restos mortales del ente querido afectan, pues, a sus familiares inmediatos en lo más íntimo de su ser (CIDH, caso *Bámaca Velásquez vs Guatemala* cit.; voto razonado Juez A.A. Cançado Trindade, apartado 20).

5 Colombia ratificó esta Convención mediante la Ley 1418 de 2010, declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-620 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao.

3. Gobierno – FARC: hacer efectivo el derecho a la verdad por medio de acuerdos especiales

El mayor de los horrores de la guerra colombiana requiere una respuesta que debe consistir, antes que en castigo a los autores y partícipes, en la reparación a los familiares de los desaparecidos, víctimas ellos también de la barbarie de esta guerra. Ante la desolación que padecen los familiares, el Acuerdo sobre desaparecidos tiene la finalidad de hacer efectivo “los derechos de las víctimas a la verdad y la reparación” (Comunicado conjunto No. 62, La Habana, 2015), ratificando principios y normas fundamentales del derecho internacional que se van a hacer efectivos mediante acuerdos especiales.

Los acuerdos especiales son una posibilidad jurídica contemplada por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, a cuyo tenor “Las partes contendientes se esforzarán, por otra parte, para poner en vigor por vía de acuerdos especiales todas o partes de las demás disposiciones de este Convenio”. No es que la validez de las normas humanitarias dependa de la existencia de tales acuerdos; las partes en conflicto tienen la obligación objetiva de aplicar y acatar las normas del derecho humanitario en todas las circunstancias. Más bien, los acuerdos especiales coadyuvan a la eficacia del derecho internacional humanitario, pues el cumplimiento de estas normas depende, en gran medida, de que exista una voluntad y un compromiso reales de las partes en aplicarlas y respetarlas. De esta manera se asegura la aplicación progresiva de las normas humanitarias y se genera un clima de credibilidad entre los representantes de las partes en la búsqueda del acuerdo definitivo de paz.

Se trata de un acuerdo político con un sentido eminentemente humanitario: las partes reconocen que las graves infracciones cometidas en contra de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario dejan muchas víctimas desaparecidas y que es indeclinable aliviar el sufrimiento de los familiares tanto como sea posible.

A tal efecto, el Gobierno colombiano y las FARC han asumido compromisos mutuos en el primer punto del acuerdo, que está dedicado no a la búsqueda e identificación de todas las personas desaparecidas en medio del conflicto, sino de aquellas personas desaparecidas a causa de infracciones cometidas con ocasión de la específica confrontación entre las fuerzas armadas estatales y las FARC, y que dejan combatientes de las dos partes desaparecidos y, también, personas civiles desaparecidas víctimas de las FARC. Así:

El Gobierno Nacional acelerará por una parte la identificación y entrega digna de restos de víctimas y de quienes hayan muerto en desarrollo de operaciones de la Fuerza Pública inhumados como N.N. en cementerios ubicados en las zonas más afectadas por el conflicto, de acuerdo con las recomendaciones que haga el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses; y por otra parte la entrega digna de los restos identificados que no hayan sido aún entregados a sus familiares. Cuando sea necesario se solicitará el apoyo del CICR para la entrega digna de los restos a los familiares de los miembros de las FARC–EP.

Y el compromiso correspondiente de las FARC consiste en que “entregarán la información para la ubicación e identificación de los restos de víctimas de cuya ubicación tengan conocimiento, y contribuirá a la entrega digna de los mismos”. En ambos casos, “la entrega digna se realizará atendiendo a la voluntad de los familiares, que contarán con el acompañamiento psicosocial que se requiera” (Comunicado conjunto No. 62, La Habana, 2015).

En un comunicado posterior, el 17 de noviembre de 2015, las FARC anunciaron el compromiso, ya no solo de dar información, sino “de ubicar y entregar los restos de personas que hayan muerto en su poder” (Radio Santa Fe, 2015); suponemos que se trata de personas desaparecidas en regiones donde han tenido un marcado control territorial y donde tienen una clara ubicación de tumbas individuales y de fosas comunes. Las tareas de identificación contarán con la ayuda del Comité Internacional de la Cruz Roja.

La específica infracción cometida por las fuerzas armadas estatales que el Gobierno se compromete a reparar, en la mayor medida posible, es la de los guerrilleros abatidos en operaciones militares inhumados de manera indecorosa y sin identificar; enemigos tratados hasta el final con el mayor aborrecimiento, enterrados sin nombre y sin rito, y sin ningún interés por darle a conocer el fallecimiento a sus familiares⁶. Mientras que el compromiso de las FARC deja abierta una noción más amplia de “personas que hayan muerto en su poder” o de “los restos de víctimas de cuya ubicación tengan conocimiento”, lo cual abarca varios grupos de personas desaparecidas a causa de graves infracciones al derecho internacional humanitario cometidas por este grupo insurgente. En nuestra investigación identificamos cuatro

6 Este punto del Acuerdo no abarca el fenómeno de las desapariciones forzadas, cometidas o apoyadas por agentes del Estado colombiano en el contexto o en razón del conflicto armado, tales como las personas civiles víctimas de los mal llamados “falsos positivos” y las desapariciones forzadas de militantes de partidos de izquierda (especialmente la Unión Patriótica), abogados defensores de derechos humanos, líderes campesinos, sindicalistas, estudiantes de Universidades públicas, por agentes del Estado (policías, soldados, agentes de la inteligencia) o por grupos paramilitares apoyados por agentes del Estado. La búsqueda e identificación de estos desaparecidos corresponderá a la Unidad Especial para la Búsqueda de personas dadas por Desaparecidas, según el segundo punto del Acuerdo, tema al que dedicaremos un estudio aparte.

grupos de personas hasta hoy desaparecidas: soldados y policías caídos en combate con las FARC e indebidamente inhumados; guerrilleros de las propias filas de las FARC ejecutados en purgas internas e indebidamente inhumados; personas civiles, por una parte, y soldados y policías, por otra, tomados como rehenes por las FARC y muertos en su poder.

Ambos compromisos son de importancia superlativa para atenuar uno de los mayores horrores de la guerra colombiana, y tienen el reconocimiento implícito de que las normas básicas del derecho internacional humanitario que fijan los deberes de respeto y probidad con el adversario y los deberes de respeto y protección a los no combatientes, fueron escarnecidas, quedando como consecuencia miles de personas desaparecidas: las normas que obligan a buscar e identificar a los muertos y dar destino decoroso a sus restos, la norma que prohíbe la toma de rehenes (sean personas civiles, sean combatientes), la norma que obliga a dar garantías judiciales tanto al adversario como a los hombres de las propias filas cuando sobre ellos se cierne la sospecha y que prohíbe aplicar la pena de muerte, infracciones que conculcan el derecho básico a conocer la suerte de los familiares desaparecidos en medio de la guerra.

Las distintas infracciones cometidas por el Estado y por las FARC muestran que esta ha sido una guerra sin cuartel, una guerra sin límites, que se ha peleado sin ninguna honestidad para con el adversario, sin piedad y sin refugio seguro; una guerra feroz guiada por el deseo de aniquilar al adversario (enemigo absoluto) y por marcos interpretativos irreductibles en el plano ideológico y político, pero convergentes en la justificación de la violencia y la barbarie: el dogma de revolución o muerte (los insurgentes) o el dogma de contrarrevolución y derrota de la guerrilla o muerte (el ejército y los paramilitares), dogmas convertidos en actos y sangre que han servido de inspiración y de justificación al desencadenamiento de una crueldad insólita entre los combatientes y de ellos contra la población civil.

En el Acuerdo sobre desaparecidos los miembros de las FARC reconocen su condición de victimarios, aunque el compromiso que asumen haya sido expresado de manera escueta y no enuncie las distintas formas de violación del derecho internacional humanitario de las que resultaron víctimas de desaparición. Han matado, secuestrado, ejecutado, inhumado indebidamente y desaparecido seres humanos en nombre de una idea o de un ideal superior y ahora les corresponde arrostrar las consecuencias, que no tienen que ser necesariamente penales (las penas de prisión de larga duración que reclama un sector de la sociedad colombiana detractor del proceso de paz bajo el eslogan “paz sin impunidad”), y que ofrecen una respuesta más eficaz y reparadora a las víctimas, en términos de garantizar el derecho a conocer la suerte de los familiares desaparecidos y darles una sepultura honrosa. Asumir la responsabilidad de las

atrocidades, revelar la verdad, señalar la ubicación de fosas comunes o entregar los restos de personas muertas en su poder puede ser más escabroso que ir a prisión, pues implica asumir públicamente que las víctimas siempre han estado ahí contra todo empeño negacionista y reconocer que su proyecto ha estado supeditado a la producción de mucho daño y dolor a otros seres humanos, en suma, que sus crímenes no pueden seguir estando privados de significado.

Hay en el Acuerdo un tono de equidad en el juicio y de igual respeto y consideración ante el sufrimiento en correspondencia con los principios fundamentales del derecho internacional humanitario, que conlleva mitigar la angustia y la desolación de las familias de personas dadas por desaparecidas con ocasión del conflicto armado, sin que haya lugar a prejuicios por su posicionamiento frente al conflicto, ni excepciones, pues tanto sufre la madre del soldado desaparecido en combates con la guerrilla, como la del guerrillero enterrado como N.N. en el cementerio de un pueblo perdido de la geografía nacional, como sufre el hijo del secuestrado muerto y desaparecido en la selva en poder de las FARC.

Es necesario que las leyes de la guerra que ordenan el uso moderado de la fuerza prevalezcan sobre los odios y la sed de venganza, para crear un terreno favorable a la paz. Ese es el sentido del Acuerdo sobre desaparecidos: construir confianza entre enemigos acérrimos mediante el compromiso de no volver a cometer desmanes y crímenes como los del pasado que desembocaron en combatientes y no combatientes desaparecidos: «Evitemos los lances entre nosotros, incluso en el fragor de la guerra y en la confusión del combate». Construir confianza es poner andamios para que esta guerra pase de ser “una guerra injusta librada por enemigos absolutos” que sólo buscan la aniquilación del contrario, a ser una guerra entre “enemigos justos” (Giraldo, 2015, p. 64). De ahí la importancia de este Acuerdo que constituye una prenda de garantía en el camino al acuerdo definitivo de paz (*infra* 7).

4. El compromiso del Gobierno: acelerar la identificación y entrega de los restos de guerrilleros inhumados como N.N.

Ha sido una práctica de las fuerzas armadas estatales el “llevarse” los cuerpos de los guerrilleros muertos en combate no se sabe a dónde, en una especie de apropiación del cuerpo del enemigo, o enterrarlos en el mismo escenario de los combates en tumbas secretas, casi siempre colectivas, sin hacer nada por identificarlos ni por conservar sus pertenencias, ni tampoco manteniendo registros de topografía que dejen ubicado el lugar con miras a una localización e identificación futura de los restos de los guerrilleros. El interés en la individualización de los guerrilleros muertos en operaciones militares y en dar la consiguiente información a los familiares sobre el fallecimiento ha sido frecuentemente mínimo o inexistente.

Esta práctica del Estado con los miembros de los grupos insurgentes abatidos en acciones militares se remonta a los comienzos mismos del actual conflicto armado. El ejemplo paradigmático serían los combates de Patio Cemento (Santander), cuando soldados de la Quinta Brigada del Ejército (con sede en Bucaramanga y comandada por el General Álvaro Valencia Tovar) entraron en combate con guerrilleros del naciente Ejército de Liberación Nacional, ELN, y el 15 de febrero de 1966 abatieron al cura Camilo Torres (figura mítica de la teología de la liberación y de la contestación social y la insurgencia de los años 60) y a otros tres guerrilleros, mal armados y sin experiencia en la vida militar. Para aquella época el Ministerio de Defensa había emitido la orden de “enterrar los cadáveres de adversarios armados fuera de la ley en el lugar del combate” (Valencia Tovar, 2009, p. 256). Así se hizo: Camilo Torres y los otros guerrilleros quedaron sepultados en algún lugar cercano a aquellos parajes donde cayeron y que solo conocían algunos miembros del Ejército, quedando desaparecidos para el resto del mundo.

Cuarenta y un años después el General Valencia Tovar, quien había sido amigo de infancia y juventud del cura Camilo Torres, reveló que a los otros guerrilleros el Ejército los enterró en una fosa común (sin identificar y, al parecer, sin ningún interés por identificarlos), mientras que el Ejército sí identificó el cadáver de Camilo Torres por la insistencia de Valencia Tovar en preguntar por él por asunto de amistad. Es así como un suboficial, siguiendo las preguntas, pudo identificar entre los guerrilleros muertos al cura Camilo Torres: “el cadáver del guerrillero diferente que parecía un jefe había sido registrado. En sus bolsillos se hallaron cartas en otros idiomas... Era él”. Entonces él ordenó dar trato especial a sus restos por el deber de enterrar correctamente a los amigos (Valencia Tovar, 2009, pp. 254-255).

Nótese que no se trataba de acatar normas consuetudinarias del derecho de la guerra, sino de un asunto de amistad. El cadáver de Camilo Torres fue identificado y enterrado aparte de los demás guerrilleros (muertos anónimos, sin importancia), en una tumba de la que un oficial topógrafo dejó la ubicación detallada en un lugar estratégico que fue comunicado a su hermano Fernando Torres, médico radicado en Estados Unidos. En 1969 el General Valencia Tovar ordenó la exhumación e hizo llevar los restos al mausoleo militar de la Quinta Brigada, donde el cura guerrillero quedó enterrado al lado de miembros de la misma Brigada que le dio muerte, hasta que su hermano vino a Colombia a reclamarlos en el año 2001 (Valencia, 2009).

En las décadas sucesivas las fuerzas armadas estatales siguieron enterrando a los guerrilleros abatidos en el lugar de los combates, quedando como esos otros colombianos de la otra orilla de la sociedad, que ni siquiera tienen una tumba honrosa para sus huesos, a causa del odio que nos separa, sin ninguna presencia física en un lugar apropiado (una tumba, una lápida con un nombre y una fecha) que puedan visitar los familiares.

Hacia la mitad de la década de los 80 las fuerzas armadas empezaron a llevar a los guerrilleros abatidos en operaciones militares a los cementerios de poblaciones cercanas, en vez de sepultarlos en la zona de los combates. En las regiones de la Colombia pobre y rural donde predominantemente se ha peleado esta guerra, las necropsias se han practicado con los pocos recursos al alcance de los centros médicos y hospitales de los pueblos perdidos de la geografía nacional: “todo lo que quedaba era una simple hoja que entregaba el médico del pueblo sobre el levantamiento del cadáver, las huellas y la necropsia” (Velásquez, 2015), hoja que daba vueltas por las distintas oficinas de la Registraduría sin que hubiera un adecuado cotejo de datos. Todo se complica más si se tiene en cuenta que las FARC han reclutado, sobre todo, jóvenes campesinos de los que con frecuencia solo quedó un registro civil y que no tuvieron cédula de ciudadanía porque antes de cumplir los 18 años se los llevaron para sus filas y de los que las FARC no levantaron placas dentales (como sí lo hace el Ejército) (Velásquez, 2015). El resultado es que centenares de guerrilleros quedaron sin ser identificados, sepultados en tumbas de N.N., sin que los familiares llegaran a tener noticia de su suerte final.

Por eso, en las zonas de guerra abierta, ubicadas en la provincia colombiana –doy testimonio de ello– ha sido común ver madres, esposas o hermanos de guerrilleros de luto, venidos desde otras regiones, rondando por los hospitales y cementerios con fotografías preguntando a los médicos y a los sepultureros si la cara de su ser querido se parecía a la de algún muerto N.N. para saber al menos dónde quedó. Estas idas y vueltas llenas de tribulaciones son consecuencia del trato inhumano a los enemigos practicado por el Estado, de la desidia de algunas autoridades hacia las familias que están en la otra orilla del conflicto, todo lo cual ha avivado heridas y rencores y atizado esta guerra.

Mientras que 21 Estados han reforzado el cumplimiento de las obligaciones de derecho internacional humanitario de buscar, recoger e identificar a los muertos en contexto de guerra, de registrar toda la información disponible antes de inhumarlos y señalar la ubicación de tumbas, codificándolas en los manuales militares destinados a regir la conducta de los miembros de las fuerzas armadas, el Estado colombiano se ha negado a demarcar una línea de acción clara en los manuales militares⁷.

Esta grave omisión da cuenta de la ferocidad del conflicto armado colombiano y del odio con el que el Estado ha tratado a los insurgentes, enterrados no

7 Según informe del Comité Internacional de la Cruz Roja que recopila la práctica del derecho internacional humanitario en el mundo, han codificado las mencionadas obligaciones en sus manuales militares Alemania, Argentina, Australia, Bélgica, Benin, Camerún, Canadá, Croacia, España, Estados Unidos, Filipinas, Francia, Italia, Kenya, Madagascar, Nigeria, Nueva Zelandia, Países Bajos, Reino Unido, Suiza y Togo; brilla por su ausencia Colombia. Ver, Henckaerts & Doswald-Beck, (2007, pp. 461 y 473).

como adversarios (enfrentados en el campo político y militar y reconocidos como humanos), sino como enemigos absolutos (desconocidos en su alteridad, deshumanizados), sin consideración ni para sus cuerpos ni para sus familiares; cadáveres sin nombre, enterrados sin rito, sin ubicación adecuada de las tumbas para identificación futura; enemigos desprovistos de la protección mínima del derecho internacional humanitario, tratados hasta el final con el mayor desprecio y aborrecimiento, como quien dice “se la buscaron y esto es lo que se merecen”, dejando a sus familiares para siempre en la incertidumbre sobre su suerte final.

En zonas donde la guerra ha alcanzado alta intensidad y las fuerzas armadas del Estado han diseñado y ejecutado grandes operaciones militares para derrotar a la insurgencia armada, el Ejército ha creado complejos de fosas en terrenos anexos a las bases militares, que prolongan el cementerio de las poblaciones. Es lo que ocurrió en La Macarena (Meta) después de que el presidente Álvaro Uribe con su política de seguridad democrática creara el Plan Patriota para librar una guerra sin cuartel contra las FARC y el ELN. Entre 2004 y 2010, según testimonio de habitantes de la zona, el Ejército llevaba semanalmente montones de cadáveres de guerrilleros muertos en combate (y de civiles presentados como guerrilleros, los mal llamados “falsos positivos”) en bolsas negras y luego cavaban fosas para enterrarlos sin adelantar debidamente los procesos de levantamiento de cadáveres e identificación, quedando todos como N.N.

La existencia de este cementerio solo vino a ser reconocida por las autoridades cuando los medios de comunicación y organismos internacionales denunciaron estos hechos. La respuesta del Gobierno consistió en descalificar a los denunciantes diciendo que eran colaboradores de la insurgencia, que solo pretendían difamar a la fuerza pública. El coronel del Ejército Alfonso Yunda y el presidente Uribe manifestaron que el cementerio de La Macarena daba cuenta de uno de los mayores éxitos de la política de seguridad democrática (Cepeda Castro, 2010). Con las violaciones del derecho internacional humanitario es como se han medido los éxitos militares del Estado contra sus adversarios alzados en armas.

¿Cuántos de estos cementerios habrá en todo el territorio nacional? ¿Cuántos guerrilleros han quedado desaparecidos al ser abatidos en operaciones militares de las fuerzas armadas y no han sido debidamente recogidos, identificados e inhumados? La cifra podría ser muy elevada, si tomamos en cuenta que según el Centro Nacional de Memoria Histórica (2013, p. 32), solo entre 1958 y 2012 murieron 40.787 combatientes; en este universo una importante cantidad de combatientes muertos son guerrilleros. Podrían ser varios miles los guerrilleros que han quedado desaparecidos, dada la larga duración del conflicto, la ferocidad con la que se ha peleado en algunos regiones, la desidia del Estado frente a sus enemigos,

y lo muy poco que sabemos de unos grupos insurgentes que se encuentran en la ilegalidad, sin registros de sus combatientes, ocultos en zonas lejanas de refugio y extrañamiento institucional.

Recientemente, Henry Castellanos, alias “Romaña”, comandante del Bloque Oriental de las FARC y participante en los diálogos de paz de La Habana, pidió que le informen sobre el paradero del cadáver de su hermano, quien murió en combate y cuyo cuerpo desapareció después de que el Ejército lo recogiera del campo de operaciones⁸. Él tiene muchas verdades que revelar a los familiares de los rehenes muertos en su poder (soldados y policías, civiles secuestrados en “pescas milagrosas”), pero también tiene derecho a saber sobre el paradero de su hermano, que identifiquen sus restos y los devuelvan con el debido respeto a sus familiares. Aunque parezca una obviedad, hay que recordárselo a esta sociedad: los insurgentes también son seres humanos, ciudadanos colombianos, con familiares que los quieren y los esperan, protegidos por la Constitución y el derecho internacional humanitario; tienen derechos y esta sociedad tiene obligaciones para con ellos.

En el marco de los diálogos de paz de La Habana el Gobierno colombiano ha tomado dos medidas que reconocen la realidad de esta inhumana práctica y que están dirigidas a revertirla en la mayor medida posible, lo que supone además un claro gesto de paz frente al adversario con el cual se negocia el cese definitivo del conflicto. La primera medida mira al futuro y consiste en un acto unilateral del Gobierno: el 25 de mayo de 2015 el Presidente Juan Manuel Santos anunciaba que en medio de la confrontación armada y en adelante “todo guerrillero que sea dado de baja sea identificado por Medicina Legal, con el fin de que los caídos en combate dejen de ser enterrados como no identificados (NN) y, además, puedan ser entregados a sus familias sin que estas sufran ningún tipo de persecución”. “No más guerrilleros enterrados como NN. El Estado garantizará a sus familias que puedan reclamar a sus seres queridos y darles un sepelio como corresponde. Y así será de aquí en adelante” (Política, 2015).

En adelante el Estado colombiano hará todo para que los insurgentes muertos en combate no queden sin identificar y en estado de desaparición, lo que supone dar cumplimiento a las obligaciones humanitarias fundamentales (*supra* 1 y 2). Ello implica tomar en lo sucesivo medidas concretas para que, si hubiere combates, registrar toda la información disponible antes de inhumar a los insurgentes abatidos por las fuerzas armadas estatales, señalar la ubicación de sus tumbas, recoger placas de identidad o cualquier posesión (cadenas, relojes, fotos, billeteras, documentos), la práctica de autopsias, el registro de las autopsias, la emisión de certificados de

8 También tiene su historia. (1 al 8 de noviembre de 2015). *Semana*, (1748), p. 11.

defunción con su debida inscripción por la Registraduría Nacional del Estado Civil, el registro de los datos correspondientes al entierro de los fallecidos, la sepultura en tumbas individuales y la correcta señalización de las mismas. Todo ello para que no vuelva a haber insurgentes desaparecidos, con el consiguiente sufrimiento e incertidumbre de los familiares.

La segunda medida está incluida en el primer punto del Acuerdo sobre desaparecidos, mira hacia el pasado y consiste en el compromiso del Gobierno de buscar, recoger e identificar a todos los guerrilleros “inhumados como N.N. en cementerios ubicados en las zonas más afectadas por el conflicto” (Comunicado conjunto No. 62, La Habana, 2015), para cuya ubicación e identificación solicitará información y apoyo a la Fiscalía y definirá un plan de trabajo encabezado por el CICR y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

El trabajo será muy complejo e implica realizar exhumaciones según los más autorizados métodos forenses, incluida la práctica de pruebas de ADN a los restos óseos y a los familiares de los guerrilleros desaparecidos, a fin de conseguir la identificación y entrega de los restos óseos y el adecuado sepelio de seres queridos tanto tiempo buscados en medio de esa sensación de pérdida ambigua, antes referenciada. A tal efecto, el Gobierno podrá solicitar otros apoyos de organizaciones o instituciones especializadas para adelantar el proceso de búsqueda, ubicación, identificación y entrega digna de restos.

Las tareas ya comenzaron en los cementerios de Bocas de Satinga (Nariño), Cimitarra (Santander), San José del Guaviare (Guaviare), La Macarena, Granada, Vista Hermosa y Villavicencio (Meta). En los mencionados municipios de Guaviare y Meta han sido exhumados los restos óseos de un gran grupo de 2292 supuestos guerrilleros, de los cuales 830 han sido plenamente identificados por Medicina Legal y la Fiscalía. El 17 de diciembre de 2015 en Villavicencio, el Estado colombiano entregó a los familiares los restos de 29 personas que murieron en combate con las fuerzas armadas, en un acto solemne encabezado por el Alto Comisionado para la Paz, Sergio Jaramillo Caro, que da cumplimiento al Acuerdo al que se llegó en La Habana (Justicia, 2015).

Los trabajos de exhumación e identificación deberían proseguir en cementerios donde las organizaciones de víctimas y los investigadores del conflicto armado señalan la existencia de un alto número de N.N., muchos de ellos guerrilleros abatidos por el Ejército y la Policía Nacional, en Mutatá, Yarumal, Puerto Berrío y Santo Domingo (Antioquia), Florencia y San Vicente del Caguán (Caquetá), Tibú (Norte de Santander), Puerto Carreño (Vichada), entre muchos otros.

El compromiso asumido por el Gobierno arroja sus primeros resultados, lo cual es muy importante para aliviar el sufrimiento de los familiares de los guerrilleros

desaparecidos, pero es preciso señalar que tiene un alcance limitado: por una parte, el compromiso consiste, como se vio, en buscar e identificar los restos de los guerrilleros inhumados como N.N. “en las zonas más afectadas por el conflicto”, lo que da a entender que idénticas labores no se realizarían en cementerios de pueblos donde el conflicto no tuvo tan alta intensidad y donde menor cantidad de guerrilleros están sepultados como N.N. Por otra parte, el compromiso del Gobierno excluye de plano lo que pasó mucho tiempo atrás, cuando los guerrilleros muertos en desarrollo de operaciones militares de las fuerzas armadas estatales eran sepultados en el lugar de los combates, en tumbas individuales o en fosas comunes en medio de la selva, las altas montañas o los valles profundos.

Como puede verse, una dimensión de la ferocidad del Estado contra los guerrilleros abatidos que permanecen desaparecidos no alcanzaría a ser cobijada por este punto del Acuerdo, lo cual resulta muy desafortunado, pues la desaparición no termina para los familiares; aunque haya pasado mucho tiempo, igualmente habría que hacer labores de búsqueda e identificación en las fosas cuyo emplazamiento fue demarcado y registrado en su momento por el Ejército y en cementerios donde hay un número más reducido de guerrilleros sepultados como N.N.

5. El compromiso de las FARC: entregar la información sobre las personas muertas en su poder (I)

Es muy amplio el conjunto de personas (combatientes y no combatientes) que murieron en poder de las FARC en hechos que constituyen graves violaciones del derecho internacional humanitario, y la firma del Acuerdo sobre desaparecidos implica el compromiso de entregar información para la ubicación e identificación de los restos de las víctimas que hayan muerto en su poder. Las FARC se comprometen a proveer al CICR la información de la que dispongan y facilitar la ejecución de planes especiales humanitarios.

1º. Soldados y policías caídos en combate e indebidamente inhumados por las FARC: así como el Estado ha trasgredido la obligación humanitaria de identificar a los insurgentes muertos en combate y dar destino decoroso a sus restos, las FARC han incurrido en infracciones similares con centenares de soldados y policías caídos en combate en parajes lejanos del territorio nacional. La brutalidad tiende a aumentar cuando a la intención hostil característica de la guerra, se suman las pasiones del odio, el resentimiento y la venganza: en respuesta a las violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por el Estado con los guerrilleros abatidos en operaciones militares, las FARC igualmente se llevaron los cuerpos de los enemigos y los inhumaron en fosas comunes o los tiraron por un despeñadero, sin hacer ningún esfuerzo por averiguar su identidad o comunicar su deceso a

alguna organización humanitaria que transmitiera la información a las autoridades y a los familiares.

La guerra tiene una tendencia interna a los extremos, hacia el uso ilimitado de la fuerza: “Cada adversario fuerza la mano del otro, y esto redundo en acciones recíprocas virtualmente ilimitadas” (Von Clausewitz, 1983, p. 11). No ha habido atrocidad que no haya sido respondida con otra atrocidad, violación de las normas básicas del derecho internacional humanitario que no haya sido respondida con una violación análoga, en un juego de ataque y contraataque, réplica y contrarréplica que hizo de esta una guerra feroz y fratricida. Por eso, en algunos casos, se ha tenido noticia de que en el interior de los bloques de más marcada actividad contra el Estado, algunos guerrilleros guiados por el odio y la sed de venganza han pateado y mutilado los cadáveres del enemigo (decapitación, amputación de extremidades), conducta absolutamente prohibida por el derecho internacional humanitario.

Los familiares de soldados y policías muertos en combate con las FARC sobrellevan una carga de dolor, incertidumbre y zozobra a causa de no poder conocer la suerte final de su ser querido, con una serie de interrogantes que aumentan su sentimiento de pérdida ambigua: ¿Quién lo hizo y quién lo ordenó? ¿Cuál ha sido el destino final del hijo, esposo o hermano, a dónde fue arrojado o enterrado su cuerpo? ¿Tuvo una muerte rápida o lenta, estuvo precedida de tortura? Quieren encontrar un cuerpo, unos restos ante los cuales llorar y despedirse con un rito fúnebre para encontrar un desahogo final.

2°. *Guerrilleros de las propias filas ejecutados en purgas internas*: dentro de las FARC se aplican sanciones drásticas por incumplir –real o presuntamente– alguna de las normas que rigen la vida en el interior del grupo insurgente y que se conocen como *los tres códigos*: el que contiene los reglamentos internos o normas disciplinarias; los Estatutos, donde están previstos los deberes y los derechos de los combatientes, y el Régimen interno que varía según la situación de los diferentes campamentos (ubicación territorial, número de combatientes, niveles de peligro). Para las infracciones menores se prevén castigos como construir trincheras, abrir trochas y caminos o cortar y transportar grandes cargas de leña durante meses, pero para las infracciones graves la pena es el fusilamiento, esto es, infracciones como la desertión, la delación y el derrotismo (que en la guerrilla se conocen como “las tres D”). Los estatutos exigen que se apliquen garantías procesales a los sospechosos (Molano, 2004).

Estas sanciones son una amenaza que pende sobre los combatientes de las FARC de manera cada vez más escueta y trágica cuando arrecian las operaciones militares de las fuerzas armadas del Estado y cunde el miedo entre los mandos guerrilleros y sus subordinados. El autoritarismo es muy marcado al interior de las FARC y se

expresa en intolerancia para los combatientes que critican la forma de conducción de las hostilidades y que señalan equivocaciones de los líderes, o albergan dudas acerca de si la estrategia de la guerra de guerrillas triunfará sobre las fuerzas armadas del Estado colombiano. Es muy común entre los mandos guerrilleros estar convencidos de que cualquier opinión que se desvíe mínimamente de la suya pone la revolución en peligro (de ahí la previsión del delito de derrotismo, conducta indeterminada donde las haya). La paranoia y el autoritarismo llegan al colmo cuando el conflicto se recrudece y los guerrilleros temen por su suerte personal y por la suerte final del grupo armado.

Se desdibuja la frontera entre las divergencias estratégicas o de opinión y la traición e inmediatamente se abre camino el castigo entre guerrilleros que se expresa en condenas a muerte, incluso por faltas nimias. Infracciones menores como el dormirse durante el turno de vigilancia nocturna, dejar escapar un tiro mientras se limpia el arma o tomar licor con el riesgo de hablar mucho, pueden llegar a calificarse de graves, bajo “circunstancias extraordinarias” como cuando están en territorios en disputa abierta o en campamentos que, de ser detectados por la inteligencia militar, podrían ser bombardeados por la Fuerza Aérea. Cunde la paranoia de verse infiltrados por agentes de inteligencia de la Policía y del Ejército y muchos guerrilleros empiezan a ser sospechosos de colaborar con el enemigo y traicionar la revolución.

De esta manera centenares de combatientes de las FARC (es imposible saber una cifra exacta) a lo largo de varias décadas han sido condenados a muerte por orden de sus superiores y ejecutados a manos de compañeros, después de la realización de juicios sumarios (los “consejos revolucionarios de guerra”), en los que no hay una información clara sobre los hechos materia de la acusación, no hay separación entre defensa y acusación, no se practican pruebas y el acusado carece de voz y de oportunidades efectivas de defenderse de las imputaciones que les hacen sus superiores y compañeros de armas, en clara violación del Protocolo II, cuyas normas sobre trato humano tienen por objeto garantizar el respeto de los derechos elementales del ser humano en los conflictos armados no internacionales, entre los cuales están las garantías judiciales que han de asegurar un proceso reglamentario y justo.

El artículo 6 fija algunos principios de carácter universal que toda organización responsable debe y puede respetar, no solo los Estados, sino también los grupos armados organizados como las FARC: los derechos de información y de defensa, el principio de la responsabilidad individual, el principio de la no retroactividad, el principio de la presunción de inocencia, el derecho a hallarse presente en el proceso,

el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable y el derecho a interponer recursos⁹.

Una de las masacres más numerosas y terribles del conflicto armado colombiano fue precisamente una purga entre guerrilleros, la masacre de Tacueyó (Toribío – Cauca), cometida entre noviembre de 1985 y enero de 1986, cuando Fedor Rey, conocido como “Javier Delgado”, comandante de una guerrilla disidente de las FARC, y su lugarteniente más cercano, Hernando Pizarro Leóngomez, ordenaron fusilar a 164 de sus compañeros bajo la acusación de ser espías infiltrados en su grupo, sometiéndolos antes a todo tipo de torturas¹⁰.

Según Human Rights Watch (1998, cap. V), las FARC ejecutan habitualmente “a los sospechosos de traición o de cometer los llamados crímenes revolucionarios dentro de sus propias filas”. Según testimonios de exguerrilleros, Manuel de Jesús Muñoz, alias “Iván Ríos”, con la excusa de frenar la indisciplina y renovar a los combatientes, presidió 300 consejos revolucionarios de guerra entre 2005 y 2007 que terminaron con la muerte de igual número de guerrilleros miembros del Bloque José María Córdova. Mientras que Jorge Briceño, alias “Mono Jojoy”, jefe del Bloque Oriental, en el año 2008 ordenó consejos revolucionarios de guerra después de los cuales fueron ejecutados 112 guerrilleros, acusados de delación y derrotismo (Nación, 2009).

Hernán Darío Velásquez Saldarriaga, alias “el paisa”, jefe de la columna móvil Teófilo Forero de las FARC, ha ordenado desde 2009 la realización de más de cien consejos revolucionarios de guerra contra guerrilleros que son atados con sogas para ir a juicio sumario y luego son obligados a cavar sus tumbas para finalmente ser fusilados¹¹.

Los guerrilleros fueron ejecutados por sus propios camaradas, por obra de la manía persecutoria, el autoritarismo y el sentimiento de retribución que anida en los grupos insurgentes, que desembocan en absoluto desprecio por normas básicas del derecho internacional humanitario, como el aseguramiento de las garantías judiciales mínimas del artículo 6 del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra, que

9 Ver, Sandoz, Swinarski & Zimmermann. (1998, pp.157-168); Mangas Martín, (1999, pp. 89-93).

10 “(...) tanto muerto coge fuerza y para vencerla se necesitan más muertos y más muertos. Así hasta que acabó con medio movimiento. Cada muerto traía el siguiente, y para borrarlo tenía que matar a otro y a otro, así hasta el final. Una matazón”. Testimonio de Melisa, ex guerrillera (Molano, 2007, p. 170). Ver, Yo sobreviví a la masacre de Tacueyó. (12 de febrero de 2006). *Semana*, Recuperado de <http://www.semana.com/portada/articulo/yo-sobrevivi-masacre-tacueyo/76546-3>

11 Ver, Las purgas del ‘Paisa’ en la Teófilo Forero. (8 de noviembre de 2013). *El Tiempo*, Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13167256>; Las confidencias de alias el ‘Paisa’. (19 de agosto de 2014). *Semana*, Recuperado de <http://www.semana.com/Imprimir/399625>

deben ser garantizadas al adversario y, también, a los hombres de las propias filas cuando se cierne sobre ellos la sospecha. El paradero de estos guerrilleros, que fueron enterrados en los filos de las montañas, en cañones profundos en medio de la selva, permanece desconocido para los familiares, que son con frecuencia humildes campesinos residentes en otras regiones del país y carentes de recursos para desplegar una búsqueda por la ancha geografía donde su familiar militó y combatió bajo la bandera de las FARC.

Las purgas internas de las FARC muestran que la violencia es (o tiende a ser) *indomable*. Cada cual al comienzo se cree capaz de dominarla, pero es la violencia la que los domina, internándolos en un campo de peligros, contradicciones y dramas del que cada vez es más difícil salir. La violencia aplasta no solo a las víctimas, sino a los que ejercen y “Termina por parecer exterior al que la maneja y al que la sufre” (Weil, 2005, p. 29). La violencia posee la característica, inseparable de su naturaleza, de contradecirse y destruir sus propios propósitos; por eso, muchos combatientes acaban aplastados por la misma violencia que promovieron.

6. El compromiso de las FARC: entregar la información sobre las personas muertas en su poder (II)

3°. *Personas civiles tomadas como rehenes por las FARC y muertas en su poder*: o “secuestradas”, según el lenguaje utilizado en nuestro país, para reclamar a los familiares el pago de un rescate, generalmente una cuantiosa suma de dinero, y de las que nunca se volvió a tener noticia.

El derecho internacional humanitario prohíbe de manera absoluta la toma de rehenes (“en todo tiempo y lugar”) y no admite ninguna excepción basada en una supuesta necesidad militar (artículo 3 común, 1) b), Protocolo II, artículo 4, 2) c). La toma de rehenes consiste en que una de las partes en conflicto retiene y se apodera de otra persona (combatiente o no combatiente) y amenaza con mantenerla detenida, herirla o matarla para obligar a un tercero a una acción u omisión, relacionada con el conflicto armado como condición para la liberación (el pago de una suma de dinero, la entrega de información, el canje con otras personas o el cese de operaciones militares en una región determinada).

Prevalentemente la toma de rehenes ha sido medio de financiación de los grupos armados insurgentes que valiéndose de la intimidación y el chantaje, constriñen a personas civiles a pagarles gruesas sumas de dinero. En el universo de casos registrados durante el período 1970-2010, en términos de autoría presunta y confirmada, las organizaciones insurgentes son los mayores responsables de los secuestros relacionados con el conflicto armado. Según cifras del Centro Nacional de Memoria Histórica

(2013, p. 65), “El 90,6% de los casos, porcentaje equivalente a 24.482 secuestros, fue ejecutado por estas; las siguen los grupos paramilitares, que aparecen relacionados en la comisión de 2.451 secuestros, que corresponde a un 9,4%”.

El secuestro se ejecutaba inicialmente como una operación financiera, aunque era considerado por la guerrilla como delito. Las FARC en un principio negaban estos hechos y después pasaron a justificarlos, aduciendo que se trataba de “personas retenidas” y que esos actos no eran violatorios de derechos porque eran solo provisionales y los recursos materiales obtenidos con la liberación no beneficiaban a guerrilleros particulares, sino a la totalidad de la organización (por tanto, no había ánimo de lucro ni ningún interés personal). Después se fue imponiendo una justificación basada en las necesidades de la guerra en la que los insurgentes se encuentran en una manifiesta desventaja militar, económica y política frente al Estado, por lo que tenían que resolver el problema de la financiación de sus actividades, con lo que el secuestro fue visto por ellos como un medio aceptable para perseguir sus objetivos político-militares (la toma del poder, la instauración de un gobierno revolucionario). Según las FARC, el secuestro es un acto de detención de personas que no pagan impuestos, porque la guerra los ha obligado a “crear un sistema tributario, lo que los ha llevado a secuestrar, “boletear” y extorsionar con base en unas normas creadas por la guerrilla” (Molano, 2004, p. 335). Así se encaminaron hacia actividades drásticamente prohibidas por la legislación nacional y el derecho internacional humanitario: el pillaje, la toma de rehenes, la amenaza de muerte como medios para obtener recursos para financiar la lucha armada (sostener el ejército, el armamento, las municiones, los uniformes, la propaganda, etc.), llegando a convertir a las personas civiles en objetivo predeterminado de sus actos de violencia.

Las FARC aducen una supuesta necesidad militar para justificar la toma de rehenes, pero esta práctica está prohibida de manera absoluta y no se admite excepción, dado que supone tratar a los seres humanos como medios o instrumentos para la consecución de propósitos políticos y militares que les son ajenos, no como fines en sí mismos y merecedores de respeto en sí mismos. Este es un punto de choque especialmente sensible entre la ideología revolucionaria y su presteza a justificar todo acto de violencia que conduzca a su meta política, y el derecho internacional humanitario que marca límites a las actividades en procura de la victoria militar, de modo que ciertos actos no pueden justificarse independiente de las consecuencias. No es permisible en ningún caso la toma de rehenes porque no se concibe ninguna cantidad de beneficios resultantes que pueda justificar tal tratamiento hacia una persona; es una conducta que debe evitarse, sean cuales fueren las circunstancias y sean cuales sean los beneficios que pudieran obtenerse.

El número de personas civiles tomadas como rehenes por las FARC y que nunca más volvieron, es muy elevado, y se presume que algunas podrían continuar en cautiverio, mientras que otras habrían muerto en las más inhumanas condiciones, quedando sepultadas en lugares recónditos e inaccesibles del territorio nacional:

a) Algunas personas fueron tomadas como rehenes, arrancadas intempestivamente del resto del mundo y puestas en total indefensión y murieron al comienzo del cautiverio a causa de que su avanzada edad, sus enfermedades, falta de medicamentos y mala alimentación no les permitieron aguantar jornadas extenuantes andando por la selva y soportando todo tipo de angustias y privaciones. Las FARC no comunicaron su suerte final ni a las familias ni a ninguna organización humanitaria que prestara ayuda a las víctimas en medio del conflicto e, incluso, en algunos casos siguieron cobrando el rescate aún después del deceso.

b) Algunas personas civiles fueron tomadas como rehenes y llevadas por las FARC a zonas bajo su control territorial y allí fueron sometidas a un cautiverio prolongado y condenadas durante años a sobrevivir con lo mínimo, en la más completa precariedad y orfandad y bajo una amenaza de terror permanente: ocultas en “cambuches” en medio de la selva o en las sierras de las cordilleras, con los ojos vendados, atadas de pies y manos, amarradas a árboles con cadenas, permanentemente intimidadas con armas, sin ninguna información sobre su situación real, recibiendo la promesa de liberaciones que luego eran burladas, pasando cada día con la angustia de si volverían a la libertad o estaban ya condenados a muerte por sus captores, ya reducidos a la desdicha y a la lucha por la supervivencia. Se presume que muchas personas murieron al pasar el tiempo, agotadas por la desnutrición, la enfermedad y la desesperanza, mientras otras fueron ejecutadas durante el cautiverio o durante operaciones de rescate emprendidos por la Policía Nacional y el Ejército, antes de que los agentes o los soldados pudieran liberarlos¹², sin que los cuerpos pudieran ser recuperados. Quedaron en estado de desaparición.

Las situaciones de personas civiles tomadas como rehenes son las que más se prestan al malsano intercambio entre familiares y victimarios para intentar saber la suerte final del ser querido desaparecido: los autores o personas que conocieron del hecho por pertenecer al mismo grupo armado se dedican a llamar a los familiares para ofrecerles información del ser querido que se encuentra presuntamente en poder de la guerrilla y con frecuencia les exigen cuantiosas sumas a cambio de informarles qué fue lo que pasó, entregarles pruebas de supervivencia (una foto, una carta, un anillo o un reloj) o, finalmente, señalarles dónde se encuentran los restos. En su situación desesperante, las familias entregan grandes cantidades de

12 Según Human Rights Watch (1998, cap. V), “la ejecución de secuestrados durante los operativos de rescate no es un hecho aislado”.

dinero y se endeudan para pagar esa información que en muchos casos resulta falsa, lo que empeora la angustia y la incertidumbre.

4°. *Soldados y policías tomados como rehenes por las FARC y muertos en su poder*: en la segunda mitad de la década de los 90 las FARC decidieron retener y privar de la libertad a militares y policías como instrumento para chantajear al Gobierno a un canje por guerrilleros presos en las cárceles del país, aduciendo que los miembros de las fuerzas armadas que tenían en su poder eran prisioneros de guerra. Las retenciones tuvieron lugar en actos individuales o en incursiones armadas de gran envergadura. Respecto de los actos individuales, durante el período más brutal de la guerra (1995-2006) fue práctica bastante extendida el que las FARC retuvieran a soldados que habían salido a disfrutar de un permiso corto o de vacaciones y que se encontraban en vehículos de transporte público, en lo que llamaban las “pescas milagrosas”, sobre todo en la autopista Medellín-Bogotá, en la vía de Bogotá al Llano, en la Costa Atlántica, Norte de Santander y Arauca. Nunca se reincorporaron a sus Unidades y los hechos se quedaron sin aclarar (Velásquez, 2015). La guerrilla pretendía amontonarlos uno a uno y convertirlos en instrumento para forzar al Gobierno a tomar ciertas decisiones de carácter político y militar.

Centenares de militares y policías fueron retenidos después de haber sido desarmados, de haberse rendido a discreción o de haber quedado heridos, en las tomas a las bases militares de Las Delicias en Putumayo (30 de agosto de 1996), Patascoy en Nariño (21 de diciembre de 1997) y Mitú en Vaupés (4 de noviembre de 1998) y en acciones individuales que se prolongaron con mucha intensidad hasta el 2010¹³. Las FARC calculaban que de llegar a una mesa de negociación, todos (según ellos prisioneros de guerra) serían una potente baza, una moneda de cambio en la negociación política con el Gobierno colombiano y que era un legítimo acto de guerra, pues el derecho internacional humanitario reconoce el estatuto de prisionero de guerra en los conflictos armados internos y permite a las partes hacer canje de prisioneros de guerra. Estas actuaciones de las FARC han reposado en una lectura incorrecta de las normas del derecho internacional humanitario, lo cual forma parte de la manipulación ideológica del contenido de las normas jurídicas, característica de los conflictos armados internos.

¿Qué debe hacer cada parte en conflicto con el combatiente de la fuerza enemiga que cae en su poder? Lo primero es cumplir con la obligación de derecho internacional humanitario de dar cuartel (prevista en el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra, art. 4.º, num. 1), que se orienta a asegurar el combate limpio y fijar deberes de contención en el uso de la violencia necesaria para

13 Sobre esta modalidad de toma de rehenes, Centro Nacional de Memoria Histórica. (2013, pp. 67-71).

derrotar al enemigo, al imponer el deber de respetar al enemigo que cae en poder del adversario (porque se rinde a discreción, es capturado o queda herido), a quien no se le puede quitar la vida, ya que en la situación en la que han quedado ya no tienen capacidad de dañar al adversario y no constituyen potencial militar, que es lo único que justifica el uso de la violencia. Ellos recuperan su inmunidad y, con ella, la protección mínima de los derechos a la vida, a la salud, las garantías judiciales, la garantía contra la tortura, etc.

Cada parte en conflicto tiene la obligación de aplicar las garantías sobre trato humano, según lo estipulan el artículo 3 común y los artículos 4 y 5 del Protocolo adicional II para “Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa”. Esto implica la obligación de recoger, atender y dar asistencia médica a los heridos y a los enfermos, y la prohibición absoluta (“en cualquier tiempo y lugar”) de los atentados contra la vida, la integridad corporal y la dignidad humana respecto de las personas protegidas antes mencionadas. En tal sentido, el artículo 4 reconoce un conjunto de garantías fundamentales y quedan proscritas las ejecuciones sumarias, las torturas, las desapariciones forzadas, los castigos colectivos, toda forma de pena corporal, los actos de terrorismo, las mutilaciones, la toma de rehenes, la prostitución forzada, la esclavitud, el pillaje y la amenaza de cometer cualquiera de estos actos.

¿Es lícito retener y privar de la libertad al enemigo que ha quedado fuera de combate? El artículo 5 del Protocolo II prevé esa posibilidad, al regular el trato debido a “las personas privadas de libertad por motivos relacionados con el conflicto armado, ya estén internadas o detenidas”. Este trato se debe tanto a las personas encausadas penalmente como a las privadas de libertad por razones de seguridad y sin ser objeto de diligencias penales.

En una situación de conflicto armado interno es lícito a las partes en conflicto retener al enemigo que ha quedado fuera de combate por *strictas razones de seguridad*, esto es, por consideraciones basadas en la necesidad militar de disminuir el potencial bélico de las fuerzas enemigas en hombres y armamento y así alcanzar una ventaja militar concreta en las posiciones estratégicas o en el territorio en disputa. El Protocolo II, al igual que el artículo 3 común, no confiere un estatuto particular a los miembros de las fuerzas armadas o de grupos armados caídos en manos del adversario, los cuales no son jurídicamente prisioneros de guerra que gozan de un estatuto especial y de una protección específica¹⁴. El privilegio del

14 Ver, Sandoz, *et al.* (1998, p. 144).

combatiente y el estatuto de prisionero de guerra solo rige en los conflictos armados internacionales, de acuerdo con el III Convenio del 12 de agosto de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, y el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra, de 1977, ambos solo aplicables a conflictos armados entre Estados.

Reviste gran importancia las garantías establecidas en el artículo 5 que constituyen las garantías mínimas fundamentales sobre el trato humano al enemigo caído en poder del adversario, garantías que no afectan el estatuto jurídico de las partes en conflicto. Entre esas garantías están un conjunto de obligaciones absolutas: a) proteger y respetar a los heridos y a los enfermos; b) garantizarle a las personas privadas de libertad un mínimo vital: alimentación, agua potable, efectos personales, higiene y abrigo y protección contra los rigores del clima; c) protección frente a los peligros del conflicto armado, de manera que sean llevados a zonas fuera de combate o evacuados y sean puestos a cubierto de bombardeos y no sean encerrados en sitios donde corran un peligro mucho mayor; d) garantizar a los combatientes retenidos el derecho a practicar su religión y a recibir asistencia espiritual; e) permitir el ingreso de organismos humanitarios para que reciban asistencia y auxilios humanitarios individuales o colectivos. En la medida de las posibilidades, se les debe permitir enviar y recibir correspondencia.

Al pasar la situación de necesidad militar y a más tardar al cese de hostilidades, debe ponerse fin a la detención de los combatientes enemigos y dejárseles en libertad. La experiencia de otros conflictos armados internos muestra que la parte rebelde toma con rapidez la decisión de liberar a los adversarios capturados cuando tiene ya un claro control territorial sobre una región o cuando percibe que no va a poder darles las mínimas garantías durante la privación de libertad que exige el artículo 5 del Protocolo II¹⁵.

Lo que nunca puede hacer ninguna de las partes en conflicto es convertir al enemigo que se encuentra en su poder en rehén pues, como vimos anteriormente, la toma de rehenes está absolutamente prohibida por el derecho internacional humanitario, trátase de personas civiles, de personal de asistencia humanitaria o de enemigos fuera de combate. Precisamente, eso fue lo que hicieron las FARC: los soldados y policías capturados en acciones individuales o en operaciones de gran envergadura fueron privados de su libertad no por estrictas razones de necesidad militar (disminuir o neutralizar las fuerzas del enemigo), sino con el propósito de arrancar ciertas ventajas a partir de la presión y el chantaje ejercido sobre el adversario, el Estado colombiano, para que las autoridades civiles y los mandos militares tomaran ciertas decisiones que favorecieran los intereses de las

15 Ver, Mangas Martín. (1999, pp. 88-89).

FARC, tales como la liberación de guerrilleros procesados o condenados por las autoridades judiciales o el retiro de las fuerzas militares de determinadas regiones del territorio nacional. Esto constituye una toma de rehenes, en la que soldados y policías fueron puestos a responder con su integridad y con su vida por la acción u omisión de un tercero.

Dada la crudeza de la toma de rehenes en la que soldados y policías fueron convertidos en moneda de cambio, en instrumento para condicionar la voluntad del Gobierno, la deshumanización es un hecho implícito a esta práctica: ya no se les trata como a seres humanos merecedores en sí mismos de respeto, titulares de derechos, sino como palancas, cosas, monedas de cambio, de lo que se sigue que les fueron irrogados por las FARC tratos que son incongruentes con el hecho de reconocerlos cabalmente como seres humanos, por encima de la enemistad política y militar.

Fueron arrancados al resto del mundo y reducidos a vivir en las más infames condiciones, en campamentos con cercos de púas, encadenados a otros compañeros de cautiverio, rebajados a la penuria, a todo tipo de carencias, y puestos a vivir bajo la amenaza permanente de ser golpeados, heridos, asesinados, torturados o mutilados en respuesta a cualquier gesto o acto de inconformidad. Los pesados y lentos meses de cautiverio y de privaciones dejaron a los soldados y policías en una frontera existencial ínfima, reduciendo la experiencia de la vida casi a mera naturaleza –en el sentido de una estructura física que apenas se sostiene, padece y lucha por sobrevivir–; objetos de utilidad sometidos a la desesperación y a la indefensión, a merced de sus captores, de cuyo capricho dependía a cada momento su supervivencia. Con el paso del tiempo tuvieron que enfrentar la dolorosa perspectiva de que nunca volverían a la libertad y que iban a morir presas del hambre, la enfermedad y la falta de medicamentos o asesinados. No sabemos en qué lugar murieron, ni qué destino tuvieron sus restos. Hasta hoy siguen desaparecidos. Es difícil tener cifras precisas; solo de las tomas de rehenes cometidas en actos individuales (“pescas milagrosas”) están desaparecidos 135 miembros del Ejército nacional (Velásquez, 2015).

En virtud de las obligaciones del derecho internacional humanitario y de los compromisos asumidos en el Acuerdo, el silencio y las evasivas no pueden seguir siendo más la actitud de las FARC cuando se les pide que revelen la verdad sobre estos hechos execrables y cuando se les pide que esclarezcan la verdad sobre las personas desaparecidas en su poder y den algún alivio a los familiares por la tragedia de las personas (personas civiles y combatientes –amigos o enemigos) que no volvieron, algunas de estas después de hace más de dos décadas de haberse esfumado en la nada.

7. A modo de conclusión: un afianzamiento en el camino al Acuerdo definitivo de paz

Nada de esto debería haber sucedido. Si todas las partes en conflicto hubiesen respetado el derecho internacional humanitario, no habría personas desaparecidas en la guerra colombiana, a quienes les fueron conculcados sus más básicos derechos, así como a sus familiares, a quienes ahora hay que hacerles efectivo, como parte de la justicia reparadora, el derecho a la verdad, independiente de la eventual intervención del sistema judicial, a través de los mutuos compromisos del Gobierno colombiano y las FARC, que deben ponerse en vigor antes de la firma del Acuerdo definitivo de paz.

El Acuerdo sobre desaparecidos es tanto un gesto de paz entre el Estado y las FARC, como una contribución a la construcción de la misma, porque conocer la verdad es fundamental para ayudar a la reconciliación de comunidades divididas y laceradas por la violencia: “conviene señalar cuán importante es para las familias conocer la suerte que han corrido sus parientes desaparecidos y, en caso dado, el emplazamiento de su sepultura, sobre todo en un conflicto interno fratricida. Esto puede ser también, cuando cesan los enfrentamientos, un factor que favorezca el retorno a la paz” (Sandoz, *et al.*, 1998, p. 187).

Hay una igualdad humana ante el sufrimiento y, también, un interés igual en ponerle fin; por eso, es un acierto que el Acuerdo establezca el derecho a la verdad en pro de todos los familiares de los desaparecidos, sin importar en qué orilla del conflicto se ubican, por encima de cualquier juicio sobre la causa de la guerra y las motivaciones de las partes, de la enemistad política y las divergencias ideológicas. El odio y la división no pueden hacernos olvidar que todos los desaparecidos poseen almas y cuerpos que se componen de los mismos materiales de nuestros amigos y parientes y, por tanto, no cabe hacer ningún distingo o excepción respecto del derecho de los familiares a conocer el paradero y a recibir un cadáver plenamente identificado y darle sepultura según sus creencias.

El Acuerdo sobre desaparecidos es un referente de reconocimiento mutuo entre los otrora enemigos absolutos que ahora se asumen recíprocamente como agentes del discurso humanitario, lo que muestra la voluntad mutua de respetarse como enemigos justos y asumir el derecho internacional humanitario como horizonte moral, ético y jurídico compartido, pleno de significados comunes que les facilite un lenguaje y un marco público para resolver el conflicto, lo que les permitiría arribar gradualmente a acuerdos sustantivos.

Contar con el compromiso de que en adelante el gobierno va a acelerar la identificación de los guerrilleros muertos en combate y enterrados como N.N. y

que las FARC van a entregar la información sobre las personas que hayan muerto en su poder, sirve para para acrecentar la confianza entre viejos enemigos políticos y militares que han estado confrontados en una lucha a muerte en la que no parecía haber ningún terreno común, y en la que violaron de manera rutinaria las normas más básicas del derecho internacional humanitario sobre el combate limpio y el trato de decoro y respeto que se le debe al adversario aún en la lucha a muerte y después de la muerte. Este Acuerdo constituye una prenda de garantía de la buena fe y la voluntad de paz de cada parte, lo cual insufla nueva energía a las negociaciones.

Se trata de que las partes en conflicto dejen de hacerse las terribles cosas que se han hecho en el pasado (la no identificación de los soldados y guerrilleros caídos en combate desaparecidos por siempre en paradero desconocido para sus familiares, la toma de combatientes como rehenes que tras prolongados cautiverios han muerto en la selva), y de eliminar en las hostilidades “ciertas artes infernales, por sí mismas viles” para construir “alguna confianza en la *mentalidad* del enemigo” y así “hacer posible la confianza mutua en la paz futura” (Kant, 2002, p. 47 – cursivas en el texto).

A medida que avanzan los diálogos de paz se da al conflicto una estructura ritual y se frenan algunas de sus manifestaciones más crueles y violatorias de las normas del derecho internacional humanitario; esto constituye un marco de significados compartidos que abre “oportunidades a la acción civilizadora y humanizadora” (Valencia Villa, 1993, p. 34). Todo lo cual aporta elementos para trasladar el conflicto desde el campo del enfrentamiento militar al campo de juego de la política.

Frente a quienes no le encuentran ningún valor a los diálogos de paz y solo aguardan a que haya algún tropiezo para pregonar el fracaso, subrayamos que la búsqueda de la paz ya arroja frutos, uno de los cuales es el de reconocer los desastres de esta guerra y las vergüenzas colectivas de este país, con la consiguiente apertura de nuevas oportunidades para dar respuestas políticas y humanitarias adecuadas a graves problemas humanos y sociales, respuestas que hubieran sido inimaginables al fragor de las batallas y bajo la gramática belicista de “victoria o muerte” de los años anteriores. No tendríamos los mecanismos acordados para la búsqueda e identificación de desaparecidos, que ya se están aplicando, sin los diálogos de paz de La Habana. Como dice Gutiérrez Sanín (2015), “Esto implica echar a andar un proceso de reconstrucción social, institucional y moral que no hubiera sido posible sin la paz. Quizá nos evitemos una segunda, también terrible, desaparición de estas víctimas”.

En correspondencia con la prolongada y enquistada guerra que se busca desmontar, la paz se construye de manera lenta y difícil. La guerra y el derramamiento de sangre son lo conocido, el enigma es la paz. No deberíamos descreer de la paz,

tanto menos ahora que el proceso de paz arroja resultados parciales positivos. Tal vez nos acostumbramos a la guerra y no sabemos convivir en paz.

La paz es la utopía para los colombianos, y las utopías según advirtió Kant (2005, pp. 311-312), aunque puedan ser calificadas de invenciones, han representado un papel fundamental en el desarrollo político de la humanidad, al convertirse en modelos sorprendentes de “perfección soñada, la cual sólo puede asentarse en el cerebro de un pensador ocioso”, ideas que motivan y orientan la búsqueda de soluciones más adecuadas a la dificultad de la convivencia y al proyecto de una sociedad pacífica y más justa. Las ideas utópicas son las que hacen posible la experiencia del bien y la justicia, aunque nadie puede determinar “cuál es la distancia que necesariamente separa la idea y su realización. Nadie puede ni debe hacerlo porque se trata precisamente de la libertad, la cual es capaz de franquear toda frontera predeterminada” (Kant, 2005, p. 312).

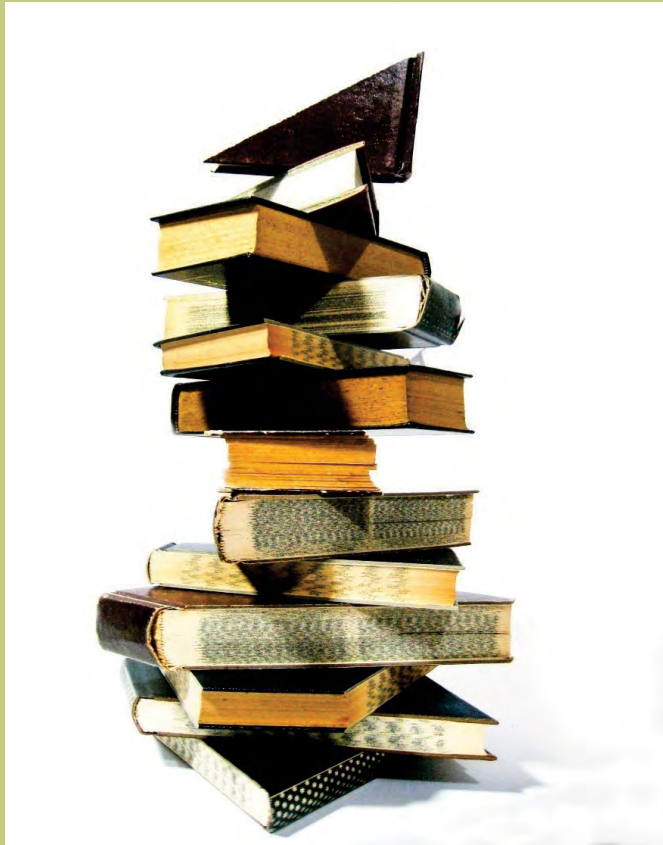
No deberíamos permanecer inactivos respecto a la paz, como si ella dependiera de fuerzas ajenas a nuestra voluntad. La paz es obra de seres humanos en sus relaciones mutuas y debería convertirse en una idea regulativa práctica que guíe las elecciones y acciones individuales y colectivas. De esta manera, lo que al comienzo parecía imposible, podría materializarse.

Referencias

- Centro Nacional de Memoria Histórica (2013). ¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad, Informe general del Grupo de Memoria Histórica, Bogotá: Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación.
- Cepeda Castro, I. (2010). *EL cementerio clandestino de La Macarena*. Recuperado el 11 de Diciembre de 2015, de El Espectador: <http://www.elespectador.com/impreso/nacional/articuloimpreso-215096-el-cementerio-clandestino-de-macarena>.
- Comunicado conjunto No. 62, La Habana. (18 de octubre de 2015). Recuperado el 19 de noviembre de 2015, de <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/proceso-de-paz-con-las-farc-ep/documentos-y-comunicados-conjuntos/Documents/comunicado-conjunto-62-18-octubre-2015.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 201.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Villagrán Morales y otros vs Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 226.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Velásquez Rodríguez vs Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 181.

- Gallego García, G. M. & Fernández Sola N. (2004). Guerra y desaparición forzada en Colombia. *Estudios de Derecho*. 61(138). 89 - 140.
- Gasser, H. P., Junod, S. S., Pilloud, C., De Preux, J., Sandoz, Y., Swinarski, C, Wenger, C. F. & Zimmermann, B. (2001), *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, t. I. (M. Duque Ortiz, Trad.) Bogotá: Comité Internacional de la Cruz Roja-Plaza y Janés.
- Giraldo, J. (2015). *La tercera realidad. Escritos sobre paz, reconciliación y derecho humanitario*. Medellín: Sílabo.
- Gutiérrez Sanín, F. (2015). *¿La paz para qué?* Recuperado el 6 de noviembre de 2015, de El Espectador: <http://www.elespectador.com/opinion/paz-1>.
- Henckaerts, J.-M. & Doswald-Beck, L. (2007). *El derecho internacional humanitario consuetudinario* (Vol. I: Normas). (M. Serrano García, Trad.) Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- Homero. (2007). *Iliada*. (E. Crespo Güemes, Trad.) Madrid: Gredos.
- Human Rights Watch. (1998). *Guerra sin cuartel. Colombia y el derecho internacional humanitario*, Nueva York, en <http://www.hrw.org/legacy/spanish/informes/1998/ guerra5A.html#farc>.
- Justicia. (2015). *Estado realiza primera entrega de restos de guerrilleros a familias*. Recuperado el 21 de diciembre de 2015, de El Espectador: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/primera-entrega-de-restos-de-guerrilleros-en-combate/16461568>.
- Kant, I. (2002). *Sobre la paz perpetua*. (J. Abellán, Trad.) Madrid: Alianza Editorial.
- Kant, I. (2005). *Crítica de la razón pura*. (P. Ribas, Trad.) Madrid: Taurus.
- Mangas Martín, A. (1999). *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Molano, A. (2004). La justicia guerrillera. En De Sousa Santos, B. & García Villegas, M. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Vol. II, pp. 331-388. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Molano, A. (2007). *Trochas y fusiles. Historias de combatientes*. Bogotá: El Áncora Editores.
- Nación. (2009). *Las Farc por dentro*. Recuperado el 05 de noviembre de 2015, de Semana: <http://www.semana.com/nacion/articulo/las-farc-dentro/110410-3>.
- Naqvi, Y. (2006). El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción? *Revista Internacional de la Cruz Roja*. (862), 245-273.
- Las purgas del ‘Paísa’ en la Teófilo Forero. (8 de noviembre de 2013). *El Tiempo*, Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13167256>.
- Las confidencias de alias el ‘Paísa’. (19 de agosto de 2014). *Semana*, Recuperado de <http://www.semana.com/Imprimir/399625>.

- Política. (2015). *Santos ordena que todo guerrillero dado de baja sea identificado*. Recuperado el 27 de noviembre de 2015, de El Espectador: <http://www.eltiempo.com/politica/gobierno/santos-pide-identificar-a-todo-guerrillero-dado-de-baja/15823917>.
- Radio Santa Fe. (2015). *Farc anuncian que entregarán restos de los desaparecidos en sus acciones criminales*. Recuperado el 25 de noviembre de 2015, de Radio Santa Fe: <http://www.radiosantafe.com/2015/11/18/farc-anuncian-que-entregaran-restos-de-los-desaparecidos-en-sus-acciones-criminales/>
- Redacción Paz. (2015). *Acuerdo sobre desaparecidos no afecta procesos judiciales: De La Calle*. Recuperado el 22 de Octubre de 2015, de El Espectador: <http://www.elespectador.com/noticias/paz/acuerdo-sobre-desaparecidos-no-afecta-procesos-judicial-articulo-593439>.
- Sandoz, Y.; Swinarski, C. & Zimmermann, B. (coord.). (1998). *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3.º de estos convenios*, Bogotá: Comité Internacional de la Cruz Roja-Plaza y Janés.
- También tiene su historia. (1 al 8 de noviembre de 2015). *Semana*, (1748), p. 11
- Testimonio de madre con hijo desaparecido en febrero de 2001. (03 de diciembre de 2012). (G. Gallego, Entrevistadora). Santo Domingo, Antioquia, Colombia.
- Valencia Tovar, Á. (2009). *Mis adversarios guerrilleros*. Bogotá: Planeta.
- Valencia Tovar, A. (2007). *Dónde estuvieron durante 32 años los restos de Camilo Torres, revela el General Álvaro Valencia Tovar. El Tiempo*. Recuperado el 11 de octubre de 2015 de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3522761> (Carlos Fernando Galán, Redactor Político).
- Valencia Villa, H. (1993). *La justicia de las armas. Una crítica normativa de la guerra metodológica en Colombia*. Bogotá: Tercer Mundo e Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Nacional.
- Velásquez Peláez, C.A. (29 de octubre de 2015). Testimonio Coronel (R) Ejército Nacional. (G. Gallego, Entrevistadora) Bogotá, Colombia.
- Von Clausewitz, K. (1983). *De la guerra*. (R. de Setaro, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Solar.
- Weil, S. (2005). La Iliada o el poema de la fuerza. En *La fuente griega* (A. López, & M. Tabuyo, Trads.), Madrid: Editorial Trotta.
- Yo sobreviví a la masacre de Tacueyó. (12 de febrero de 2006). *Semana*, Recuperado de <http://www.semana.com/portada/articulo/yo-sobrevivi-masacre-tacueyo/76546-3>.



Autor: Juan Carlos Gil Acevedo
Título: Babel
Técnica: fotografía digital
Dimensiones: variables
Año: 2014

***Prácticas discursivas y justiciabilidad de
los derechos sociales.
Usos discursivos de los derechos sociales
en la justicia constitucional colombiana¹***

DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a06

-
- 1 Artículo de investigación, resultado del proyecto “Uso discursivo de los derechos sociales en Colombia y las limitaciones fácticas de su eficacia normativa”, adscrito a la línea de investigación Filosofía del Derecho Constitucional del grupo de investigación Saber, Poder y Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. La investigación terminó el 4 de noviembre de 2014 y fue asesorada por el profesor Roberth Uribe Álvarez como trabajo de investigación desarrollado en la Maestría en Derecho.

Fecha de recepción: 15 de junio de 2015

Fecha de aprobación: 21 de agosto de 2015

Prácticas discursivas y justiciabilidad de los derechos sociales

Usos discursivos de los derechos sociales en la justicia constitucional colombiana

Dúber Armando Celis Vela²

Resumen

Este trabajo presenta una reconstrucción del discurso jurídico y económico de los derechos sociales. La finalidad es identificar encuentros y desencuentros para evaluar posibilidades y obstáculos de justiciabilidad. En general, se establecen unos lineamientos para comprender y explicar prácticas de justificación y aplicación. Los límites y restricciones a la justiciabilidad son analizados a la luz del concepto de derecho que subyace a cada discurso. El discurso económico adopta una concepción pragmática de los derechos y el jurídico asume una concepción idealista. En ambos casos, es posible que los derechos sean considerados nominalmente fundamentales sin que existan condiciones para su exigibilidad. Al final se analizan las posibilidades de protección de los derechos sociales de cara a realidades y poderes enquistados en el ordenamiento jurídico. En este sentido, se resalta el alcance restringido que tiene el Estado Social en el marco de la sostenibilidad fiscal. La sostenibilidad fiscal formaliza políticas fiscales de carácter coyuntural para justificar limitaciones en la justiciabilidad de los derechos sociales.

Palabras clave: derechos sociales, discurso económico, discurso moral, justiciabilidad, ductilidad, sostenibilidad fiscal.

Discursive practices and social rights justiciability. Discursive uses of social rights in the Colombian constitutional justice

Abstract

This paper presents a reconstruction of the legal and economic discourse of social rights. The authors aim at identifying discursive points of contact and divergence to evaluate possibilities and constraints of justiciability. In general, some guidelines are provided in order to understand and explain justification and implementation practices. Limits and restrictions to justiciability are analyzed in light of the concept of law underlining each discourse. In this respect, economic discourses adopt a pragmatic conception towards rights, whereas legal discourse embrace an idealistic. In both cases, social rights can be consideredas nominally fundamental, without legal conditions for its enforceability. Ultimately, the possibilities to protect social rights against realities and powers entrenched in the legal system are analyzed. In this sense, the limited significance of the Social State within the fiscal sustainability framework is highlighted. As concluded, fiscal sustainability end up formalizing short-term policies to justify limitations on social rights justiciability.

Keywords: social rights, economic discourse, moral discourse, justiciability, ductility, fiscal sustainability.

2 Magíster en Derecho, Abogado, Filósofo; profesor de cátedra de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, integrante del grupo de investigación Saber, Poder y Derecho. Correo electrónico: duber.celis@udea.edu.co; duber.celis@gmail.com. A.A. 1226, Dirección de correos U. de A.: calle 70 N°. 52-21, Medellín, Colombia.

Citación de este artículo usando el sistema APA: Celis Vela, D. A. (2015). Prácticas discursivas y justiciabilidad de los derechos sociales. Usos discursivos de los derechos sociales en la justicia constitucional colombiana. *Estudios de Derecho*. 72(160), 143-166. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a06

Prácticas discursivas y justiciabilidad de los derechos sociales.

Usos discursivos de los derechos sociales en la justicia constitucional colombiana

Introducción

Las aspiraciones materiales de las constituciones contemporáneas³ y las limitaciones fácticas de los recursos han originado conflictos en torno a la identificación y justiciabilidad⁴ de los derechos sociales. En este debate contemporáneo se ha tratado de determinar cuáles son y cómo hacerlos exigibles, lo cual ha sido consecuencia del audaz desarrollo jurisprudencial de la justicia constitucional⁵. En el marco de múltiples tensiones⁶, las definiciones normativas y las garantías de protección han adquirido diverso contenido y alcance. El enfrentamiento entre

- 3 Este concepto hace referencia a constituciones que establecen un generoso sistema de derechos y formas de justicia constitucional para hacerlos efectivos. Uprimny & Rodríguez (2005, p. 29) proponen una tipología de cuatro modelos de constitución según su fuerza jurídica y el contenido normativo. Aquí se alude al modelo de constitución normativa y valorativa que corresponde a países con (neo)constitucionalismo.
- 4 La justiciabilidad implica resolver un problema fáctico y jurídico tendiente a determinar cuándo un sujeto jurídico puede exigir una acción positiva del Estado. Este problema puede ser analizado desde una perspectiva cognoscitiva, metodológica y funcional (Arango, 2005, p. 35).
- 5 El aumento del activismo judicial en derechos sociales es frecuente en América Latina y algunos países del sur global como India y Sudáfrica. Los Tribunales Constitucionales de estos países se han ocupado de problemas sociales como el analfabetismo, el hambre, la vivienda digna y la salud. Por esta razón, la justicia se ha convertido en un factor importante para la definición y solución de los conflictos sociales (Rodríguez, 1999, p. 22).
- 6 Las tensiones sobre los derechos sociales se han presentado desde una perspectiva filosófico-política, jurídica y económica, entre otras. Al primer caso pertenecen las visiones liberales individualistas que consideran toda política redistributiva como injusta porque el Estado hace transferencias autoritarias de la propiedad (Nozick, 1988, p. 174). Por esta razón, los derechos sociales son destructores del orden liberal. Estas posiciones son contestadas desde concepciones que defienden el Estado Social de Derecho, pues sin medios materiales es imposible el ejercicio de los derechos. El reconocimiento formal de los derechos no es suficiente (Cortés, 2001, p. 71; Sen, 2001, p. 102). El debate jurídico tiene lugar en torno a la limitada justiciabilidad o naturaleza de las normas y la fuerza vinculante de la Constitución. En esta perspectiva, se encuentran las discrepancias entre (Bökenforde, 1993; Alexy, 1993; Arango, 2005) o entre Atria (2004) y Abramovich & Courtis (2002). Finalmente, el discurso económico mira las posiciones que diferencian entre derechos liberales y sociales en función a las prestaciones económicas, las cuales, han sido desdibujadas señalando el papel activo que

propósitos ético-morales y exigencias del desarrollo económico ha propiciado la producción de discursos que buscan establecer condiciones jurídicas mínimas para la aplicación de los derechos sociales. En el caso colombiano, dichos discursos han generado renovadas prácticas jurídicas de interpretación constitucional o aplicación del derecho y han promovido tanto reformas políticas como constitucionales (Rodríguez, 2009, p. 59).

El análisis de estos discursos en Colombia exige considerar tres aspectos presentes en el momento de su uso y reconocimiento judicial. El primero, concierne a los índices alarmantes de desigualdad, los cuales son profundizados por el conflicto armado interno y la omisión acumulada en el diseño de políticas públicas de redistribución de recursos y oportunidades. El segundo, alude a la existencia de un conjunto de sentencias protectoras de los derechos sociales, proferidas por la Corte Constitucional. Pese a los avances en este campo, la jurisprudencia sobre la materia es dispersa, con precedentes flexibles y eficacia relativa. Esta situación de indeterminación se acentúa con la subordinación parcial de la dogmática a la jurisprudencia, como consecuencia de la ausencia de un conocimiento teórico consolidado (Ramírez, 2007, p. 65). El tercero, se refleja en el debate entre economistas y juristas que terminó con la adopción de una reforma que incorporó la sostenibilidad fiscal en la Constitución.

Las tensiones discursivas y los aspectos enunciados propiciaron mutaciones normativas en las disposiciones sobre derechos sociales y han alterado sus condiciones de aplicación. Esta interpretación constitucional flexible justifica la incorporación de aspiraciones morales y restricciones económicas que, la práctica jurídica, de manera frecuente, adscribe a los textos constitucionales. Este constitucionalismo de los derechos sociales ha oscilado entre la maximalización o minimalización de intereses en conflicto, lo cual es fuente de controversia entre (neo) constitucionalistas y economistas al punto que, en la cultura jurídica colombiana, persisten prácticas discursivas ambivalentes para la definición del alcance de derechos sociales. Garantía y restricción ha sido el lenguaje de los derechos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁷.

Una caracterización de las tendencias discursivas sobre derechos sociales permite reconocer afinidades e incongruencias entre promesas constitucionales, estándares

el Estado también desempeña frente a las libertades negativas (Sunstein & Holmes, 2011; Prieto Sanchís, 2003; Pisarello, 2007).

7 La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido variable. En la Sentencia T-406 de 1992 se adoptó una decisión que garantizó derechos sociales y colectivos de forma amplia. Sin embargo, estas posiciones no se han mantenido en el tiempo, pues en la C-038 de 2004, la Corte Constitucional admitió retrocesos en la legislación del trabajo porque consideró que había razones de política económica que justificaban la restricción.

mínimos y restricciones fiscales. Los mínimos legales de derechos sociales como la educación, el trabajo, los servicios públicos y la salud, responden a las dinámicas del mercado, se transforman en aspiraciones legales que se mantienen en parámetros fijos y suponen continuidades o discontinuidades entre la Constitución y la ley. El análisis de tales prácticas implica entender las mutaciones conceptuales y normativas de los derechos sociales. Con el fin de comprender los usos discursivos de los derechos sociales, se hará: 1) un análisis de las mutaciones normativas de los derechos según los discursos jurídicos dominantes; 2) una evaluación de la ductilidad del juez constitucional en la protección de los derechos; 3) un análisis del sentido de la sostenibilidad fiscal como principio constitucional y, 4) unas conclusiones generales sobre prácticas discursivas y justiciabilidad de los derechos sociales.

1. Mutaciones discursivas de la Constitución y alcance de los derechos sociales

Un análisis sobre el discurso de los derechos sociales pretende comprender y explicar las prácticas jurídicas de justificación y aplicación más frecuentes. Las razones y formas de protección usados permiten identificar las tendencias argumentativas que fundamentan sus pretensiones de corrección. Los discursos dominantes consisten en un conjunto coherente de razones a favor o en contra de los derechos sociales y han logrado influir en su justiciabilidad. Tales posiciones argumentativas son desarrolladas por participantes en el sistema jurídico, es decir, por una diversidad de sujetos que involucra juristas, políticos, litigantes, jueces, economistas, sociólogos, entre otros. Participante es quien argumenta dentro de un sistema jurídico a favor de lo que está ordenado, prohibido o autorizado (Alexy, 2004, p. 31). Estos participantes apoyan sus pretensiones de corrección en criterios técnicos según la reconstrucción interpretativa que hacen del sistema político, sus disciplinas académicas colonizan el derecho⁸.

Los argumentos técnicos que se usan en el derecho acarrear muchos supuestos metodológicos y epistemológicos no evaluados. Esto reduce los niveles de justificabilidad de las decisiones, pues se cree que los mercados funcionan de manera natural o espontánea y no como consecuencia de la regulación del Estado (Arango,

8 La tesis de la respuesta correcta ha estado presente en el discurso constitucional contemporáneo como justificación para la expansión de las garantías de los derechos fundamentales. En muchos casos los derechos sociales se han derivado de posiciones jurídicas iusfundamentales mediante argumentaciones persuasivas que muestran cómo el sistema jurídico admite una solución (Arango, 2005, p. 53). Sin embargo, la respuesta correcta no solo obra a favor de la garantía de los derechos sociales, posiciones jurídicas colectivas como el desarrollo, la estabilidad del empleo o la sostenibilidad fiscal pueden generar restricciones justificadas desde una perspectiva económica.

2005, p. 149). El análisis de tales discursos abraza un propósito de coherencia y controlabilidad racional de prácticas sociales que envuelven instancias normativas y subrayan la dimensión política del conocimiento jurídico. El análisis discursivo de los derechos sociales exige indagar por la justificación interna y externa de las posiciones jurídicas usadas para su expansión o restricción con el fin de abordar sus problemas desde una perspectiva general, esto es, excediendo la reconstrucción de normas o decisiones judiciales. Así, el problema de los derechos sociales supera los límites de la dogmática y la jurisprudencia constitucional.

Este desglose analítico sobre las clases de reconocimiento y las formas de justiciabilidad de los derechos sociales, es el presupuesto para una crítica a las prácticas del modelo constitucional y a la planificación técnica de la justicia social. El análisis crítico, dada la complejidad de los derechos sociales, tiene en cuenta sus contextos de aplicación (Noguera, 2010, p. 23), en los que los discursos están constituidos por argumentos normativos que resultan de interpretaciones jurídicas, económicas o morales de la sociedad y del Estado. Todas las pretensiones de corrección posibles, sustentan aspiraciones humanitarias, económicas y sociales; las cuales son usadas como justificaciones institucionales en circunstancias de extensión o restricción de los derechos. La multiplicidad de los argumentos disponibles para la definición de los derechos, exige un ejercicio teórico de sistematización para comprender el sentido de sus prácticas jurídicas, sin descalificar de manera *a priori* los medios o idealizar ciegamente los fines. El discurso que satisfaga las pretensiones de los participantes en un contexto social determinado, impacta las decisiones judiciales, determina el funcionamiento del modelo institucional y reduce o amplifica el sistema de garantías para grupos en situación de vulnerabilidad.

La identificación de tendencias discursivas con fundamento en pretensiones de corrección implica señalar sus rasgos sobresalientes y la forma como éstas han determinado la justicia constitucional. La ductilidad argumentativa no se opone a la definición de ciertos perfiles discursivos como consecuencia de decisiones judiciales garantistas. El carácter progresista del activismo judicial de élite, ha tenido cierto respaldo en prácticas de defensa de los derechos sociales y ha generado mutaciones discursivas sustentadas en una jurisprudencia *ad hominen*, que terminó con la adopción de las reformas constitucionales que consolidan la planificación técnica de la justicia social.

La ductilidad argumentativa es un rasgo sobresaliente del discurso jurídico contemporáneo. Los participantes recurren a diversas estrategias de justificación para respaldar sus pretensiones, entre ellas se encuentran: la interpretación literal, la suposición de fines o intenciones de las autoridades normativas, el cálculo de consecuencias, reglas probatorias, reconstrucción de precedentes, conocimientos

técnico-científicos y datos empíricos. La contingencia de los intereses o la dinámica económico-social implica posiciones relativas en los sujetos para la obtención de propósitos individuales o sociales. Un caso especial de ductilidad discursiva se evidencia en el control de constitucionalidad, el cual adquiere un matiz problemático por el alcance jurídico, político y social que comporta para un sistema democrático.

La determinación del contenido y alcance de los derechos implica decisiones sobre asuntos axiológicos que, en sociedades plurales, están sujetos a desacuerdos. No es posible considerar que la única forma de desacuerdo sea axiológica, los criterios científicos o técnicos también son susceptibles de valoración en sus presupuestos metodológicos o epistemológicos. Si las personas difieren en el alcance que tienen sus derechos y las funciones institucionales del sistema social, entonces en toda decisión judicial se impone la opinión del juez, la cual siempre será arbitraria para una de las partes (Waldron, 2005, p. 216). Aunque la jurisprudencia use el lenguaje del objetivismo moral o técnico, tal realidad no puede ser desconocida, el control se debate entre las difusas fronteras de la política y el derecho.

El impacto de algunas providencias judiciales protectoras de los derechos sociales en Colombia ha despertado optimismo por la jurisprudencia constitucional. La academia ha centrado su atención en la actividad del juez constitucional y en el desarrollo de metodologías para transformar la función secundaria de la decisión judicial en el sistema de fuentes del derecho colombiano. La justificación de un precedente judicial vinculante como instrumento del derecho apareció como una concesión que permitía el control y afianzamiento de la actividad judicial en términos de coherencia, racionalidad y justicia de las decisiones (López, 2007, p. 338). Así, el naciente derecho judicial colombiano, se vio como una conquista transformadora cuyo ejercicio impactó positivamente los derechos sociales y despertó reacciones tendientes a disminuir sus efectos. Aunque sus aportes al desarrollo de la jurisprudencia no pueden ser ignorados, la reconstrucción metodológica de líneas jurisprudenciales ha terminado en cirugías estéticas de la función judicial, pues en las decisiones adoptadas subyacen tensiones discursivas que, con frecuencia, son opacadas con una interpretación formal de la decisión judicial.

El entusiasmo por el protagonismo político del juez activista, protector de derechos, teórico y actor social, disminuyó la función crítica de la dogmática constitucional. En términos generales, tratadistas y dogmáticos reducen su trabajo a la descripción de pronunciamientos judiciales y descuidan las dimensiones analíticas y normativas de la dogmática jurídica⁹. El retraso de las ciencias jurídicas

9 En términos de Ramírez (2007, p. 63), gran parte de la producción académica en el derecho constitucional puede calificarse como de información protodogmática. Esto significa que no hay mediación conceptual sino verbalización de textos positivos. Este es el caso de Younes (2007) y Pérez (2004), entre otros.

y políticas para teorizar y diseñar un Estado Social equiparable al Estado Liberal, ha permitido que el Estado Social se desarrolle a través de la ampliación de espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, del juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, de la proliferación de discriminaciones o privilegios y del caos normativo (Ferrajoli, 1999, p. 30). En el caso colombiano, la producción del pensamiento jurídico se subordinó a la función del juez para promover una concepción filosófica y política de sus decisiones judiciales. La intervención de la Corte Constitucional en los problemas cruciales de la sociedad como la defensa de los derechos civiles, la protección de los derechos sociales, el control a los estados de excepción, la declaración de estados inconstitucionales de cosas, entre otros, motivaron una producción académica complaciente, una sociedad civil expectante de las decisiones del juez filósofo y alentaron una reacción política que ha venido diezmando el alcance jurídico y social de sus providencias.

En las facultades de derecho han dedicado amplios esfuerzos al reconocimiento e identificación de las decisiones de la Corte Constitucional como punto de referencia para la transformación de sus prácticas académicas y jurídicas. Muestra de esto es el número significativo de investigaciones y trabajos de grado para optar a títulos, que consisten en la indagación de conceptos y líneas jurisprudenciales desarrolladas por el juez constitucional. Una sociedad civil esperanzada en las decisiones del sabio juez constitucional que especula sobre valores sustantivos con actitudes intervencionistas ante los problemas sociales, permitió la creación de una jurisprudencia *ad hominem* que sintoniza con las preferencias ideológicas del juez, ya se ha demostrado en diversos contextos legales, que los valores personales se deslizan en su razonamiento judicial (Ely, 1997, p. 63). Los fallos de la Corte Constitucional dieron vuelo político a los problemas sociales, visibilizaron realidades dramáticas de exclusión y despertaron el debate público en una sociedad civil relativamente pasiva; sin embargo, no fueron respaldadas por el desarrollo investigativo y la voluntad política para consolidar los procesos de transformación iniciados.

El entusiasmo creció porque jueces y amplios sectores de ciudadanos compartían los valores descubiertos en la Constitución; sin embargo, las decisiones progresistas y garantistas de los derechos también suscitan animadversión y reacciones políticas que condujeron a la implementación de reformas (salud, pensiones, sostenibilidad fiscal) para atenuar el impacto del juez constitucional. La paradoja del control de constitucionalidad consiste en que la interpretación ampliada o disminuida de la Constitución suele acudir al uso de un lenguaje cargado de objetivismo moral (Waldron, 2005, p. 195) para sustentar la aparente imparcialidad de sus abstracciones políticas y morales.

La experiencia reciente, ha hecho pensar que la Corte Constitucional es un órgano políticamente frágil, su composición la ha hecho susceptible de manipulación externa y, en sentido estricto, una reacción política que conduzca a la mutilación judicial no es una cuestión que deba desestimarse. En ese aspecto, el sistema de elección de sus magistrados produce una politización de la jurisdicción al punto que su orientación jurídica puede ser caracterizada por el origen político de sus integrantes. Esta no es una posición desmesurada, la naturaleza de la interpretación constitucional permite que el juez pueda imprimirle diversas orientaciones jurídicas y políticas a la Constitución. La contradicción entre el juez activista y el político oportunista se ha venido disolviendo, cada día aquel se parece más a éste. La función principal constituye el mayor problema del control de constitucionalidad: un cuerpo que no es electo ni es responsable políticamente, dice a los representantes que no pueden gobernar como desean (Ely, 1997, p. 23). El control de constitucionalidad no supone una defensa de la Constitución en abstracto como categoría metafísica del derecho; por el contrario, la norma constitucional realiza su sentido en la interpretación que de ella hace el juez constitucional.

Una Corte Constitucional controlada intelectualmente por algunos sectores del poder político, disminuye la trascendencia que tiene la justicia constitucional para la consolidación de la democracia. Además, ha terminado por defraudar la confianza de los constitucionalistas y las expectativas de la sociedad civil. Una jurisprudencia constitucional maleable entre el progresismo y el conservatismo político no parece en contradicción con una concepción (neo) constitucionalista del derecho. De hecho, uno de sus peligros es la mitificación de la labor judicial que puede tolerar la limitación del contenido y alcance de la Constitución. Este fenómeno es consecuencia de la politización de la justicia que ha afectado su desempeño e independencia (Uprimny y Rodríguez, 2006, p. 15). La heterogeneidad de valores e intereses expresados en la Constitución, la constante competencia y enfrentamiento social y la coalición política de intereses, pueden conducir a la contractualización de la interpretación constitucional, tal como parece ser la experiencia colombiana reciente. Esta situación encuentra expresión o es un entendimiento más del “derecho dúctil” propuesto por Zagrebelsky (2007, p. 124). En este contexto, la integración de la Corte Constitucional se convierte en una lucha política o en un voto de batalla para la defensa de la Constitución, entendida como expresión posible de las orientaciones ideológicas de grupos dominantes.

La interpretación de la Constitución en cabeza de poderes personificados, no fortalece la consolidación de una institución tan importante para una democracia como el control de constitucionalidad. La falta de funcionamiento de los mecanismos de representación y participación democráticos ha tenido como correlato la pasividad

de la sociedad civil. Ver a la Corte Constitucional como única alternativa ante la ausencia de voluntad política del legislador y la omisión del ejecutivo, produce una forma de paternalismo judicial, académico, deliberativo y jurídico que termina en la frustración y la desconfianza cuando cambian las preferencias axiológicas relativamente compartidas. Este hecho se hace más notorio por el déficit de movilización social y activismo político en cabeza de la sociedad.

Las mutaciones interpretativas de la Constitución, por efecto de prácticas discursivas dominantes en la jurisprudencia sobre los derechos sociales, exigen una visión integral de sus problemas o realidades. El protagonismo de los jueces constitucionales ha provocado el tránsito de la hegemonía de la ley a la primacía de la interpretación constitucional para alcanzar la efectividad de los derechos sociales. La jurisprudencia constitucional, en materia de derechos sociales, ha recepcionado posiciones jurídicas dominantes en contextos transnacionales y ha generado interpretaciones que son aplicadas por otros jueces en virtud de la fuerza vinculante de sus decisiones. En todas las áreas, las sentencias de los jueces constitucionales tienen una importancia fundamental, pues definen los casos, crean las reglas para disputas futuras y son símbolos sociales de autoridad, imparcialidad o compromiso que generan la creencia de corrección sobre lo decidido (Rodríguez, 1999, pp. 67-68). La manera como se produce el discurso jurídico local, implica presunciones epistemológicas sobre la justificación de teorías jurídicas o criterios judiciales tomados del derecho comparado que se vuelven influyentes en la cultura jurídica.

2. Tendencias discursivas en derechos sociales

El problema de los derechos no está llamado a resolverse como la definición de un asunto normativo, pues involucra aspectos sociales, económicos y culturales que, en la mayoría de los casos, son ajenos al derecho. Así, su análisis exige ponerlos en un contexto para la explicación de prácticas discursivas de participantes en un sistema jurídico. El discurso no puede separarse de realidades que pretende ayudar a conocer y, en caso de disociarse, carecería de justificación funcional. Si bien el lenguaje de los derechos surgió en las revoluciones burguesas para contener despotismos, y en muchos casos para preservar una distribución desigual de la propiedad, no significa que posea núcleos semánticos inmutables. En este sentido, Gargarella (2004, p. 63)¹⁰ ha señalado que los derechos se han independizado de los propósitos de sus creadores para socavar los intereses de los más poderosos. Este es

10 Este argumento es una réplica a Atria (2004, p. 1), quien considera que los derechos fueron concebidos originalmente como derechos del individuo contra la comunidad. Los derechos existen ontológicamente antes de la comunidad.

el caso del constitucionalismo latinoamericano que ha estado alineado con causas sociales de redistribución del ingreso y protección a los grupos más vulnerables.

La caracterización del discurso de los derechos, exige identificar una serie de presupuestos filosóficos y metodológicos que sustentan las funciones político-simbólicas de sus argumentos y definen la justiciabilidad de los derechos sociales. En términos generales, los discursos que disputan la justificación de los derechos están escindidos en dos dimensiones: jurídico-política y socio-económica (Pietro Sanchís, 1994, p. 380). Tales dimensiones han sustentado la formación de discursos dominantes en la interpretación y aplicación de la Constitución y operan con diferentes conceptos de derechos. En Colombia, entre estos discursos se desató un acalorado debate animado por la pretensión de reivindicar los presupuestos epistemológicos y argumentos técnicos para justificar pretensiones sociales (Arango, 2001) o económicas (Carrasquilla, 2001; Clavijo, 2002; Kalmanovitz, 2006).

El discurso social que hace énfasis en la equidad y la igualdad, identifica los derechos sociales por su alto nivel de importancia (Arango, 2005, p. 38)¹¹, pues impactan el desarrollo del ser humano. Esta orientación valorativa hace hincapié en la expansión de los derechos través del sistema judicial¹². Los derechos, en tanto están sustraídos a la disponibilidad del mercado y la política, actúan no solo como factores de legitimación sino de deslegitimación de las decisiones (Ferrajoli, 1999, p. 24). La tendencia general es concebir al derecho como un mundo semántico autosuficiente, el cual tiene capacidad de imponerse a las realidades sociales (Haba, 2004, p. 22). El problema de los derechos sociales no es un asunto que los juristas puedan resolver mediante normas de papel. Implica tomar conciencia acerca de los límites del derecho. La idea de que el desarrollo de los derechos está asegurado en una providencia judicial es una ilusión. La experiencia constitucional ha mostrado que una decisión judicial en sí misma carece del efecto deseado para transformar realidades sociales. La desconfianza hacia la política representativa, lleva a postular la primacía del derecho sobre la política y reduce el funcionamiento de la jurisdicción constitucional a la producción de decisiones judiciales (Pisarello, 2007, p. 113).

El discurso económico adopta una posición funcionalista sobre los derechos, se centra en la protección a la economía y la búsqueda del equilibrio fiscal. A esta

11 Arango (2005, p. 38) considera a los derechos sociales como derecho subjetivos con un alto grado de importancia y carácter positivo general. Su justificación consiste en el hecho de ser derechos humanos cuyo carácter ideal o moral se ha fortalecido mediante su positivación.

12 García Amado (2009, p. 26) plantea que en esta concepción el ordenamiento jurídico se desdobra en una parte superficial, que es defectuosa por indeterminada y por estar llena de lagunas y antinomias, y una parte profunda o esencial, que contiene la solución predeterminada para cualquier caso difícil. La Constitución es la quintaesencia de la verdad moral y de la justicia objetiva, y los jueces, traductores seguros de esas verdades axiológico-jurídicas a decisiones materialmente justas y objetivamente correctas.

concepción, subyace una comprensión liberal y procedimental de la Constitución en sentido débil¹³, centrada en la optimización de los recursos y la libertad de mercado. Los derechos son identificados por su contenido porque requieren de la prestación de algún bien o servicio. Esta concepción económica de los derechos y de la justicia, considera al legislativo como el escenario central de la vida jurídico-política por razones técnicas o democráticas y promueve la fundamentación constitucional de una política pública de contenido fiscal para el ejercicio del poder judicial. El Estado no puede avanzar en términos económicos, sociales y políticos si el sistema judicial no proporciona estabilidad y seguridad, los cuales pasan por restricciones al activismo judicial (Clavijo, 2001, p. 28). Desdeña de la influencia de las decisiones jurisdiccionales en el ordenamiento constitucional porque parte de una relación ideal entre derechos y mercado que supone la libertad e igualdad de todas las personas (Arango, 2005, p. 138). El análisis económico del derecho constitucional proporciona criterios para maximizar la eficiencia en la asignación de los recursos sociales. La protección de los derechos depende de maximizar la eficiencia social en el marco de una perspectiva gerencial de la justicia.

El discurso de los derechos no es ajeno a una concepción particular de la sociedad, la economía y la política. El análisis de los derechos sociales implica el tratamiento de una problemática social cuyo objeto no puede ser agotado en especulaciones analíticas. Por tanto, no se puede avanzar sin desconocer el impacto de los reclamos de unos y el sentido de la resistencia de otros. Ignorar esta situación sobreestima la capacidad del derecho y, finalmente, desdibuja las instituciones democráticas, su promoción ha quedado librada a la capacidad de algunos jueces activistas que han alimentado la distancia entre ciudadanía y representación política. La falta de una relación entre política y derecho o derecho y economía, hacen que estructuras sociales ya instaladas reaccionen contra el cambio social hasta tornarlo inocuo como ha ocurrido recientemente con el fenómeno de la sostenibilidad fiscal. Así, las reformas jurídicas pueden bloquearse dado ciertos límites constitucionales que impone la economía.

El contraste de estos discursos ha provocado cierto aislamiento académico que se ha tratado de flexibilizar con una concepción dialógica de la justicia constitucional (Ely, 1997; Habermas, 1998). La garantía de los derechos sociales exige incorporar de manera explícita y crítica los aportes de la economía a las estrategias de justiciabilidad, sin que existan subordinaciones mutuas (Uprimny & Rodríguez, 2005, p. 26). Sin embargo, la situación de indeterminación de los derechos persiste y resulta funcional para las pretensiones de corrección de los participantes. Así, las

13 Concepción discursiva impulsada en el país por el movimiento derecho y economía y el (neo) institucionalismo, posiciones representadas por Carrasquilla, 2001; Clavijo, 2001 y Kalmanovitz, 2006.

disposiciones constitucionales tienen una naturaleza mutable y los derechos son enunciados programáticos¹⁴ para el Estado, los cuales, adquieren la condición de normas cuando se comportan como derechos subjetivos. Esta situación no ha sido ajena a las prácticas de la justicia constitucional colombiana, pues los derechos sociales se han protegido de manera activa pero coyuntural. La teoría constitucional, aunque asume que los derechos sociales son fundamentales y tienen carácter de mandato, considera que solo se convierten en derechos subjetivos en casos extremos (Arango, 2005, p. 44).

Los derechos sociales, como directivas programáticas, se refieren a prestaciones positivas del Estado que no poseen un desarrollo legislativo para que puedan exigirse judicialmente. Sin embargo, no es posible que el vacío legislativo socave su valor constitucional; por tanto, la omisión legislativa ha posibilitado la intervención del juez para garantizar un derecho fundamental vulnerado por conexidad con un derecho social. La jurisprudencia constitucional ha establecido que los derechos sociales pueden ser protegidos judicialmente cuando se comprometen los derechos fundamentales y de conformidad con las posibilidades económicas para la solución del problema, dentro de una lógica de lo razonable. En este sentido, desde la creación de la Corte Constitucional se ha adoptado una concepción pragmática de los derechos que ha sido funcional a políticas de expansión o restricción constitucional.

La garantía de los derechos sociales es un problema político de asignación de recursos. La tesis de la conexidad para reconocer judicialmente derechos sociales fue presentada como una elaboración jurisprudencial de carácter progresista; sin embargo, en su fundamento conceptual, considera que los derechos sociales no son fundamentales. La protección judicial por conexidad solo trató de conjurar situaciones de vulnerabilidad de los derechos fundamentales. En esta perspectiva, los derechos sociales aparecen como aspiraciones sociales cuya individualización no puede realizarse al margen de la ley y las posibilidades financieras del Estado¹⁵. Esta concepción, sin duda, está alineada con el discurso económico de los derechos sociales que tiene presente el equilibrio fiscal. A juicio del juez constitucional¹⁶, los derechos sociales pueden convertirse en derechos subjetivos cuando han sido desarrollados por el legislador. Este supuesto implica que la autoridad estatal debe crear instituciones y procedimientos encaminados directamente a la realización del

14 Arango (2005, pp. 65 y 95) sostiene que las proposiciones normativas sobre derechos no pueden ser expresadas mediante enunciados sobre metas. Plantea que el Estado es el exclusivamente obligado a garantizar los derechos sociales, los cuales son exigibles, en razón a que se transforman en derechos fundamentales e involucran al legislador, al ejecutivo y a la administración de justicia.

15 Esta concepción puede rastrearse en la Sentencia T-205 de 1997.

16 Entre otras sentencias, esta posición puede identificarse en la Sentencia T-304 de 1998, la cual representa una tendencia formalista en la identificación y justiciabilidad de los derechos sociales.

derecho social. En este caso, la situación de protección ya está definida en la ley, lo cual justifica la mutación del derecho social en un auténtico derecho subjetivo y sus límites de satisfacción están sujetos a un estándar mínimo.

Las mutaciones discursivas de la concepción jurisprudencial se refuerzan con la adopción de los principios de progresividad y la prohibición de regresividad desarrollados a la luz del bloque de constitucionalidad. Tales principios son parámetros valorativos fluctuantes y están sujetos a la relatividad de la ponderación que realice el juez constitucional. En atención al principio de progresividad, los desarrollos legales serán objeto de un análisis posterior; sin embargo, cabe precisar que el contenido asignado ha disimulado una práctica institucional de negación parcial de los derechos sociales. En este aspecto, ha jugado un papel importante la interpretación de la ley a la luz de la Constitución, lo que ha permitido limitar el sentido o eliminar normas jurídicas restrictivas o regresivas de los derechos sociales en algunas ocasiones.

En la jurisprudencia constitucional, el principio de progresividad de los derechos sociales ha desempeñado un papel preponderante. Con él se han incorporado principios lógicos de coherencia interna en la creación y aplicación de los derechos para permitir que se siga avanzando en su realización efectiva. Así, el Estado debe adoptar medidas inmediatas tendientes a asegurar, de manera progresiva, la plena efectividad de los derechos sociales con el fin de agotar todas las posibilidades y los recursos disponibles. Este principio, aunque no fue consagrado directamente en la Constitución, se obtuvo a partir del bloque de constitucionalidad para evitar la regresividad de los derechos sociales (Arango, 2006, pp. 157-158).

En jurisprudencia posterior, la Corte Constitucional¹⁷ empezó a considerar que los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales. A partir de este momento, el juez constitucional adoptó el lenguaje de los derechos fundamentales para los derechos sociales e hizo innecesaria la tesis de la conexidad, el matiz prestacional de los derechos dejó de ser el criterio determinante de su fundamentalidad. Sin embargo, la Corte Constitucional separó el carácter fundamental de los derechos sociales de la manera como se hacen efectivos en la práctica; con lo que no contribuye mucho a su justiciabilidad. En este sentido, cuándo exigir una acción positiva del Estado para garantizar los derechos sociales es

17 La Sentencia T-016 de 2007 es representativa de la concepción de los derechos sociales como fundamentales pese a carecer de medios autónomos para hacerlos exigibles. En este orden de ideas, la Corte Constitucional hará una separación entre derechos y garantías que refuerza la ductilidad.

una cuestión indeterminada. Una vez más el dualismo entre conceptos de derechos y justiciabilidad favorece la ductilidad de los discursos social y económico¹⁸.

El concepto de derechos sociales se transforma en atención al uso que de él hacen los participantes según sus criterios de corrección económica y moral. Catalogar los derechos sociales como fundamentales sin la posibilidad de ser garantizados en forma directa, de cierta manera, refuerza el poder simbólico del lenguaje sobre los desequilibrios del mundo social. Las transformaciones semánticas de la jurisprudencia constitucional han sido aparentes y accidentales, los derechos sociales siguen siendo formalmente fundamentales pero sin efectos procesales. La importancia moral no tiene efectos en la vida social, por tanto, su extensión o restricción dependen de discursos dominantes y reglas técnicas, en las que el juez está expuesto a las vicisitudes del discurso económico. La armonización de los derechos sociales con el principio de sostenibilidad fiscal no tiene reparos constitucionales, inicialmente los límites fiscales no son un impedimento para hacerlos efectivos¹⁹ sino un dudoso instrumento subordinado a los fines del Estado Social.

La fundamentalidad de los derechos sociales expresa una semántica contingente en la jurisprudencia constitucional. Esta situación, en razón a que el contenido de los derechos sociales ha determinado de forma razonable, el marco de la interpretación sistemática de una Constitución democrática (Arango, 2005, p.175). Los derechos sociales existen para superar desequilibrios materiales instalados en las relaciones sociales; sin embargo, el compromiso en su realización no es muy decidido. Los derechos sociales se encaminan a la protección de los individuos frente al poder social, económico y cultural, pero la práctica discursiva reproduce las relaciones de desigualdad existentes.

Esta manera de entender los derechos sociales puede asociarse a una forma de constitucionalismo aspiracional que existe en Colombia y en Latinoamérica, el cual prospera en contextos sociales para afianzar procesos de cambio social que se hacen efectivos, no solo con el desarrollo legal o jurisprudencial de los derechos, sino con un movimiento social, político y educativo que impulse su desarrollo

18 Este concepto de derechos desarrollado por la Corte Constitucional contrasta con una visión kelseniana de los derechos subjetivos ya que un derecho subjetivo implica la posibilidad de hacerlo efectivo. En este sentido, los derechos envuelven un poder para reclamar el cumplimiento de una obligación (Kelsen, 2005, p. 100).

19 Así pretendió establecerse en el Acto Legislativo 03 de 2011 cuando se indicó que la sostenibilidad fiscal no afectaría los derechos fundamentales. Aunque existe una regla explícita de precedencia (Alexy, 1993, p. 94), vaciar el contenido y alcance de los derechos sociales no constituye una garantía de protección, la interpretación constitucional tolera amplios márgenes de discrecionalidad valorativa cuando se recurre a cánones espiritualistas (López, 2012, p. 121).

(García Villegas, 2012, pp. 93-94). Desde una perspectiva política esta posición es aceptable; sin embargo, su viabilidad es discutible en un contexto social donde la desigualdad material y la violencia se han convertido en una tradición social normalizada. Ante este panorama, queda la opción de asumir el derecho como un proyecto político para confrontar las situaciones más problemáticas de la sociedad.

3. Contextos de aplicación de los derechos sociales y sostenibilidad fiscal

En algunas regiones del país la violencia ha generado situaciones extremas de vulneración a los derechos sociales, que suscita preguntas por las relaciones existentes entre derecho y sociedad (Lemaitre, 2011, p. 48). En una tradición jurídica como la colombiana, el derecho ha generado poca incidencia en los conflictos más agobiantes de la sociedad; inclusive, en algunos ámbitos ha contribuido a profundizarlos. Este hecho debe conducir a revisar los presupuestos teóricos que subyacen a las prácticas judiciales sobre derechos sociales, o a evaluar la solución jurídica o política dada al conflicto social. La garantía de los derechos sociales constituye una condición de posibilidad para el desarrollo y la cohesión social.

La posición judicial de los derechos sociales refleja tensiones entre derechos y participación, por un lado existe el imperativo social de mejorar las condiciones materiales de los individuos, y por el otro, la necesidad institucional de garantizar el principio democrático. No obstante, la ductilidad de los derechos sociales ha dejado al individuo expuesto a poderes económicos y sociales enquistados en el ordenamiento jurídico. La función de los derechos sociales consiste no solo en asegurar la libertad económica de una persona, sino servir de parámetro general para la justicia distributiva, sobre todo en sociedades estructuralmente pobres (Arango, 2005, p. 160). Por tanto, la solución jurisprudencial adoptada por la Corte Constitucional ha sido a todas luces coyuntural e insuficiente. Sin embargo, es necesario resaltar su papel en contextos donde los otros poderes públicos se han sustraído al cumplimiento de sus obligaciones constitucionales (Bernal, 2005, p. 225).

La Corte Constitucional ha asumido dos posiciones discursivas frente a los derechos sociales: en primer lugar, los ha visto como metas políticas que excepcionalmente pueden ser protegidas judicialmente y, en segundo lugar, como valores morales a partir de su consideración como derechos fundamentales; en esta última, los derechos sociales son una pretensión moral de justicia que se asocia a la idea de dignidad humana. Sin embargo, la ausencia de un mecanismo autónomo de protección aumenta las tensiones internas y contradicciones de los

derechos sociales. En razón a que el carácter fundamental de los derechos sociales fue una creación jurisprudencial, puede interpretarse este hecho como un típico uso alternativo del derecho por parte de la Corte Constitucional que no produce mayores efectos en su justiciabilidad. Se trata de un uso alternativo simbólico, pues la actividad interpretativa del juez no es un ejercicio mecánico sino que tiene una carga ideológica a favor de los menos favorecidos.

La utilidad del discurso sobre los derechos sociales se refleja en la funcionalidad política o jurídica que tiene para la defensa de ciertos intereses en el estrado judicial o en el foro político. La Constitución Política de 1991 ha posibilitado la recepción de posiciones antiformalistas en el derecho colombiano. La aplicación de las normas constitucionales, a través de decisiones judiciales, ha permitido entender la textura abierta del derecho que genera una tensión permanente y protege intereses enfrentados. Las teorías críticas del derecho, han subrayado la radical indeterminación del ordenamiento y el carácter ideológico y político de la adjudicación (Rodríguez, 1999, p. 21). La protección de los derechos sociales es vista como un campo de enfrentamiento y confrontación, en el cual la conveniencia ha sido un factor determinante en la decisión judicial. La falta de elaboración de un sistema de garantías equiparable al sistema de garantías predispuestas para la libertad y la propiedad, representa no solo un factor de ineficiencia de los derechos, sino el terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio (Ferrajoli, 1999, p. 16). Por este motivo, la protección constitucional ha sido fluctuante y coyuntural.

La sostenibilidad fiscal evidencia el alcance restringido que adquiere el Estado Social en el marco de una economía liberal. Esto subraya la paradoja del discurso económico de los derechos sociales y exige reconocer que la justiciabilidad no solo es un problema económico, sino político e institucional que compromete la capacidad de respuesta del Estado Social de Derecho. La garantía de los derechos sociales depende de la intervención prestacional del Estado (Arango, 2005, p. 91). Si esta clase de derechos carece de carácter normativo (Atria, 2004, p. 25), la objeción a la garantía estatal de los derechos sociales consiste en la necesidad de disponer de recursos e instituciones para su efectiva protección. En realidad, no se trata de cualquier clase de derechos, a diferencia de los derechos civiles y políticos, los derechos sociales tienen especial relevancia para el desarrollo, toda vez que involucran la vida digna del ser humano en sociedad. Por debajo de ciertos niveles de bienestar material y social, de entrenamiento y educación, las personas no pueden participar en la sociedad como ciudadanos iguales (Rawls, 1995, p. 166). El mínimo social es un límite que no puede ser franqueado por una sociedad moderna.

En países con extremos índices de desigualdad o concentración de la riqueza como Colombia (Garay, 2003, p. 15), el Estado debe hacer esfuerzos adicionales para

materializar los derechos de las personas, pues esta situación representa un tangible retroceso en su justiciabilidad. Sin embargo, en lugar de propiciar mecanismos de protección, se introducen principios que protegen la estabilidad presupuestal y limitan el goce efectivo de los derechos sociales como la sostenibilidad fiscal. Colombia es un país que requiere un tratamiento especial en materia de derechos sociales, su contexto socioeconómico y de conflicto constituye situaciones extremas de vulneración. Los derechos sociales, en sociedades con altos niveles de pobreza y desigualdad, no pueden comportarse como simples sugerencias para el legislador o las autoridades públicas. Por el contrario, se trata de aspectos determinantes de la actuación del Estado que condicionan la dinámica del mercado y la economía.

El pensamiento fiscal ha creado condiciones jurídicas para restringir la protección de los derechos sociales toda vez que decisiones judiciales garantistas proferidas por la Corte Constitucional, han desestabilizado la economía nacional. En este sentido, la eficacia de los derechos sociales depende de la existencia y disponibilidad de los recursos apropiados por el Estado. Estos argumentos confirman la tesis económica de que la garantía de los derechos sociales, es la fuente de los desequilibrios presupuestales y financieros del Estado (Steiner, 2011), lo cual genera tensiones entre eficiencia y democracia.

La Corte Constitucional colombiana ha sostenido que los derechos sociales son exigibles de manera excepcional porque su satisfacción solo está protegida cuando los derechos han sido regulados por el legislador, o cuando poseen un vínculo especial con un derecho fundamental. Así las cosas, la intervención del Estado es inicial y subsidiaria, está presente como garantía para evitar una afectación mayor. Esta situación normativa y jurisprudencial exige reflexionar sobre la titularidad de los derechos sociales ya que su protección oscila de forma alternativa entre los individuos o los recursos. En efecto, conviene pensar si la disponibilidad de los recursos supone, para todos los individuos, un derecho a la existencia de otro derecho: la sostenibilidad fiscal.

En este contexto, se profundizan las razones de limitación, ponderación y regulación de las normas sobre derechos sociales. La razonabilidad, como parámetro de evaluación de satisfacción de los derechos sociales, implica un control mucho más incierto, se materializa en el análisis genérico de los medios y fines elegidos. Lo razonable es un concepto que adquiere sentido en función a las pretensiones de corrección de los participantes. Lo mismo ocurre con el otro estándar de satisfacción de los derechos sociales, conocido en la jurisprudencia alemana como contenido esencial o de obligaciones mínimas esenciales (CIJ, 2010, p. 39). Así, el pensamiento fiscal implica un escrutinio estricto y restrictivo para los derechos en juego y puede vaciar el contenido axiológico-moral de la Constitución. Ambos

parámetros, el contenido esencial y la razonabilidad, resultan funcionales a los discursos dominantes entre los participantes; además, permiten justificar decisiones con iguales niveles de corrección económica, política o moral.

La idea de la sostenibilidad fiscal como criterio regulador de los derechos sociales produce consecuencias paradójicas, pues el desarrollo y la estabilidad económica puestos como fines de la economía liberal, exigen condiciones básicas aseguradas. Las políticas sociales deben generar mayores beneficios para los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, sin poner en riesgo los derechos (Rawls, 1995, p. 280). Quizá aquel aspecto que pretende ser restringido en el discurso económico sea la condición de posibilidad del desarrollo. En este sentido, la rentabilidad de los recursos que participan del mercado tiene como correlato condiciones materiales de bienestar social. La existencia de los derechos sociales no depende exclusivamente de su consagración en un texto constitucional porque es necesario disponer recursos e instituciones para que las personas puedan disfrutar de condiciones materiales de existencia. Los derechos tienen costos que deben ser sufragados por sus titulares o que exigen la intervención del Estado. Sin embargo, el costo de los derechos no es una cuestión exclusiva de los derechos sociales ya que también puede aplicarse a cualquier clase de derechos (Sunstein, 1998, p. 65).

A diferencia de los derechos civiles y políticos, los derechos sociales tienen especial relevancia para el desarrollo del ser humano. Si bien exigen erogaciones económicas, esto no puede llevar a que los derechos sociales se conviertan en actividades económicas que generan los mismos o superiores niveles de rentabilidad que las demás actividades económicas. Los derechos sociales pueden ser considerados como límites materiales de la economía o condiciones para el desarrollo social y no como objeto de explotación social. La justiciabilidad de los derechos sociales puede realizarse de múltiples maneras, entre las cuales es posible derivar una multiplicidad de obligaciones para el Estado, como la de respetar, la de proteger y la de satisfacer (Abramovich & Courtis, 2002, p. 45). El discurso económico de los derechos sociales limita su protección, la escasez de los recursos disponibles implica que se debe mirar no solo a un individuo, sino a todas las personas que se encuentran en igual situación. La defensa de la economía subraya que estaría razonablemente justificado vulnerar el derecho de uno con el pretexto de garantizar, en abstracto, el derecho de la mayoría, pues la protección de un derecho no puede derivar en la negación de los derechos en cabeza de los demás.

El derecho de todos no es un derecho, se trata de un concepto metafísico, de una falacia argumentativa que en abstracto se convierte en una justificación jurídica para negar los derechos sociales. Criterios externos a la situación jurídica objeto

de protección constitucional no pueden incidir en las condiciones de exigibilidad. Así, lo metafísico, lo indeterminado, lo imaginado por los economistas sería el pretexto para tolerar situaciones que desdican de un Estado Social y defraudan la solidaridad como uno de sus pilares fundamentales. La economía debe hacer posible en la mayor de las posibilidades los derechos sociales; en ningún momento puede convertirse en la condición para su extensión y protección.

La rentabilidad de los recursos que participan del mercado tiene límites y exige hacer efectiva la función social de la propiedad. La garantía de los derechos no siempre depende de problemas económicos. Además, pueden existir obstáculos institucionales que limitan su capacidad de satisfacción. Las entidades creadas para la protección de los derechos no siempre han sido eficaces en su protección y se han convertido en obstáculos para su materialización (Arango, 2009, p. 4). En este contexto, introducir un criterio de sostenibilidad fiscal puede conducir a mantener y extender los obstáculos que limitan el goce de los derechos.

Conclusiones

El problema de la justiciabilidad de los derechos sociales y prácticas de la justicia constitucional colombiana, permiten concluir que las disputas teóricas sobre su exigibilidad dependen de la tensión entre aspiraciones materiales y limitaciones fácticas. En esta perspectiva, los discursos envuelven la pretensión de establecer condiciones mínimas de satisfacción para los derechos sociales. Su análisis exige mirar las realidades de desigualdad y exclusión en Colombia, el rol político que adoptaron los jueces y la controversia entre economía y derecho que ha llegado hasta la constitucionalización de una política fiscal determinada. Estas tensiones han provocado mutaciones normativas en la Constitución y la ley como consecuencia de discursos ambivalentes para la definición del contenido y alcance de los derechos.

Los discursos consisten en razones a favor y en contra de los derechos sociales que han logrado influir en su justiciabilidad. Las pretensiones sobre derechos sociales se fundamentan en reconstrucciones que hacen del sistema político. Así, en términos analíticos, puede caracterizarse un discurso político-moral y otro económico, los cuales compiten para imprimirle una orientación específica al Estado. El discurso social hace énfasis en la equidad y la igualdad. Sin embargo, desconoce que una decisión normativa carece del efecto deseado de transformar las realidades sociales. El discurso económico adopta una posición funcionalista y pragmática de los derechos y centra su objeto de protección en la economía y el equilibrio social.

La tesis de la conexidad de los derechos sociales con derechos fundamentales para asegurar su justiciabilidad, solo trató de conjurar situaciones extremas de vulneración. Sin embargo, en su fundamento conceptual, considera que los derechos sociales no pueden ser garantizados al margen de las posibilidades financieras del Estado. La consideración de los derechos sociales como derechos fundamentales tampoco ha logrado impactar el sistema de garantías. La semántica de los derechos sociales tiene un carácter dúctil y contingente. En consecuencia, el concepto de derecho se transforma según el uso que los participantes hacen del sistema jurídico con sujeción a criterios de corrección económica o moral y no contribuye a su justiciabilidad, solo refuerza el efecto simbólico del lenguaje frente a desequilibrios sociales. Los derechos sociales no son ajenos a una concepción particular de la sociedad, la economía y la política.

La falta de diálogo entre política y derecho hacen que estructuras sociales reaccionen contra el cambio social hasta tornarlo inocuo. Por esta razón, el juez constitucional colombiano ha hecho un giro del activismo fuerte a un activismo dialógico que incluye la participación de otros poderes públicos en la adopción de políticas públicas derivadas de la intervención judicial en problemáticas sociales. El problema de los derechos sociales supone una interacción entre derecho y sociedad porque su garantía es una condición para el desarrollo y la cohesión social. La ductilidad discursiva deja al individuo expuesto a poderes enquistados en el ordenamiento jurídico cuando no existe un sistema fuerte de garantías. La fundamentalidad de los derechos sociales como categoría ideal, expresa un uso alternativo de carácter simbólico del derecho.

En países con índices extremos de desigualdad es indispensable hacer esfuerzos adicionales para materializar los derechos de las personas. Los derechos sociales son la condición de posibilidad y el límite a la dinámica del mercado. La sostenibilidad fiscal evidencia el alcance restringido que tiene el Estado Social en la economía de mercado. Como criterio de regulación produce resultados paradójicos, pues el desarrollo y la estabilidad exigen condiciones mínimas aseguradas.

Referencias

- Abramovich, V. & Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. Garzón Valdés, Trad.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2004). *El Concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.

- Arango, R. (2001). La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales. *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*, (12), 185-212.
- Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arango, R. (2006). La prohibición de retroceso en Colombia. En Courtis, C. (Comp.). *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 37-63). Buenos Aires: Editores del Puerto srl.
- Arango, R. (2009). Los derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión y perspectiva de futuro. *Cuadernos electrónicos, Derechos Humanos y Democracia*, (5), 1-23.
- Atria, F. (2004). ¿Existen los derechos sociales? *Discusiones: Derechos Sociales*, (4), 15-59. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsf352>.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bökenforde, E. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. (J. L. Resquejo e I. Villaverde Menéndez, Trads.). Baden-Baden: Nomos.
- Carrasquilla, A. (2001). Economía y constitución: Hacia un enfoque estratégico. *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*, (12), 9-26.
- Clavijo Vergara, S. (2001). Fallos y fallas económicas de las altas cortes: el caso de Colombia 1991-2000. *Revista del Banco de la República*, 74 (882), 1-42.
- Comisión Internacional de Juristas. (2010.) *Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales. Experiencias comparadas de justiciabilidad*, Ginebra: CIJ.
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-406 (1992).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-205 (1997).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-304 (1998).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-016 (2007).
- Cortés Rodas, F. (2001). El proyecto político y democrático y la cuestión de los derechos humanos sociales. En Alonso Espinal, M. A. & Giraldo Ramírez, J. *Ciudadanía y Derechos Sociales* (pp. 64-99) Medellín: Ediciones Escuela Nacional Sindical.
- Ely, J. H. (1997). *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derecho y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, S.A.
- Garay, L. J. (2003). En torno a la economía política de la exclusión en Colombia. *Revista de Economía Institucional*, 5 (8), 15-31.
- García Amado, J. A. (2009). Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. En Mantilla Espinosa, F. (Coord.). *Controversias constitucionales* (pp. 24-69), Bogotá: Universidad del Rosario.

- García Villegas, M. (2012). Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social en América Latina. *Análisis Político*. 25 (75), 77-97.
- Gargarella, R. (2004). Derecho y disociación. Un comentario a ¿Existen los derechos sociales? de Fernando Atria. *Discusiones: Derechos Sociales*, (4), 61-70.
- Haba, E. P. (2004). Magia verbal, realidades y sentido fermental de los, así llamados, derecho económicos. *Criterio Jurídico*. 1 (4), 7-30.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta S.A.
- Kalmanovitz, S. (2001). *Instituciones y desarrollo económico en Colombia*. Bogotá: Norma.
- Kelsen, H. (2005). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Lemaitre Ripoll, J. (2011). ¿Constitución o barbarie? Cómo repensar el derecho en las zonas sin ley. En Rodríguez, C. (Coord). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 47-68). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- López Medina, D. E. (2007). *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencia y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis.
- López Medina, D. E. (2012). *La letra y el espíritu de la ley. Reflexiones pragmáticas sobre el lenguaje del derecho y sus métodos de interpretación*. Bogotá: Temis.
- Noguera Fernández, A. (2010). *Los derechos sociales en las constituciones latinoamericanas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nozick, R. (1988). *Anarquía, estado y utopía*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Pérez, J. (2004). *Derecho Constitucional colombiano*. Bogotá: Temis.
- Pisarello, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta S.A.
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Ramírez, V. J. (2007). Argumentos dogmáticos y aplicación del derecho. Universidad de Antioquia, Medellín: *Revista Estudios de Derecho*, 64 (143), 45-66.
- Rawls, J. (1995). *Una teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rodríguez Garavito, C. (1999). Estudio preliminar. En Kennedy, D. *Libertad y restricción en la decisión judicial. Debate con la teoría crítica del derecho* (pp. 15-88). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Rodríguez Garavito, C. (2009). *La globalización del estado de derecho. El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Sen, A. (2001). Propiedad y hambre. *Precedente Anuario jurídico*. (8), 103-113.

- Steiner, R. (2011). Regla fiscal y el principio de sostenibilidad fiscal en Colombia. *Foco económico*, (2). Recuperado de <http://focoeconomico.org/2011/05/10/regla-fiscal-y-el-principio-de-sostenibilidad-fiscal-en-colombia-2/>
- Strawson, P. (1997). *Análisis y metafísica*. Barcelona: Paidós.
- Sunstein Cass, R. & Holmes, S. (2011). *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos aires: Siglo XXI Editores.
- Uprimny, R., Rodríguez, C. & García, M. (2006). *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Norma.
- Uprimny, R. & Rodríguez Garavito, C. (2005). *Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.775.pdf.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga. Estudio preliminar de Roberto Gargarella y José Luis Martí. Madrid, Barcelona: Marcial Pons.
- Younes Moreno, D. (2007). *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Ibáñez.
- Zagrebelsky, G. (2007). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. M. Gascón. Madrid: Trotta S.A.



Autor: Juan Carlos Gil Acevedo
Título: Silencio
Técnica: fotografía digital
Dimensiones: variables
Año: 2015

Ruta hacia la dignificación laboral de las madres comunitarias y sustitutas en Villavicencio, Colombia¹

DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a07

- 1 Artículo de investigación, derivado del proyecto “Desigualdad laboral de la mujer en la ciudad de Villavicencio”, desarrollado con el semillero de investigación de derechos humanos Fray Antonio Montesinos, con línea de investigación Francisco de Vitoria de la Facultad de Derecho del grupo de investigación Dr. Angelico, de la Universidad Santo Tomás; proyecto financiado por la misma Universidad. Investigación terminada en mayo de 2015.

Fecha de recepción: 30 de julio de 2015

Fecha de aprobación: 1º de septiembre de 2015

Ruta hacia la dignificación laboral de las madres comunitarias y sustitutas en Villavicencio, Colombia

*Fabián Hernando Ortegón Melo*²

*María Catalina Ramos Valencia*³

Resumen

La desigualdad laboral de género es un fenómeno que ha existido desde el mismo momento en que surgió el trabajo, debido a las diferencias físicas que existen entre hombres y mujeres, lo cual originó el denominado machismo o patriarcado. Sin embargo, gracias a fenómenos culturales, sociales y económicos, la mujer progresivamente ha hecho respetar sus derechos, no obstante, en la actualidad existen algunas prácticas discriminatorias, que impiden que ellas gocen plenamente de todas sus garantías, tal como sucede con el caso en concreto de las “madres comunitarias” y “madres sustitutas” del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), debido a que este instituto está realizando prácticas ilegales con las formas de contratación, que evidencian una discriminación de género, ya que lo planteado en la teoría no concuerda con las verdaderas funciones de este grupo de mujeres y menos de los administradores de estos programas. Por ello, analizaremos su trabajo bajo la óptica de una investigación crítica, participativa y cualitativa, y no solo de este grupo marginado, sino analizando la perspectiva de todos los actores intervinientes, con el fin de ofrecer una solución objetiva para el restablecimiento de los derechos vulnerados.

Palabras clave: desigualdad laboral de género, madre comunitaria, madre sustituta, intermediación laboral, ICBF, Villavicencio-Colombia.

Road to labor dignify of surrogate community mothers from Villavicencio, Colombia

Abstract

Gender inequality at work as a social phenomenon has always been present along with the actual existence of work. It has been associated with physical differences between men and women, and contributed to generate patterns of chauvinism or patriarchy. However, as part of multiple cultural, social, and economic struggles, women have gradually ensured that their rights are respected. Nevertheless, some discriminatory practices still exist and impede women to enjoy their full guarantees, as happens with the specific case of “community mothers” and “surrogate mothers” of the Colombian Family Welfare Institute (ICBF). This Institute is currently involved in illegal contracting procedures that evidence gender discrimination as all what is stated in theory does not match with the real functions of this group of women and even less with the program managers. For these reasons, this critical, participatory and qualitative research report will analyze their work by incorporating all the multiple stakeholders’ perspective in order to provide an objective solution for the restoration of their violated rights.

Keywords: employment gender inequality, community mother, surrogate mother, labor intermediation, ICBF, Villavicencio-Colombia.

2 Investigador principal. Abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Santo Tomás Sede Villavicencio. Personero Municipal de La Primavera (Vichada). Correo electrónico: fabianortegon@usantotomas.edu.co.

3 Co-investigadora. Estudiante egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Santo Tomás Sede Villavicencio, Personera Municipal de El Calvario (Meta). Correo electrónico: mcatalinaramosvalencia@gmail.com.

Citación de este artículo usando el sistema APA: Ortegón Melo, F. H. & Ramos Valencia, M. C. (2015). Ruta hacia la dignificación laboral de las madres comunitarias y sustitutas en Villavicencio, Colombia. *Estudios de Derecho*. 72(160), 167-187. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a07

Ruta hacia la dignificación laboral de las madres comunitarias y sustitutas en Villavicencio, Colombia

Introducción

Este escrito es el resultado de la investigación socio-jurídica desarrollada en el semillero de investigación Antonio Montesinos de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Aquí se examina uno de los aspectos más importantes para la vida en sociedad: las condiciones actuales de la mujer. Por ello, esta investigación surge como respuesta a la hipótesis respecto a la discriminación laboral que actualmente padecen las mujeres en Colombia, y en concreto, las madres sustitutas y comunitarias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), debido a que, según el mapeo realizado, se determinó que aún existen tratos diferenciados sin justificación.

Este tema es importante porque, a través de la historia, y más específicamente en Colombia, se ha presentado la desigualdad laboral de género, pues a la mujer se la ha catalogado como la encargada de las labores domésticas y de la labor reproductora (Cárdenas & Blanco, 2009). No obstante, a medida que el mundo ha evolucionado, las mujeres han venido obteniendo derechos gracias a diferentes fenómenos sociales, económicos y culturales, tales como la revolución industrial, movimientos feministas, guerras mundiales, etc., que hicieron a la mujer más visible en el mundo. Sin embargo, este proceso no ha producido todos los resultados esperados debido a que en la actualidad, aún existen factores que hacen que el disfrute pleno de los derechos de la mujer se encuentre postergado.

Por tanto, con este trabajo se busca evidenciar que en Colombia todavía existen componentes que llevan a una clara desigualdad laboral hacia la mujer en general, y hacia las madres comunitarias y sustitutas en particular, tal y como lo reconoce la misma Corte Constitucional, que insta al ICBF y al Gobierno a modificar los patrones socio-culturales que permiten que siga existiendo una discriminación de género hacia este grupo (Sentencia T-628, 2012). A pesar de que estos programas tienen un fin plausible, en la actualidad deben modificarse algunos aspectos que en su creación no se regularon, dado que no se pueden desconocer sus derechos

laborales, y más aún cuando la encargada de estos programas es una entidad estatal cuya labor es velar por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Por estas razones, se hace necesario aportar nuestro conocimiento con el fin de efectivizar las herramientas jurídicas a nuestro alcance, y asimismo, generar la posibilidad de una equidad de género real, tal y como lo promulga nuestro Estado Social de Derecho.

Metodología

Esta investigación se realizó siguiendo un paradigma *cualitativo*, se estudiaron las condiciones reales de las madres comunitarias y sustitutas para identificar la problemática partiendo tanto de su percepción, como de las personas que participan en el manejo de los programas (el Operador del programa y el ICBF). El enfoque fue el de la *acción participativa*, ya que este método se acoge a nuestro objetivo crítico, y además acopla la teoría con la práctica y la experiencia de la comunidad (Sandoval, 1996). En otras palabras, las conclusiones surgen tanto de nuestro conocimiento en el Derecho, como del aporte proveniente del trabajo mancomunado con los actores. Y por otro lado, como nuestro campo de acción es el Derecho, el grupo de investigación modifica este método y le anexa el restablecimiento del derecho (*IAPRE*)⁴, para que a través de herramientas jurídicas se logre una reivindicación de los derechos de las madres comunitarias y sustitutas, y así poder plantear soluciones jurídicas a las problemáticas de los hogares comunitarios y sustitutos.

El diseño metodológico se dividió en cuatro etapas: (I) investigación documental, que se requirió para tener conceptos claros al momento de identificar las condiciones reales de las madres comunitarias y sustitutas, y que se realizó por medio de documentos, normatividad y jurisprudencias; (II) identificación de la problemática laboral de género, en la cual se dispuso de medidas prácticas tales como los derechos de petición a las entidades necesarias para el desarrollo del proyecto, y distintas entrevistas, encuestas y la realización de grupos focales para conocer la percepción de la comunidad y de las entidades; (III) conclusiones, que resultan del análisis de la teoría y de la realidad en la que ejercen la labor las madres comunitarias y sustitutas; y (IV) para que el enfoque participativo se refleje, se brindó una propuesta didáctica y jurídica para darle solución a la problemática y restablecer el derecho del grupo analizado.

4 Investigación acción participación para el restablecimiento de los derechos humanos.

Marco Referencial

1. Discriminación Laboral

Con fundamento en el Convenio 111 (OIT, 1958), sobre discriminación en el empleo y ocupación, se entiende por discriminación cualquier *distinción, exclusión o preferencia* que se realice a una persona siguiendo un factor subjetivo (que en nuestro caso sería el género), y que tenga por finalidad afectar la igualdad en el empleo o la ocupación.

Esta norma internacional no fue suficiente para erradicar la discriminación generalizada que predominaba en la época hacia la mujer, y por ello fue necesario crear la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) con el objetivo de regular, en específico, temas de género y reforzar la protección especial a la mujer. Esta garantía a la no discriminación también está protegida en el ámbito nacional, y en la Constitución Política, por medio del derecho al trabajo y a la igualdad.

Ahora bien, con respecto al derecho el trabajo, hay que señalar que éste es catalogado como una obligación social, y que debe ser ejercido en condiciones justas y dignas (Constitucion Política de Colombia, 1991, Art. 25). Un reflejo de esta especial protección se encuentra en el Artículo 53 de la misma Constitución, como principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, puesto que debe predominar el derecho sustantivo consagrado sin importar lo pactado.

En lo concerniente al derecho a la igualdad, la Constitución Política de Colombia señala que todos nacemos libres e iguales. Sin embargo, el Estado, como garante de este derecho, hace una distinción positiva al resaltar la necesidad de una igualdad real y efectiva hacia los grupos menos favorecidos o en debilidad manifiesta (Constitucion Política de Colombia, 1991, Art. 13).

2. Tipos de discriminación laboral de género

Ya que partimos de la base de que aún persiste el fenómeno de la discriminación en algunos escenarios, deben mirarse los posibles tipos de discriminacion de género que podrían presentarse, que según Baquero, Guataquí & Sarmiento (2000) son:

- a) **Salarial:** cuando a un género le pagan menos que al otro, por realizar el mismo cargo, o el pago por cierta actividad no es proporcional a la labor.
- b) **En el empleo:** se presenta cuando un género tiene cifras más altas de ocupación laboral y, a la inversa, el otro género presenta un enorme desempleo.

- c) Ocupacional: cuando a un género solo se le da la oportunidad de determinados tipos de trabajos, por lo cual, a las mujeres generalmente se les brindan empleos de poca remuneración.
- d) Adquisición de capital humano: cuando se imponen obstáculos para acceder a capacitaciones y educación formal.

Para nuestra investigación podemos deducir que a las madres comunitarias y sustitutas se les discrimina en lo ocupacional, puesto que las labores que deben ejercer se relacionan con actividades del hogar que han sido históricamente asignadas a las mujeres.

De igual forma, a las madres sustitutas también se les discrimina en lo salarial, puesto que la “bonificación” concedida no es proporcional con la actividad realizada. Esto debido a que ellas deben tener disponibilidad las 24 horas del día y deben cumplir con todas las labores necesarias para satisfacer las necesidades básicas del menor de edad, así como las exigencias, órdenes y lineamientos, tanto del operador administrador de los hogares comunitarios, como del ICBF.

3. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Este instituto se creó en 1968 como una entidad de derecho público encargado de desarrollar uno de los fines esenciales del Estado: el cuidado y protección integral de los menores de edad y, en especial, de quienes tengan vulnerabilidad física, mental o socioeconómica (Ley 75, 1968). Para realizar este objetivo, el ICBF ha desarrollado diversos programas institucionales, entre los cuales se encuentran dos de nuestro interés:

3.1 Hogares comunitarios tradicionales

Son centros de acompañamiento al menor, que subsisten gracias a becas⁵ concedidas para el cuidado y la manutención de los menores mientras están al cuidado de una *madre comunitaria*. Esta madre comunitaria es la persona que, con ánimo solidario, contribuye a que las familias tengan la facilidad de dejar a sus hijos allí mientras trabajan, con el objetivo de que esos niños puedan tener una atención apropiada y satisfacer sus necesidades básicas (Decreto 2919, 1989).

Antes del año 2012, las madres comunitarias recibían una “bonificación” que no alcanzaba ni siquiera a un salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), puesto que se consideran como trabajadoras voluntarias (Decreto 2919, 1989). Sin

5 Aportes económicos otorgados por el ICBF.

embargo, desde el 2012, a las madres se les paga una “bonificación” igual a un (1) SMLMV, pero se deja claro que esto no implica que sean funcionarias públicas (Ley 1607, 2012). Dos años más tarde se reglamentó esta ley, y se señaló que la modalidad de vinculación de ellas sería por medio de un contrato de trabajo con el operador que administre el programa y, por tal razón, tendrían todos los derechos pertinentes a este tipo de contrato. Con respecto al ICBF, se estableció que es solo un supervisor del programa (Decreto 289, 2014).

3.2 Hogares sustitutos

Son una forma de protección integral a niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad, por medio de la ayuda de una familia sustituta que suplente los roles de la familia biológica y le brinda al menor un ambiente sano y propicio para su desarrollo normal (Ley 1098, 2006).

Este programa subsiste gracias a los bonos de dinero y las dotaciones que da el ICBF para el cuidado del niño. Sin embargo, inicialmente las madres sustitutas no recibían remuneración alguna por su labor, puesto que eran concebidas como trabajadoras voluntarias y solidarias (Ley 1098, 2006). En el año 2011 se les reconoció un incentivo a su trabajo (Ley 1450, 2011), y en 2012 se les reconoció una bonificación igual a un (1) SMLMV (Ley 1607, 2012). Ahora bien, a pesar de esto, para llegar a este monto de dinero ellas deben tener por lo menos a tres niños bajo su cuidado, y si no se tiene esta cantidad de niños, la bonificación se disminuye en proporción.

4. Evolución de los derechos laborales de la mujer

4.1 Antecedentes generales

El trabajo, desde el aspecto práctico, surgió con el fin de satisfacer necesidades básicas del ser humano. La primera forma conocida, y la más común de trabajo se dio en el sector agrícola, ya que con esta actividad se suplían las necesidades básicas, y al mismo tiempo servía como una forma de ofrendar a los dioses para que tuvieran buenas cosechas (Rieznik, 2001). Debido a que esta práctica exigía fuerza, desde allí empezó la subdivisión de tareas según las actitudes físicas, y por ende, empezaron a surgir tratamientos diferenciales, principalmente, en desventaja de la mujer.

Según una cosmovisión antropológica, Engels (1884) cree que el trabajo, desde el concepto que hoy conocemos, no es innato al ser humano, y por eso considera su origen bajo la óptica de tres épocas de la prehistoria: la primera es la llamada

“el salvajismo”, y hace referencia al periodo durante el cual el hombre subsistía solo de lo que le proveía la naturaleza y realizaba las actividades por sí mismo; la segunda es la época de “la barbarie”, cuando el ser humano empieza a domesticar animales y a cultivar la tierra; sin embargo, fue solo hasta la tercera época, es decir, la época de “la civilización”, cuando surgió el trabajo en términos de subordinación y de mandato total, con la creación de las relaciones jerárquicas de los clanes.

Posteriormente, con la llegada de la Edad Media, surge el feudalismo, en el cual pese a que existía explotación laboral, gracias a las luchas de los vasallos, lograron que se les garantizaran algunos estímulos laborales.

Luego, con el surgimiento de la Edad Moderna, llegamos a la evolución del concepto de *trabajo* como hoy en día lo conocemos, debido al arribo de la Revolución Industrial, ya que vemos las características esenciales del contrato de trabajo a pesar de que se evidenciaba la explotación laboral. Esta época fue un gran paso para las mujeres, ya que se vincularon formalmente al ámbito laboral; sin embargo, este cambio no se fundamentó sobre el principio de igualdad, sino sobre la necesidad de mano de obra barata (Serna & Herrera, 2009).

Ahora bien, todos estos avances de la historia no se dieron por giros inesperados ni obedecieron a una pacífica transición. Por el contrario, cada etapa evolutiva fue el resultado de inagotables luchas reivindicatorias que culminaron siempre con una concesión limitada de prerrogativas a favor de los trabajadores, y a pesar de que la evolución laboral femenina fue muy limitada, por lo menos le permitieron a la mujer laborar con más libertad en la Edad Moderna (Serna & Herrera, 2009).

4.2 Antecedentes en Colombia

Centrándonos en Colombia, bajo el amparo de la Constitución Política de Colombia (1886), aún persistía el carácter patriarcal de la época, y por tanto no se consideraba a la mujer siquiera como ciudadana. Con el paso del tiempo, surgieron diversas reformas legales constitucionales que les brindaron garantías a las mujeres como, por ejemplo, la Ley 8 de 1922 que permite a la mujer la libre administración de sus bienes, la Reforma de 1936 por medio del Decreto 227, que le permitió a la mujer estudiar, o el plebiscito (1957) que confirmó su derecho al voto (Carvajal Basto, s.f).

Parte de esta evolución se ve reflejada en Sentencia de la Corte Constitucional C-667 de 2006:

En materia laboral, la ley 83 de 1931 permitió a la mujer trabajadora recibir directamente su salario. En 1938, se pusieron en vigor normas sobre protección a la maternidad,

recomendadas por la OIT desde 1919, entre otras, las que reconocían una licencia remunerada de ocho semanas tras el parto, ampliada a doce semanas mediante la ley 50 de 1990. Por su parte, mediante el Decreto 2351 de 1965, se prohibió despedir a la mujer en estado de embarazo.

Por otro lado, en 1950 nació un nuevo estatuto del trabajo, que regula los derechos laborales de la mujer en sus artículos 10, 143, 238, 239, 240, 241 y 267. Estos artículos regulan a su vez la no discriminación de género, salario igual por trabajo realizado, remuneración en periodo de lactancia y estabilidad laboral durante el estado de embarazo, entre otras (Código Sustantivo del Trabajo, 1950).

Posteriormente, con la nueva Constitución Política de Colombia (1991), nace el Estado Social de Derecho, y uno de sus principales objetivos es la protección de los derechos laborales, tal como se puede evidenciar en los artículos 13, 25, 43, 53 y el 93. Este último artículo es en particular importante debido a que permite que los tratados internacionales hagan parte de la legislación interna y con ello, se puedan brindar más garantías laborales a los trabajadores, especialmente a las mujeres trabajadoras.

Ya con la protección especial de la mujer consagrada en la Constitución, empieza la verdadera evolución normativa en pro de la mujer, en aras de garantizar una real equidad de género en el trabajo, tal como se evidencia cronológicamente con algunas de esas normas: Decreto 1262 de 1997 (promulgación del Convenio 100 sobre la igualdad de remuneración entre géneros); Ley 581 de 2000 (participación igualitaria en las ramas del poder público); Ley 823 de 2003 (igualdad de oportunidades para la mujer); Ley 1010 de 2006 (acoso laboral, por razones de género); Ley 1009 de 2006 (observatorio de asuntos de género); Ley 1257 de 2007 (sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres); Ley 1187 de 2008 (aumento de bonificación madres comunitarias); Ley 1496 de 2011 (igualdad salarial para la mujer-discriminación); Decreto 1930 de 2013 (política pública equidad de género) (Rama Judicial de Colombia, s.f).

Actualmente, la Corte Constitucional ha hecho gran énfasis en la estabilidad laboral reforzada que tienen las mujeres en estado de embarazo y posterior al parto. Es por ende que busca la protección total para que no sean vulnerados sus derechos laborales:

La Organización en cita insta a los Estados Parte a crear mecanismos que otorguen las herramientas necesarias para procurar la igualdad real y efectiva de las mujeres en edad fértil, igualdad ésta que para conseguirse requiere de la implantación de acciones afirmativas, tales como la seguridad del empleo durante el embarazo, la licencia de maternidad, el periodo de lactancia y sus beneficios, con el fin de que la especial protección

de la mujer no se traduzca en una excepción a la igualdad de trato, sino en una condición para la no discriminación en el empleo (Sentencia T-160, 2006).

Pero incluso a pesar de la constitucionalización de los derechos laborales y civiles de la mujer, y de su especial protección normativa, vemos que, en la práctica, en algunas esferas aún siguen siendo vulnerados sus derechos.

4.3 Naturaleza jurídica de las madres comunitarias y sustitutas

4.3.1 Madres comunitarias

En un inicio, para el ICBF las madres comunitarias no tenían ningún vínculo laboral ni contractual con el instituto y, por el contrario, en su interpretación de la ley, ejercían una labor de voluntariado debido a que éstas ayudan solidariamente a cuidar a los niños (Decreto 1340, 1995), y con base en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia (1991), que señala la obligación compartida entre la sociedad y el Estado de velar por el cuidado de los niños.

De igual forma, la Corte Constitucional a través del tiempo ha tomado distintas teorías, como la que indica que, a pesar de que la ley señala que existe una relación voluntaria, por lo menos existe una relación *civil contractual*, ya que existe un acuerdo de voluntades entre el operador del programa y la madre comunitaria y, además, una contraprestación por la labor realizada a pesar de que este pago no supliera el mínimo vital (Sentencia T-478, 2013).

Para el año 2012, en Sentencia del magistrado Humberto Sierra Porto, la Corte Constitucional en Sentencia de Tutela N° 628, cambia de nuevo de teoría y manifiesta que las madres comunitarias tienen un régimen jurídico intermedio entre trabajador subordinado (con contrato de trabajo) y trabajador independiente (con contrato de prestación de servicios) debido a que, por ejemplo, no asumen la carga completa de la cotización con respecto al sistema de seguridad social (tal y como lo haría un trabajador independiente), sino que el gobierno aporta una parte de ésta. De igual forma, ellas están subordinadas a un horario de trabajo y, además, reciben una retribución por su labor. Ahora bien, con respecto a las características que tienen como trabajadoras independientes, la corte no hace énfasis, pero su conclusión parece contradictoria, ya que a pesar de que reconoce las características propias de un contrato laboral, termina indicando que de ninguna manera son trabajadoras subordinadas. A pesar de su mensaje confuso, esta sentencia crea un precedente al instar al Gobierno y al ICBF a que adopten las medidas necesarias para que a las madres comunitarias se les pague por lo menos un salario mínimo legal vigente y se sigan evitando prácticas discriminatorias contra este grupo de trabajadoras.

Como consecuencia de la anterior sentencia, se creó la Ley 1607 de 2012, que en su artículo 36 se refiere a la necesidad de establecer la vinculación y formalización de la madre comunitaria. Lo que no deja en claro es cuál será su calidad y lo único que señala de manera expresa es que, sin importar la forma de vinculación, la madre comunitaria no tendrá la calidad de funcionaria pública. No obstante, 2 años más tarde, se reglamentó este artículo de la ley, y se definió su modalidad de vinculación, que será por medio de un contrato de trabajo con el operador que administre el programa, e igualmente reafirma que no tendrán la calidad de servidoras públicas (Decreto 289, 2014).

4.3.2 Madres sustitutas

De igual forma que a las madres comunitarias, el ICBF en principio consideraba el cargo de las madres sustitutas absolutamente como una labor solidaria y voluntaria. Sin embargo, la diferencia radica en que el ICBF modificó la tesis con respecto a las madres comunitarias, y aún persiste el mismo pensamiento del supuesto voluntariado que realizan las madres sustitutas. Por tal razón, entre ellas y el ICBF no existe vinculación laboral ni contractual, lo que significa que no se pueden generar prestaciones de índole laboral (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2012).

Ahora bien, a pesar de que se les sigue calificando como personas ejerciendo un voluntariado, con el paso del tiempo se les han venido concediendo ciertos beneficios, como el previsto en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, en el cual se da la facultad al ICBF para que les asigne una “bonificación”⁶ a las madres sustitutas por su labor (Art 165, Ley 1450, 2011).

Su evolución normativa se estancó con la expedición de la Ley 1607 de 2012, debido a que el artículo 36 les asignó una “bonificación” equivalente a un (1) SMLMV, aunque este monto está supeditado al hecho de que se tengan exactamente tres niños a cargo. Empero, no se menciona nada con respecto a la forma de vinculación ni a la calidad de las madres sustitutas. Por tanto, se concluye que su naturaleza jurídica para el gobierno y el ICBF no ha variado, y aun las consideran como voluntarias, elemento que constata el ICBF en distintos conceptos relacionados con las madres sustitutas:

(...) la conformación del Hogar Sustituto no constituye vínculo laboral entre los responsables de éste, sean madre o padres sustitutos y el ICBF, tal como lo establece el

6 Monto de dinero que se añade al salario; por tal motivo, ese calificativo es un error legislativo, ya que las madres sustitutas, conforme a la ley, no recibían salario.

artículo 59 de la Ley 1098 de 2006 y por lo tanto no puede predicarse la existencia de derechos o beneficios laborales que deba reconocer el Instituto a las madres sustitutas, ya que no existe una relación de subordinación laboral, sino una labor voluntaria y solidaria, en la cual esta entidad reconoce unos aportes, precisamente para que esta actividad se pueda adelantar adecuadamente, pero no como contraprestación dentro de una relación laboral (ICBF, 2012).

4.4 Contrato realidad en madres comunitarias y sustitutas

La hipótesis principal de este proyecto consiste en evidenciar un contrato realidad en la labor de las madres comunitarias y sustitutas del ICBF, ya que según la investigación práctica y participativa que realizamos, se puede verificar que la naturaleza jurídica que el ICBF pretende reconocerles no está acorde con los elementos y características de la labor realizada, es decir, en términos jurisprudenciales, estaríamos frente a un contrato realidad.

El contrato realidad se desprende del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, lo que quiere decir que estamos frente a esta figura cuando la labor que realiza una persona se crea bajo una naturaleza jurídica que no concuerda con las verdaderas funciones que dicha persona ejecuta en la práctica (Constitución Política de Colombia, Art 53). Por tal motivo, abordaremos el planteamiento desde el plano teórico y analizaremos las posibles formas de vinculación tanto de las madres comunitarias como de las madres sustitutas.

4.5 ¿Madres comunitarias y sustitutas como servidoras públicas?

Si las formas de vinculación entre las madres comunitarias y sustitutas se dieran directamente con el ICBF, ellas serían clasificadas como servidoras públicas. Los servidores públicos se clasifican en empleados públicos, trabajadores oficiales y miembros de corporaciones públicas (Constitución Política de Colombia, 1991, Art 123). Como las encargadas de estos hogares evidentemente no están en ningún cuerpo legislativo, es decir, en corporaciones públicas, vamos a obviar esta clasificación.

Empleado público: Son aquellas personas naturales vinculadas con el Estado a través de una vinculación legal y reglamentaria, lo cual significa que su vinculación, y los requisitos que debe cumplir, están previamente reglamentados en la ley. A su vez, los empleados públicos se dividen en empleados de libre nombramiento y remoción, empleados públicos de carrera y los de elección popular.

Trabajador oficial: Estos funcionarios están relacionados con el Estado a través de un contrato de trabajo (relación bilateral) y prestan sus servicios a organismos administrativos en las funciones de construcción y mantenimiento de obras públicas, o que desarrollen su actividad en empresas industrial y comercial del Estado o en sociedades de economía mixta (Decreto 1848, 1968).

Según lo anterior, las madres comunitarias y sustitutas no pueden estar vinculadas como servidoras públicas, debido a que estos cargos no están regulados en la Constitución Política, siendo éste el lugar en el que se explica lo que se requiere taxativamente para ser empleada pública. Si miramos en la subdivisión de servidoras públicas, también vemos que no cumplirían con tales requisitos, ya que no pueden ser empleadas de carrera debido a que no participan en ningún concurso de méritos para vincularse; tampoco empleadas de libre nombramiento y remoción, ya que su cargo no es directivo ni de confianza; y mucho menos son elegidas por medio de votación popular.

Con respecto a la modalidad de trabajadoras oficiales, tampoco encajaría debido a que su labor no es de construcción ni de mantenimiento de obras públicas y, de igual forma, el ICBF no es una empresa industrial ni comercial del Estado para presumirse este cargo.

4.6 ¿Madres comunitarias y sustitutas como trabajadoras privadas?

Para ser trabajadoras privadas, las madres comunitarias y sustitutas deberían cumplir con los tres elementos necesarios para que se configure un contrato de trabajo: 1) subordinación, 2) prestación personal del servicio, y 3) retribución por la actividad realizada (Código Sustantivo del Trabajo, 1950, Art 23). Por consiguiente, vamos a examinar cada elemento de trabajo para saber si cumplen con dichos requisitos. Ahora bien, dado que tanto la labor de la madre comunitaria como la de la madre sustituta tienen características muy similares, vamos a examinarlas de manera conjunta:

1) Subordinación

- Las madres comunitarias cumplen con un horario de trabajo de ocho horas diarias, mientras que la labor de las madres sustitutas exige un total de 24 horas al día, y aunque racionalmente se sabe que no van a estar todo el día laborando, sí deben estar disponibles para ejercer su labor en cualquier hora del día, sin reconocimiento de horas extras.
- Tanto las madres sustitutas como las comunitarias tienen que cumplir las órdenes impartidas por los operadores que administran los programas.

- Estos dos grupos de trabajadoras tienen que cumplir los lineamientos técnicos y administrativos del ICBF.
 - Ni las madres comunitarias ni las sustitutas son independientes ni autónomas, ni técnica ni financieramente, ya que para ejercer su labor dependen de lo brindado por el ICBF y por los operadores del programa.
 - Es tal el grado de subordinación que si tanto madres comunitarias como sustitutas reciben llamados de atención, el ICBF tiene la potestad de hacer anotaciones en la hoja de vida (SINTRACIHOB, 2014).
- 2) Prestación personal del servicio
- Solo ellas pueden prestar la labor de madres comunitarias y sustitutas. Si por algún motivo necesitan una licencia o permiso, tienen que pedir autorización ante el operador para que busquen un remplazo temporal (SINTRACIHOB, 2014).
- 3) Retribución por la actividad realizada
- Las madres comunitarias actualmente reciben una beca equivalente a 1 SMLMV como retribución por la labor que realizan.
 - Las madres sustitutas reciben, de igual forma, una beca equivalente a 1 SMLMV como retribución por la labor que realizan; sin embargo, ese salario es el tope máximo si se tienen tres niños a cargo, y se reducirá proporcionalmente por el número de niños que se tenga a cargo (Ley 1607, 2012).

Como vemos, tanto las madres comunitarias como las sustitutas cumplen con los requisitos para que se dé un contrato de trabajo. No obstante, a pesar de que a las madres comunitarias ya se las haya formalizado y que a las madres sustitutas no se les haya definido su situación, el problema radica en que, en esencia, no deberían estar regidas por el marco jurídico de un contrato de naturaleza privada, sino que deberían ser consideradas servidoras públicas, ya que ejecutan una función pública de forma permanente. Además, sus empleadores directos no deberían ser los operadores que administran los hogares, sino que deberían tener una relación directa con el ICBF dado que este no podía delegar una función esencial suya y, por tanto, incurrió en una tercerización ilegal.

5. Tercerización ilegal del ICBF

En un principio, el ICBF ejecutaba tanto el programa de hogares comunitarios como el de sustitutos. Sin embargo, éstos fueron delegados a operadores sin ánimo

de lucro para que ellos los ejecutaran, mientras que el ICBF los suministra por medio del contrato especial de aportes (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2012). Esta delegación que hace el ICBF a las entidades sin ánimo de lucro es lo que se conoce como tercerización.

La tercerización es la delegación a un tercero especializado para que ejecute algún servicio que prestaba directamente la entidad. Este servicio que se confía no debe ser esencial dentro del giro ordinario de los negocios (Moncada Lezama & Monsalvo Bolívar, 2000).

De esta tercerización nacen dos relaciones distintas: la primera es de naturaleza administrativa y la segunda debería ser laboral. La relación administrativa surge entre el ICBF y los operadores de los programas; y la segunda relación es la que nace entre los operadores y las madres comunitarias y las madres sustitutas. Como lo mencionamos, el deber ser no aplica de forma equitativa frente a las madres comunitarias y sustitutas, por cuanto desde el año 2014, por medio del Decreto 289, el Gobierno formalizó laboralmente a las madres comunitarias, mientras que las madres sustitutas se encuentran aún bajo el desamparo legal y no tienen garantías laborales.

La persona natural o jurídica a quien se delegan estas actividades se llama contratista independiente, y en palabras del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo (1950) se definen como:

(...) verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva (Subrayas fuera de texto original).

Los operadores en Villavicencio para los hogares comunitarios son las asociaciones de padres usuarios, y para el de los hogares sustitutos es la ONG asociación para el desarrollo y la ayuda integral Eclipse.

En otras palabras, lo que hizo el ICBF fue tercerizar estos programas a los operadores, y por tal razón, estos operadores tendrán la calidad de contratistas independientes. Sin embargo, tal y como lo establece el Decreto 2388 (1979), estos operadores no son autónomos, ni son libres técnica ni financieramente, por lo que la denominación de estos contratistas queda anulada, ya que éstas son características indispensables para un contratista independiente, tal y como menciona la Corte Constitucional, que estamos ante la figura de un contratista independiente, cuando se cumplan estas características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

b. La **autonomía e independencia** del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que **por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial** correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. **La vigencia del contrato es temporal** y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (Subrayas y negrita fuera del texto original) (Sentencia T-903, 2010).

Por lo anterior, los operadores que administran los hogares comunitarios y sustitutos no serían verdaderos empleadores, con carácter de contratistas independientes, y su designación sería de simples intermediarios, ya que sus características estarían de acuerdo con lo estipulado por las normas laborales en Colombia:

Artículo 35. Simple Intermediario.

1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador.

2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.

3. El que celebre contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador. Si no lo hiciera así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas (Código Sustantivo del Trabajo, 1950. Art 35)

Por otro lado, el mismo Consejo de Estado, si bien no reconoce el carácter de simple intermediario a los operadores del programa, en Sentencia del 26 de Marzo de 2014 con radicado 28077 y Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio, se mira el evidente nexo que existe entre el ICBF y los hogares comunitarios, ya que dichos hogares dependen técnica, operacional y financieramente del ICBF y, de igual forma, es tal el nexo que existe entre ellos que el logo representativo de los hogares comunitarios no es el de los supuestos empleadores directos (es decir, el de los operadores que administran el sistema), sino el del ICBF. Por lo expuesto, en diversas sentencias de esta misma Corte han declarado patrimonialmente responsable al ICBF por daños dentro de los hogares comunitarios.

6. El contrato especial de aportes y sus irregularidades

A pesar que el contrato de aportes es “especial”, no puede ir en contravía de derechos de rango constitucional e internacional, y por tal razón es inconstitucional que el Gobierno cree normas que beneficien al ICBF en menosprecio de los derechos y garantías de las madres comunitarias y sustitutas, ya que si analizamos la labor de las madres comunitarias y sustitutas bajo el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, encontramos las siguientes irregularidades:

- El “empleador” directo de las madres comunitarias y sustitutas debería ser el ICBF y no los operadores, debido a que a pesar de que existe un supuesto contratista independiente (quien es el que ejecuta los programas y quien en la formalidad es el que debe tener el control total de la labor de las madres comunitarias y sustitutas), el ICBF sigue interfiriendo y dando mandatos subordinantes a las madres comunitarias y sustitutas en cuestiones como las siguientes:

El ICBF es quien da los permisos a las madres sustitutas para que puedan ausentarse del hogar.

El ICBF es quien tiene la potestad de cerrar un hogar tanto comunitario como sustituto.

El ICBF tiene la potestad de hacer anotaciones a las hojas de vida tanto de las madres comunitarias como de las sustitutas (SINTRACIHOB, 2014).

- La esencia de cuando se contrata a un tercero es que este deba ser independiente, y tal y como lo establece el propio Decreto 2388 de 1979, eso no aplica para los contratistas operadores de los programas del ICBF.
- Un contratista independiente del Estado debe realizar labores temporales; sin embargo, estos operadores nacieron con ánimo de permanencia, ya que desde el año 2011 están ejecutando los servicios que les fueron encomendados (ICBF, 2011).

- Otra característica fundamental de un contratista es que él tenga sus propios trabajadores; sin embargo, las madres sustitutas no tienen ninguna relación laboral, comercial o administrativa ni con el operador ni con el ICBF.
- A pesar de que el ICBF pretende crear sofismas de que él no es el beneficiario de la obra sino que son los niños acogidos a los programas, se debe recordar que el ICBF fue creado en 1968, fecha en la que se le otorgó la función de velar por el cuidado y protección integral de los menores de edad y, por tanto, no es posible quitarle esa función. Además de ello, es necesario referir que nos encontramos en un Estado Social de Derecho que propende por los derechos fundamentales de las personas y especialmente de los niños.
- El ICBF realiza intermediación laboral ilegal, puesto que la relación con los operadores del programa es difusa debido a que se supone que los operadores, al ser autónomos e independientes, no deben aceptar que el ICBF se entrometa con mandatos subordinantes a las madres comunitarias y sustitutas, elemento contrario a la realidad.
- Las contrataciones del ICBF con los operadores son ilegales, porque las funciones que delegó el ICBF son esenciales para el Instituto y esta práctica está prohibida por la ley.
- A las madres sustitutas les están violando los derechos constitucionales al salario mínimo vital y móvil, y a la proporcionalidad a la cantidad y calidad del trabajo (Constitución Política de Colombia, 1991) como parte del derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas, puesto que en la actualidad están realizando una labor por una remuneración que no sufre sus condiciones mínimas para vivir dignamente, ya que su pago depende del número de niños que tengan a cargo, sin tomar en consideración el tiempo y todo lo que conlleva hacerse cargo aunque sea de un solo niño durante todo el día.

Conclusiones

En Colombia, aún persisten dilaciones legislativas frente a los derechos laborales de la mujer, a causa de patrones socioculturales de carácter machista o patriarcal que ocasionan que las madres comunitarias y sustitutas se vean relegadas de sus derechos, ya que ellas al prestar una función pública de forma permanente, deberían ser vinculadas legal o reglamentariamente para desempeñarse como servidoras públicas por medio de acto legislativo que modifique la constitución política, para así, poder restablecer los derechos de dichas madres, por tanto, en nuestro concepto, el ICBF está incurriendo en prácticas fraudulentas y difusas, violenta derechos fundamentales de las madres comunitarias y en especial de las madres sustitutas,

ya que al no ser formalizadas laboralmente, ni siquiera bajo los parámetros del derecho laboral particular, estas madres se encuentran en el limbo jurídico por la omisión legislativa, pues las garantías que se les han brindado hasta el momento, no suplen su mínimo vital, ni son proporcionales a la labor desempeñada.

De igual forma, el accionar del ICBF no está permitido por la ley, debido a que está tercerizando funciones esenciales del instituto, con el objetivo de perjudicar los derechos laborales tanto de madres comunitarias y sustitutas; y es aún más ilegal el accionar de los operadores que recibieron la delegación de administrar los hogares comunitarios y sustitutos, debido a que estos delegatarios no son autónomos ni independientes y, además, no fueron creados con carácter temporal, lo cual evidencia que no son contratistas independientes sino simples intermediarios del ICBF.

No obstante lo anterior, y como el título de nuestro proyecto lo indica, es un gran avance para la reivindicación de los derechos de las mismas que por lo menos se les hayan brindado una serie de garantías laborales a estos grupos discriminados, que si bien no son suficientes, es un paso más hacia una ruta del restablecimiento de sus derechos laborales y poder llevar a cabo la tan anhelada igualdad material que proclama nuestra Constitución Política de Colombia de 1991.

Referencias

- Baquero, J., Guataquí, J. C., & Sarmiento, L. (2000). Un marco analítico de la discriminación laboral. Recuperado de http://www.urosario.edu.co/urosario_files/b9/b95818eb-c9d8-42a9-b1d3-3b398cdd9e65.pdf.
- Cárdenas Poveda, M., & Blanco Blanco, J. (2009). Las mujeres en la historia de Colombia, sus derechos, sus deberes. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87617260012>.
- Carvajal Basto, S. (s.f). Equidad de la mujer. Recuperado de <http://historico.equidadmujer.gov.co/Noticias/2013/PonenciasEncuentroInvestigadores/Participacion-politica-mujer.pdf>.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 75. (30 de diciembre 1968). Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Diario Oficial No. 32.682
- Colombia. Congreso de la República. Decreto 1848. (4 de Noviembre 1969). Por el cual se reglamenta el decreto 3135 de 1968. Diario oficial No. 32.937.
- Colombia. Congreso de la República. Decreto 2388. (29 de septiembre 1979). Por el cual se reglamentan las leyes 75 de 1968, 27 de 1974 y 7o. de 1979. Diario Oficial No. 35.376.
- Colombia. Congreso de la República. Decreto 2919. (6 de septiembre 1989). Por el cual se reglamenta el parágrafo 2º del artículo primero de la Ley número 89 de 29 de diciembre de 1988. Diario Oficial No. 38.969.

- Colombia. Congreso de la República. Decreto 1340. (10 de agosto 1995). Por el cual se dictan disposiciones sobre el desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar. Diario Oficial No. 41.960.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1098. (8 de noviembre 2006). Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Diario Oficial No. 46.446.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1450. (16 de junio 2011). Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014. Diario Oficial No. 48.102.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1607. (26 de diciembre 2012). Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48.655.
- Colombia. Congreso de la República. Decreto 289. (12 de febrero 2014). Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 36 la Ley 1607 de 2012 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 49.062.
- Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo sección tercera subsección C. Sentencia del 26 de Marzo de 2014. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia número 28077. Recuperado de [http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/50001-23-31-000-2000-00116-01\(28077\).htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/50001-23-31-000-2000-00116-01(28077).htm)
- Constitución Política de Colombia de 1886. Alcaldía de Bogotá. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153>.
- Constitución Política de Colombia de 1991. Legis. Bogotá. 2010.
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-160 (2006).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-667 (2007).
- Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-903 (2010).
- Corte Constitucional Colombia. Sentencia T- 628 (2012).
- Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-478 (2013).
- Engels, F. (1884). El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. Recuperado de https://www.marxists.org/espanol/m-e/1880s/origen/el_origen_de_la_familia.pdf.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2011). Recuperado de <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/NormatividadC/Contratacion/RegimenEspecial/REMeta/CP001-2011>.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2012). Recuperado de http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/IntranetICBF/organigrama/SecretariaGeneral/Contratacion/ManualContratacion/2012_MANUAL%20DE%20CONTRATACION%20C3%93N%20Junio%202014-2012.pdf.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2012). Recuperado de http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000159_2012.html

- Ministerio del Trabajo. (s.f.). Marco normativo aplicable al programa de equidad laboral con enfoque diferencial de género para las mujeres. Recuperado de http://www.mintrabajo.gov.co/component/docman/doc_download/435-marco-normativo-internacional.html
- Moncada Lezama, M. C., & Monsalvo Bolívar, Y. (2000). Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis15.pdf>.
- Organización Internacional del Trabajo. (1958). *C III Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)*. Recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/--declaration/documents/wcms_decl_fs_108_es.pdf.
- Organización de las Naciones Unidas (1979). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Recuperado de: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>
- Rama Judicial. (s.f). Rama judicial-República de Colombia. Recuperado de <https://www.ramajudicial.gov.co/web/comision-nacional-de-genero/leyes-y-decretos>.
- Rieznik, P. (2001). Trabajo, una definición antropológica. *Razón y Revolución* (7). Recuperado de: <http://www.razonyrevolucion.org/textos/revryr/prodetrab/ryr7Rieznik.pdf>.
- Pérez García, M. (2012). *Contratación laboral, intermediación y servicios*. Bogotá: Legis Editores S.A.
- SINTRACIHOBÍ, S. N. (13 de Julio de 2014). Situación laboral de madres comunitarias y sustitutas en Villavicencio. (F. Ortigón Melo, & M. Ramos Valencia, Entrevistadores) Villavicencio.
- Serna Giraldo, F., & Herrera Arenas, E. (2009). Escuela Nacional Sindical. Recuperado de www.ens.org.co/apc-aa-files/45bdec76fa6b8848acf029430d10bb5a/DERECHOS_LABORALES.pdf.



Autor: Juan Carlos Gil Acevedo

Título: inter-textos

Técnica: fotografía digital

Dimensiones: variables

Año: 2014

La accesibilidad de las personas con discapacidad física en Colombia: una problemática que va más allá de la simple consagración normativa¹

DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a08

- 1 Artículo de reflexión, resultado de la investigación en Educación Inclusiva y Derecho a la Accesibilidad de Personas con Discapacidad, desarrollada como trabajo de grado de pregrado de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario de Bogotá, en el año 2013. La investigación se realizó con la profesora de carrera académica Andrea Padilla Muñoz, Coordinadora de la línea de investigación en Derechos Humanos Emergentes y Enfoque Diferencial, miembro del grupo de investigación de Derechos Humanos.

Fecha de recepción: 01 de diciembre de 2015

Fecha de aprobación: 18 de diciembre de 2015

La accesibilidad de las personas con discapacidad física en Colombia: una problemática que va más allá de la simple consagración normativa

Laura Juliana Espitia Patiño²

Andrea Padilla Muñoz³

Resumen

El objeto de este estudio es presentar las dificultades de la accesibilidad que deben enfrentar las personas con discapacidad (PCD) –física y motriz- en Colombia, específicamente a las instituciones educativas (públicas y privadas). Como resultado de esta problemática, surge la discriminación que viola toda disposición nacional e internacional sobre los derechos del mencionado colectivo, a saber: inclusión social, libre locomoción, educación y la accesibilidad misma. Así pues, se analizará la situación jurídica de las PCD en Colombia a partir de la identificación de sus derechos y de las obligaciones del Estado, y con base en este análisis se evidenciará que a pesar de que en Colombia existen las normas que disponen los derechos de este agrupado, como la accesibilidad a las instituciones educativas, no se ha superado la problemática sobre cómo y qué hacer para garantizar estos derechos. Se concluye que se presentan fallas en el proceso de materialización para garantizar todos estos derechos de manera efectiva. Para ello, se procedió a seleccionar 13 sentencias de la Corte Constitucional referentes a la accesibilidad en general de las PCD y a la accesibilidad de las PCD a instituciones educativas. Se finaliza con el estudio de las normas nacionales que disponen y desarrollan los derechos de las PCD y las normas técnicas colombianas (NTC) sobre accesibilidad.

Palabras clave: accesibilidad, discapacidad, derechos, educación, estudiantes con discapacidad.

Access for physically disabled people in Colombia: A problem that transcends simple legal parameters

Abstract

This article examines access limitations faced by physical and motor disabled people (PCD) in public and private educational institutions in Colombia. As explained in the paper, this phenomenon is associated to human discrimination and violates all national and international provisions established to protect people's rights in terms of social inclusion, free movement, education, and access. Departing from this situation, this report analyzes the legal status of PCD in Colombia, including both a careful identification of their rights as well as State's obligations. Grounded on this analysis, this study concludes that regardless of the existence of norms to protect this group's rights, including access to schools and universities, specific actions and methods to protect them have not been effective. To meet the research purpose, this study selected thirteen rulings handed down by the Constitutional Court in Colombia concerning general and educational access for PCD. Additionally, the study concludes with the analysis of national regulations dealing with specific rights for PCD, as well as the technical standards and norms related to access in Colombia.

Keywords: access, disability, rights, education, students with disability

2 Abogada egresada de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho Ambiental de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: espitia.laura@urosario.edu.co.

3 Doctora en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Abogada egresada de la Universidad de Los Andes. Master of Laws, LL.M, Universidad de Londres. Máster en Mediación Europea, Suiza. Profesora de carrera académica de la Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario. Correo electrónico: andrea.padilla@urosario.edu.co

Citación de este artículo usando el sistema APA: Espitia Patiño, L. J. & Padilla Muñoz, A. (2015). La accesibilidad de las personas con discapacidad física en Colombia: una problemática que va más allá de la simple consagración normativa. *Estudios de Derecho*. 72(160), 189-216. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a08

La accesibilidad de las personas con discapacidad física en Colombia: una problemática que va más allá de la simple consagración normativa

Introducción

En la actualidad se reconoce que las PCD pertenecen a un grupo social marginado y discriminado a nivel mundial. Asimismo, se ha aceptado que históricamente dicho conglomerado ha sido sin duda desplegado y excluido de todos los ámbitos de participación de la vida pública, por la equivocada y desacertada idea de que no podían aportar nada a la sociedad y que eran, por el contrario, una carga para la misma (Gómez Montes de Oca, 2005). Pero como es de esperarse, todo proceso de evolución en el marco de la reivindicación de los derechos humanos, está marcado por distintas etapas que trazan los cambios en pro de una mejora jurídica y social de las condiciones de vida de todos los miembros de la sociedad, en particular aquellos que gozan de especial protección como las PCD.

Para el caso de la discapacidad, dicha evolución determinada por distintos autores, entre ellos Padilla Muñoz, ha dilucidado que “hay cambios drásticos en las legislaciones que han obedecido al pensamiento y creencias de la época respecto a la discapacidad” (2010, p. 391); cambios que hoy reconocen dicha discapacidad. Este resultado trae implementaciones de normas y demás regulaciones existentes, reflejando la permanente discriminación en la que viven las PCD debido a la insuficiencia e inaccesibilidad de las instituciones educativas públicas y/o privadas.

- Respuestas ante el fenómeno de la discriminación de PCD a nivel internacional

Debido a la discriminación es que quizá se emprende la creación de las distintas normas internacionales como la Declaración de los Derechos de las Personas con Retardo Mental de 1971 (Asamblea General de la ONU, 1971); la Declaración de

los Derechos de los Impedidos de 1975 (Asamblea General de la ONU, 1975); la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM) de 1980 (Grupo de Evaluación, Clasificación y Epidemiología de la Organización Mundial de la Salud, 1999)⁴; Programa de Acción Mundial para las personas con Discapacidad de 1982 (Asamblea General de la ONU, 1982); las Normas Uniformes sobre la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad de 1993 (Asamblea General de la ONU, 1993); la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF) de 2001 (Organización Mundial de la Salud, 2001); la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 2001 (Organización de los Estados Americanos, 2001)⁵; la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (Naciones Unidas, 2006)⁶, entre otras, las cuales parten de la base de que las PCD tienen los mismos derechos que las demás personas y que pueden aportar a la sociedad en un entorno social positivo que contribuye a la plena realización de una vida digna.

- Respuestas ante el fenómeno de la discriminación de PCD a nivel nacional

Como era de esperarse, la preocupación que se generó por la especial protección de las PCD, impacta al ordenamiento jurídico interno materializándose con la expedición de distintas normas tales como el Decreto 2358 de 1981, la Resolución 14861 de 1985, la Ley 12 de 1987, la Ley 82 de 1988, los artículos 13 (Derecho a la igualdad), 25 (Derecho al trabajo), 47, 48 y 49 (Derecho a salud y seguridad social), 52 (Derecho a la recreación y deporte), 54 (Derecho al trabajo), 67 y 68 (Derecho a la educación), 70 (Derecho a la cultura) y 366⁷, todos de la Constitución Política de 1991, el Decreto 2381 de 1993, la Ley 324 de 1996, la Ley 361 de 1997, la Ley 368 de 1997, la Ley 762 de 2002, el Decreto 1538 de 2005, la Ley 1145 de 2007, la Ley 1346 de 2009 y la Ley 1618 de 2013.

- Respuestas de la Corte Constitucional ante el fenómeno de la discriminación de PCD

4 Colombia, Congreso de la República, Ley 82 de 1989 por medio de la cual se ratificó este instrumento.

5 Colombia, Congreso de la República, Ley 762 de 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”.

6 Colombia, Congreso de la República, Ley 1346 de 2009 por medio de la cual se ratificó este instrumento.

7 Finalidades sociales del Estado sobre bienestar general y mejoramiento de la calidad de vida de la población.

La Corte Constitucional con el devenir de los años, ha desarrollado una jurisprudencia sobre las PCD y sus derechos cada vez más acorde con el concepto de Estado Social de Derecho consagrado en la Constitución de 1991, al indicar por ejemplo que:

(...) existe la necesidad de brindar un trato especial a las personas discapacitadas y ha señalado que la omisión de ese trato especial puede constituir una medida discriminatoria. Ello, por cuanto la no aplicación de la diferenciación positiva en el caso de las personas discapacitadas permite que la condición natural de desigualdad y desprotección en que se encuentran se perpetúe, situación que les impide, entonces, participar e integrarse en las actividades sociales, para poder así ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones (Sentencia T-378 de 1997).

De igual manera, el desarrollo jurisprudencial se fue consolidando al reiterar la misma Corte (Sentencia T-096 de 2009 y C-824 de 2011), que:

Las personas en situación de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional. Esta declaración se soporta en la existencia de un deber constitucional de protección fundado en las condiciones singulares de vulnerabilidad y eventualmente de desprotección, que hace que tal población requiera de atención especial por parte del Estado y de la sociedad en general. (Subrayado fuera de texto).

A su vez, ha agregado la Corte Constitucional que “este deber constitucional de protección está cualificado por las obligaciones del Estado colombiano adquiridas con la celebración de tratados internacionales y por obligaciones especiales recogidas en disposiciones legales y reglamentarias” (Sentencia C-606 de 2012).

De manera que, como lo establece esta instancia en sus pronunciamientos, las PCD son sujetos de especial protección tanto por parte del Estado como de la sociedad misma y, en este sentido, son estos sujetos los que deben procurar facilitar el ejercicio de los derechos de todos aquellos que se encuentren en situación de discapacidad y no ser una barrera que les impida el pleno desarrollo de los mismos. Aun existiendo normas nacionales e internacionales y la jurisprudencia colombiana que les ha dado mayor desarrollo y alcance procurando la mayor protección a las PCD, la realidad es otra y puede observarse en las dificultades en el acceso a los distintos lugares de la ciudad: edificios y baños públicos y/o privados, instituciones educativas, medios de transporte público.

En adelante se presenta el desarrollo de la argumentación de lo anterior así: (1) Desarrollo jurisprudencial sobre el derecho a la accesibilidad de las personas en situación de discapacidad física, (2) Estudio de las normas específicas sobre la accesibilidad en general de las personas en situación de discapacidad, (3) Estudio

de las normas específicas sobre la accesibilidad física a instituciones educativas de las personas en situación de discapacidad.

1. Desarrollo jurisprudencial sobre el derecho a la accesibilidad de las PCD física

1.1 ¿Qué se entiende por accesibilidad?

Se encuentran las siguientes definiciones plasmadas en instrumentos nacionales e internacionales:

La norma No. 5° de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, define la accesibilidad como un concepto relacionado con tres aspectos, a saber: las condiciones ambientales, las condiciones materiales y los servicios de información y comunicación (Naciones Unidas, 2005).

El numeral 1° del artículo 9° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, dispuso que, con el fin de que:

(...) las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales (Naciones Unidas, 2006). (Subrayado fuera de texto).

El numeral 2° del artículo 9° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, dispuso además que los Estados parte adoptaran las medidas pertinentes para:

Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público; asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad; ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a que se enfrentan las personas con discapacidad; dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en Braille en formatos de fácil lectura y comprensión (...) (Naciones Unidas, 2006).

El artículo 6° de la Resolución 14681 del 4 de octubre de 1985 dispuso que “se entiende por accesibilidad, la condición que permite en cualquier espacio o ambiente interior o exterior, el fácil desplazamiento de la población en general y

el uso en formas confiable y segura de los servicios instalados en estos ambientes” (Ministerio de Salud, 1985); y el artículo 44° de la Ley 361 de 1997 consagró que:

(...) se entiende por accesibilidad como la condición que permite en cualquier espacio o ambiente interior o exterior, el fácil y seguro desplazamiento de la población en general, y el uso en forma confiable y segura de los servicios instalados en estos ambientes. Por barreras físicas se entiende a todas aquellas trabas, irregularidades y obstáculos físicos que limiten o impidan la libertad o movimiento de las personas (...).

El artículo 46° de la misma Ley dispuso que “la accesibilidad es un elemento esencial de los servicios públicos a cargo del Estado y por lo tanto deberá ser tenida en cuenta por los organismos públicos o privados en la ejecución de dichos servicios”. (Subrayado fuera de texto).

El artículo 2°, numeral 1° del Decreto 1538 de 2005 dispuso que la accesibilidad es la “condición que permite, en cualquier espacio o ambiente ya sea interior o exterior, el fácil y seguro desplazamiento de la población en general y el uso en forma confiable, eficiente y autónoma de los servicios instalados en esos ambientes”.

1.2 La Corte Constitucional y sus pronunciamientos sobre la accesibilidad física de las PCD

A continuación se trata lo referente al tema de la línea jurisprudencial compuesta por nueve sentencias en las que se desarrolla esta problemática, los fallos se citan de manera cronológica:

La Corte Constitucional en la Sentencia C-410 de 2001, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 361 de 1997, estableció que Colombia como Estado parte de los instrumentos internacionales mencionados en el capítulo introductorio de este escrito, conforme a los derechos humanos y constitucionales que consagra el ordenamiento jurídico interno, y en atención al derecho de todas las personas a tener una vida digna y a la especial protección de las PCD, está en la obligación de garantizar y velar para que en el libre ejercicio y desarrollo de las PCD, no medie ninguna clase de discriminación en razón de sus limitaciones y, además, está en la obligación de procurar los medios y medidas necesarias para lograr la inclusión de las PCD. Vale la pena mencionar que siendo esta la sentencia hito sobre los derechos de las PCD y discriminación, es un tema con mayor soporte y desarrollo por la Ley 1618 de 2013.

En la Sentencia T-595 (2002) se recordó cómo el artículo 44 de la Ley 361 de 1997, mediante el cual se desarrolló todo lo atinente a la accesibilidad, dispuso que por este concepto debe entenderse aquella “(...) condición que permite en

cualquier espacio o ambiente interior o exterior, el fácil y seguro desplazamiento de la población en general, y el uso en forma confiable y segura de los servicios instalados en estos ambientes”. Además, se recalcó que las normas y criterios establecidos en esta Ley, buscan evitar y suprimir barreras físicas⁸.

En la Sentencia T-276 (2003), la Corte se pronunció sobre la innegable relación que existe entre la libertad de locomoción y la accesibilidad de las PCD recalcando, en primer lugar, la importancia de la libertad de locomoción consagrada en el artículo 24 de la Constitución Política como “la posibilidad de transitar o desplazarse de un lugar a otro dentro del territorio del propio país, especialmente si se trata de las vías y los espacios públicos”. En segundo lugar, al tratarse de un derecho constitucional que adquiere una mayor importancia para el ejercicio de otros derechos y garantías tales como la educación, la salud, el trabajo, entre otros, agrega la Corte en este pronunciamiento que si no se eliminan las barreras físicas que impiden la plena accesibilidad de las PCD a cualquier sitio público o edificación tanto pública como privada, indudablemente, se están limitando los demás derechos de este grupo de personas que gozan de especial protección constitucional.

En la Sentencia T-030- (2010), se hizo énfasis en el deber consagrado en la Constitución Política al decir que en esta se

consagra para todo colombiano el derecho a circular libremente por el territorio nacional (Art. 24, C.P.). Adicionalmente prescribe que, con el fin de promover condiciones de igualdad real y efectiva de todos, el Estado tiene la obligación de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición física, económica o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (Art. 13, C.P.). Así mismo, establece que el Estado adelantará una política de integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos y que prestará la atención especializada a quienes lo requieran (Art. 47, C.P.). Por último, dispone que la educación de personas con limitaciones físicas, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado (Art. 68, C.P.). A lo anterior debe agregarse que uno de los fines esenciales del Estado, según lo dispone el artículo 2º de la Carta Política, es el de garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución (Subrayado fuera de texto).

Además, recuerda la Corte Constitucional que con la expedición de la Ley 361 de 1997, se establecieron en los artículos 43 a 69 los criterios básicos para facilitar y garantizar la accesibilidad, los cuales, deben ser cumplidos por toda entidad pública o privada, de manera progresiva para aquellos que ya estuvieren construidos y otorgando un lapso de 4 años a partir de la entrada en vigencia de la ley.

8 Obstáculos físicos, trabas e irregularidades que no permiten el movimiento libre de las personas, tanto de las vías como del espacio público y las construcciones de edificios públicos o privados.

Por último agrega la Corte que si la accesibilidad no es garantizada, se afecta directamente el derecho a la libre locomoción y que al verse este derecho afectado, la cadena de afectación sigue con otros derechos de igual y especial importancia como es el caso de los derechos a la educación, al trabajo o la salud, los cuales, van de la mano con la libre locomoción para el ejercicio de los mismos.

En la Sentencia T-010 (2011), la Corte elabora un breve recuento sobre la situación anterior respecto a las PCD quienes desde siempre, como allí se asevera, se han enfrentado a barreras culturales, arquitectónicas y legales que han limitado la interacción social, la movilidad, la efectiva participación y el pleno ejercicio de los derechos de cada una de estas personas. En dicho pronunciamiento se reitera la importancia de la Ley 361 de 1997, por medio de la cual se han establecido mecanismos de integración social, normas y criterios básicos para facilitar la accesibilidad a medios de transporte, edificios públicos y privados, espacios públicos, etc., por medio de la eliminación de barreras físicas y socio-culturales.

En la Sentencia T-551 (2011), la Corte estableció que el derecho a la accesibilidad es el elemento esencial para el disfrute de otros derechos y garantías constitucionales como el derecho a la libre locomoción, el derecho a la educación, entre otros, y por medio del cual las PCD pueden ser autónomos y seguir el plan de vida que libremente han elegido. Aclara en dicha sentencia que:

(...) **el ambiente físico** tiene una gran importancia en términos de inclusión/exclusión social para cada ser humano según su proyecto de vida. Es decir, la relación persona – ambiente juega un papel fundamental para el desarrollo del ser humano y la posibilidad de llevar a cabo sus aspiraciones más profundas. Por consiguiente, es necesario que los estados y las sociedades reconozcan la importancia de que el entorno responda a las necesidades de todas las personas, teniendo en cuenta a aquellas con diferentes tipos de discapacidades para lograr su integración social y garantizar plenamente el ejercicio de todos sus derechos. Así mismo dijo que “una de las condiciones negativas que contribuyen a la exclusión de las personas con discapacidades es la no adaptación del ambiente físico a las necesidades de esta población, es decir, el entorno físico está concebido para personas sin ningún tipo de discapacidad, lo cual corresponde al imaginario social acerca de la belleza (sic), lo que brinda bienestar, las potencialidades que cada uno debe tener, etc.. (Subrayado fuera de texto).

En la Sentencia T-553 (2011), se consagró que:

una manifestación del reconocimiento de los derechos a la dignidad humana y de la igualdad de las personas con discapacidad es el reconocimiento de su derecho a la accesibilidad para lograr su integración social, toda vez que si el ambiente físico es accesible, la persona puede ejercer sin obstáculo el derecho a la libre locomoción y, por

esta vía, puede disfrutar de otros derechos fundamentales como la educación, la salud, el trabajo, etc.

Así ha entendido la Corte Constitucional que la importancia de un ambiente físico accesible que garantice y logre que las PCD lleven una vida independiente en la que puedan participar en todos los ámbitos de la vida, esto es: viviendas, trabajo, centros educativos, medios de transporte, vías públicas, centros médicos, etc.

En la Sentencia T-810 (2011), la Corte dispuso que tratándose de PCD, debe siempre garantizarse la especial protección dadas las condiciones de desventaja en que estas viven. Por lo anterior, una omisión injustificada en el trato especial tanto por parte del Estado como por parte de la sociedad, puntualmente, de un particular, “constituyen una clara vulneración al derecho fundamental a la igualdad”. De manera que es totalmente constitucional “que se le pueda dar un trato preferente a grupos minoritarios, discriminados o en circunstancias de debilidad manifiesta, cuando ello sea necesario para asegurar su derecho a la igualdad real y al goce efectivo de sus derechos fundamentales”.

En la Sentencia C-606 (2012), se reiteró la especial protección de la que gozan las PCD, tanto por parte del Estado como de la sociedad en general. Por esta razón, dijo la Corte que se deben tomar las medidas necesarias para prohibir e impedir cualquier medida negativa o restrictiva que constituya obstáculo o barrera alguna para el pleno ejercicio de sus derechos, garantizando además “la integración social o el desarrollo individual de las personas en situación de discapacidad para su **integración efectiva** en la sociedad”.

1.3 La Corte Constitucional y sus pronunciamientos sobre la accesibilidad de PCD

Las instituciones educativas tienen el deber de garantizar la plena realización de los derechos a la educación y a la libre locomoción. Sobre este punto, seis son los pronunciamientos que ha desarrollado la Corte Constitucional y que han ido consolidando el deber de especial protección para las personas en situación de discapacidad; el primero de ellos se encuentra en la Sentencia T-1639 (2000), en la que estableció:

las personas sometidas a discriminación pueden invocar del juez constitucional su protección y, cuando la causa de dicho trato es su condición física, mandatos expresos imponen al Estado la obligación de lograr su normalización y total integración a la comunidad a la cual pertenecen, teniendo especial obligación los centros educativos, de cualquier nivel, por cuanto éstos deben contar con los medios y recursos que garanticen

su derecho a la educación, debido a que de la posibilidad de acceder a ésta depende, en un alto porcentaje, que termine la discriminación que los afecta -Ley 361 de 1997, parágrafo artículo 13.

El segundo pronunciamiento está en la Sentencia T-276 (2003), allí recordó que la Ley 361 de 1997:

consagra normas básicas para velar que se tomen las medidas preventivas necesarias para disminuir y en lo posible eliminar las distintas circunstancias causantes de limitación para garantizar el acceso a la educación y la capacitación en los niveles primario, secundario, profesional y técnico para las personas con limitación. (...).

Agregó además que:

la educación de personas con limitaciones físicas, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado (...) y que “frente a la adecuación o reforma de los edificios abiertos al público (...) la Ley en referencia consagra varias medidas para facilitar el acceso y tránsito seguro de la población en general y en especial de las personas con limitación (...) las instalaciones y edificios ya existentes se adaptarán de manera progresiva (...) de tal manera que deberán además contar con pasamanos al menos en uno de sus dos laterales (...). Exige también que en las edificaciones de varios niveles que no cuenten con ascensor, existan rampas con las condiciones técnicas y de seguridad adecuadas (...).

El tercer pronunciamiento está en la Sentencia T-022 (2009), allí se dispuso que de conformidad con la Constitución de 1991, las PSD gozan de especial protección en los diferentes ámbitos de la vida tales como: la igualdad, la educación, la libertad de locomoción, entre otros. En razón de lo anterior, ha sostenido la Corte el deber absoluto del Estado para que “adopte las medidas necesarias tendientes a favorecer la integración y participación de las personas con discapacidad en la vida social, para que al igual que los demás miembros de la sociedad, se conviertan en sujetos capaces de ejercer sus derechos en condiciones dignas”. Además, sostuvo la Corte en su línea jurisprudencial referente al derecho a la educación de las PCD que, en primer lugar, son sujetos de especial protección, segundo, son titulares de los derechos fundamentales a la educación y a la igualdad en el marco de la política pública de educación del Estado, teniendo así el Estado el deber de:

garantizar la disponibilidad, el acceso, la permanencia y la calidad en la prestación del servicio de educación, los cuales deben suministrarse en condiciones de igualdad, y bajo la consideración de las condiciones especiales de las personas afectadas con dichas limitaciones, de tal forma que sus procesos de aprendizaje y socialización sean lo más parecido posible a los de cualquiera de los educandos que carecen de alguna discapacidad.

En la Sentencia T-734 (2011) se encuentra el cuarto pronunciamiento, la Corte reitera la importancia de la educación en la vida de las personas al ser esta una herramienta elemental e indispensable para garantizar así la igualdad de oportunidades y el desarrollo mismo de la sociedad y como un instrumento imprescindible para acceder al conocimiento y demás bienes que garantizan el pleno desarrollo del ser humano en la sociedad. Además, destacó que al tratarse de la educación como un servicio público (Art. 67, C.P.; Art. 46, Ley 115), “debe ser garantizado por el Estado, la sociedad y la familia al tiempo que se le exige al primero, además de regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia para que sea de calidad, garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo”.

El quinto pronunciamiento, se observa en la Sentencia T-551 (2011), allí la Corte estableció que tratándose del derecho a la educación como servicio público con función social, el Estado tiene el deber y la obligación de garantizar su efectivo ejercicio y desarrollo y, sobretodo, cuando se trate del derecho a la educación de PCD, dicho derecho goza de una protección reforzada a cargo del Estado, pero también, de la familia y la sociedad (indistintamente de si se trata de personas con o sin discapacidad). En este sentido, se ha establecido que el Estado es quien debe “promover todo tipo de acciones afirmativas y de igualdad promocional para que el acceso de las personas con discapacidades al sistema educativo sea real y efectivo junto a las personas que no se encuentran en dicha circunstancia”. Además, agregó la Corte que tal es el carácter de fundamental de este derecho, que es uno de los más esenciales para lograr el acceso tanto a bienes materiales como inmateriales, pues por medio de la educación se adquiere el conocimiento necesario el cual será utilizado en el trabajo o labor que escoja la persona que a su vez le proveerá, finalmente, todos los bienes materiales y así podrá la persona culminar con la realización de una vida digna.

Por otro lado, recordó la Corte en la misma sentencia “como desde sus inicios ha garantizado el derecho a la educación de las personas en circunstancia de discapacidad partiendo de una **perspectiva integradora**⁹ e **inclusiva**¹⁰, entendiendo

9 Parra Dussan (2010) en el texto *Educación inclusiva en Colombia: un derecho para todos*, definió el concepto de “integración” de la siguiente manera: “Es así como la integración es definida como un proceso que brinda la oportunidad a niños con necesidades educativas específicas (NEE) con o sin discapacidad de integrarse a la comunidad educativa y aprender de acuerdo con sus capacidades y desarrollarse en un ámbito cálido y armónico en conjunto con su sociedad y cultura” (p.18). En este sentido, las personas se desarrollaban entonces según su individualidad y teniendo en cuenta sus necesidades particulares

10 Parra Dussan (2010) explica cómo desde que la discapacidad fue vista como una realidad que debe ser asumida dentro de la categoría de la diversidad, el concepto de “inclusión” tuvo un desarrollo más amplio ya que “el concepto de la “educación inclusiva” parte de la base de que todos los niños, las niñas y adolescentes, sin importar su condición económica, social o cultural, se deben encontrar en las mismas aulas regulares

que ésta realiza postulados constitucionales de gran valor como la igualdad, la dignidad humana y la tolerancia”. Sin una efectiva adaptación física y estructural de las instituciones educativas acorde a las necesidades de las PCD, seguirían latentes las causas de esta exclusión, así lo expresó la Corte al decir que “una de las condiciones negativas que contribuyen a la exclusión de las personas con discapacidades es la no adaptación del ambiente físico a las necesidades de esta población, (...) el entorno físico está concebido para personas sin ningún tipo de discapacidad”.

En esta misma sentencia la Corte desarrolló el tema de la autonomía universitaria, siendo este uno de los criterios principales con que cuentan las universidades para que en el marco de la libertad de cátedra, investigación científica, libertad de pensamiento, entre otras, puedan garantizar la prestación del derecho a la educación como servicio público. Pero no obstante lo anterior, aclaró la Corte que la autonomía universitaria solo se predica respecto de “autorregulación académica”, bajo la cual se define la libertad de la universidad para definir el pensamiento y pluralismo ideológico para transmitir el conocimiento, y la “autodeterminación administrativa o funcional” criterio bajo el cual la universidad está en la libertad de regular sus asuntos de organización y demás aspectos internos tales como estatutos, mecanismos de elección, desarrollo de planes de estudios, elaboración y aprobación de presupuesto, etc. Por último, recuerda la Corte que la autonomía universitaria, tanto de universidades públicas como privadas, encuentra su límite en la Constitución, y en este sentido, no pueden apoyarse las universidades en dicha autonomía para justificar la poca o nula adaptación física de sus instalaciones, pues esto contraría todo principio y derecho constitucional.

El sexto pronunciamiento está en la Sentencia T-720 (2012), en ella la Corte reitera que:

a raíz de la garantía constitucional de la autonomía universitaria, las instituciones educativas pueden tomar sus propias determinaciones en temas como aspectos financieros, académicos, disciplinarios, entre otros; **pero esto no significa que las universidades tengan una potestad absoluta en estos temas, pues la Corte ha instituido que, “las disposiciones y actuaciones de las universidades deben ajustarse a la Constitución Política y a las leyes”**. Por consiguiente si bien este Tribunal ha reconocido como expresión de esa autonomía universitaria la facultad de definir los reglamentos estudiantiles, lo cierto es que éstos tienen como límite, entre otros, la garantía de los derechos fundamentales. (Negrilla fuera de texto).

de estudio, incluyendo a las personas con discapacidad. En otras palabras, cada estudiante tiene su proceso de aprendizaje de acuerdo a sus necesidades, sin circunscribir dicha característica a las personas con discapacidades” (p. 20).

1.4 Conclusiones de los pronunciamientos de la Corte Constitucional

Se concluye, en primer lugar, el indiscutible avance en los pronunciamientos por medio de los cuales la Corte Constitucional le ha dado un mayor desarrollo a las disposiciones normativas que sobre la accesibilidad y el derecho a la educación de las PCD se han promulgado. Dicho avance se hizo notable, por un lado, con la lectura del primer pronunciamiento en el 2001, en el cual, dejó establecida la obligación de garantizar y velar el ejercicio de los derechos del colectivo eliminando toda clase de discriminación, y por otro lado, con la lectura del último pronunciamiento en el que se acoge cada aporte jurisprudencial dado con posterioridad a la sentencia hito, y en el cual señala con insistencia que la accesibilidad es el elemento esencial para el goce de otros derechos de las PCD, los cuales, de manera conjunta garantizan su inclusión en la sociedad autónoma e independiente, razón por la cual el Estado y los particulares están en la obligación de eliminar las barreras físicas que limiten los derechos del colectivo en mención.

En segundo lugar, el avance de los pronunciamientos también se hace evidente respecto al derecho a la educación de las PCD, y la incidencia de la limitación de la accesibilidad en este derecho, cuando en el 2000 quedó sencillamente establecida la obligación especial del Estado de garantizar la educación de las PCD, mientras que con el fallo del 2012 se evidencia el innegable desarrollo, al haber consagrado el deber del Estado de garantizar la prestación del servicio de educación asegurando la accesibilidad y adecuación estructural de las edificaciones mediante la eliminación de toda barrera física. En suma, con base en lo anterior se dilucida que la Corte Constitucional ha manifestado reiteradamente la importancia de la adecuación del entorno físico a las necesidades de las PCD en la medida que si existe un entorno físico incluyente, positivo y adecuado, se podrá garantizar la realización y el ejercicio de otros derechos como lo son: la educación, el trabajo, la libre locomoción, entre otros, los cuales a su vez repercuten en la materialización de una vida digna.

A pesar de lo anterior y de la existencia de las normas específicas que regulan la accesibilidad de las PCD a las instituciones educativas, como lo dan a entender Padilla & Durán (2014), la realidad en Colombia es otra, por un lado, está el desconocimiento de las normas y de los pronunciamientos por parte de la sociedad en general y de las PCD específicamente y, por otro, está la problemática de la omisión en su aplicación por parte de los expertos que por su profesión conocen y han de aplicar; esto será objeto de discusión más adelante.

2. Estudio de las normas específicas sobre la accesibilidad en general de las personas en situación de discapacidad

En atención a lo dispuesto en los artículos 13, 47, 54 y 68 de la Constitución Política de 1991, la Ley 12 de 1987, la Ley 361 de 1997, el Decreto 1660 de 2003, el Decreto 1538 de 2005 y las normas técnicas colombianas (NTC), se ha dispuesto en específico sobre la accesibilidad de personas en situación de discapacidad lo siguiente:

La Ley 12 de 1987, por medio de la cual se suprimen barreras arquitectónicas, estableció que tanto los lugares públicos como privados que permiten el acceso al público, deben ser diseñados y construidos en atención a las necesidades de la población con discapacidad, es decir, deberá ser de una forma tal que su acceso y tránsito sea fácil. Además de lo anterior, estableció la misma ley que las construcciones que deben acogerse a lo dispuesto por esta ley, son aquellas que prestan servicios de salud, educación, recreación y deporte, también los edificios de la administración pública, supermercados, centros comerciales, iglesias, aeropuertos, bancos, fábricas, parqueaderos, medios de transporte, etc.

La Ley 361 de 1997, consagra en sus artículos 43 al 46 los criterios básicos para facilitar la accesibilidad de las PCD y, asimismo, para suprimir toda clase de barreras físicas “en el diseño y ejecución de las vías y espacios públicos y del mobiliarios urbano, así como en la construcción o reestructuración de edificios de propiedad pública o privada”. Además, dispuso en los artículos 47 a 58 que con el fin de que los edificios abiertos al público, las vías, y demás construcciones sean accesibles, que el Gobierno dictara las normas técnicas pertinentes, las cuales contendrán “las condiciones mínimas sobre barreras arquitectónicas a las que deben ajustarse los proyectos, así como los procedimientos de inspección y de sanción en caso de incumplimiento de estas disposiciones”. Específicamente consagra:

Artículo 48°.- Las puertas principales de acceso de toda construcción, sea ésta pública o privada, se deberán abrir hacia el exterior o en ambos sentidos, deberán así mismo contar con manijas automáticas al empujar, y si son cristal siempre llevarán franjas anaranjadas o blanco- fluorescente a la altura indicada.

En toda construcción del territorio nacional y en particular las de carácter educativo, sean éstas públicas o privadas, las puertas se abrirán hacia el exterior en un ángulo no inferior a 180 grados y deberán contar con escape de emergencia, debidamente instalados de acuerdo con las normas técnicas internacionales sobre la materia.

(...)

Artículo 50°.- (...)

La autoridad competente de todo orden se abstendrá de otorgar el permiso correspondiente para aquellos proyectos de construcción que no cumplan con lo dispuesto en este artículo.

(...)

Artículo 52°.- Lo dispuesto en este título y en sus disposiciones reglamentarias, será también de obligatorio cumplimiento para las edificaciones e instalaciones abiertas al público que sean de propiedad particular, quienes dispondrán de un término de cuatro años contados a partir de la vigencia de la presente ley, para realizar las adecuaciones correspondientes. El Gobierno Nacional reglamentará las sanciones de tipo pecuniario e institucional, para aquellos particulares que dentro de dicho término no hubieren cumplido con lo previsto en este título.

Artículo 53°.- En las edificaciones de varios niveles que no cuenten con ascensor, existirán rampas con las especificaciones técnicas y de seguridad adecuada, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional o se encuentren vigentes.

Artículo 54°.- En toda construcción temporal o permanente que pueda ofrecer peligro para las personas con limitación, deberá estar provista de la protección correspondiente y de la adecuada señalización.

Artículo 55°.- En todo complejo vial y/o medio de transporte masivo, incluidos los puentes peatonales, túneles o estaciones que se construyan en el territorio nacional, deberá facilitar la circulación de las personas a que se refiere la presente ley, planeando e instalando rampas o elevadores con acabados de material antideslizante que permitan movilizarse de un lugar a otro y deberán contar con la señalización respectiva.

Artículo 56°.- Modificado por la Ley 1316 de 2009. Todos los sitios abiertos al público, de carácter recreacional o cultural, como teatros y cines, deberán disponer de espacios localizados al comienzo o al final de cada fila central, para personas en silla de ruedas. Para estos efectos se utilizará un área igual a la de una silla de teatro y no se dispondrá de más de dos espacios contiguos en la misma fila.

La determinación del número de espacios de esta clase, será del dos por ciento de la capacidad total del teatro. Un porcentaje similar se aplicará en los vestuarios de los centros recreacionales, para las personas en silla de ruedas.

Parágrafo.- en todo caso, éstas y las demás instalaciones abiertas al público, deberán contar por lo menos con un sitio accesible para la personas en silla de ruedas.

Artículo 57°.- En un término no mayor de diez y ocho meses, contados a partir de la vigencia de la presente ley, las entidades estatales competentes, elaborarán planes para la adaptación de los espacios públicos, edificios, servicios e instalaciones dependientes, de acuerdo con lo previsto en esta ley y sus normas reglamentarias.

(...)

El Decreto 1538 de 2005 al reglamentar parcialmente la Ley 361 de 1997, otorgó las herramientas y los criterios necesarios para un mayor entendimiento y comprensión de las normas referentes a la accesibilidad como elemento esencial de la integración social de las PCD. Estas herramientas son tanto definiciones de todos los elementos que integran el espacio público, edificaciones, vías públicas, entre otros, como criterios que amplían las exigencias dependiendo del espacio del que se trate.

Así las cosas, las definiciones que se consagraron en el Decreto 1538 de 2005 fueron: accesibilidad¹¹, barreras físicas¹², barreras arquitectónicas¹³, movilidad reducida¹⁴, edificio abierto al público¹⁵, franja de amoblamiento¹⁶, franja de circulación peatonal¹⁷, paramento¹⁸, rampa¹⁹, vado²⁰, vía de circulación peatonal²¹ y plan para la adaptación de los espacios públicos, edificios, servicios e instalaciones dependientes²². Por último, los criterios que estableció la ley y que da mayor amplitud a las normas de la Ley 361 de 1997, son respecto de los siguientes

- 11 Numeral 1º, artículo 2º: “Condición que permite, en cualquier espacio o ambiente ya sea interior o exterior, el fácil y seguro desplazamiento de la población en general y el uso en forma confiable, eficiente y autónoma de los servicios instalados en esos ambientes”.
- 12 Numeral 2º, artículo 2º: “Son aquellas trabas, irregularidades y obstáculos físicos que limitan o impiden la libertad o movimiento de las personas”.
- 13 Numeral 3º, artículo 2º: “Son los impedimentos al libre desplazamiento de las personas, que se presentan al interior de las edificaciones”.
- 14 Numeral 4º, artículo 2º: “Es la restricción para desplazarse que presentan algunas personas debido a una discapacidad o que sin ser discapacitadas presentan algún tipo de limitación en su capacidad de relacionarse con el entorno al tener que acceder a un espacio o moverse dentro del mismo, salvar desniveles, alcanzar objetos situados en alturas normales”.
- 15 Numeral 5º, artículo 2º: “Inmueble de propiedad pública o privada de uso institucional, comercial o de servicios donde se brinda atención al público”.
- 16 Numeral 6º, artículo 2º: “Zona que hace parte de la vía de circulación peatonal y que es destinada a la localización de los elementos de mobiliario urbano y la instalación de la infraestructura de los servicios públicos”.
- 17 Numeral 7º, artículo 2º: “Zona o sendero de las vías de circulación peatonal, destinada exclusivamente al tránsito de las personas”.
- 18 Numeral 8º, artículo 2º: “Plano vertical que delimita el inicio de la construcción en un predio. Cuando no existe antejardín coincide con la línea de demarcación”.
- 19 Numeral 10º, artículo 2º: “Superficie inclinada que supera desniveles entre pisos”.
- 20 Numeral 11º, artículo 2º: “Rebaje que anula el desnivel entre la calzada y la acera manejando pendientes en las tres caras que lo conforman, a diferencia de la rampa que no presenta pendientes en sus planos laterales”.
- 21 Numeral 12º, artículo 2º: “Zona destinada a la circulación peatonal, conformada por las franjas de amoblamiento y de circulación peatonal, tales como andenes, senderos y alamedas”.
- 22 Numeral 9º, artículo 2º: “Es el conjunto de acciones, estrategias, metas, programas, y normas de los municipios o distritos, dirigidas a adecuar los espacios públicos y edificios abiertos al público en lo relacionado con la eliminación de barreras físicas y la accesibilidad dentro de los plazos dispuestos en la Ley 361 de 1997 y sus decretos reglamentarios”.

temas: accesibilidad a los espacios de uso públicos (vías de circulación peatonal, mobiliario urbano, puentes y túneles peatonales, parques, plazas y plazoletas)²³, accesibilidad a edificios abiertos al público (acceso a las edificaciones, entorno de las edificaciones, acceso al interior de las edificaciones de uso público, espacios de recepción y vestíbulo)²⁴, y accesibilidad en los estacionamientos²⁵.

Las Normas Técnicas Colombianas (NTC) sobre accesibilidad en Colombia, son las que de manera concisa se mencionan a continuación:

- NTC-4139 de 1997, sobre “Accesibilidad de las personas al medio físico, símbolo gráfico, características generales” (Vicepresidencia de la República, 2002).
- NTC-4140 de 1997, sobre “Accesibilidad de las personas al medio físico, edificio, pasillos, corredores y características generales”.
- NTC-4141 de 1997, sobre “Accesibilidad de las personas al medio físico, símbolo de sordera, o hipoacusia y dificultad de comunicación”.
- NTC-4142 de 1997, sobre “Accesibilidad de las personas al medio físico, símbolo de ceguera y baja visión”.
- NTC-4143 de 1998, sobre “Accesibilidad de las personas al medio físico, edificio, rampas fijas”.
- NTC-4144 de 1997, sobre “Accesibilidad de las personas al medio físico, edificios y señalización”.
- NTC-4145 de 1998, sobre “Accesibilidad de las personas al medio físico, edificio y escaleras”.
- NTC-4201 de 1997, sobre “Accesibilidad de las personas al medio físico, edificios, equipamientos, bordillos, pasamanos y agarraderas”.
- NTC-4265 de 1997, sobre “Sillas de ruedas. Determinación de la estabilidad estática”.
- NTC-4266 de 1997, sobre “Sillas de ruedas. Determinación de la eficiencia de los frenos”.
- NTC-4267 de 1997, sobre “Sillas de ruedas. Determinación de las dimensiones totales, masa y espacio de giro”.

23 Capítulo Segundo del Decreto 1538 de 2005.

24 Capítulo Tercero del Decreto 1538 de 2005.

25 Capítulo Cuarto del Decreto 1538 de 2005.

- NTC-4268 de 1997, sobre “Sillas de ruedas. Clasificación por tipo, con base en características de aspecto”.
- NTC-4269 de 1997, sobre “Sillas de ruedas. Dimensiones totales máximas”.
- NTC-4274 de 1997, sobre “Ayudas para caminar manejadas por un brazo. Requisitos y métodos de ensayo. Muletas de codo”.
- NTC-4279 de 1998, (primera actualización) sobre “Accesibilidad de las personas al medio físico. Espacios Urbanos y rurales. Vías de circulación peatonales planas”.
- NTC-4349 de 1998, sobre “Accesibilidad de las personas al medio físico, edificios y ascensores”.
- NTC-4407 de 1998, sobre “Vehículos automotores, vehículos para el transporte público colectivo de todas las personas, incluidas aquella con movilidad reducida. Capacidad mínima 19 personas”.
- NTC-4595 de 1999, sobre “Ingeniería Civil y Arquitectura. Planeamiento y Diseño de instalaciones y ambientes escolares” (Ministerio de Educación Nacional, 2006).
- NTC-4596 de 1999, sobre “Señalización para instalaciones y ambientes escolares”.
- NTC-4695 de 1999, sobre “Accesibilidad de las personas al medio físico. Señalización para tránsito peatonal en el espacio público urbano”.
- NTC-4732 de 1990, sobre “Muebles escolares, pupitres y sillas para alumnos con limitaciones físicas, parálisis cerebral”.
- NTC-4733 de 1999, sobre “Muebles escolares, pupitres y sillas para alumnos en sillas de ruedas”.
- NTC-4774 de 2000, sobre “Accesibilidad de las personas al medio físico, espacios urbanos y rurales, cruces peatonales a nivel y elevados o puentes peatonales”.
- NTC-4902 de 2000, sobre “Accesibilidad de las personas al medio físico, cruces peatonales a nivel señal y sonora para semáforos peatonales”.
- NTC-4904 de 2000, sobre “Accesibilidad de las personas al medio físico, estacionamiento accesible (Ministerio de Educación Nacional, 2006).

3. Estudio de las normas específicas sobre la accesibilidad física a instituciones educativas de las personas en situación de discapacidad

Ahora, respecto a la accesibilidad de las personas en situación de discapacidad física a las instituciones educativas, se han encontrado una serie de normas que fijaron unos parámetros necesarios y los cuales deben ser respetados a cabalidad para garantizar la plena realización de los derechos de las PCD, tales como: educación, accesibilidad, libre locomoción y vida digna. Estas normas son las siguientes:

La NTC-4595 de 1999 sobre “Ingeniería Civil y Arquitectura. Planeamiento y Diseño de instalaciones y ambientes escolares”, la cual tiene por objeto establecer los requisitos para el planeamiento y diseño físico-espacial de las instituciones educativas encaminado a proveer una mejor calidad del servicio educativo, así como también pretende evaluar y adaptar las instalaciones ya existentes acogiendo lo dispuesto en las Leyes 12 de 987, 361 de 1997 y 115 de 1994 respecto a la accesibilidad, seguridad, temas de arquitectura, etc. Aclarado lo anterior, se verá que la NTC dispone de manera resumida lo siguiente:

- a) En cuanto a los lotes destinados a la construcción de instalaciones educativas, se establece en primera medida que dichos lotes deberán estar ubicados en zonas cuyo riesgo de accidentalidad sea mínimo, tanto por causas naturales como por causas humanas. De igual forma, se establece que estos lotes deberán contar con 2 vías de acceso para peatones y/o algún medio de transporte; deberán contar con parqueaderos para buses no inferior a 45 m² que permita la accesibilidad; en cuanto a las edificaciones se estipula que deberán tener pendientes inferiores al 15%, y que la altura permitida de las edificaciones dependerá de los niveles de educación, así: los grados de pre-jardín, jardín y transición deberán estar ubicados en el primer nivel y los demás ambientes del preescolar podrán estar en un segundo piso; en básica primaria se ubicarán hasta en un segundo piso y excepcionalmente cuando se trate de servicios de baja intensidad, es decir, que los estudiantes no tengan actividades tan seguidas podrán ubicarse hasta en un cuarto piso. En lo que respecta a las modificaciones de las edificaciones ya existentes y catalogadas como de valor histórico, arquitectónico y/o ambiental, las adaptaciones de la edificación serán objeto de consideración especial y en ese sentido dichas modificaciones deberán estar en armonía con la seguridad, accesibilidad y comodidad de los usuarios sin alterar su valor histórico, arquitectónico y/o ambiental.
- b) Ahora, en cuanto a las normas especiales de accesibilidad esta NTC dispone lo siguiente: las puertas deberán tener un ancho no inferior a 0,80, manijas de palanca a los 0,90 m del piso y con un espacio libre a ambos lados de 1,50 m

del lado de la apertura y 0,45 m del lado opuesto. Los corredores deberán tener pendientes inferiores 5%, con longitud no superior a los 9,0 m y nunca tendrán anchos menores a 1,80 m en los lugares donde más transiten los estudiantes y en aquellos lugares donde no sea tanto el tránsito como oficinas u otras dependencias ese valor de los anchos podrán ser de 1.20 m. Las escaleras deberán tener un ancho mínimo de 1.2 m provistas de pasamanos a ambos lados ubicados a los 0.90 m del piso, extendidos tanto al comienzo como a la salida de las escaleras o rampas. Finalmente, dispone esta NTC que todos los espacios pedagógicos deberán contar con áreas de colocación de al menos una silla de ruedas preferiblemente cerca de ventanas, tableros, vías de acceso y evacuación.

La NTC-4596 de 1999 sobre “Señalización para instalaciones y ambientes escolares”, la cual tiene por objeto establecer los requisitos para diseñar y desarrollar un sistema integral de señalización en las instituciones educativas, que permitan un efectivo acceso y evacuación de las instalaciones educativas preservando siempre la seguridad de cada una de las personas con discapacidad y en atención a sus necesidades correspondientes. Así, esta NTC regula las señalizaciones sonoras, visuales y táctiles.

La Ley 1618 de 2013, por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las PCD, estableció entre otras cosas en el numeral 4 del artículo 2 que por *acceso y accesibilidad* se entiende como aquellas:

condiciones y medidas pertinentes que deben cumplir las instalaciones (...) para adaptar el entorno (...) con el fin de asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, tanto en zonas urbanas como rurales (...).

Asimismo, reiteró en su artículo 5º literal c el concepto de barreras físicas, estableciendo que este tipo de barreras son “aquellos obstáculos materiales, tangibles o construidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad”. Ahora, a pesar de que estas definiciones no son novedosas, si hay que mencionar y reconocer que esta Ley de reciente creación muestra una evidente evolución y refuerzo a las normas anteriores, en el sentido de que se encarga de abarcar cada uno de los escenarios en estas contemplados, esto es: salud, vivienda, educación, transporte, comunicaciones, trabajo, etc., garantizando no solo la eliminación de barreras físicas, sino también actitudinales y

comunicativas para lograr una efectiva inclusión social con base en los principios de dignidad humana, respeto, autonomía individual, independencia, igualdad, equidad, justicia, inclusión, progresividad en la financiación, equiparación de oportunidades, protección, no discriminación, solidaridad, pluralismo, accesibilidad, diversidad, respeto, aceptación de las diferencias y participación de las PCD que el artículo 3° que esta Ley consagra.

Es así como el numeral 3° del artículo 11 de la Ley 1618 de 2013, consagra respecto a las instituciones educativas privadas y públicas, entre otras cosas, que se deberán identificar las PCD susceptibles de atención integral para garantizar su acceso y permanencia educativa en el marco de la inclusión, al igual que se deberán identificar las barreras que impidan ese acceso y permanencia que repercutan en el derecho a la educación de calidad a personas con necesidades educativas especiales. Asimismo, consagra el deber de las instituciones de educación superior de apoyar la inclusión educativa de PCD y la accesibilidad para la prestación de este servicio, etc. Finalmente, en esta Ley se encuentra consagrado en el artículo 14°, de manera puntual, que el acceso y la accesibilidad se consagran como una:

manifestación directa de la igualdad material (...) mediante la cual (...) las entidades del orden nacional, departamental, distrital y local garantizarán el acceso de estas personas, en igualdad de condiciones, al **entorno físico** (...) el espacio público, los bienes públicos, los lugares abiertos al público y los servicios públicos, tanto en zonas urbanas como rurales. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En concordancia con lo anterior, el artículo 14 dispuso a su vez que las medidas necesarias que deberán ser adoptadas para garantizar el precepto de *acceso y accesibilidad*, con respecto a la accesibilidad física, dispuso en sus numerales 5° y 9° lo siguiente:

ARTÍCULO 14. ACCESO Y ACCESIBILIDAD

(...)

5. Dar efectivo cumplimiento a la normativa sobre accesibilidad en la construcción o adecuación de las obras que se ejecuten sobre el espacio público y privado, que presten servicios al público debiendo cumplir con los plazos señalados.

(...)

9. Las entidades de educación superior adecuarán sus campus o instalaciones para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad.

(...)

Vistas las normas que se han expedido a lo largo del tiempo y que de manera específica han ido regulando lo atinente al tema de la accesibilidad, está más que claro que el legislador y las demás autoridades del poder público se han preocupado por establecer los criterios y herramientas necesarias para que tanto el sector público como el sector privado y en cualquiera de las áreas de la vida cotidiana, esto es, en la educación, la salud, el trabajo, el comercio, la recreación, entre otras, se garantice la accesibilidad y sepan cómo deben adecuar las construcciones, edificaciones, vías, etc.

Conclusiones

Expuesto el contenido de normas distritales, nacionales e internacionales y el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana respecto a los derechos de las PCD, en específico, sobre la accesibilidad física a las instituciones educativas, se concluye la preocupación por regular cada uno de los aspectos esenciales que le permita a las PCD desarrollarse plenamente para tener una vida digna, ha sido evidente pero insuficiente, al analizar las normas encargadas de regular y otorgar el desarrollo a los derechos de las PCD, para el objeto de estudio el derecho de accesibilidad. Las normas contemplan tanto una concepción evolutiva de la accesibilidad y los derechos que se ven directamente afectados ante la limitación de dicho aspecto, como las condiciones mínimas con que deben cumplir las edificaciones educativas para que esta accesibilidad sea completamente garantizada; queda al descubierto que las normas han sido insuficientes pues la realidad es otra: las instituciones educativas no cumplen con las condiciones mínimas de accesibilidad física, las normas no se ejecutan de manera correcta y/o no son inaplicadas. Dicha obligación del Estado debe ser cumplida mediante el desarrollo de una política de previsión, rehabilitación e integración social tal y como lo dispuso la Ley 1618.

Además de lo anterior, existe una notable evolución normativa, de la Ley 361 de 1997 a la Ley 1618 de 2013 de promulgación más reciente en el marco de la ratificación de la CDPCD. Tal avance legal se hizo evidente al ver que con la Ley 361 se hizo una breve referenciade manera general y superficial respecto al tema de la accesibilidad, definiéndola como la condición que permite en cualquier espacio el desplazamiento de las personas en general. Mientras que con la Ley 1618 hay una estipulación expresa a favor de las PCD, al referirse que por accesibilidad debía entenderse aquella condición y medida pertinente con que deben cumplir las instalaciones para asegurar el acceso de este colectivo al entorno físico, al transporte, a las comunicaciones y demás ámbitos en condiciones de igualdad. En materia educativa, dispuso que se identifiquen y eliminen las barreras físicas de

las estructuras educativas para garantizar así el acceso de las PCD en el marco de la inclusión educativa en condiciones de igualdad. Por otro lado, se identifica la articulación de la Convención con la normativa nacional al disponer la integración del *Consejo para la Inclusión de las Personas con Discapacidad* (numeral 11 del artículo 5 de la Ley 1618 de 2013), junto con la creación de un mecanismo totalmente independiente para la promoción, protección y supervisión del efectivo ejercicio de los derechos de las PCD no solo previstos en la Ley mencionada, sino también en la Convención. Así, se constituye no solo un mecanismo responsable de velar por el cumplimiento de la normativa nacional, sino también de la internacional.

Finalmente, se concluye que con la entrada en vigencia de la Ley 1618 se ratifica la obligación del Estado de garantizar el ejercicio real y efectivo de los derechos de las PCD, mediante la adopción de medidas inclusivas y acciones afirmativas²⁶, que conlleven a la efectiva eliminación de cualquier forma de discriminación. De manera que hoy en día, no basta con la simple consagración normativa de los derechos de las PCD, sino que se hace necesario un cambio social, cuya iniciativa sea del Estado y empiece con la generación de campañas educativas que den a conocer la Ley, su contenido y su importancia, así como también las obligaciones de todos como sociedad frente a los derechos del colectivo. El derecho a la accesibilidad es el elemento esencial para el disfrute de otros derechos y garantías constitucionales como el derecho a la libre locomoción, el derecho a la educación, entre otros.

Referencias

- Alcaldía Mayor de Bogotá. Secretaría de Integración Social. *Proyecto de Atención Integral a Personas con Discapacidad, Familias, Cuidadores y Cuidadoras - Cerrando Brechas*. Bogotá. 2012-2016. Recuperado de <http://www.integracionsocial.gov.co/anexos/documentos/proyectosbogotahumana/721%20Atencion%20integral%20a%20personas%20con%20discapacidad,%20familias%20y%20cuidadores%20cerrando%20brechas.pdf>.
- Alcaldía Mayor de Bogotá. Colombia Aprende. Plan de desarrollo económico, social y de obras públicas. *Bogotá positiva: para vivir mejor*. Bogotá. 2008-2012. Recuperado de http://www.colombiaaprende.edu.co/html/directivos/1598/articles-203172_arachivo_pdf1.pdf.
- Alcaldía Mayor de Bogotá. Colombia. Decreto 470 de 2007. (12 de octubre de 2007). *Por el cual se adopta la Política Pública de Discapacidad para el Distrito Capital*. Registro Distrital. Bogotá D.C., 2007. Registro Distrital 3855.

26 El numeral 3° del artículo 2° de la Ley 1618 define las “acciones afirmativas” como políticas, medidas o acciones dirigidas a favorecer a personas o grupos con algún tipo de discapacidad, con el fin de eliminar o reducir las desigualdades y barreras de tipo actitudinal, social, cultural o económico que los afectan.

- Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. *Resolución 48/96*. (20 de diciembre de 1993). Resoluciones del Periodo de Sesiones. Documentos. 1993. Recuperado de <http://www.un.org/es/documents/ag/resga.shtml>
- Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. *Resolución 37/52*. (3 de diciembre de 1982). Resoluciones del Periodo de Sesiones. Documentos. 1982. Recuperado de <http://www.un.org/es/documents/ag/resga.shtml>
- Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. *Resolución 34/47*. (9 de diciembre de 1975). Resoluciones del Periodo de Sesiones. Documentos. 1975. Recuperado de <http://www.un.org/es/documents/ag/resga.shtml>
- Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. *Resolución 28/56*. (20 de diciembre de 1971). Resoluciones del Periodo de Sesiones. Documentos. 1971. Recuperado de <http://www.un.org/es/documents/ag/resga.shtml>
- Concejo de Bogotá. Concejales. *Alarmane baja de cumplimiento de metas y ejecución de la Política Pública de Discapacidad: Concejal Arthur Bernal*, Concejo de Bogotá. 2014. Recuperado de <http://concejodebogota.gov.co/alarmane-baja-de-cumplimiento-de-metas-y-ejecucion-de-la-politica-publica-de-discapacidad-concejal-arthur-bernal/cbogota/2014-01-22/151654.php>
- Concejo de Bogotá. Colombia. Acuerdo 505 de 2012. (5 de diciembre de 2012). Por medio del cual se modifica el Acuerdo 137 de 2004, “Por medio del cual se establece el Sistema Distrital de Atención Integral de Personas en condición de discapacidad en el Distrito Capital y se modifica el Acuerdo 022 de 1999. Registro Distrital. Bogotá D.C., 2012. No. 5022.
- Concejo de Bogotá. Colombia. Acuerdo 137 de 2004. (28 de diciembre de 2004). Por medio del cual se establece el Sistema Distrital de Atención Integral de Personas en condición de discapacidad en el Distrito Capital y se modifica (sic) el Acuerdo 022 de 1999. Bogotá D.C., 2004.
- Concejo de Bogotá. Colombia. Acuerdo 22 de 1999. (9 de septiembre de 1999). Por el cual se modifica (sic) el Acuerdo 16 de 1994. Registro Distrital. Bogotá D.C., 1999. No. 1998.
- Concejo de Bogotá. Colombia. Acuerdo 19 de 1994. (8 de diciembre de 1994). Por el cual se declaran como reservas ambientales naturales los Humedales del Distrito Capital y se dictan otras disposiciones que garanticen su cumplimiento. Bogotá D.C., 1994.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes). Departamento Nacional de Planeación. *Documento 80 sobre Política Pública Nacional de Discapacidad*. Bogotá. 2004. Recuperado de <https://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=RP3j04bd9AM%3D&tabid=342>.
- Defensoría del Pueblo. *Protección especial de las personas con discapacidad física y acceso al espacio público*. Bogotá. 2003-2006. Recuperado de http://www.defensoria.org.co/?_es=0&_s=ojc&_palabra=debilidad%20manifiesta&_a=5&_q=14.

- Colombia. Congreso de la República. Ley 1618. (27 de febrero de 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. 48717.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1346. (31 de julio de 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 1145. (10 de julio de 2007). Por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 46685.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 762. (31 de julio de 2002). Por medio de la cual se aprueba la “Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Diario Oficial No. 44889.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 361. (7 de febrero de 1997). Por medio de la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitaciones. Diario Oficial No. 42978.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 368. (5 de mayo de 1997). Por medio de la cual se crea la Red de Solidaridad Social, la cual tiene dentro de sus funciones el adelantar y coordinar programas para las personas con discapacidades físicas y mentales. Diario Oficial No. 43037.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 324. (11 de octubre de 1996). Por medio de la cual se crean normas a favor de la población sorda. Diario Oficial No. 42899.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 82. (23 de diciembre de 1988). Por medio de la cual se aprueba el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 69a. reunión, Ginebra, 1983. Diario Oficial No. 38.626.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 12. (27 enero de 1987). Por la cual se suprimen algunas barreras arquitectónicas y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 37.765.
- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1538. (17 de mayo de 2005). Por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 361 de 1997. Diario Oficial No. 45913.
- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2381. (29 de diciembre de 1993). Por medio del cual se declara el 3 de Diciembre como el día nacional de las personas con discapacidad. Diario Oficial No. 41121.
- Colombia Presidencia de la República. Decreto 2358. (23 de agosto de 1981). Por medio del cual se creó el Sistema Nacional de Rehabilitación. Diario Oficial No. 35826.
- Colombia. Vicepresidencia de la República. *Marco legal de la discapacidad*. Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). Recuperado de http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/discapacidad/marco_legal.pdf.

- Colombia. Ministerio de Educación (2006). *Lineamientos para una política en educación superior inclusiva*. Bogotá. Recuperado de http://www.colombiaaprende.edu.co/html/mediateca/1607/articles-132946_archivo.pdf.
- Colombia. Ministerio de Educación (2006). *Normas Técnicas Colombianas 4595 y 4596*. Revolución Educativa Colombia Aprende. Bogotá. Recuperado de http://www.mineduccion.gov.co/1621/articles-96894_Archivo_pdf.pdf.
- Colombia. Ministerio de Salud. Resolución 14861 (4 de octubre de 1985). Por medio del cual se establecieron normas sobre protección, salud, seguridad y bienestar de las personas en el ambiente y en especial de los minusválidos. Diario Oficial N°. 47427.
- Colombia, Ministerio de Educación, “Normas Técnicas Colombianas 4595 y 4596”, en Revolución Educativa Colombia Aprende, Bogotá, 2006. Recuperado de http://www.mineduccion.gov.co/1621/articles-96894_Archivo_pdf.pdf.
- Constitución Política de Colombia. Publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 del 20 de julio de 1991.
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-606 (2012).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-720 (2012).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-551 (2011).
- Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-010 (2011).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-553 (2011).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-734 (2011).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-810 (2011).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-824 (2011).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-030 (2010).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-022 (2009).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-096 (2009).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-276 (2003).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-410 (2001).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-1639 (2000).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-378 (1997).
- Discapacidad Colombia. *Contenido dedicado a normas y leyes especializadas en beneficio de la población con discapacidad*. Recuperado de <http://discapacidadcolombia.com/modules.php?name=Content∓pa=showpage∓pid=14>.
- Fundacion Saldarriaga Concha (2010). *Discapacidad en Colombia: Reto para la inclusión en Capital Humano*. Bogotá D.C. Recuperado de <http://www.colombialider.org/wp-content/uploads/2011/03/discapacidad-en-colombia-reto-para-la-inclusion-en-capital-humano.pdf>.

- Gómez Montes de Oca, V. (2005). *La anomia para las personas con discapacidad* (Tesis profesional de pregrado en Derecho con especialización en Derecho Fiscal). Universidad de las Américas Puebla. Cholula, Puebla, México.
- NTC-4139 de 1997. “Marco legal de la discapacidad”, Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), Recuperado de http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/discapacidad/marco_legal.pdf.
- Organización de Naciones Unidas. División de Política Social y Desarrollo Social del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, *Accesibilidad*. Recuperado de <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=662>.
- Organización de Naciones Unidas. (2006). *Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Nueva York. Recuperado de <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>.
- Organización Mundial de la Salud. 54ª Asamblea Mundial De La Salud. Resolución 5421. (22 de mayo de 2001). Recuperado de apps.who.int/gb/archive/pdf_files/WHA54/sa54r21.pdf.
- Padilla Muñoz, A. (2014). *El derecho a la accesibilidad: un estudio con aproximación empírica y advocacy como mecanismo paralelo a la normatividad*. Bogotá: Editorial CMYK Diseños e Impresos SAS.
- Padilla Muñoz, A. (2010). *Discapacidad: contexto, concepto y modelos*. (Tesis Doctoral). International Law Revista Colombiana de Derecho Internacional. Bogotá.
- Palacios Rizzo, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterizaciones y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. CERMI. Colección No. 36. Madrid. Recuperado de http://www.uis.edu.co/webUIS/es/catedraLowMaus/lowMauss11_2/sextaSesion/El%20modelo%20social%20de%20discapacidad.pdf.
- Parra Dussan, C. (2010). *Educación inclusiva en Colombia: un derecho para todos*. Bogotá: Editorial Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda.
- Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Artes. Oficina de Proyectos. (2000). *Accesibilidad al medio físico y al transporte- Manual de referencia*. Bogotá. Recuperado de <http://discapacidadcolombia.com/documentos/manualAccesibilidad.pdf>.



Autor: Juan Carlos Gil Acevedo
Título: Entrelazados
Técnica: fotografía digital
Dimensiones: variables
Año: 2014

Coexistencia y uso estratégico de los modelos de participación política en los procesos de transformación urbana en Colombia. El caso de Medellín¹

DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a09

- 1 Artículo de investigación, producto del proyecto “Análisis de las políticas públicas de regeneración urbana en el municipio de Medellín: las prácticas de gobernanza y formas de participación, 2004-2015”. La investigación terminó el 7 de diciembre de 2015; fue financiada por el Departamento Administrativo de Ciencia Tecnología e Innovación de Colombia (Colciencias), Programa nacional de ciencias sociales y humanas, Convocatoria 611-2013, código del proyecto 1115-611-38306, cofinanciada y adelantada por las Universidades de Antioquia y EAFIT y por la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP); Ana Victoria Vásquez Cárdenas, del grupo de investigación Gobierno y Asuntos Públicos, fue investigadora principal y Mario Montoya Brand, del grupo de investigación Derecho y Poder, fue coinvestigador. También es producto de la investigación “El derecho a la ciudad como espacialización de los derechos. El caso del espacio público: una aproximación al Plan de Desarrollo de Medellín 2012 – 2015 y al proyecto BIO 2030 Plan Director de Medellín, Valle de Aburrá”, en la que fueron investigadores Mario Montoya Brand y Nataly Montoya Restrepo, ambos del grupo de investigación Derecho y Poder; el proyecto fue financiado por la Universidad EAFIT y terminado en el 2013.

Fecha de recepción: 11 de octubre de 2015

Fecha de aprobación: 30 de octubre de 2015

Coexistencia y uso estratégico de los modelos de participación política en los procesos de transformación urbana en Colombia. El caso de Medellín

Mario Montoya Brand²

Ana Victoria Vásquez Cárdenas³

Nataly Montoya Restrepo⁴

Resumen

Este artículo explora las relaciones de armonía e inarmonía que se presentan en la coexistencia de los grandes modelos de participación política en los asuntos públicos. El artículo se centra en estudiar si en las formas de participación presentes en los procesos de transformación urbana llevados a cabo en Medellín, Colombia, entre 2004 y 2015, específicamente en la experiencia concreta de un cabildo abierto celebrado a propósito de la formulación del Plan de Ordenamiento Territorial en 2014, tienen presencia los cuatro grandes modelos de participación, esto es, la participación directa, la participación indirecta, la participación deliberativa y la participación de control. Si bien cada uno de esos modelos de participación se basa o pone el énfasis en aspectos diferentes, ellos en conjunto pueden ser convergentes, colaborativos o interdependientes. Adicionalmente, la investigación que respalda este artículo encuentra que, según sus intereses coyunturales, los actores de la transformación urbana asumen esos modelos como compatibles o incompatibles entre sí, y que, de acuerdo con ello, se buscará que uno de los modelos sea dominante, según el momento y los intereses en juego. El estudio presentado es extensible como referente de análisis a otros contextos distintos a Colombia, como ocurre en muchas de las ciudades latinoamericanas, cuyos ordenamientos jurídicos establecen la simultaneidad de las cuatro formas de participación.

Palabras clave: modelos de participación, políticas públicas, regeneración urbana, uso estratégico, Medellín.

Coexistence and strategic use of political participation models as part of urban transformation processes in Colombia. The case of Medellin

Abstract

This article explores harmonious and discordant relations accompanying leading political participation models in public affairs. The article is focused on the analysis of whether the four most influential models of participation, namely, direct participation, indirect participation, deliberative participation, and control participation, have accompanied the multiple participation processes generated as part of the urban transformation in Medellín, Colombia between 2004 and 2015, specifically in the concise occurrence of the town hall meeting held as part of the formulation of the Land Development Plan in 2014. As explained in the paper, even if every model places a major focus on a particular aspect, they all together may converge in a collaborative and interdependent fashion. Additionally, this investigation supports that according to their immediate interests, different actors in urban transformation processes may observe these models as compatible or incompatible among each other and, accordingly, will assign each of them a dominant role depending on the specific time and interests at stake. This study may be applied as an analytical framework across contexts in Colombia, as it occurs in many Latin American cities where legal systems establish the simultaneity of these four participation models.

Keywords: Participation Models, public policy, urban regeneration, strategic use, Medellin.

2 Abogado de la Universidad de Antioquia, Magister en Ciencia Política del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, Doctor en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor titular de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT. Correo electrónico: mbrand@eafit.edu.co.

3 Abogada de la Universidad de Antioquia, Magister en Ciencia Política del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, Doctora en Ciencia Política de la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesora titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: ana.vasquez@udea.edu.co A.A. 1226, Dirección de correos U. de A.: calle 70 N°. 52-21, Medellín, Colombia.

4 Abogada y Especialista en Derecho Público de la Universidad EAFIT, Magister en Estudios Urbano Regionales de la Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín. Profesora Asistente de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT. Correo electrónico: nmontoy5@eafit.edu.co

Coexistencia y uso estratégico de los modelos de participación política en los procesos de transformación urbana en Colombia. El caso de Medellín

Introducción

En este artículo se indaga acerca de cómo y en qué condiciones se produce la coexistencia de los modelos de participación política en los procesos de transformación urbana en Colombia; así mismo, se efectúa una aproximación a los usos estratégicos que de esos modelos de participación se hace, para lo cual se estudia el caso concreto de Medellín entre 2004 y 2015, específicamente en la experiencia puntual de un cabildo abierto celebrado a propósito de la formulación del Plan de Ordenamiento Territorial en 2014.

Los modelos de participación política pueden entenderse como prácticas de participación desarrolladas ordinariamente por los actores que pueden ser agrupadas en cuatro grandes formas de comportamiento: 1) el derivado de la participación representativa o indirecta (PR); 2) el derivado de la participación directa (PD); 3) el derivado de la participación deliberativa (PDL); y 4) el derivado de la participación del control (PC). Las prácticas de participación política que encajan en estos modelos tienen lugar en campos muy diversos, sin embargo, aquí interesa solo el de la transformación urbana.

Ahora bien, la investigación de la cual parte este artículo permite afirmar que en el desarrollo de las políticas públicas de regeneración urbana (en adelante, PPRU) los actores llevan a cabo prácticas correspondientes a esos cuatro grandes modelos de participación, las cuales pueden dar lugar a relaciones de armonía o inarmonía entre esos modelos. Muy probablemente si se considera el marco jurídico amplio de la participación política y los modelos teóricos en que ellos se inspiran, esos modelos sean susceptibles de ser concebidos como armónicos entre sí y quizás aún complementarios. En el mundo práctico no tiene por qué ser diferente, es decir, no hay razones para asumir que los modelos sean necesariamente incompatibles.

El estudio de esas armonías, inarmonías, tensiones y usos estratégicos, es importante porque arroja luz sobre las prácticas políticas que desarrollan los actores en los procesos de las PPRU con miras a la construcción de acuerdos o desacuerdos que hacen viables o inviables esas PPRU.

1. Modelos de participación política

La participación política, como forma de intervenir en lo público, se refiere a cosas muy variadas, a temas diversos, tiene lugar en espacios múltiples y los tipos de sujetos que hacen parte de ella son numerosos (Sani, 1998). Su estado actual en Occidente es rico y complejo, y supone entender que la actualidad es un agregado de una historia inmensa de luchas y convergencias.

Al situarnos en la actualidad, podríamos decir que en el mundo contemporáneo la participación política en contextos democráticos presupone cosas como: economía de mercado, poder político limitado, diferenciación público privado; derechos civiles o fundamentales; Estado al servicio de los ciudadanos; control ciudadano sobre los servidores públicos; respeto por las minorías y mujeres; sociedades complejas y extensas, órdenes jurídicos jerarquizados; y finalmente, división, armonía y control recíproco de poderes⁵.

Para los efectos de este artículo se considera que pueden ser distinguidas cuatro clases de participación política, sin duda tres de ellas ampliamente reconocidas, y una adicional un poco menos convencional. Las primeras tres formas de participación política son las clásicas: la participación representativa o indirecta, la participación directa, la participación deliberativa; y una adicional, la participación del control. Estas cuatro formas de participación tienen amplia presencia en los contextos de las políticas públicas⁶, incluyendo los relativos a la regeneración urbana⁷ que son los que en este artículo interesan de manera más directa.

Así, si se considera que la forma en la cual se materializa la democracia es a través de mecanismos de participación concretos, estos modelos aparecen en relación con la tipología clásica de democracia y sus correspondientes modelos de soberanía (Held, 2001). De manera pues que con el modelo de soberanía nacional y la democracia representativa, aparecen los mecanismos de participación como

5 Aunque algunos de los elementos citados hacen parte de constituciones contemporáneas escritas, muchos de ellos también configuran constituciones usualmente tenidas como "materiales". Véase a Capella (1994).

6 Respecto del concepto de políticas públicas puede verse: Brugué & Gomá (1998); Roth (2003); Salazar (1995); Subirats, Knoepfel, Larrue & Varone (2008).

7 Alguna literatura de referencia sobre participación en políticas públicas de regeneración urbana (ppru) es la siguiente: Urán (2007); Maginn (2007); Mongil (2012); Aitken (2012).

el voto y las estrategias como la delegación y la representación; con el modelo de soberanía popular y la democracia participativa aparecen mecanismos y estrategias como la deliberación directa, las consultas populares, el control de agenda y el voto programático. En suma, lo que se quiere afirmar aquí es que la democracia solo puede entenderse en el marco de los mecanismos que la materializan y la hacen posible, por lo que son precisamente éstos, asumidos como estrategias y como parte de los procedimientos mediante los cuales se toman decisiones colectivas (Bobbio, 1993, p. 45), los que permiten comprender su dinámica y utilidad práctica. A continuación se presenta una caracterización de estos modelos:

1.1 Modelo de participación representativa o indirecta (PR)⁸

Características: decisiones por mayorías, elecciones frecuentes de personas (directas o indirectas), diferencia entre elegido y elector (ciudadano), representación política, partidos políticos son centrales, el elegido toma las decisiones (con o sin mandato), temas infinitos pero limitados por el Derecho.

Ventajas: no exige mucho del ciudadano, adaptación a sociedades extensas, claridad sobre quién manda y quién obedece, claridad en las opciones políticas (bipartidismo dominante), tradición.

Desventajas, riesgos y críticas: debilidad o pérdida de la representación, elitismo de los dirigentes; inarmonía entre electores, partidos y elegidos; control débil sobre los elegidos (riesgo de cleptocracia), bipartidismo que restringe el panorama político.

1.2 Modelo de participación directa (PD)⁹

Se distinguen aquí dos modalidades, la primera es la PD de tipo asambleísta que denominamos también como comunitaria, es decir el tipo de participación centrada en la reunión de miembros de la comunidad, en asambleas que de manera simultánea escuchan y son escuchados por el Estado; la segunda es la PD de tipo plebiscitario, de carácter electoral, sus caracterizaciones podrían ser así:

8 Los autores clásicos que hemos tomado para estructurar la idea de PR son numerosos, entre ellos destacamos: Hamilton (2001); Constant (2001); De Tocqueville (2001); Kelsen (2005); Sartori (1997); Bobbio (1985); Chomsky (1992); Ferrajoli (1978); Capella (1994).

9 Además de algunos de los autores citados a propósito de la participación representativa, se consultaron estos: González & Quesada (1988); Dalh (1999); Fotopoulos (1997); Santos (2003); Uribe (2002).

1.2.1 PD de tipo asambleísta o comunitaria¹⁰

Características: presencia física de la comunidad (en rigor no necesariamente ciudadanos o electores en sentido formal) en reuniones amplias, presencia de servidores públicos, asuntos a tratar vinculados a la comunidad, información a la comunidad (con diferentes niveles de precisión y profundidad), intercambio de opiniones, no suele ser decisoria.

Ventajas: presencia física de los interesados/afectados, interacción directa entre servidores públicos y comunidad, temáticas definidas o limitadas, reconocimiento recíproco de miembros de la comunidad.

Desventajas, riesgos y críticas: dictadura de la mayoría o muchedumbre, dificultades operativas, apatía ciudadana, relativa funcionalidad en sociedades complejas; excepcionalmente decisoria; riesgo de afectar minorías y derechos fundamentales; espontánea, oscilante, contradictoria, fugaz, muchas veces inverificable, pues se trata de intervenciones a viva voz.

1.2.2 PD de tipo plebiscitario¹¹

Características: electoral en sentido amplio (elegir o rechazar servidores públicos, opciones políticas y normas jurídicas), opciones electorales mayormente diseñadas por los gobernantes, manifestación de la voluntad del elector limitadísima (“sí” o “no”), ausencia de debate, lo central es el acto individual de votación, sin frecuencia definida, coyunturales, múltiples temáticas posibles pero algunas excluidas (por ejemplo, asuntos presupuestales, tributarios y de orden público).

Ventajas: incrementa la participación electoral, supera la simple elección de candidatos, previos controles jurídicos de contenido (jueces y asambleas normativas).

Desventajas, riesgos y críticas: aumenta el costo de las elecciones, electorado manipulable, las iniciativas pocas veces surgen del electorado, rara vez son decisorias, la iniciativa popular implica mucho desgaste, dificultades operativas, no hay deliberación y debate, frecuentemente impredecibles tanto en su programación como en sus resultados; no logra superar la coyuntura, pues la importancia del asunto y su peso político suelen decaer casi de inmediato.

10 Como es sabido, muchos de los textos ya citados tratan este modelo de democracia. Aquí enfatizamos estos: Mateucci (1998); Parés (2009); Clift (2007); Muir (2004).

11 Muchos de los textos ya citados son relevantes, pero pueden adicionarse los siguientes: Gemma (1998); Altman (2010); Krzywoszynski (2014).

1.3 Modelo de participación deliberativa (PDL)¹²

Características: carácter normativo, alcances complementarios de la democracia representativa y participativa, confiere importancia a la deliberación más que a la votación, se basa en los mejores argumentos, en la racionalidad y en la neutralidad, participan los afectados e interesados, no decide la mayoría sino los mejores argumentos.

Ventajas: hace más difícil el secreto, contribuye a superar la desconexión entre tecnocracia y democracia, además del elector cuentan los marginados y excluidos, obliga a tomar en consideración los intereses ajenos; evita la tiranía de la mayoría; reduce las razones inaceptables.

Desventajas, riesgos y críticas: es difícil de aplicar en contextos de participación amplia y de larga duración, dificultad para establecer acuerdos y respetarlos, sus acuerdos son afectados por las transiciones políticas, indeterminación de todos los afectados posibles, discusión de los presupuestos del contexto deliberativo, presupone sujetos interesados, tendencia a buscar favorecer mayorías; presupone una cierta auto-organización que rara vez se da; supone renunciar a los ánimos dominantes; supone abandonar el egoísmo; requiere dedicar tiempo al bien común; es elitista, pues no todos cuentan con el capital cultural; no critica la condición asimétrica dada entre hombres y mujeres; se vuelve imperativo ponerse de acuerdo, y terminar aceptando intereses rechazados; las personas pueden ser manipuladas.

1.4 Modelo de participación en el control (PC)¹³

Características: la persona o ciudadano participa al activar mecanismos estatales de control. Estos mecanismos estatales de control están presentes en diferentes ramas del poder público estatal y en diferentes instituciones y niveles territoriales y administrativos. Atendiendo al ordenamiento jurídico colombiano, en términos generales pueden dividirse así: judiciales, a través de la interposición de numerosas acciones judiciales, tales como la acción de tutela, la acción de inexecuibilidad, la acción de cumplimiento, la acción popular, la acción de nulidad, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la nulidad por inconstitucionalidad, la acción electoral; o también, a través de la interposición de denuncias o quejas como la penal, disciplinaria, fiscal, electoral, administrativa, entre otras. No es el ciudadano, ni el voto, ni las mayorías quienes deciden, decide un tercero, pero

12 Algunos de los autores trabajados fueron los siguientes: Habermas (1997); Habermas (1991); Fishkin (1995); Elster (1998); Harold & Ronald (2004).

13 Zamudio (2003).

su decisión es vinculante, y en tal sentido puede redirigir las políticas públicas, paralizarlas, confirmarlas, según los alcances del pronunciamiento. Es un control que se puede ejercer de manera permanente, aunque es circunstancial y formalmente estructurado, pues cuenta con numerosos requisitos y procedimientos. No exige representación política, ni partidos políticos, y las decisiones suelen ser superiores a las de funcionarios elegidos popularmente, se refiere a temas infinitos pero limitados por el Derecho.

Ventajas: suele basarse en argumentos altamente técnicos, lo que la acerca a expresiones deliberativas; adaptación a sociedades complejas y extensas; efectos amplios, para grupos humanos extendidos; es practicable incluso por personas situadas por fuera del juego de las políticas públicas, o sea, por aquellos quienes participan de ellas de modo permanente; efectividad alta y vinculatoriedad; procede en los distintos momentos de las políticas públicas, según el tipo de control.

Desventajas, riesgos y críticas: exige mucho del ciudadano o persona, debilidad o pérdida de la representación, elitismo de los promotores; puede desarrollarse sin ningún tipo de cooperación social; restringe el panorama político en cuanto “judicializa” la política; saca el debate de sus espacios e instancias ordinarias.

2. Relaciones de armonía e inarmonía entre los modelos de participación política

En el apartado 1 los modelos de participación política fueron caracterizados de manera aislada, pero ellos deben ser concebidos de modo relacional, en interacción o de forma integrada, especialmente si se trata de cómo operan en la realidad. Si bien es cierto que los diferentes modelos de participación política han tenido origen en períodos muy distintos del desarrollo histórico de Occidente, en la actualidad estos mecanismos de participación pueden ser concebidos como coexistentes y en interacción permanente¹⁴. Esa interacción constante, ya sea que se mire en términos teóricos, en su formulación jurídica o en la práctica da lugar a relaciones de armonía o inarmonía.

No es fácil encontrar un estándar para establecer cuándo las relaciones entre modelos de participación política pueden ser armónicas o inarmónicas. Creemos, sin embargo, que ese estándar puede ser estructurado considerando el punto de partida del apartado 1, en particular lo relativo al marco constitucional, y concretamente los fines del Estado constitucional. El estándar se estructuraría al considerar que por diferentes que sean entre sí, todos los modelos, deben perseguir,

14 Algunas pistas acerca de su coexistencia e interacción pueden encontrarse en: Bobbio (1996).

en último término, en un alto grado, los fines constitucionales propios del Estado constitucional, y esos fines constitucionales en Colombia son los siguientes: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. En tanto los modelos de participación política son instituciones constitucionales, sus fines deberían ser convergentes con esos fines enlistados, ello los haría coherentes con la respectiva Constitución.

Ahora bien, las relaciones de armonía entre los modelos pueden ser formuladas de la siguiente manera: los modelos tendrían una relación armónica entre ellos si en el uso que los actores hacen de esos modelos existe el propósito común – consciente o inconsciente- de operar en función de lograr en alto grado los fines constitucionales enlistados. No parece que ello sea muy común, pero si tuvieran fines notoriamente discordantes difícilmente podrían coexistir, como en efecto coexisten. Puede enunciarse un ejemplo abstracto de armonía: los elegidos toman decisiones armónicas con los intereses de sus electores, y en ocasiones complementan las razones para tomar esas decisiones en la ratificación directa y argumentada con las comunidades a través de diferentes medios y sobre la base de muy buenas razones. A su vez, las personas o ciudadanos hacen usos excepcionales de mecanismos de control o plebiscitarios con miras a enmendar aquello que hace falta en esas decisiones para lograr en mayor grado los fines constitucionales. En este ejemplo, todos los actores participan haciendo uso de las cuatro formas de participación, pero con la idea convergente de lograr los fines constitucionales. Las relaciones de armonía parecen escasas y obedecen a situaciones ideales, que son raras. En las sociedades complejas y extensas la PR tiene un lugar preponderante –pero no exclusivo- en la construcción del orden jurídico y político.

Más comunes parecen las relaciones de inarmonía entre los modelos: se dan cuando los principios dentro de los cuales se desenvuelve la participación política son incoherentes con los fines y/o se busca que estos resulten materializados en bajo grado o no sean cumplidos. Por ejemplo, esto ocurre cuando los elegidos deciden sin consideración alguna a las preferencias o intereses de sus electores, sin tomar en cuenta a las comunidades, ni sus intereses, ni sus argumentos. Ello muchas veces ocasiona que la PD y la PDL aumenten y se expresen en oposición amplia y permanente a las decisiones de los elegidos. Las comunidades también pueden llegar a tener manifestaciones de participación política inarmónicas cuando en expresión de la PDA pretenden rechazar el contenido mismo de normas jurídicas constitucionales, o la legitimidad de decisiones tomadas por sus propios elegidos, o

tomar vías que implican un rechazo total de otros de los modelos de participación política.

Los distintos modelos de participación política suelen contar con respaldo jurídico en los ordenamientos constitucionales contemporáneos. Así mismo, los actores políticos y en particular en las políticas públicas de regeneración urbana reconocen la existencia de estas diferentes modalidades de participación y suelen hacer uso de ellas. Una corta revisión jurídica de la Constitución de 1991, hoy vigente en Colombia, puede contribuir a comprender el marco normativo global de las cuatro modalidades aquí caracterizadas. Veamos solo un esbozo, pues no es el sentido específico de este artículo:

En primer lugar, la idea es que la PR tiene un marco jurídico amplio que, dado su carácter decisorio y vinculante, otorga preponderancia respecto de las demás. Ese marco es constitucional e incluye aspectos como la estructura del sistema electoral, define los cargos de elección popular, unipersonales y colegiados, define los niveles territoriales de los servidores públicos a elegir, así como las instituciones dentro de las cuales desenvolverán su actividad, sus competencias, controles; establece quién puede elegir y ser elegido, enlista los derechos asociados a las elecciones, entre otros. Estas determinaciones constitucionales cuentan con leyes de distinta naturaleza que desarrollan la Constitución, así como decretos de diversa índole que materializan sus contenidos, también ordenanzas departamentales, acuerdos municipales y aun circulares específicas. La PR es dominante en cuanto son los servidores públicos elegidos popularmente (en el nivel nacional, Presidente y Congreso de la República; en el nivel seccional, Gobernador y Asamblea Departamental; y en el nivel local, Alcalde y Concejo municipal), quienes cuentan con la iniciativa para proponer PPRU y finalmente deciden sobre ellas. Esta decisión no significa que se carezca de participación durante tales procesos, sino que las restantes modalidades de participación integradas a la PR no son decisorias o lo son de manera excepcional, aunque sí son muy importantes. Una modalidad de PR no decisoria, pero muy importante en estos procesos es el Consejo Territorial de Planeación (CTP).

En segundo lugar, la PD en Colombia, en sus dos versiones, cuenta con el siguiente marco jurídico:¹⁵ a) como expresión asambleísta (PDA), inspirada en diversas normas internacionales relativas a derechos tales como: el derecho de reunión, de libertad de pensamiento y expresión, y la libertad de asociación; en

15 Este brevísimo marco jurídico toma en cuenta la Ley 134 de 1994, por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana, vigente para el momento en el cual se llevó a cabo el cabildo abierto efectuado en octubre de 2014, que constituye la expresión participativa central en este artículo. No se basa en la Ley 1757 de 2015, por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática, por no encontrarse vigente para ese entonces, no obstante conviene advertir que esta última enriquece algunas de las formas de participación democrática aquí consideradas.

el orden internacional, por ejemplo, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, art. 13, Libertad de Pensamiento y expresión; Art. 16, Libertad de asociación; b) como expresión directa de asamblea, es decir, comunidades reunidas (PDA): Convención Interamericana de Derechos Humanos, Art. 23, sobre Derechos Políticos, en particular, el de participar en la dirección de los asuntos públicos, informar y ser informado, acceso a documentos públicos, etc. Comisión Interamericana de DH, Declaración de Principios de Libertad de Expresión, en su principio primero sobre la libertad de expresión como un derecho fundamental, y el principio segundo sobre libertad de información y de opinión; establece las normas fundamentales por las que se regirá la participación democrática de las organizaciones civiles. La regulación de estos mecanismos no impedirá el desarrollo de otras formas de participación política en la vida política, económica, social, cultural, universitaria, sindical o gremial del país, ni el ejercicio de otros derechos políticos no mencionados en esta ley, etc. También como expresión electoral de tipo plebiscitario (PDP), a través del voto individual pero mayoritario, expresada en los mecanismos de participación ciudadana o directa, que básicamente incluye iniciativa popular legislativa y normativa; el referendo; la consulta popular, del orden nacional, departamental, distrital, municipal y local; la revocatoria del mandato; el plebiscito y el cabildo abierto.

En tercer lugar, se tiene la participación deliberativa (PDL). Su marco jurídico es coincidente con algunas de las expresiones participativas ya vistas, aunque como ya quedó dicho, enfatiza la deliberación, el intercambio de ideas, la racionalidad, y en especial, la toma de decisiones basada en mejores argumentos. Dado que no es compatible con el simple acto de votar, y tampoco es decisoria, su marco normativo incluye la democracia de asamblea y la de los mecanismos de control, ya mencionados.

En cuarto y último lugar, tenemos la participación en el control, individual, grupal o colectiva (PC). Este tipo de participación se ejerce a través de múltiples vías en las que se activan instancias de control estatal: el propio derecho de petición y formulación de consulta, las veedurías ciudadanas, los mecanismos de control administrativo de la actividad de las autoridades que deciden acerca de las PPRU, los mecanismos de control que activan las competencias de órganos de control como las contralorías y el ministerio público; y finalmente, y de mucha importancia, los mecanismos judiciales de control de la actividad administrativa, en particular, de los actos en que se expresan las PPRU, tales como tutelas, nulidades, acciones populares, acciones de cumplimiento, acciones penales, etc.

En la práctica, si bien estas formas de democracia y participación se encuentran más o menos separadas, resultan mezcladas no solo por el marco normativo que con

frecuencia las trata de modo indiferenciado, sino que operan de manera articulada, interdependiente y/o sucesiva en la formulación de PPRU. Ello no significa que la PR deje de ser decisoria, sino que en el proceso de decisión en materia de PPRU, se entremezclan y combinan todas estas modalidades de participación. Por ejemplo: el alcalde con su equipo formula un proyecto de acuerdo del Plan de Ordenamiento Territorial (POT), que constituye una de las principales expresiones jurídicas de las políticas públicas concernientes con la transformación urbana, el cual es debatido inicialmente con el Concejo Municipal (PR), el cual, luego es sometido a la participación de la comunidad, en diferentes asambleas, en las que se informa, intercambian opiniones, etc., (PDA), cuya versión final es objeto de concepto técnico por el Consejo Territorial de Planeación (PR y PDL), y la versión final corregida será aprobada por el Alcalde y convertida en Acuerdo Municipal por el Concejo Municipal. Una vez expedido el acuerdo aprobatorio, es susceptible de ser controlado ante los jueces administrativos por los ciudadanos (PC); más aún, en su variedad, el control puede ser ejercido durante todo el proceso de formulación del POT. En suma, se trata de un proceso construido sobre la base de la interacción de varias modalidades de participación, y ello es lo común.

3. Inclusión formal de los modelos de participación política en las PPRU

Las políticas urbanas en Colombia están inscritas en un marco integrado por diversas fuentes y escalas de regulación. En el nivel nacional se encuentran las normas de ordenamiento territorial previstas en las leyes reconocidas como de reforma urbana (Ley 09 de 1989) y desarrollo territorial (Ley 388 de 1997) de un lado, y de otro, las normas sobre planeación del desarrollo (Ley 152 de 1994), ambas constituyen desarrollos de normas constitucionales.

Las disposiciones constitucionales y legales relativas al ordenamiento territorial establecen las reglas generales y mecanismos que permiten al municipio ordenar el territorio tanto urbano como rural, enfatizan aspectos urbanísticos y de gestión del suelo y establecen la obligatoriedad para los municipios de elaborar planes de ordenamiento territorial. Las concernientes con la planeación del desarrollo no regulan aspectos sustanciales, sino los procedimientos y mecanismos para la elaboración, aprobación, ejecución, seguimiento, evaluación y control de los planes de desarrollo. Estos instrumentos involucran los distintos sectores en los que tienen funciones asignadas las entidades territoriales, entre ellas, los municipios.

Unos y otros planes en el nivel municipal deben ser vertidos en acuerdos de los concejos municipales. De modo tal que los planes de ordenamiento territorial

y los planes de desarrollo constituyen los productos centrales y más generales de las políticas urbanas municipales.

Cuando el municipio hace parte de un Área Metropolitana, como es el caso de Medellín, las directrices y planes de dicha institución y las políticas urbanas que incorpora también lo vinculan.

Este artículo se centra en la formulación del POT del Municipio de Medellín, el cual fue adoptado mediante Acuerdo municipal 048 del 17 de diciembre de 2014, en sintonía con el procedimiento establecido en la Ley 388 de 1997. Esta ley, conocida como ley de desarrollo territorial¹⁶, buscó adaptar el régimen urbanístico a la nueva Constitución. Define el ordenamiento del territorio como un conjunto de acciones en orden a disponer de instrumentos eficientes para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y regular la utilización, transformación y ocupación del espacio, de acuerdo con las estrategias de desarrollo socioeconómico y en armonía con el medio ambiente y las tradiciones históricas y culturales. Aporta los parámetros para que los municipios puedan asumir las distintas escalas del urbanismo: la planeación urbana, relativa a la definición del modelo de desarrollo de ciudad, y la gestión urbana, que permite definir cómo se ejecuta lo planeado. De manera especial, regula el instrumento básico con el que cuentan los municipios para el desarrollo del proceso de ordenamiento territorial: el plan de ordenamiento territorial.

Este es definido como el conjunto de objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas adoptadas para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo (art. 9, Ley 388 de 1997). El plan de ordenamiento territorial define a largo y mediano plazo un modelo de ocupación del territorio municipal, señalando su estructura básica y las acciones territoriales necesarias para su adecuada organización (art. 21).

El artículo 24 de la Ley 387 de 1997, previó el procedimiento para la adopción del plan de ordenamiento, y en dicho proceso se destacan rasgos propios de los distintos modelos de participación ya enunciados atrás, tanto en la interacción entre instituciones que requiere como en la participación en su elaboración de una instancia público privada como lo es el Consejo Territorial de Planeación, así como de diversos sectores del ámbito privado y de la ciudadanía en general:

El alcalde municipal, elegido popularmente (PR), a través de la oficina de planeación, es el responsable de coordinar la formulación oportuna del proyecto

16 Se trata de una ley ordinaria, distinta a la denominada ley orgánica de ordenamiento territorial que se debe sujetar a una mayoría cualificada. La constitución reservó para este último instrumento grandes temas relativos a la estructura territorial, la organización de los poderes públicos en función del territorio y la distribución de competencias entre la Nación y las demás entidades territoriales.

del POT, y de someterlo a consideración del Concejo Municipal. Antes de la presentación del proyecto de plan de ordenamiento territorial a consideración del Concejo Municipal, se surtirán los trámites de concertación interinstitucional (PDL) y consulta ciudadana (PDA), de acuerdo con el procedimiento que establece el artículo 24 de la ley. El proyecto de Plan se someterá a consideración de la Corporación Autónoma Regional o autoridad ambiental correspondiente (PC), para su concertación y aprobación en lo concerniente a los asuntos ambientales. Durante el mismo término previsto en el numeral anterior, se surtirá la instancia de concertación con la Junta Metropolitana para el caso de planes de ordenamiento de municipios que formen parte de áreas metropolitanas (PC), instancia que vigilará su armonía con los planes y directrices metropolitanas, en asuntos de su competencia. Luego, se someterá a consideración del Consejo Territorial de Planeación, instancia que deberá rendir concepto y formular recomendaciones (PDL).

Durante el período de revisión del plan por estas instituciones, la administración municipal solicitará opiniones a los gremios económicos y agremiaciones profesionales (PDL), y realizará convocatorias públicas para la discusión del plan, incluyendo audiencias con las juntas administradoras locales (PDA); expondrá los documentos básicos del mismo en sitios accesibles a todos los interesados y recogerá las recomendaciones y observaciones formuladas por las distintas entidades gremiales, ecológicas, cívicas y comunitarias del municipio (PDL), debiendo proceder a su evaluación, de acuerdo con la factibilidad, conveniencia y concordancia con los objetivos del plan. Igualmente pondrán en marcha los mecanismos de participación comunal previstos en el artículo 22 de la misma Ley (PD).

Las administraciones municipales deben establecer los mecanismos de publicidad y difusión del proyecto de plan de ordenamiento territorial, que garanticen su conocimiento masivo.

El párrafo del art. 24 ordena que la consulta democrática (PDA) sea garantizada en todas las fases del plan de ordenamiento, incluyendo el diagnóstico, las bases para su formulación, el seguimiento y la evaluación.

En particular, el artículo 22 establece la participación comunal (PDA) en el curso de la adopción y concertación del plan de ordenamiento en lo que corresponde a la definición del contenido urbano y rural. Para organizar la participación, en el caso del contenido urbano, las autoridades municipales podrán delimitar dentro del perímetro urbano barrios o agrupamientos de barrios residenciales. Las organizaciones cívicas reconocidas de dichos agrupamientos de barrios a través de mecanismos democráticos que aseguren la representatividad de los elegidos podrán designar representantes para que transmitan y pongan en consideración sus propuestas (PDA). Lo pertinente regirá para la participación comunitaria en

la definición del contenido rural, caso en el cual la división territorial se referirá a veredas o agrupaciones de veredas (PDA).

Adicionalmente a las instancias participativas mencionadas, es importante destacar el papel del Consejo Consultivo de Ordenamiento, el cual es una instancia asesora del gobierno municipal en materia de ordenamiento territorial (PDL). Este deberá estar integrado por funcionarios de la administración y por representantes de las organizaciones gremiales, profesionales, ecológicas, cívicas y comunitarias vinculadas con el desarrollo urbano, así como con los curadores urbanos en las ciudades en que existan. Dicho consejo tendrá entre otras funciones, el seguimiento del plan de ordenamiento y proponer sus ajustes y revisiones cuando sea necesario.

4. Participación en políticas públicas de regeneración urbana: el caso de Medellín¹⁷

En este apartado se aborda la práctica de la participación en políticas públicas de regeneración urbana-PPPRU-, a fin de establecer tres cosas: de un lado, si los diferentes tipos de participación democrática caracterizados en el primer apartado, son efectivamente usados por los actores de las PPRU; en segundo lugar, en caso de ser usados, cómo se relacionan en la práctica, en términos de su convergencia o divergencia; y finalmente, en tercer lugar, si se los usa de manera estratégica.

Por razones de extensión, el estudio de caso sobre Medellín, enfatizará un ejercicio concreto de PPPRU. Se trata de un cabildo abierto, llevado a cabo en el mes de agosto de 2014, particularmente en la reunión del día 24 de agosto, en el que se debatió acerca del Proyecto de Acuerdo 268 de 2014: “Por medio del cual se adopta el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio Medellín”, contenida en el Acta 508 de la misma fecha.

Así las cosas, otros muchos espacios de participación en los cuales puede anclarse la observación del uso de los modelos de PPPRU no serán objeto de análisis, aunque sí fueron objeto de estudio dentro de la investigación, y presentan patrones de comportamiento similares por parte de los actores. La selección de este particular cabildo abierto se justifica porque de cierta manera se da cuando el proceso de desarrollo de la PPPRU se encuentra avanzado y está próximo a concluir; también, porque dado que se trata de un cabildo abierto a todos los actores, hay presencia de las autoridades públicas, de la comunidad, de los miembros de grupos representativos, de actores técnicamente influyentes, de políticos; y por último,

17 En adelante, al citar a los intervinientes, solo se distinguirá por su cargo (Director de Planeación, Concejal, etc.) o si es miembro de la comunidad, sin especificar su nombre o rol preciso. Se incluirá la página correspondiente al Acta de la cual se extrae la información.

porque en este particular cabildo abierto se expresan muchas de las posturas previas y posteriores referidas a la PPPRU en Medellín. Así mismo, en su desarrollo, los participantes hicieron referencias numerosas y variadas que contribuyen a responder a la pregunta acerca de si las diferentes prácticas de participación correspondientes con los cuatro modelos atrás clasificados, fueron usadas por los actores a lo largo del proceso examinado y dieron pistas sobre la convergencia o no de los modelos y sobre sus usos estratégicos.

El cabildo abierto opera de la siguiente manera: se trata de una reunión pública, masiva, con amplia convocatoria previa, en la que se encuentran autoridades públicas, políticos, técnicos y comunidad, y debaten durante varias horas a viva voz acerca de los temas centrales del proyecto de POT. Posterior al cabildo abierto, cuyas manifestaciones no son jurídicamente vinculantes, se presentaron otras reuniones diversas con las comunidades, y al final, el Concejo Municipal iniciaría sus debates, esos sí decisivos, los cuales concluirían con la aprobación final y vinculante del POT, el día 17 de diciembre de 2014, mediante Acuerdo Municipal 048. La información con la cual se trabaja en esta investigación es la transcripción oficial de los audios, en los que intervienen en diversas ocasiones unas 60 personas diferentes.

Se responderá a continuación la primera pregunta: ¿Utilizaron los actores los diferentes modelos de participación democrática, esto es, PR, PDA o P, PDL y PC?

La respuesta es, sí. Durante el desarrollo del POT, se surtió todo el procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico, lo cual implica, como ya se vio en el apartado 3, las siguientes instancias y pasos: el Alcalde Aníbal Gaviria presentó el proyecto de Acuerdo Municipal ante el Concejo Municipal, instancias ambas en las que operó la PR; luego, el Concejo Municipal debatió (PDL) y aprobó; previo a su aprobación, el Consejo Territorial de Planeación y el Consejo Consultivo, debatieron técnicamente sus contenidos e hicieron recomendaciones (PDL); hubo además un cabildo abierto y múltiples reuniones con la comunidad (PDA); y hubo expresiones y prácticas diversas de PC, como la exigencia de practicar una consulta popular, propuestas encaminadas a revocar el mandato del alcalde y los concejales, y por último, se presentaron varias acciones judiciales y derechos de petición, así como quejas ante el Ministerio Público (PC). Aquí no se estudian los efectos derivados de estas diferentes prácticas de PPPRU, lo que sería muy valioso¹⁸, sino que, para los efectos de este artículo, basta con constatar su uso diverso.

Se abordará ahora la segunda pregunta: ¿las diferentes prácticas de participación política encuadradas dentro de los modelos de participación han sido convergentes o divergentes?

18 Como puede verificarse en: Bonet (2011).

De acuerdo con las intervenciones recogidas en el cabildo abierto y sus respuestas, la pregunta puede ser respondida en dos sentidos: las prácticas de participación correspondientes a los modelos caracterizados fueron unas veces convergentes y otras divergentes, miremos:

-Prácticas de participación correspondientes con modelos convergentes

Las prácticas más notorias de convergencia derivan de la actitud del Director de Planeación, quien muestra posiciones de reconocimiento hacia el saber comunitario y las propuestas provenientes de sus líderes y representantes. Estas posiciones están referidas a temas de gran sensibilidad social como son la propuesta de articulación entre equidad social y productividad de la ciudad, en el sentido de que la promoción del sector inmobiliario que puede implicar el nuevo POT no obedezca a exclusivas lógicas de rentabilidad, sino que también esté orientada hacia el interés general y la equidad social. En sentido similar y de manera más amplia, el Director de Planeación asume que la generación de recursos para la equidad social, solo es posible a través de la dinamización de la economía de la ciudad, lo cual expresa así: “(...) el Municipio no tiene otra fuente de financiación sustancial que la dinámica económica de la cual derivamos impuestos y contribuciones de algunos sectores para poder hacer la gestión social” (Concejo Municipal, Acta 508 de agosto 24 de 2014, p. 103).

La convergencia entre las propuestas derivadas de cada modelo de participación también se advierte en la intencionalidad de que el POT, como propuesta proveniente de la democracia representativa (Alcalde y Concejo Municipal), se articule con las propuestas de iniciativa de las comunidades incorporadas en planes locales que se vienen realizando en la ciudad desde hace años, esto a través de la creación de planes barriales que permitan un ordenamiento micro del territorio.

Por otra parte, desde la perspectiva de la Administración, el optar porque el ordenamiento territorial de la ciudad se haga a partir de macroproyectos y no de otras estrategias como los planes parciales, posibilita un mayor direccionamiento desde lo público, en contraste con el amplio margen de autonomía que estos últimos suelen dejar al sector privado ligado a la construcción. Esto es particularmente perceptible respecto de los diferentes enfoques que la comunidad le atribuye a la Secretaría de Planeación Municipal y a la Empresa de Desarrollo Urbano: la primera es vista como un organismo público, y la segunda como una entidad privada. Al efecto expresa algún interviniente del cabildo abierto: “Que Planeación se ponga los calzones y respete, porque el EDU (Empresa de Desarrollo Urbano) es un operador privado que está haciendo lo que se le da la gana en los territorios” (Concejo Municipal, Acta 508 de 24 de agosto de 2014, p.75). El reclamo implicaría una retoma del control público sobre el ordenamiento territorial de la ciudad, que aportaría a la

convergencia entre las expectativas del ejercicio de la democracia participativa y las expectativas del ejercicio de la democracia representativa.

Particular importancia tiene el reconocimiento por parte de la Administración de los errores cometidos antes en materia de falta de protección a moradores y la importancia que debe darse al mejoramiento barrial. El propio Director de Planeación reconoce que es un asunto en el cual “hemos aprendido también de los desaciertos” (p. 100).

Otras prácticas de convergencia derivan, ya no de la Administración, sino de la actitud de los miembros de las comunidades. Véase el contenido de algunas de ellas:

Es posible detectar una actitud propositiva que conduce a que administración y ciudadanía coincidan, esto se expresa al aceptar la inclusión del sector privado en el proceso de transformación si bien con cargas y responsabilidades, de manera que pague la “deuda social e histórica que tiene con el desarrollo de esta ciudad” (Concejo Municipal, Acta 508 de 24 de agosto de 2014, p. 24). Además, tanto en las posturas de la administración como de las comunidades, hay una insistencia en que los procesos de transformación de la ciudad deben caracterizarse por la integralidad, esto es, por la incorporación de más dimensiones que la simplemente funcional (seguridad personal, protección ambiental, enfoque de género, etc.). Desde la democracia participativa, esta integralidad especialmente se expresa en solicitudes de mayor énfasis en el mejoramiento integral de barrios y en el tratamiento de riesgos ambientales.

La convergencia entre las prácticas de participación también se advierte en la disposición a comprender la herramienta de planificación, esto es, que comunidad y Estado se acerquen a partir de la comprensión conjunta del POT, basada en la participación, para lo cual se pide que “la Administración Municipal difunda ampliamente el articulado del POT porque no lo conocemos y que se desarrollen elementos pedagógicos para la comprensión del POT” (Concejo Municipal, Acta 508 de 24 de agosto de 2014, p. 23).

- Prácticas de participación correspondientes con modelos divergentes

Aquí lo central es cómo los actores conciben o actúan como si los modelos de participación y democracia fueran incompatibles entre sí, o dan a entender una relación de superioridad definitiva de unos sobre otros. El lenguaje usado por los actores es el de la resistencia, se trata de los discursos que resaltan la injusticia y las oposiciones irreconciliables. Al observar cuidadosamente las intervenciones de los diferentes actores del cabildo abierto, son notorias actitudes que pueden agruparse en los siguientes ítems:

El mayor número de intervenciones está destinado a mostrar de diferentes formas la preponderancia de la PDA sobre la PR. Esta preponderancia se funda en afirmaciones diversas. Un argumento recurrente es la legitimidad de la construcción histórica del territorio por parte de las comunidades, en contraste con las intervenciones provenientes de los planificadores de la administración municipal que son leídas como advenedizas y sin sustento. El saber comunitario es apreciado frente al saber técnico, pues se considera que las comunidades conocen sus problemas y sus territorios de manera más profunda que los técnicos y representantes, para quienes ese conocimiento comunitario es intrascendente “porque ni conocen el territorio, ni conocen las condiciones, ni conocen su construcción social” (Concejo Municipal, Acta 508 de 24 de agosto de 2014, p.84); o también, advierten que las decisiones se han tomado “a espaldas de la comunidad con funcionarios en una oficina que no conocen del tema” (p. 42).

La divergencia también se puede percibir en la manera como las comunidades consideran que se deben establecer el orden cronológico de las diferentes modalidades de participación, es decir, cuál de las formas de participación debe iniciar el proceso de construcción del POT, cuáles deben ser las sucesivas, e incluso, cómo debe ser aprobado; lo que suele marcar una diferencia con los estadios de la agenda pública. Así, por ejemplo,

Este cabildo no podía hacerse hoy, ¿cómo convocamos a un cabildo abierto cuando apenas el Concejo de Medellín ha iniciado su visita a las comunas y sus conversatorios con las comunidades, para qué? Cómo estamos hoy aquí cumpliendo la ley, cuando los concejales hoy no han visitado las 16 comunas y los cinco corregimientos, creo que este cabildo debe exigir al Concejo de la ciudad que una vez finalizado el proceso y antes de los debates que van a definir la vida o muerte de este POT, se cite un nuevo cabildo después de que el debate se haya hecho (Concejo Municipal, Acta 508 de 24 de agosto de 2014, p. 28).

Vinculado con el punto anterior, se plantea la necesidad de que la agenda surja de las propias comunidades y no en el seno del poder institucional estatal. Un actor comunitario afirmó que:

el plan de desarrollo local de la comuna ocho y de las demás comunas y corregimientos de la ciudad construidos colectivamente por la ciudadanía en el marco de la construcción social del hábitat no son tenidos en cuenta con sus proyectos y programas de desarrollo en la agenda de ejecución del actual anteproyecto Plan de Ordenamiento Territorial y temas como mejoramiento integral de barrios, mejoramiento integral del borde urbano-rural, seguridad alimentaria y garantías de no desalojos forzados por megaproyectos como el Jardín Circunvalar en el Cinturón Verde Metropolitano (Concejo Municipal, Acta 508 de 24 de agosto de 2014, p. 26).

Igualmente, se presentan divergencias a propósito de los fines que se cree buscan la administración pública y las comunidades. Algún actor considera que embellecer la ciudad traerá como consecuencia el desplazamiento de las comunidades que habitan los lugares sometidos a regeneración, pues serán atractivos para los inversionistas con capacidad de pago (Concejo Municipal, Acta 508 de 24 de agosto de 2014, p. 38); y otro, se opone al Cinturón Verde, al que califica como un proyecto de turismo, cuando las comunidades requieren “mejoramiento barrial”, pues “nuestros intereses son vivienda, mitigación, titulación, servicios públicos y no ecoturismo” (p. 76).

También es notoria una divergencia en los modelos de participación democrática al examinar las maneras como se conciben los enfoques de los recursos en el sentido de hacia dónde y cómo deben ser distribuidos. Un concejal considera que muchas de las intervenciones urbanas se refieren de manera directa o indirecta a las vías, “cuando las comunidades están reclamando aquí muchas necesidades en muchas materias” (Concejo Municipal, Acta 508 de 24 de agosto de 2014, p. 110). En el mismo sentido, otra opinión de la comunidad se expresa como un rechazo que separa al alcalde y los habitantes: “Nosotros no necesitamos que nos digan cuánto le va a costar al Alcalde Neoliberal, necesitamos que nos digan cuánto nos va a costar (...), que me digan cuántos empleos dejará de percibir esta ciudad gracias al enchuche del río de este Alcalde” (p. 29).

Pero las divergencias entre las prácticas de participación también se expresan en la sensación de sentirse burlado, en la idea de que la Administración Municipal está engañando a las comunidades. En esta sensación se vinculan las maniobras de privatización, el engaño técnico, y el resultado en términos de ganadores y perdedores. Un miembro de una veeduría ciudadana afirma que “en Naranjal (...) están violando todo lo acordado con la comunidad (...), para entregárselo a los grandes constructores de vivienda, para poder vender viviendas a seis millones de pesos el metro cuadrado” (Concejo Municipal, Acta 508 de 24 de agosto de 2014, p. 91). Un líder comunitario considera que para su comunidad “todas las ayudas son negadas y siempre el dicho es porque somos una comuna de alto riesgo, pero para la administración no es de alto riesgo cuando están haciendo proyectos, ahí sino es de alto riesgo” (pp. 73-74). Y al hacer uso de las letras de canciones populares, con algo de humor amargo, un representante comunitario afirma que la renovación urbana “no es más que la canción de Willie Colón, quítate tú para ponerme yo” (p. 96). Y así continúan las numerosas percepciones comunitarias, unas, advirtiendo que nadie les habla claro y todos les juegan sucio (p. 19); otras, anticipando que la renovación urbana significa que los pobres deben marcharse para que su hábitat sea planificado para los ricos (p. 77). Finalmente, alguna expresión de la comunidad

sintetiza claramente estas percepciones: “Este es el modelo de ciudad del turismo, de prestación de servicios, y nosotros los que hoy estamos aquí, negros, pobres, gordos o feos, no cabemos en este proyecto de ciudad” (p. 30).

Muchas de las divergencias hasta aquí expresadas se hacen más claras al ser encajadas dentro de la percepción de acuerdo con la cual, existen por lo menos dos expresiones de ciudad contrapuestas. De una parte, una ciudad que se encamina a atender las necesidades asociadas a los vehículos y al consumo; de otra parte, una ciudad que se proyecta como ambientalmente sostenible y que incrementa la inclusión de los pobres.

Otra expresión de la divergencia se hace palpable cuando se analizan los diferentes niveles de aproximación al territorio, esto es, si se trata de un grado micro o un grado macro. En este punto los actores critican la homogenización derivada de los alcances de planeación macro que descuidan a las “comunidades pequeñas y distantes” (p. 38). El propio Director de Planeación Municipal, reconoce que el POT

en su estructura, es un elemento un poco pesado, formal y no es tan claro, ni tan preciso para incorporar ciertos elementos (...) detalle (...) sobre la vivienda y sus condiciones por ejemplo de habitabilidad, de funcionalidad, de accesibilidad, los temas de los equipamientos también, los equipamientos especializados para mujeres, el espacio público, muchas de esas cosas se desarrollan en el manual del espacio público, la política de detalle de la vivienda y de la política habitacional, pero también en los formatos de implementación de proyectos que tendremos que adelantar en los próximos años (p. 103).

Esta exigencia de lograr un mayor grado de detalle entra en contradicción con la manera específica como funcionan las administraciones públicas, consistente en expedir inicialmente normas de carácter más general, seguidas por un conjunto de disposiciones sucesivas, a veces dilatadas en el tiempo, las cuales entran en los detalles, y que las comunidades califican como “cheques en blanco” (Concejo Municipal, Acta 508 de 24 de agosto de 2014, pp. 14 y 30).

De otro lado, las divergencias entre las prácticas de participación relativas a los modelos de participación se observan al analizar actitudes de la comunidad en las que se percibe una cierta fragmentación de la PR, con algunas preferencias hacia las actuaciones del Concejo Municipal y un rechazo a las actuaciones u omisiones del alcalde municipal y su equipo de gobierno. Miembros de la comunidad manifiestan que, de no haber sido por los concejales, la administración municipal los habría desplazado de sus hábitats (Concejo Municipal, Acta 508 de 24 de agosto de 2014, p. 19). Así mismo, a veces entienden que los concejales son sus voceros ante una administración sorda a sus reclamos (p. 43); y reclaman de ellos control político

sobre el alcalde y su equipo, a fin de lograr el mejoramiento barrial en lugar de otros proyectos (p. 66).

Buena parte de las divergencias esbozadas denotan la valoración y la sobrevaloración del POT, es decir, la divergencia en lo que hace alusión a las expectativas que se trazan los diferentes actores, particularmente las comunidades y la administración pública. Para un miembro de la comunidad, por ejemplo, el POT es la “carta fundamental de los derechos humanos de Medellín” (Concejo Municipal, Acta 508 de 24 de agosto de 2014, p. 59), mientras que para la administración municipal es un instrumento importante pero que no tiene ese peso.

Se abordará ahora la tercera pregunta de este artículo: ¿los actores de las PPRU hicieron usos estratégicos de los diferentes modelos de participación democrática?

El modo más evidente de uso estratégico de las prácticas de participación política correspondientes con los modelos de participación, consiste en tratar de hacer prevalecer una modalidad sobre otras, resaltando de alguna manera la mayor vinculatoriedad o importancia de alguna de ellas, según los intereses en juego. Los actores que defienden la preponderancia de la PDA enfatizan aspectos como su reconocimiento constitucional que supuestamente le otorgaría mayor grado de compromiso. Así por ejemplo, un actor considera que el mejoramiento integral de barrios es exigible dado que la comunidad así lo expresa en este cabildo abierto, “que tiene orden constitucional” (Concejo Municipal, Acta 508 de 24 de agosto de 2014, p. 76).

También se muestra la supuesta preponderancia de la PDA al resaltar el origen popular de esta modalidad de participación, que remitiría al incontestable trasfondo de la soberanía popular en que descansa. Un interviniente subraya el carácter soberano del pueblo, y por tanto, de lo que se decida en el cabildo abierto (Concejo Municipal, Acta 508 de 24 de agosto de 2014, p. 59). En tal sentido, la Constitución de 1991 adquiere un propósito tan absoluto como fragmentario en sus disposiciones invocadas:

De ahí es bueno que insistamos en cursos de liderazgo con la comunidad, de que al menos se entiendan los primeros tres artículos de la constitución y en especial el preámbulo, porque allí está el derrotero de lo que es la constitución que es de una democracia participativa. Ya no estamos en democracia representativa, sino que el espíritu de la constitución es democracia participativa” (p. 66).

Así mismo, constituye un uso estratégico, en esta ocasión de parte de la administración, el reconocer el carácter vinculante de un mecanismo de democracia participativa, como el cabildo abierto y las diversas reuniones efectuadas con la

comunidad, teniendo como referente su importancia y posible incidencia, pese a que no tenga carácter decisorio propiamente definido por la ley. En palabras del Director de Planeación:

Me pregunta aquí una persona que si esto va a hacer vinculante, cómo no va a ser vinculante tener más de mil personas todo el día discutiendo, tendríamos que ser muy irresponsables para desconocer lo que significa tener a la comunidad aquí con nosotros todo el día (pp. 97 y 101).

Con todo y ello, algunos intervinientes no aceptan los mecanismos representativos y tampoco el cabildo abierto, sino que exigen que el POT sea aprobado mediante consulta popular (Concejo Municipal, Acta 508 de 24 de agosto de 2014, p. 77). Estas exigencias de aprobar el POT mediante democracia directa, están asociadas a la desconfianza en una administración que para esa comunidad se encuentra permeada por intereses privados muy fuertes, para los cuales hay reuniones paralelas, con mejores condiciones y mayores probabilidades de incidir en los contenidos de aquél (p. 60).

Otro tipo de uso estratégico tiene un sentido republicano y opera en relación con la democracia representativa. Se destaca la correspondencia entre el cumplimiento de deberes –o la titularidad de derechos– por parte de la comunidad y la exigencia del cumplimiento de funciones por parte de sus representantes institucionales. Un miembro de la comunidad se queja del desplazamiento de los habitantes hacia las laderas como consecuencia de la renovación urbana, a pesar de ser “uno de los barrios que más tributos le ofrece al Municipio de Medellín” (Concejo Municipal, Acta 508 de 24 de agosto de 2014, pp. 28 y 39).

Un uso estratégico adicional puede advertirse en la apropiación por parte de la comunidad de los eslóganes de las autoridades que los representan (Alcalde o Concejo), para otorgarles un contrasentido mostrando de manera paradójica que la administración o los políticos actúan en sentido contrario a lo que espera el soberano popular, que sería la fuente exclusiva de su legitimidad: “Medellín Ciudad por la Vida, por la vida del estrato cinco y seis y de los turistas que nos visitan diariamente” (Concejo Municipal, Acta 508 de 24 de agosto de 2014, p. 28). Esto también es perceptible respecto de las denominaciones legales de los planes, por ejemplo, el Plan de Ordenamiento Territorial es llamado “Plan de Desplazamiento Territorial” (p. 75).

Por último, en otro sentido diferente del uso estratégico, también son notorias algunas prácticas de bloqueo del trabajo de la administración pública, a través de la PDA: “Proponemos que se acoja la Ley 134 de 1994 entorno a los cabildos y que se declare la ciudad en cabildo permanente” (Concejo Municipal, Acta 508

de 24 de agosto de 2014, p. 24); igualmente, “Tenemos que tomarnos el Concejo porque es el espacio de la democracia, es nuestro, no de los Concejales” (p. 60).

Conclusiones

Una síntesis de los hallazgos encontrados a lo largo de esta investigación, en especial del estudio de caso en materia de la coexistencia y el uso estratégico de los modelos de participación política en los procesos de transformación urbana en Colombia, particularmente en Medellín, muestra lo siguiente:

1. Que en efecto el marco jurídico colombiano, en sus diferentes niveles, recoge de manera integrada los cuatro grandes modelos de PPRU: PR, PDA y P, PDL y PC.
2. Que las prácticas concretas de PPPRU se corresponden con los distintos modelos de participación, pues todos ellos son usados por los diferentes actores.
3. Que si se parte de la idea según la cual, los distintos modelos de participación pueden coexistir de manera convergente en el sentido de buscar el mejor logro del más amplio número de fines constitucionales, en la práctica, y tomando en cuenta los discursos de todos los actores en un escenario concreto de PPPRU, los actores se comportan a veces de manera divergente, a veces de manera convergente y a veces de manera estratégica.

Referencias

- Aitken, D. (2012). *Trust and participation in urban regeneration*. People, Place & Policy Online: 6/3, pp. 133-147.
- Altman, D. (2010). ¿Plebiscitos, referendos e iniciativas populares en América Latina: mecanismos de control político o políticamente controlados? *Perfiles Latinoamericanos*, 18 (35), 9-34.
- Bautista, D. (2009). *Planificación. El Caso Colombiano. Santo Domingo*. Recuperado de <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=1985118>.
- Bobbio, N. (1986, 1996). *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bonet, J. (2011). Cuando cómo participar importa. Análisis de los impactos de la participación ciudadana en las políticas de regeneración del centro histórico de Barcelona. *URBS. Revista de Estudios Urbanos y Ciencias Sociales*. Recuperado de http://nevada.ual.es:81/urbs/index.php/urbs/article/view/bonet_marti.
- Bругуэ, Q. & Gomá, R. (1998). *Gobierno local y políticas públicas*. Barcelona: Ariel.
- Canfora, L. (2004). *La democracia. Historia de una ideología*. Barcelona: Crítica.

- Capella, J. R. (1994). *Los ciudadanos siervos*. Madrid: Trotta.
- Chomsky, N. (1992). *El miedo a la democracia*. Barcelona: Crítica.
- Colombia. Consejo Municipal de Medellín. (2014). Acta 508 del 24 de agosto de 2014.
- Constant, B. (2001). *Sobre el espíritu de la conquista; Sobre la libertad de los antiguos y de los modernos*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Contraloría General de la República de Colombia. Guía para el ciudadano sobre el control fiscal participativo. Recuperado de <http://www.contraloriagen.gov.co/web/guest/participacion-ciudadana-como-participar-en-el-control-ciudadano>
- Dalh, R. (1999). *La democracia. Una guía para los ciudadanos*. Madrid: Taurus.
- De Tocqueville, A. (2001). *La democracia en América*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Elster, J. (Ed.) (2001). *La Democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Ferrajoli, L. (1978). “¿Existe una democracia representativa?”. En Ferrajoli, L. & Zolo, D. (Ed.) *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*. Barcelona: El viejo topo.
- Fishkin, J. (1995). *Democracia y deliberación: nuevas perspectivas para la reforma democrática*. Barcelona: Ariel.
- Fotopoulos, T. (1997). *Towards An Inclusive Democracy*. Cassell, Continuum. London/ New York.
- Gemma, G. (1998). “Plebiscito”. En Bobbio, N.; Mateucci, N. & Pasquino, G. *Diccionario de Política*. México: Siglo XXI Editores.
- González, J. M. & Quesada F. (1988). *Teorías de la democracia*. Barcelona: Anthropos.
- Habermas, J. (1997). El nexo interno entre Estado de derecho y democracia. En Gimbernat, J. A. (Ed.). *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva.
- Habermas, J. (1991). “Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa”. Conferencia pronunciada en el Departamento de Filosofía de la Universitat de Valencia (16 de octubre de 1991). Recuperado de <http://www.alcoberro.info/V1/habermas7.pdf>.
- Hamilton, A.; Madison, J. & Jay, J. (2001). *El federalista*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Harold H. K. y Ronald C. (2004). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa.
- Held, D. (2001). *Modelos de democracia*. Madrid: Alianza.
- Kelsen, H. (2005). *Esencia y valor de la democracia. Forma del Estado y filosofía*. México: Ediciones Coyoacán.

- Krzywoszynski, P. (2014). "The Problem of Human Rights in Direct Democracy". En *Bajo Palabra: Revista de Filosofía*. (09), 95-102
- Maginn, P. (2007). "Towards more effective community participation in urban regeneration: the potential of collaborative planning and applied ethnography". *Qualitative Research*. 7 (1), 25 – 43.
- Mateucci, N. (1998). Asamblea. En Bobbio, N; Mateucci, N & Pasquino, G. *Diccionario de Política* (pp. 83 – 85). México: Siglo XXI Editores.
- Mongil Juárez, D. (2012). Planificación urbana, regeneración urbana integral y participación ciudadana en Cataluña: balance y retos de futuro. En *Hábitat y Sociedad*, (4), 73 – 91.
- Roth, A. N. (2003). *Políticas Públicas. Formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora.
- Salazar, C. (1995). *Las políticas públicas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Sani, G. (1998). Participación política. En Bobbio, N.; Mateucci, N. & Pasquino, G. *Diccionario de Política* (pp. 1137 – 1140). México: Siglo XXI Editores.
- Santos, B. (2003). *Democracia y participación: el ejemplo del presupuesto participativo en Porto Alegre*. Portugal: El viejo Topo.
- Sartori, G. (1997) *Teoría de la democracia*. Madrid: Alianza Editorial.
- Schumpeter, J. (1946). *Capitalismo, socialismo y democracia*. Buenos Aires: Editorial Claridad.
- Subirats, J, Knoepfel, P, Larrue, C & Varone, F (2008). *Análisis y Gestión de Políticas Públicas*. Barcelona: Ariel.
- Urán, O. (2007). La participación ciudadana en la planeación y financiamiento de la ciudad como institución democrática emergente. Los casos de Manchester, Medellín y Porto Alegre. *Controversia*, (189), 174-211.
- Uribe, M. T. (2002). Las promesas incumplidas de la democracia participativa. En A.A.V.V. *El debate a la Constitución* (pp. 191 – 208). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia – ILSA.
- Zamudio, J. (2003). *La democracia participativa en la Constitución de 1991. Participación y control social de la ciudadanía en la gestión de lo público*. Bogotá: Instituto UNIJUS, Facultad de Derecho, Ciencia Política y Sociales, Universidad Nacional de Colombia.



Autor: Juan Carlos Gil Acevedo
Título: Inter-textos III
Técnica: fotografía digital
Dimensiones: variables
Año: 2014

El paisaje como determinante de superior jerarquía para los planes de ordenamiento territorial¹

DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a10

- 1 Artículo de investigación, producto del proyecto *Medellín y las transiciones sociojurídicas para la ordenación del territorio: segunda oportunidad para los Planes de Ordenamiento Territorial de las ciudades en Colombia – primera fase*, del grupo de investigaciones Orbis Iuris, Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, en la línea de investigación “Derecho, conflicto e internacionalización”. Investigación terminada en el año 2014.

Fecha de recepción: 01 de diciembre de 2015

Fecha de aprobación: 18 de diciembre de 2015

El paisaje como determinante de superior jerarquía para los planes de ordenamiento territorial

*Jorge Eduardo Vásquez Santamaría*²

Resumen

Ante el cumplimiento de la primera vigencia general de los Planes de Ordenamiento Territorial –POT– en los municipios de Colombia como instrumentos reglamentarios para la planeación del ordenamiento territorial, el artículo identifica y analiza referentes jurídicos del derecho al paisaje como determinantes para la formulación, elaboración, actualización y ejecución de los POT, justificando su naturaleza a partir de criterios legales que los catalogan como criterios de superior jerarquía desde una dimensión primordialmente ambiental, pero también territorial, de espacio público y patrimonial.

Palabras clave: paisaje, reglamentación, ambiente, POT, ordenamiento territorial, patrimonio.

The natural landscape as a determinant and dominant factor in the establishment of land development plans

Abstract

After the completion of the first land development plans—POT—as the regulatory instruments for land use planning across the municipalities of Colombia, this article identifies and analyzes the legal framework concerning the right to natural landscape as determinant in the design, development, update, and implementation of POT. This is justified on the legal criteria that label the natural landscape as a higher-level condition from both a primarily environmental dimension, but also a territorial, responding to public space and heritage.

Keywords: landscape, regulatory environment, POT, land use, heritage.

2 Abogado y Magister en Derecho de la Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Pontificia Bolivariana, y en Docencia Investigativa Universitaria de la Funlam. Investigador del Grupo de Investigaciones Orbis Iuris de la Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas. Correo electrónico: jorgevasquez santamaria@outlook.com

Citación de este artículo usando el sistema APA: Vásquez Santamaría, J. E. (2015). El paisaje como determinante de superior jerarquía para los planes de ordenamiento territorial. *Estudios de Derecho*. 72(160), 243-272. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a10

El paisaje como determinante de superior jerarquía para los planes de ordenamiento territorial

Introducción

La adopción del Estado Social de Derecho, la definición de un nuevo compendio de derechos ampliado y contentivo de facultades de naturaleza social, económica, cultural, colectiva y ambiental, así como la creación de instituciones para alcanzar los fines del Estado, se unen a la renovada concepción del ejercicio de las funciones de los poderes públicos, exaltando en nuestro caso el ejercicio de la función administrativa para el ordenamiento del territorio.

En este escenario uno de los pilares más significativos previsto en la Constitución de 1991 es el relacionado con la organización del territorio, el cual es contemplado como uno de los principios constitucionales, y como tal, “consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida, y en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional” (Sentencia T-406 de 1992).

El ordenamiento territorial es parte fundamental de la organización política y del funcionamiento administrativo del Estado, esto es, el ordenamiento territorial se refiere a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. A partir de este principio Colombia formalizó un paso altamente significativo en su historia constitucional y jurídica, que posibilita al Estado organizarse y funcionar de manera pacífica después de décadas de conflictos internos, provocados por la falta de acuerdo para definir un modelo central o federal desde el cual se guiará el ejercicio del poder administrativo en el territorio. Puede potenciar el desarrollo económico y social de las comunidades al aproximar la construcción de instrumentos de planeación del desarrollo a ejercicios participativos de base, de la misma forma que encuentra el potencial de convocar la participación para la elaboración y ejecución de instrumentos de planeación espacio – territorial, promover el respeto por el pluralismo y la diversidad étnica y cultural con su reconocimiento y protección a partir de enfoques diferenciales, fortalecer

la defensa y garantía de bienes colectivos, y potenciar una cultura de participación democrática con alto sentido de acción política en la ciudadanía.

La organización del territorio como principio constitucional del Estado avanza sobre desarrollos alcanzados en el constitucionalismo colombiano, por ejemplo, al ser asimilado como “el componente que permite la lectura de la conformación, funcionamiento y proyección del Estado, y dentro de él, de la gobernabilidad y eficacia del ordenamiento jurídico en la población ubicada en el territorio” (Vásquez, 2012, p. 44). El ordenamiento territorial proporcionó no solo la fuerza para la aparición y/o fortalecimiento de muchas instituciones e instrumentos generados en el ordenamiento jurídico para la organización y funcionamiento del Estado, sino también, para la efectivización de los derechos, y el desarrollo de nuevas figuras y postulados en reconfigurados escenarios de organización social. Uno de esos escenarios es la *Ciudad*, su aparición, sus transformaciones, crecimiento y materialización como campo relacional de crecientes demandas y obligaciones, la ubican como uno de los grandes desafíos contemporáneos para cualquier Estado, particularmente el colombiano.

En Latinoamérica, Colombia se ha caracterizado por ser un país de ciudades, pues es el que más espacios urbanos construidos ha desarrollado a lo largo de su historia, lo que hace del país un lugar con una significativa experiencia sobre el ordenamiento del territorio, incluyendo a la *Ciudad* como una destacada variable de él, y en ella, la organización de la vida urbana. La *Ciudad* en Colombia llegó a los años noventa como un nuevo y redimensionado objeto de regulación enriquecido por una trayectoria nutrida por fenómenos sociojurídicos, lo que exige para el Derecho una renovada construcción y comprensión de la realidad, y en ello, de la necesidad de elaborar dispositivos para enfrentar la confluencia de problemáticas crecientes en los ámbitos sociales, económicos, culturales y políticos, concentrados con más frecuencia en una forma determinada de organización social como es la *Ciudad*.

Por ello, la *Ciudad* colombiana se ubica como objeto fáctico y conceptual de estudio, de naturaleza humana y cultural, en la que se generan y recrean referentes sociojurídicos trascendentes para la definición del ordenamiento jurídico encargado del ordenamiento del territorio. Las proximidades y distancias entre la *Ciudad* como construcción y devenir de realidades individuales y colectivas, como derecho potencialmente validado desde su dimensión material y formal, como escenario de participación que dota de sentidos al territorio y lo hacen una construcción humana, se hicieron visibles en el primer proceso de reformulación de los Planes de Ordenamiento Territorial (POT) dado el cumplimiento de la vigencia reconocida por la ley que los regula.

Los POT son un muy buen ejemplo de los avances jurídicos en materia del ordenamiento del territorio en las ciudades del país. Instrumentos propios de la autonomía municipal, son una materialización de las prescripciones jurídicas generales que suponen la delimitación política y axiológica del principio de la organización política y territorial del Estado, y desde ellos, del principio democrático, de participación, de descentralización y autonomía de las entidades territoriales en las cuales la *Ciudad* se somete a procesos de reglamentación jurídica para materializar principios y derechos como la función social y ecológica de la propiedad privada, la prevalencia del interés público sobre el privado, la solidaridad, la igualdad, el ambiente sano, la gestión del riesgo de desastres, el espacio público y la vivienda.

Con el cumplimiento de los doce años mínimos de vigencia legal, los POT obligaron a las autoridades municipales a emprender los procesos de evaluación, ajustes y reformulación de la normativa para una nueva y prolongada vigencia, en medio de un país cuyas realidades han variado a grandes velocidades desde la promulgación de la Carta Política de 1991. Los POT, como referentes que manifiestan el ejercicio de la voluntad política, y quizá de la acción política de la ciudadanía, emprendieron un proceso de transición normativa en el cual se hizo necesario enfocar la mirada en las fortalezas y debilidades aportadas por el ordenamiento jurídico a la *Ciudad*; a las secuelas del conflicto armado interno en la *Ciudad*, al funcionamiento de las distintas modalidades de descentralización administrativa del Estado en relación con la *Ciudad*, del crecimiento económico y la inserción masificada en los procesos globalizadores desde la modernización de la *Ciudad*, todos fenómenos que han profundizado sus influencias en la *Ciudad* regulada por los POT.

De allí que los procesos de transición de los POT como normativas para la gestión y ordenación de los territorios municipales y distritales, abrieran un escenario sociojurídico pertinente para indagar una forma de transformación de vida social como la *Ciudad*, y con ella, de sus referentes jurídicos. En este orden de ideas se propuso como pregunta de investigación: ¿Cuáles son los referentes sociojurídicos determinantes para la formulación, adopción y ejecución de los Planes de Ordenamiento Territorial (POT) ante la primera transición normativa impuesta por el ordenamiento jurídico colombiano en el marco de la Constitución Política de 1991?

La primera fase o dimensión del problema toma los referentes sociojurídicos generales que desde los avances del ordenamiento jurídico, determinaron la transición normativa de los POT como instrumentos principales que guían el ordenamiento del territorio municipal. Esa generalidad posibilita determinar los

referentes que guiarán la formulación, adopción y ejecución del POT, permitiendo posteriormente emprender indagaciones donde se delimite el fenómeno sociojurídico en un escenario geográfico concreto, definido por los mismos constructos jurídicos promovidos desde la promulgación de la Carta de 1991 para guiar el ordenamiento territorial en la respectiva jurisdicción de cada municipio.

Metodología

La metodología es la manera como enfocamos los problemas y la forma en que le buscamos las respuestas (Taylor & Bogdan citados por Sandoval Casilimas, 1996, p. 27). La transición de los POT como instrumentos que norman la *Ciudad* es nuestro objeto de estudio, el cual se asume como un fenómeno social caracterizado por el ejercicio de la institucionalidad administrativa con la ciudadanía a través de formas jurídicas reglamentarias. Para su indagación se propone una metodología mixta o cuantitativa con preponderancia del modelo cualitativo, toda vez que, como lo expresa Sandoval Casilimas (1996, p. 28), es el modelo pertinente debido a que exige diferenciar la realidad empírica de la epistémica que se aprenden en el ejercicio.

Desde la realidad empírica se tiene una existencia independiente del sujeto que la conoce; mientras la epistémica requiere para su existencia, de un sujeto cognoscente, el cual está influido por una cultura y unas relaciones sociales particulares, que hacen que la realidad epistémica dependa para su definición, comprensión y análisis del conocimiento de las formas de percibir, pensar, sentir y actuar propias de esos sujetos cognoscentes, algo que se reúne para el caso en la interacción entre investigadores y los actos que definen la transición reglamentaria del POT como instrumento que normaliza la *Ciudad*.

De allí que explicar y valorar cuáles de los referentes deben ser directrices para el nuevo proceso de formulación de los POT vea en las formas de percibir, pensar, sentir y actuar del sujeto cognoscente, un conjunto de pasos sistemáticos pertinentes y afines a la realidad delimitada, integrada por hechos humanos, relaciones sociales, participación, y construcciones sobre el territorio.

La investigación cualitativa facilita el “análisis de casos concretos en su particularidad temporal y local, y a partir de las expresiones y actividades de las personas en sus contextos locales” (Flick, 2007, p. 27) lo que provee la aprehensión de las experiencias municipales en un periodo delimitado por la vigencia de los POT a partir de la Ley 388 de 1997 y referenciado jurídicamente por la Carta Política de 1991.

Desde la investigación cualitativa se emplea un trabajo documental a partir de categorías predefinidas de investigación, entendidas como elementos o dimensiones

de las variables investigadas. Se da lugar así a concepciones abiertas de la realidad, sin desechar posibles alternativas de respuesta, se promueve un ejercicio analítico de las variables con las que trabaja, se describen e interpretan realidades, que en este caso, generan acumulados cuantitativos que contribuyen a la comprensión de significados del proceso de ordenamiento territorial municipal y no a la mera descripción de los hechos.

A la metodología mixta se suma la implementación del método hermenéutico para la “comprensión de la realidad social bajo la metáfora de un texto, el cual es susceptible de ser interpretado mediante el empleo de caminos metodológicos con particularidades muy propias que la hacen distinta a otras alternativas de investigación” (Sandoval Casilimas, 1996, p. 67). Desde la hermenéutica se asume una actitud empática con respecto a la pretensión inicial del autor, pues el texto es la expresión de los sentimientos, pensamientos y comportamientos de quien lo realiza, lo que conduce a indagar las fortalezas y debilidades del ordenamiento territorial urbano a partir de un ejercicio interpretativo vinculado a los referentes normativos que regulan y reglamentan dicho ordenamiento, contribuyen a la realización de conductas humanas y en el ejercicio de derechos.

1. Los determinantes de superior jerarquía normativa para los POT

Con la adopción de la Constitución Política de 1991 las normas nacionales que se incorporan al ordenamiento jurídico referentes al ordenamiento territorial, especialmente al urbano, se estiman como una fortaleza para el proceso de transición de los instrumentos de planeación y gestión urbana, de manera particular para el POT. Lo anterior porque dichas normas no solo obligan a la elaboración, adopción y ejecución del POT como un dispositivo reglamentario construido a partir de un debido proceso de participación democrática local, sino por la forma en que muchas de esas normas condicionan el contenido y alcance de la planeación y gestión urbana reglamentada por el POT, gracias a la naturaleza de referentes de superior jerarquía que les asigna la ley, lo que condiciona tanto su validez formal y material, como el ejercicio de la función pública del urbanismo y el enfoque de garantía de derechos humanos en el Municipio (Vásquez, 2015, p. 41).

Como ya se ha divulgado (Vásquez, 2015, p. 41) los POT definen una nueva etapa en la planeación del ordenamiento territorial del Municipio en Colombia, toda vez que siendo normas que reproducen y refrendan el principio de autonomía municipal en un Estado promotor de la descentralización administrativa territorial, surgen para ordenar el devenir local en varias materias que legalmente son calificadas como determinantes de superior jerarquía, lo que refrenda la centralización legislativa propia del Estado Unitario.

Las normas de superior jerarquía para un POT en Colombia son las relacionadas con la prevención de amenazas y riesgos naturales, el señalamiento y localización de las áreas de riesgo para asentamientos humanos; así como también las estrategias de manejo de zonas expuestas a amenazas y riesgos naturales. Igualmente un POT está determinado por normas sobre conservación, preservación y uso de las áreas e inmuebles considerados como patrimonio cultural de la Nación y de los departamentos, incluyendo el patrimonio histórico, el artístico, y el arquitectónico; de señalamiento y localización de las infraestructuras básicas relativas a la red vial nacional y regional, puertos y aeropuertos, sistemas de abastecimiento de agua, saneamiento y suministro de energía, así como las directrices de ordenamiento para sus áreas de influencia. También se incluyen las normas sobre componentes de ordenamiento territorial de los planes integrales de desarrollo metropolitano, en cuanto se refieran a hechos metropolitanos, así como las normas generales que establezcan los objetivos y criterios definidos por las áreas metropolitanas en los asuntos de ordenamiento del territorio municipal (Artículo 10, Ley 388 de 1997) (Vásquez, 2015, p. 41).

No obstante la relevancia y desarrollo de las materias citadas, y evidente ante la lectura literal del artículo 10 de la Ley 388 de 1997, el ambiente acapara y engloba el mayor compendio jurídico legal que resulta como determinante de superior jerarquía para los POT. Bajo la denominación de “conservación y protección del medio ambiente, los recursos naturales y la prevención de amenazas y riesgos naturales”, el artículo 10 asume como determinantes de superior jerarquía ambiental las directrices, normas y reglamentos expedidos por las entidades del Sistema Nacional Ambiental, en los aspectos relacionados con el ordenamiento espacial del territorio, de acuerdo con la Ley 99 de 1993 y el Decreto 2811 de 1974; las normas sobre conservación, preservación, uso y manejo del medio ambiente y de los recursos naturales renovables, en las zonas marinas y costeras; las producidas por la Corporación Autónoma Regional o la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción, en cuanto a la reserva, alindamiento, administración o sustracción de los distritos de manejo integrado, los distritos de conservación de suelos, las reservas forestales y parques naturales de carácter regional; las dirigidas al manejo de las cuencas hidrográficas; las expedidas por las autoridades ambientales para la conservación de las áreas de especial importancia ecosistémica; y las disposiciones que reglamentan el uso y funcionamiento de las áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales y las reservas forestales nacionales.

El sometimiento de los POT a normas de superior jerarquía de carácter nacional se ve justificado en la previsión que para el desarrollo reglamentario tienen las normas municipales desde el POT, de manera que aseguren la efectiva realización de derechos, como por ejemplo el ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para

garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, la conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, así como los intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente; el goce del espacio público, la defensa del patrimonio cultural, y la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes (literales a, c, d, f, y m, Artículo 4, Ley 472 de 1998).

Entre los derechos que deben ser incluidos como determinantes de superior jerarquía para los POT se encuentra el derecho al paisaje. Si bien es un derecho sometido a un debate jurídico en el que se busca definir su naturaleza como derecho subjetivo y colectivo, del paisaje se puede afirmar que está implícitamente reconocido como derecho colectivo al amparo de los derechos constitucionales al ambiente sano y al espacio público, y desde la Ley 472 de 1998 no se restringe ni impide su reconocimiento como un derecho de esa tipología gracias al reconocimiento enunciativo de los derechos de colectivos.

Pero además, las razones para incluir al paisaje como determinante de superior jerarquía radica tanto en su consagración como principio general de la política ambiental del Estado colombiano en el numeral 8 del artículo 1, de la Ley 99 de 1993, como en la naturaleza de recurso natural renovable reconocido por la normativa nacional vigente, parámetros incluidos en el artículo 10 de la Ley 388 de 1997 como materias de superior jerarquía para los POT.

Lo anterior hace del paisaje un derecho que trasciende temporalmente a la Constitución Política de 1991 gracias a su desarrollo legal y reglamentario desde la década de los años setenta, pero al mismo tiempo encuentra en el nuevo orden constitucional refuerzos que definen y determinan su naturaleza, y permiten así su postulación como referente normativo de superior jerarquía para el ordenamiento territorial municipal reglamentado en los POT.

2. Determinantes de superior jerarquía a partir de los alcances del derecho al paisaje

Establecer el alcance jurídico conceptual del derecho al paisaje en el ordenamiento jurídico colombiano fue un momento desarrollado a través de la investigación documental, por medio de un rastreo bibliográfico doctrinal, legal y reglamentario para el cual se emplearon fichas documentales de análisis y una matriz de organización y sistematización de información.

Si bien los resultados se presentan por separado desde las figuras normativas internacionales, la legislación y los reglamentos nacionales, el alcance jurídico conceptual del derecho al paisaje en el ordenamiento jurídico se categoriza como un concepto jurídico indeterminado que desarrolla alcances específicos inicial y principalmente para el sector ambiental, luego para la planeación de ordenamiento territorial municipal o distrital, la protección del patrimonio, y finalmente como lineamiento y contenido de las políticas del poder administrativo.

A continuación se presenta el paisaje como un objeto de regulación y de protección ambiental, en la medida que el Decreto 2811 de 1974 lo concibe desde entonces como un objeto de amparo ante la actividad humana, pues su alteración perjudicial o antiestética se catalogan como una modalidad de deterioro ambiental (Artículo 8). La reglamentación del derecho al paisaje en el Decreto 2811 de 1974 abrió el camino para su desarrollo legal y reglamentario, toda vez que está integrado por figuras como el Decreto 622 de 1977 que lo contempla como uno de los objetos del Sistema Nacional de Parques Naturales, el Decreto 1715 de 1978 que reglamenta su protección, y el Decreto 2372 de 2010 que lo incluye en la reglamentación del Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Igualmente es reconocido como principio general de la política nacional ambiental (Num. 8, art. 1, Ley 99 de 1993) e involucra funciones del Ministerio de Medio Ambiente, las Corporaciones Autónomas Regionales, y proceso de licenciamiento (Artículo 5, 42 y 49, Ley 99 de 1993).

Fuera de su incidencia en el campo ambiental el paisaje también resulta ser uno de los objetos regulados por la normativa patrimonial, ampliando su alcance y reforzando su naturaleza de concepto jurídico indeterminado. Igualmente, en la Ley 388 de 1997, el paisaje encuentra lugar como materia de la planeación del ordenamiento territorial municipal, distrital y metropolitana.

De lo anterior que la planeación del ordenamiento territorial a través del POT como norma reglamentaria deba acoger, desarrollar y efectivizar los contenidos y dimensiones que abarca el derecho al paisaje, realizando los objetivos legales del ordenamiento territorial y fines de la función pública del urbanismo.

2.1 Alcance en normas internacionales y algunos efectos en el orden interno nacional

De acuerdo con Molina Saldarriaga (2012), Colombia no ha suscrito instrumentos internacionales para la protección del paisaje, lo que refuerza la naturaleza jurídica incipiente de este derecho en la actividad normativa colombiana; sin embargo, rescata algunas normas internacionales que se ocupan del mismo. El Convenio

para la protección de la flora, de la fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América suscrito por Colombia el 17 de enero de 1941 pero sin ratificar hasta la fecha, está sustentado con fuerza en el paradigma conservacionista del ambiente, al acoger figuras como parques nacionales, reservas, monumentos naturales y aves migratorias.

Molina también refiere el Convenio Europeo del Paisaje – CEP, adoptado el 20 de octubre del año 2000 (p. 169), del cual asegura es el instrumento internacional más importante en materia de protección al paisaje debido a que se ocupa del mismo de manera directa y expresa. En él se reconoce la relación entre los factores ambientales con factores sociales, políticos y económicos en la regulación del paisaje, sin limitarse a una visión naturalista. Tampoco limita el paisaje a áreas rurales o con valores excepcionales, en la medida que lo reconoce como elemento de la calidad de vida de las poblaciones urbanas.

Seguidamente Molina cita la Convención para la protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, aprobado por Colombia mediante la Ley 45 de 1983, del cual puede mencionarse la protección de bienes naturales y culturales que merecen especial protección por sus características excepcionales, lo que demanda la adopción de medidas colectivas en coordinación con el Estado (2010, p. 167). Para ello postularemos las leyes 99 de 1993, 388 de 1997, 397 de 1997 y 1185 de 2011 como sustento legal esencial para la ejecución de las citadas medidas.

En la primera, por ejemplo, el paisaje se integra como principio de la política nacional ambiental que debe formular el Ministerio de Medio Ambiente (Artículo 2), pero además, es el Ministerio la autoridad del SINA que fija las reglas y criterios de ordenamiento ambiental de uso del territorio (Num. 1, Artículo 5) que incluyen al paisaje; prepara con la asesoría del Departamento Nacional de Planeación, los planes, programas y proyectos que en materia ambiental, o en relación con los recursos naturales renovables y el ordenamiento ambiental del territorio, deben incorporarse a los proyectos del Plan Nacional de Desarrollo (Num. 3, Artículo 5) los cuales abarcan el paisaje por su naturaleza de recurso natural renovable; dirige y coordina el proceso de planificación y la ejecución armónica de las actividades en materia ambiental de las entidades integrantes del SINA (Num. 4, Artículo 5), regula la conservación, preservación, uso y manejo del medio ambiente y de los recursos naturales renovables (Num. 24, Artículo 5) en los que se incluye el paisaje; administra las áreas que integran el Sistema Nacional de Parques Naturales (SNPN), vela por la protección del patrimonio natural y la diversidad biótica de la Nación, así como por la conservación de las áreas de especial importancia ecosistémica (Num. 19, Artículo 5) y tiene la capacidad de adelantar expropiación en favor del SNPN (Num. 27, Artículo 5).

Sobre la capacidad de expropiación que le confiere la ley al Ministerio de Medio Ambiente, se debe exaltar que el paisaje es un bien jurídico desde el cual se puede motivar la utilidad pública e interés social para la adquisición por negociación directa o por expropiación de bienes de propiedad privada, siempre que se esté en el supuesto en el cual el paisaje constituido en la propiedad expropiable sea razón necesaria para la ejecución de obras públicas destinadas a su protección y manejo como recurso natural renovable que integra el medio ambiente. Por ello enuncia la ley (Artículo 107) como motivos de utilidad e interés social “la ejecución de obras públicas destinadas a la protección y manejo del medio ambiente y los recursos naturales renovables, la declaración y alindamiento de áreas que integren el SNPN, y la ordenación de cuencas hidrográficas con el fin de obtener un adecuado manejo de los recursos naturales renovables y su conservación”, motivos directamente relacionados con el alcance ambiental del paisaje según la legislación y reglamentación nacional iniciada con el Decreto 2811 de 1974.

Desde la Ley 388 de 1997 la protección de bienes naturales y culturales mediante la adopción de medidas colectivas en coordinación con el Estado, se devela principalmente con el acatamiento por parte de los municipios y distritos de las determinantes de superior jerarquía establecidas por la ley para la elaboración y adopción del POT, donde las directrices, normas y reglamentos expedidos por las entidades del SINA sobre aspectos de ordenamiento espacial del territorio de acuerdo con la Ley 99 de 1993 y el Decreto 2811 de 1974, las regulaciones nacionales sobre usos del suelo, sobre conservación, preservación, uso y manejo de recursos naturales renovables, las disposiciones que reglamentan el uso y funcionamiento de las áreas que integran el SNPN y las reservas forestales nacionales, y las políticas, directrices y regulaciones sobre conservación, preservación y uso de las áreas e inmuebles consideradas como patrimonio cultural de la Nación y de los departamentos, son normas superiores imperantes para las reglamentaciones municipales que determinan la elaboración de la reglamentación local que incluye al paisaje.

Desde la Ley 397 de 1997 y la reforma realizada por la Ley 1185 de 2008, la protección de bienes naturales y culturales mediante la adopción de medidas colectivas en coordinación con el Estado se ejercen desde la constitución de patrimonio cultural, el cual para el caso del paisaje estará determinado por el especial interés histórico, artístico, estético, plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, ambiental o ecológico que puede adquirir un bien inmueble (Artículo 4, Ley 397, 1997). El patrimonio cultural de la Nación queda sujeto a la política estatal que se prevé en el artículo 6 de la Ley 397 de 1997, al que se sujetan las entidades territoriales, a las cuales les corresponde la declaratoria y el manejo del patrimonio cultural y de los bienes de interés cultural del ámbito municipal,

distrital, departamental, a través de las alcaldías municipales y las gobernaciones respectivas (Artículo 8, Ley 397, 1997).

Adicional a los tres instrumentos internacionales trabajados por Molina Saldarriaga vale agregar la Decisión 523 de 2002 de la Comunidad Andina de Naciones, por medio de la cual se adopta la Estrategia regional de biodiversidad para los países del trópico andino, Decisión en la cual el paisaje es una de las variables de los proyectos y programas de desarrollo e investigación que alimentan los instrumentos de planificación de la estrategia.

2.2 Alcance legal y reglamentario

Cronológicamente el paisaje aparece como objeto de protección jurídica en el Decreto 2811 de 1974, al ser enunciado por el artículo 3. Si bien en esta normativa el paisaje no fue propuesto como un todo en la medida que la norma habla de la protección de los recursos del paisaje, queda englobado dentro de la protección de los recursos naturales renovables bajo una perspectiva en la cual el ambiente y el hombre no eran asumidos de manera integrada y relacional.

Así se desprende de los objetivos trazados por el Decreto 2811 (Artículo 2) cuando se propone lograr la preservación y restauración del ambiente y la conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables, entre ellos el paisaje, según criterios de equidad que aseguran el desarrollo armónico del hombre y de dichos recursos, la disponibilidad permanente de éstos, y la máxima participación social para beneficio de la salud y el bienestar de los presentes y futuros habitantes del territorio Nacional; y prevenir y controlar los efectos nocivos de la explotación de los recursos naturales no renovables sobre los demás recursos, para nuestro caso, la afectación que la explotación de minerales puede generar sobre el paisaje.

De lo anterior que el paisaje tuviera un alcance jurídico inicialmente suscrito al ambiente, en modalidad de recurso natural renovable, lo que le asigna una capacidad de recuperación y renovación ante el consumo o afectaciones generadas por la misma naturaleza o por la acción humana, posibilitando su regreso al estado original o “natural”, si contamos que no hay más intervención del hombre, o si la misma se sujeta a los derroteros del desarrollo sostenible. Pero con la tipología de recurso natural renovable, el paisaje también queda sujeto a perder la propiedad de regeneración si las actividades de consumo y afectación, son más altas e intensas que las que tiene el mismo paisaje para regenerarse.

Esta posibilidad aparece en el artículo 8 del Decreto 2811 de 1974, cuando define que uno de los factores de deterioro ambiental es la alteración perjudicial

o antiestética de paisajes naturales (literal j, Artículo 8). De dicha disposición son varios los alcances reglamentarios depositados en el paisaje como objeto ambiental jurídicamente protegido: se parte de la premisa que el paisaje sufre con frecuencia alteraciones, pero solo entran en la esfera de protección de la norma aquellas que se valoren como perjudiciales, lo cual no queda definido en el Decreto 2811, dejando en situación de ambigüedad la verificación de la alteración perjudicial. Igual suerte corre la alteración antiestética, en la medida que el valor estético depositado en el paisaje no cuenta en la normativa con criterios objetivos que permitan inferir que dicha alteración se provocó, o más allá de causarse, que sobrepasa el límite que configura el deterioro del recurso en términos estéticos para un conglomerado social determinado. Finalmente vale señalar cómo esta protección del paisaje está filtrada en una visión reduccionista del ambiente, en la medida que limita la protección a la modalidad de paisaje natural, sin que tengan lugar, de momento, otras tipologías de ambiente como el intervenido (agrícola) y artificial (ciudad) en las cuales se ubiquen esas especies de paisaje.

Vale señalar aquí que el desarrollo del derecho al paisaje en las normas jurídicas posteriores al Decreto 2811 de 1974, promovidas con base en otros paradigmas del ambiente, adicional a incluir las modalidades de paisajes urbanos y rurales, las engloba en la órbita de protección del poder judicial, cuando este recurso perfila su naturaleza de derecho colectivo, y del poder administrativo, cuando se sujeta a controles previos como el licenciamiento.

Justamente el artículo 28 del Decreto 2811 abre para el paisaje un alcance distinto que, sin desnaturalizar su tipología de recurso natural renovable, amplía su espectro legal y reglamentario. El alcance del que se habla es el preventivo, a través del licenciamiento, el cual se vincula con el propósito proteccionista del recurso ambiental. Disponía el artículo 28 que la ejecución de obras, el establecimiento de industria o el desarrollo de cualquiera otra actividad que, por sus características, pudiera producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, requería de estudio ecológico y ambiental previo, y además, obtener licencia. Dicho artículo fue derogado por el artículo 118 de la Ley 99 de 1993, sin que con ello el alcance preventivo a través del licenciamiento quedara por fuera del ordenamiento jurídico.

El artículo 49 de la Ley 99 de 1993 restableció la finalidad del artículo 28 del Decreto 2811 al disponer que la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, requiere de una Licencia Ambiental.

El mandato legal desarrolló la protección del paisaje inicialmente con las disposiciones del Decreto 1753 de 1994, que en su artículo 2 incluyó al paisaje como recurso ambiental de protección, al definir que la Licencia Ambiental es la autorización que otorga la autoridad ambiental competente, mediante acto administrativo, a una persona, para la ejecución de un proyecto, obra o actividad que conforme a la ley y a los reglamentos puede producir modificaciones considerables o notorias al paisaje, y en la que se establecen requisitos, obligaciones y condiciones que el beneficiario de la Licencia Ambiental debe cumplir para prevenir, mitigar, corregir, compensar y manejar los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad autorizada, en los cuales, valga reiterarlo, se incluye el paisaje.

Con la derogatoria del Decreto 1753 de 1994 a cargo del Decreto 1728 de 2002, el paisaje fue invisibilizado debido a que no fue incluido en la definición de Licencia Ambiental, situación que se reiteró con el Decreto 1180 de 2003, que derogó el Decreto 1728. La ausencia expresa y literal del paisaje como objeto de protección previa a cargo de autoridad administrativa, que otorgaba licencia ambiental, solo fue subsanada con el Decreto 1120 de 2005, que retomó el alcance del Decreto 1753 de 1994, e incluyó que en la licencia se entendían implícitos todos los permisos, autorizaciones y/o concesiones para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables, entre ellos el paisaje.

El alcance se reiteró en los mismos términos con el artículo 3 del Decreto 2820 de 2010, donde la protección del paisaje se amplió a partir de la inclusión del estudio de impacto ambiental para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables. En el 2014 el Decreto 2041 al igual que el Decreto 2820 incluyó al paisaje entre sus considerandos y en la definición de Licencia Ambiental en los mismos términos antes expuestos, lo que hace del paisaje un recurso natural renovable objeto de protección de manera previa ante la obligación de obtener Licencia Ambiental de parte de autoridad administrativa, cuando este pueda resultar alterado o modificado por una obra, proyecto o actividad humana.

El alcance preventivo y proteccionista de las normas ambientales sobre el paisaje, por ejemplo a través de la exigencia de Licencia Ambiental, se articula y justifica desde el sentido especial que el Decreto 2811 de 1974 confirió al paisaje entre sus artículos 302 a 304. En el artículo 302 el alcance reglamentario que el Decreto ha conferido al paisaje se transforma; pasa de un conjunto de recursos naturales renovables a ser categorizado como derecho de la comunidad, alcance esperado de este Decreto, toda vez que el mismo define el medio ambiente como un patrimonio común (Artículo 1), dentro del cual el paisaje es uno de sus componentes. Como derecho, el paisaje se asocia a la capacidad de disfrute, en su modalidad urbana y rural y ya no meramente natural, de tal manera que contribuya al bienestar físico

y espiritual, reforzando la vinculación de la protección del ambiente sano con los derechos a la salud y la vida de las personas.

En este punto es importante vincular el alcance del paisaje urbano y rural a los desarrollos legales que estas modalidades de ambiente tendrían en la década de los años noventa. El territorio como componente esencial del ambiente desarrolló una importante e incidente clasificación a partir de disposiciones legales. Con la Ley 388 de 1997, el suelo, como manifestación territorial y ambiental, fue clasificado en urbano, rural, extensión, suburbano y de protección (Artículos 30 a 35). De allí que las modalidades previstas en el artículo 302 del Decreto 2811, comenzaran a tener un intenso desarrollo en la esfera municipal a través de los POT como normas que formalizan la clasificación del suelo, y con ello, su vocación, determinando así la tipología de paisaje posible en un territorio determinado, y las medidas de protección en cada caso particular a partir de las características propias del suelo en el que se constituye el paisaje.

En este sentido, paisajes urbanos son los propios de los suelos urbanos (Artículo 31, Ley 388 de 1997) esto es, aquellos donde hay infraestructura vial y redes primarias de energía, acueducto y alcantarillado, posibilitándose su urbanización y edificación para permitir la habitación de concentraciones poblacionales que demandan bienes y servicios. Paisajes rurales son los que se configuran en suelos no aptos para el uso urbano, con destinación a usos agrícolas, ganaderos, forestales, de explotación de recursos naturales y actividades análogas (Artículo 33, Ley 388 de 1997).

Pero adicionalmente, siguiendo la clasificación del suelo de la Ley 388 de 1997 y la asociación del paisaje con la escenificación natural en principio sostenida por el Decreto 2811 de 1974, los suelos de protección (Artículo 35, Ley 388 de 1997) son una excelente plataforma del paisaje, toda vez que dichos suelos se definen legalmente por sus características geográficas, paisajísticas o ambientales, esto es, el paisaje se convierte en factor que determina la clasificación de un suelo como de protección.

Este alcance es determinante para el paisaje, en la medida que se incorpora como objeto de protección en una amplia cantidad de normas jurídicas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SNAP), y dentro de este, del SNPN, ambos, principales dispositivos de regulación y reglamentación de suelos de protección, y por tanto, de valores paisajísticos ambientales.

El SNPN está reglamentado desde el artículo 328 del Decreto 2811 de 1974. Entre sus finalidades la norma destaca conservar áreas con valores sobresalientes de fauna y flora y paisajes o reliquias históricas, culturales o arqueológicas, para darles

un régimen especial de manejo fundado en una planeación integral con principios ecológicos, para que permanezcan sin deterioro. De lo anterior se deduce que el paisaje se emplea no solo como objeto de protección del SNPN, sino como parámetro o criterio a partir del cual es posible asegurar la declaratoria de categorías especiales que se deben regir por la planeación ambiental territorial que demanda el SNPN.

Para la adecuada comprensión de los alcances de la reglamentación es necesario tener presente que el Decreto 2811 dispuso en el artículo 327, que se denomina SNPN al conjunto de áreas con valores excepcionales para el patrimonio Nacional que, en beneficio de los habitantes de la Nación y debido a sus características naturales, culturales o históricas, se reserva y declara comprendida en cualquiera de las categorías que adelante se enumeran. En este conjunto de características se encuentra el paisaje, y si bien el artículo 327 no menciona en que tipología se ubica, el manejo que le ha dado el Decreto 2811 asegura que se asume en las características naturales.

En este sentido, el paisaje es uno de los valores que puede determinar la categorización de parque nacional, reserva natural, área natural única, santuario de flora, santuario de fauna³, y sobretodo, vía parque, en la medida que esta última modalidad se define como “Faja de terreno con carretera, que posee bellezas panorámicas singulares o valores naturales o culturales, conservada para fines de educación y esparcimiento”. Sin embargo, la vía parque es la única modalidad del SNPN que según el artículo 330 del Decreto 2811, no requiere de zonas amortiguadoras en la periferia para que atenúen las perturbaciones que pueda causar la acción humana.

La evolución jurídica del alcance del paisaje como elemento del SNPN se evidencia con el Decreto 662 de 1977. Esta normativa contiene los reglamentos aplicables “al conjunto de áreas con valores excepcionales para el patrimonio nacional, que debido a sus características naturales y en beneficio de los habitantes de la Nación, se reserva y declara dentro de alguno de los tipos de áreas definidas

3 “Artículo 329.- El sistema de parques Nacionales tendrá los siguientes tipos de áreas: a. -Parque Nacional: Área de extensión que permita su autoregulación ecológica y cuyos ecosistemas en general no han sido alterados sustancialmente por la explotación u ocupación humana, y donde las especies vegetales de animales, complejos geomorfológicos y manifestaciones históricas o culturales tiene valor científico, educativo, estético y recreativo Nacional y para su perpetuación se somete a un régimen adecuado de manejo; b. - Reserva Natural: Área en la cual existen condiciones primitivas de flora, fauna y gea, y está destinada a la conservación, investigación y estudio de sus riquezas naturales; c. - Área Natural única: Área que, por poseer condiciones especiales de flora o gea es escenario natural raro; d. - Santuario de flora: Área dedicada a preservar especies o comunidades vegetales para conservar recursos genéticos de la flora Nacional; e. - Santuario de Fauna: Área dedicada a preservar especies o comunidades de animales silvestres, para conservar recursos genéticos de la fauna Nacional; (...).”

y en el artículo 329 del Decreto- Ley número 2811 de 1974” (Artículo 1), lo que incluye al paisaje, el cual refuerza su alcance en términos patrimoniales.

Para dar cumplimiento a las finalidades del artículo 328 del Decreto 2811, el Decreto 622 fija, entre otros, el cometido de reservar y conservar áreas que posean valores sobresalientes de paisaje (Num. 4, Artículo 3). Dispuso este Decreto que el INDERENA era la autoridad competente para el manejo y administración del SNPN, por lo que entre sus funciones tenía regular la realización de propaganda relacionada con paisajes naturales o con la protección de los recursos naturales (Num. 8, Artículo 13). Ante la liquidación del INDERENA y la creación del Sistema Nacional Ambiental con la Ley 99 de 1993, el Decreto 3572 de 2011 crea la Unidad Administrativa Especial Parques Naturales Nacionales de Colombia, complementando la que fue creada a través del Decreto 216 de 2003, y le confiere las funciones relacionadas con el SNPN (Artículo 2), a la cual también le corresponde la coordinación del SNAP del que hace parte el SNPN (Artículo 7, Decreto 2372, 2010)⁴.

En la reglamentación vigente sobre el SNAP contenida en el Decreto 2372 de 2010, el paisaje es definido como el nivel de la biodiversidad que expresa la interacción de los factores formadores (biofísicos y antropogénicos) de un territorio (literal m, Artículo 2), única disposición normativa identificada que define la categoría del paisaje en el ordenamiento jurídico, lo que conduce a reservar dicha definición a la especialidad de la reglamentación del SNAP, en la medida que es una condición para la adecuada aplicación de varias de las categorías reglamentadas por el Decreto 2372 de la siguiente manera:

La categoría de Parque Natural Regional se define como el espacio geográfico en el que paisajes y ecosistemas estratégicos en la escala regional mantienen la estructura, composición y función, así como los procesos ecológicos y evolutivos

4 Con la promulgación de la Ley 99 de 1993 las competencias del INDERENA sobre el SNP pasaron al Ministerio de Medio Ambiente, que en el artículo 5, numerales 18, 19 y 27 tenía por funciones reservar, alindar y sustraer las áreas que integran el SNP y las reservas forestales nacionales, y reglamentar su uso y funcionamiento; administrar las áreas que integran el SNP, velar por la protección del patrimonio natural y la diversidad biótica de la nación, así como por la conservación de las áreas de especial importancia ecosistémica; adquirir para el SNP o para los casos expresamente definidos por la presente ley, bienes de propiedad privada y los patrimoniales de las entidades de derecho público; adelantar ante la autoridad competente la expropiación de bienes por razones de utilidad pública o interés social definidas por la ley, e imponer las servidumbres a que hubiese lugar. El Decreto 216 de 2003 fija como entidad adscrita del Ministerio de Ambiente la Unidad Administrativa Especial del SNP, definida por el artículo 19 como una dependencia del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, con autonomía administrativa y financiera, en los términos del literal j) del artículo 54 de la Ley 489 de 1998, encargada del manejo y administración del Sistema de Parques Nacionales Naturales y de los asuntos que le sean asignados o delegados, y le asigna funciones. La Unidad está incluida dentro de la reglamentación del Decreto 2372 de 2010, el cual en el artículo 7 le confiere a la Unidad la Coordinación del Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

que los sustentan y cuyos valores naturales y culturales asociados se ponen al alcance de la población humana para destinarlas a su preservación, restauración, conocimiento y disfrute (Artículo 13). El Distrito de Manejo Integrado es el espacio geográfico, en el que los paisajes y ecosistemas mantienen su composición y función, aunque su estructura haya sido modificada y cuyos valores naturales y culturales asociados se ponen al alcance de la población humana para destinarlos a su uso sostenible, preservación, restauración, conocimiento y disfrute (Artículo 14); por último, las Áreas de Recreación son igualmente espacios geográficos en los que los paisajes y ecosistemas estratégicos en la escala regional, mantienen la función, aunque su estructura y composición hayan sido modificadas, con un potencial significativo de recuperación y cuyos valores naturales y culturales asociados, se ponen al alcance de la población humana para destinarlos a su restauración, uso sostenible, conocimiento y disfrute. De las disposiciones anteriores se evidencia el alcance del paisaje como uno de los componentes que definen la categorización de varias de las Áreas Protegidas, además se emplea como un sustrato de la naturaleza de cada categoría, cuyos valores están asociados a la apropiación de la sociedad.

Finalmente, de las disposiciones del Decreto 2372 de 2010, es menester destacar que la representatividad ecológica es criterio para que la autoridad competente defina la posibilidad de sustracción de Áreas Protegidas, en el sentido que la zona a sustraer no debe incluir elementos de biodiversidad (paisajes, ecosistemas o comunidades), no representados o insuficientemente representados en el SNAP, de acuerdo a las metas de conservación definidas.

Una vez hemos agotado los alcances del paisaje dentro del SNAP y del SNPN como posibilidad y tipología que concurre en suelos clasificados como de protección, es necesario retomar los alcances de los artículos 303 y 304 del Decreto 2811 de 1974 sobre la protección del paisaje como recurso renovable. En ellos las medidas de protección se extienden a la Administración y a quienes ejecuten obras. En el artículo 303 se establece que la preservación del paisaje exige de la Administración:

determinar las zonas o lugares en los cuales se prohibirá la construcción de obras; prohibir la tala o la siembra o la alteración de la configuración de lugares de paisaje que merezca protección; fijar límites de altura o determinar estilos para preservar la uniformidad estética o histórica, y tomar las demás medidas que correspondan por ley o reglamento.

Con el citado artículo, el paisaje mantiene su apertura a modalidades urbanas, rurales y naturales, y claramente se impone como un componente de la planeación territorial. En la realización de las obras, quien ejecute debe procurar mantener la armonía con la estructura general del paisaje, lo que confiere a este recurso la naturaleza de obligación urbanística en los casos de intervención del territorio.

El Decreto 1715 de 1978 es una reglamentación especial que busca desarrollar los contenidos del Decreto 2811, la cual es un incipiente adelanto frente al paisaje como derecho. Remitiéndose a los artículos 302 y 304 del Decreto 2811, el Decreto 1715 asignaba al INDERENA la determinación de los paisajes objeto de protección (Artículo 1), establecía la definición de la anchura de las carreteras a cargo del Ministerio de Obras Públicas y Transporte⁵ (Artículo 2), pudiendo el INDERENA participar en su definición, así como en la fijación de las prohibiciones, restricciones o regulaciones a que haya lugar en relación con la instalación o puesta de vallas o avisos que tengan fines publicitarios o de propaganda en general (Artículo 3).

La incipiente protección al paisaje se ve reflejada en el artículo 4, que nuevamente se reserva y restringe solo a algunos componentes naturales del paisaje, por lo que se estima que el listado de recursos allí propuestos es enunciativo y no taxativo. En detalle, este artículo prohíbe deformar o alterar elementos naturales como piedras, rocas, peñascos, praderas, árboles, con pintura o cualquier otro medio para fines publicitarios o de propaganda en general, sin que se puedan aducir fines artísticos para producir tales efectos.

La precariedad e indeterminación de la protección al paisaje sobresale también en la reglamentación del artículo 5 del Decreto 1715, que pretende complementar los efectos de las alteraciones perjudiciales y antiestéticas del literal j del artículo 8 del Decreto 2811 de 1974, sin establecer criterios o parámetros que permitan su adecuación típica en términos de legalidad.

La disposición, sobre este vacío, establece como sanciones el requerimiento para retirar las vallas y anuncios que se consideren antiestéticos y limpiar los elementos naturales que hayan sido pintados con fines publicitarios o de propaganda en general, y la aplicación de multas hasta doscientos mil pesos cuando el deterioro se pueda subsanar por el propio contraventor y hasta quinientos mil pesos cuando no se pueda subsanar; monto que se fijará teniendo en cuenta la gravedad de la infracción y la capacidad económica del contraventor. El artículo 6 discrimina la competencia para la aplicación de las multas, donde era el INDERENA el competente cuando la infracción resultara por fuera de las anchuras de retiro de las vías, y del Ministerio de Obras Públicas cuando ocurriera dentro del área.

Con la adopción de la Constitución Política de 1991 el medio ambiente es elevado a la categoría de derecho constitucional colectivo, lo que redimensiona el

5 El Decreto 1715 en el artículo 2 remite al Decreto Ley 154 de 1976, donde se preveía como funciones de la Dirección General de Construcción de Carreteras, entre otras: Ejecutar la política sobre construcción de carreteras nacionales y sus obras complementarias, y Fijar los criterios básicos de diseño de carreteras, normas, especificaciones, construcción e ingeniería de materiales y exigir el cumplimiento de las normas de contratación.

alcance de las regulaciones y reglamentaciones previas y posteriores a su entrada en vigencia en Colombia. Una de las normativas más significativas sobre el ambiente posterior a la Constitución es la Ley 99 de 1993. En ella, el paisaje es elevado a uno de sus más altos niveles, al ser considerado como principio general de la política nacional ambiental (Num. 8, Artículo 1). Así el paisaje no solo se convierte en un derrotero obligatorio cuatrienal para el ejecutivo nacional encargado de la formulación de la mencionada política, sino también en un componente del Sistema Nacional Ambiental al que se someten las autoridades administrativas que integran dicho sistema.

En la Ley 99 de 1993 el paisaje está abarcado en las competencias del Ministerio de Medio Ambiente, toda vez que a este le corresponde “dictar regulaciones de carácter general tendientes a controlar y reducir las contaminaciones geosférica, hídrica, del paisaje, sonora y atmosférica, en todo el territorio nacional” (Artículo 5), asumiendo las funciones que eran propias del INDERENA.

También el paisaje es comprendido en esa normativa en materia de aplicación de tasas retributivas y compensatorias (Artículo 42). Inicialmente se incluye dentro de la posibilidad de fijarse tasas para compensar los gastos de mantenimiento de su renovabilidad como conjunto de recursos naturales renovables, luego se integra en una de las reglas para la definición de costos y beneficios sobre los cuales se calculan las tasas retributivas:

El cálculo de la depreciación incluirá la evaluación económica de los daños sociales y ambientales causados por la respectiva actividad. Se entiende por daños sociales, entre otros, los ocasionados a la salud humana, el paisaje, la tranquilidad pública, los bienes públicos y privados y demás bienes con valor económico directamente afectados por la actividad contaminante. Se entiende por daño ambiental el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes.

Posterior a la Ley 99 de 1993 el ambiente encontraría en la Ley 388 de 1997 una normativa de gran incidencia con el ejercicio de las funciones municipales, distritales y metropolitanas en materia de planeación del ordenamiento territorial municipal, en donde el paisaje se manifiesta como uno de sus componentes. En esta ley el paisaje es individualizado y se convierte en objeto de varias regulaciones que amplían su alcance jurídico. Inicialmente se incluye como una de las posibilidades de acción urbanística, figura por medio de la cual se ejerce la función pública del urbanismo, y con ello, se abre la capacidad reglamentaria de la autoridad local, en el sentido que corresponderá al Municipio o Distrito “Localizar las áreas críticas de recuperación y control para la prevención de desastres, así como las áreas con fines de conservación y recuperación paisajística” (Num. 11, Artículo 8).

De la capacidad reglamentaria que asigna la Ley 388 de 1997 a los municipios y distritos se deriva la obligación de incorporar el paisaje en el POT en los términos necesarios que demanden las condiciones locales del territorio. En el caso del POT, el paisaje debe ser incluido tanto en el componente general⁶, en el componente urbano⁷ y en el componente rural⁸. En el primero de ellos, la obligación para el municipio o distrito esta en:

señalar las áreas de reserva y medidas para la protección del medio ambiente, conservación de los recursos naturales y defensa del paisaje, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 99 de 1993 y el Código de Recursos Naturales, así como de las áreas de conservación y protección del patrimonio histórico, cultural y arquitectónico (Num. 2.2, Artículo 12).

La citada obligación es reiterada por el numeral 2, artículo 9, del Decreto 879 de 1998, y confirma la naturaleza de prolongación ambiental como materia de superior jerarquía para el POT, más si se tiene en cuenta que la obligación se apoya en la Ley 99 de 1993 y el Decreto 2811 de 1974. En el segundo componente, el municipio o distrito debe hacer la:

delimitación, en suelo urbano y de expansión urbana, de las áreas de conservación y protección de los recursos naturales, paisajísticos y de conjuntos urbanos, históricos y culturales, de conformidad con la legislación general aplicable a cada caso y las normas específicas que los complementan en la presente Ley; (...) (Num. 2, Artículo 13).

Lo anotado es también obligación reiterada por el Decreto 879 de 1998 en el artículo 10, numeral 3. Finalmente, en el componente rural, se dice que el POT debe contar con la:

delimitación de las áreas de conservación y protección de los recursos naturales paisajísticos, geográficos y ambientales, incluyendo las áreas de amenazas y riesgos, o que formen parte de los sistemas de provisión de los servicios públicos domiciliarios o de disposición final de desechos sólidos o líquidos (Num. 3, Artículo 14).

6 Ley 388 de 1997. Artículo 12: El componente general del plan de ordenamiento deberá contener:

2. Contenido Estructural, el cual deberá establecer, en desarrollo y concreción de los aspectos señalados en el numeral 1 de este artículo, la estructura urbano-rural e intraurbana que se busca alcanzar a largo plazo, con la correspondiente identificación de la naturaleza de las infraestructuras, redes de comunicación y servicios, así como otros elementos o equipamientos estructurantes de gran escala.
- 7 Ley 388 de 1997. Artículo 13: El componente urbano del plan de ordenamiento territorial es un instrumento para la administración del desarrollo y la ocupación del espacio físico clasificado como suelo urbano y suelo de expansión urbana, que integra políticas de mediano y corto plazo, procedimientos e instrumentos de gestión y normas urbanísticas.
- 8 El componente rural del plan de ordenamiento territorial es un instrumento para garantizar la adecuada interacción entre los asentamientos rurales y la cabecera municipal, la conveniente utilización del suelo rural y las actuaciones públicas tendientes al suministro de infraestructuras y equipamientos básicos para el servicio de los pobladores rurales.

Y la obligación se reitera en el numeral 3, artículo 11 del Decreto 879 de 1998.

Además del POT, instrumento normativo para municipios con una carga poblacional de 100.000 habitantes o más, el paisaje se impone para los municipios con carga poblacional comprendida entre los 30.000 y 100.000 habitantes, los cuales expiden Plan Básico de Ordenamiento (PBO). Estos planes deben contener un componente general, uno urbano y uno rural, pero en ellos se realizan ajustes con la finalidad de simplificar su adopción y aplicación (Artículo 16). En un PBO se debe incluir en el componente general “El establecimiento de las áreas de reserva y las regulaciones para la protección del medio ambiente, conservación de los recursos naturales y defensa del paisaje, así como para las áreas de conservación y protección del patrimonio histórico, cultural y arquitectónico”; en el componente urbano, “La delimitación de las áreas de conservación y protección de los recursos naturales, paisajísticos y de conjuntos urbanos, históricos y culturales, de conformidad con la legislación general aplicable a cada caso y las normas urbanísticas que los complementan, (...)”.

En la Ley 388 de 1997, el paisaje también es objeto de las normas urbanísticas estructurales (Artículo 14), como aquellas que aseguran la consecución de los objetivos y estrategias adoptadas en el componente general del plan y en las políticas y estrategias de mediano plazo del componente urbano. En el numeral 1.5 se dispone como normas estructurales las que definan las áreas de protección y conservación de los recursos naturales y paisajísticos, las que delimitan zonas de riesgo y, en general, todas las que conciernen al medio ambiente, las cuales en ningún caso, salvo en el de la revisión del plan, serán objeto de modificación.

Como una posibilidad expresa de la participación de las organizaciones cívicas en el ordenamiento del territorio municipal o distrital, la Ley 388 de 1997, prevé la posibilidad que dichas organizaciones propongan la asignación específica de usos y aprovechamientos del suelo en micro zonas de escala vecinal, esto es, en los casos donde el efecto se limite de manera exclusiva a sus respectivos territorios y no contraríen las normas estructurales del POT. En las zonas solo residenciales estas propuestas podrán referirse a normas de paisajismo (Artículo 22). Asimismo, en usos residenciales y solo por solicitud del organismo en el que se deposita la representación de la comunidad, puede la entidad de desarrollo urbano correspondiente otorgar una reglamentación urbanística especial que puede incluir normas de paisajismo.

Por último, desde la Ley 388 de 1997 se aprecia la incidencia del paisaje como motivo de utilidad pública para promover procesos de expropiación de propiedades privadas, alcance que como se vio también se encuentra en la Ley 99 de 1993. En el literal h, artículo 58, define la ley que la preservación del patrimonio cultural

y natural de interés nacional, regional, local, incluidos el paisajístico, ambiental, histórico y arquitectónico, son motivo de utilidad pública para adelantar la acción urbanística expropiatoria.

Un alcance jurídico adicional del paisaje en la planeación del ordenamiento territorial municipal o distrital, y con ello, para el ejercicio de la función pública del urbanismo, esta dado por la incidencia metropolitana. El artículo 319 constitucional que contempla las áreas metropolitanas es desarrollado en la Ley 1625 de 2013, que explica que aquellas están formadas por un conjunto de dos o más municipios integrados alrededor de un municipio núcleo⁹, vinculados entre sí por dinámicas e interrelaciones territoriales, ambientales, económicas, sociales, demográficas, culturales y tecnológicas que para la programación y coordinación de su desarrollo sustentable, desarrollo humano, ordenamiento territorial y racional prestación de servicios públicos requieren una administración coordinada.

Debe exaltarse que con el municipio núcleo a partir del cual se fija el proceso asociativo con los otros municipios, formaliza el trabajo asociado para la coordinación y programación del desarrollo, el ordenamiento territorial, y la racional prestación de servicios público domiciliarios. Como una de las funciones de las áreas metropolitanas, se dispone la formulación de un Plan Integral de Desarrollo Metropolitano (Artículo 13), el cual incluye la definición de lineamientos para la localización de las áreas de reserva para la protección del medio ambiente, de los recursos naturales y del paisaje, como la determinación de áreas estratégicas susceptibles a ser declaradas como áreas protegidas, y la definición de las directrices para su ejecución u operación cuando se definan como hechos metropolitanos.

De esta manera los lineamientos metropolitanos en materia de paisaje se constituyen en determinantes de superior jerarquía para el ordenamiento territorial municipal cuando los mismos abarcan el paisaje como hecho metropolitano. En esos casos los lineamientos metropolitanos deben trascender al POT de cada municipio integrante del área con la finalidad de homogenizar directrices reglamentarias, entre ellas el paisaje, por disposición expresa de la ley orgánica que regula las áreas metropolitanas y sus Planes Integrales de Desarrollo.

Otro alcance jurídico adicional del paisaje, también relacionado de manera primordial con el ambiente y la planeación del ordenamiento territorial, se desprende desde el espacio público. De un lado el artículo 5 de la Ley 9 de 1989, incluye el paisaje como modalidad de espacio público con una preponderancia patrimonial,

9 Ley 1625 de 2013. Artículo 4: Será municipio núcleo, la capital del departamento; en caso de que varios municipios o distritos sean capital de departamento o ninguno de ellos cumpla dicha condición, el municipio núcleo será el que tenga en primer término mayor categoría, de acuerdo con la Ley 617 de 2000.

específicamente cuando cita “la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad”. Esta disposición fue reglamentada por el Decreto 1504 de 1998 que especificó sobre el paisaje su naturaleza de espacio público como elemento complementario, pero, a diferencia de la Ley 9 de 1989 que le otorga un sentido patrimonial, retoma su énfasis ambiental: “Componente de la vegetación natural e intervenida. Elementos para jardines, arborización y protección del paisaje, tales como: vegetación, herbácea o césped, jardines, arbustos, setos o matorrales, árboles o bosques”.

Para efectos de la planeación del ordenamiento territorial, también el Decreto 4066 de 2008, que modifica disposiciones del Decreto 3600 de 2007, engloba el paisaje en algunas de las normas relacionada con el suelo rural y suburbano. En el artículo 1 sobre tratamiento de consolidación en baja densidad para usos industriales, en particular para la sabana de Bogotá, la consolidación se sujeta a la “aplicación de patrones de desarrollo de baja ocupación y baja densidad, con regulaciones y normas específicas dirigidas específicamente a la recuperación y preservación de los valores ambientales y/o paisajísticos del sector y su entorno”.

Seguidamente se identifica una protección expresa del derecho al paisaje en el artículo 5, en la medida que las condiciones básicas de localización de usos industriales en suelo rural suburbano exigen que el POT o las unidades de planificación rural contemplen como mínimo, la delimitación cartográfica de las áreas de actividad industrial en suelo rural suburbano, las alturas máximas y las normas volumétricas a las que debe sujetarse el desarrollo de los usos industriales, de forma tal que se proteja el paisaje rural.

Para las áreas de actividad industrial en la sabana de Bogotá el artículo 7 modifica el artículo 18 del Decreto 3066 de forma que para la asignación de tratamiento industrial en los municipios de la sabana de Bogotá el POT respectivo debe adoptar las normas de planificación complementaria para dichas áreas, con el fin de mejorar la calidad ambiental y disminuir el impacto paisajístico. Esas normas deberán contener por lo menos la delimitación de los elementos que por sus valores naturales, ambientales o paisajísticos deben ser conservados, estableciendo las medidas específicas de protección, prevención y mitigación de impactos ambientales producto de los usos industriales.

Como ya se ha mencionado, el ordenamiento jurídico nacional confirma al paisaje con un alcance patrimonial por efectos de la Ley 397 de 1997 y las modificaciones que sobre ella realiza la Ley 1185 de 2008. Con las modificaciones de la ley posterior, el patrimonio cultural de la Nación encuentra como una de sus modalidades el

paisaje cultural, sin que con ello se excluyan los bienes materiales de naturaleza inmueble con especial interés histórico, artístico, científico, estético o simbólico en ámbitos como el plástico, arquitectónico, urbano o arqueológico. Si bien el artículo 4 de la Ley 397 de 1997 incluía como tipologías de especial interés lo ambiental y ecológico, la modificación de la Ley 1188 no los excluye al no citarlos, toda vez que es claro el sentido enunciativo de los intereses especiales que definen el valor patrimonial del bien. Finalmente el Decreto 2941 de 2009, dentro del fomento del patrimonio cultural inmaterial, establece la obligación del Consejo Nacional de Política Económica y Social de expedir un documento con los lineamientos necesarios en materia de política, en particular en campos del Patrimonio Cultural Inmaterial asociados entre otros, a los paisajes culturales (Artículo 4).

Conclusiones

El ordenamiento territorial en Colombia es una institución jurídica de tradición y evolución en el ordenamiento jurídico, que en el Estado Social de Derecho promueve la instrumentalización reglamentaria del Municipio a través del POT para efectos de formular y ejecutar la planeación territorial, lo que materializa al Municipio como entidad territorial fundamental de la organización político administrativa del Estado dotada de autonomía conforme a las competencias asignadas por la Constitución y la ley.

El POT no es una reglamentación corriente, por el contrario se erige como una norma de alta jerarquía en el ordenamiento reglamentario municipal, representando la capacidad de dicha entidad territorial en el orden descentralizado sobre asuntos condicionados a las competencias definidas para el ordenamiento territorial, y desde ellas, abriendo ejercicios de gobernabilidad sobre el desarrollo físico espacial, ambiental e inmobiliario en la respectiva jurisdicción. Sin embargo, es el mismo orden legal el que fija con base en el principio de República Unitaria una serie de límites sobre el ejercicio autónomo del ordenamiento territorial municipal, al fijar normas jurídicas como de superior jerarquía que determinan la elaboración y adopción del POT.

La aparente taxatividad de las materias que integran los determinantes jurídicos del ordenamiento territorial se diluye en un contenido abierto que se crea y renueva a partir de la dinámica legislativa y reglamentaria justamente sobre las materias que se contemplan como determinantes para los POT. Entre ellas un caso evidente se produce con el derecho al paisaje, el cual debe ser incluido dentro del conjunto de determinantes, sin que sea posible reducirlo o limitarlo solo a una de las materias previstas como tales por la ley.

El derecho al paisaje encuentra lugar de manera expresa como determinante de superior jerarquía desde el componente ambiental, toda vez que a la luz del artículo 10 de la Ley 388 de 1997, es uno de los tópicos desarrollables por las entidades del Sistema Nacional Ambiental con base en normas de la Ley 99 de 1993 y el Decreto 2811 de 1974. Desde la normativa en mención el paisaje debe ser incorporado en los procesos de elaboración y adopción del POT a cargo del municipio debido a su naturaleza de recurso natural renovable, reforzado como componente a través del cual se garantizan derechos como la salud y bienestar de los individuos en un territorio, sujetándose al principio intergeneracional a partir del cual se reconoce su vulnerabilidad por deterioro como recurso renovable, y se exige mantener la base del recurso para garantizarlo tanto a las generaciones presentes como futuras, lo que vincula las reglamentaciones espacio territoriales del municipio al modelo del desarrollo sostenible.

El derecho al paisaje está sujeto también al principio de prevención, el cual determina los procesos de licenciamiento ambiental que contemplan el recurso paisajístico como un objeto de protección que debe ser asegurado por las entidades del SINA facultadas para licenciar, y se refuerza como componente determinante para la declaratoria y gestión de múltiples categorías del SNPN. Lo anterior se refuerza a partir de normas de ordenamiento territorial vinculadas con la clasificación del suelo, las cuales si bien no se constituyen *per se* en determinantes de superior jerarquía, si mutan o adquieren dicha naturaleza a partir de la tipología del suelo definido por la ley, esto es, por la modalidad de clasificación. Lo anotado sucede porque al tratarse de suelos de protección, la categoría que revestiría a un suelo en particular, coincidiría con una de las modalidades previstas normativamente dentro del SNAP o del SNPN, pero además el sentido teleológico de la tipología de protección se vincula a la protección del valor que debe ser jurídicamente protegido, entre ellos el paisaje de manera directa por ser delimitado y considerado en un caso particular, o de manera indirecta, vinculado al valor natural o patrimonial de un bien en un territorio, lo que vincula la capacidad reglamentaria del Municipio frente al POT.

Adicional al sustento jurídico ambiental que adquiere el paisaje en el ambiente, el carácter vinculante de las normas relacionadas con los componentes de ordenamiento territorial de los planes integrales de desarrollo metropolitano, en cuanto se refieran a hechos metropolitanos, y las normas generales que establezcan los objetivos y criterios definidos por las áreas metropolitanas en los asuntos de ordenamiento del territorio municipal, aseguran la preeminencia del paisaje sobre los procesos de formulación y elaboración del POT. Lo anterior no deja de lado ni le quita fuerza al alcance que desde las reglamentaciones sobre el espacio público desarrolla el ordenamiento jurídico nacional, el cual si bien no es un determinante expreso de

superior jerarquía, al contemplar la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, integra de manera sistemática el valor patrimonial que puede revestir al paisaje como determinante de superior jerarquía para el POT.

Referencias

- Colombia. Congreso de la República. Ley 9. (11 de enero de 1989). Por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N°. 38.650
- Colombia. Congreso de la República. Ley 45. (15 de diciembre de 1983). Por medio de la cual se aprueba la “Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural”. Diario Oficial N°. 36.415
- Colombia. Congreso de la República. Ley 472. (6 de agosto de 1998). Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 43.357
- Colombia. Congreso de la República. Ley 99. (22 de diciembre de 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. 41.146
- Colombia. Congreso de la República. Ley 152. (15 de julio de 1994). Por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo. Diario Oficial No 41.450
- Colombia. Congreso de la República. Ley 388. (18 de julio de 1997). Por la cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No 43.091
- Colombia. Congreso de la República. Ley 397. (7 de agosto de 1997). Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias. Registro Distrital No 43.102
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1185. (12 de marzo de 2008). Por la cual se modifica y adiciona la Ley 397 de 1997 –Ley General de Cultura– y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No 46.929
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1454. (29 de junio de 2011). Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones. Diario Oficial No 48.115

- Colombia. Congreso de la República. Ley 1551. (6 de julio de 2012). Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios. Diario Oficial No 48.483
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1625. (29 de abril de 2013). Por la cual se deroga la Ley Orgánica 128 de 1994 y se expide el Régimen para las Áreas Metropolitanas. Diario Oficial No 48.776
- Colombia. Congreso de la República. Decreto 2811. (18 de diciembre de 1974). Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Diario Oficial N°. 34.243
- Constitución Política de Colombia. (1991).
- Consejo de Europa. (2000). Convenio Europeo del Paisaje. Recuperado de http://www.magrama.gob.es/es/desarrollo-rural/temas/desarrollo-territorial/090471228005d489_tcm7-24940.pdf
- Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas. (1972). Convención para la protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural.
- Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina de Naciones (2002) Decisión 523 – Estrategia regional de biodiversidad para los países del trópico andino.
- Colombia. Ministerio de Agricultura. Decreto 1715. (4 de agosto de 1978). Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto Ley 2811 de 1974, la Ley 23 de 1973 y el Decreto Ley 154 de 1976, en cuanto a protección del paisaje.
- Colombia. Ministerio de Desarrollo Económico. Decreto 879. (13 de mayo de 1998). Por el cual se reglamentan las disposiciones referentes al ordenamiento del territorio municipal y distrital y a los planes de ordenamiento territorial. Diario Oficial No. 43.300
- Colombia. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Decreto 4066. (2008). Por el cual se modifican los artículos 1, 9, 10, 11, 14, 17,18 Y 19 del Decreto 3600 de 2007 y se dictan otras disposiciones.
- Colombia. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Decreto 3600. (2007). Por el cual se reglamentan las disposiciones de las Leyes 99 de 1993 y 388 de 1997 relativas a las determinantes de ordenamiento del suelo rural y al desarrollo de actuaciones urbanísticas de parcelación y edificación en este tipo de suelo y se adoptan otras disposiciones.
- Colombia. Ministerio de Desarrollo Económico. Decreto 1504. (1998). Por el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial.
- Colombia. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Decreto 2372. (2010). Por el cual se reglamenta el Decreto-ley 2811 de 1974, la Ley 99 de 1993, la Ley 165 de 1994 y el Decreto-ley 216 de 2003, en relación con el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, las categorías de manejo que lo conforman y se dictan otras disposiciones.

- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2941 (6 de agosto de 2009). Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 397 de 1997 modificada por la Ley 1185 de 2008, en lo correspondiente al Patrimonio Cultural de la Nación de naturaleza inmaterial. Diario Oficial No. 47.433
- Flick, U. (2004). *Introducción a la investigación cualitativa*. Madrid: Paideia Galiza; Morata.
- Molina Saldarriaga, C. A. (2012). El paisaje como categoría jurídica y como derecho subjetivo. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias políticas*. (42), 16, 159 – 194.
- Organización de Estados Americanos – OEA (1940). Convención para la protección de la flora, de la fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América.
- Sandoval Casilimas, C. (1996). *Investigación cualitativa*. Bogotá: Instituto Colombiano para el fomento de la Educación Superior
- Vásquez Santamaría, J. E. (2012). Propiedad y Ordenamiento Territorial como antecedentes constitucionales en la Política Pública de Planeación Urbana. *Via Iuris*. (12), 31 – 47.
- Vásquez Santamaría, J. E. (2015). Aproximación constitucional e internacional al ambiente como determinante jurídico para los planes de ordenamiento territorial (POT) en Colombia. *Revista Precedente*. 18 (7), 20-34.



Autor: Juan Carlos Gil Acevedo
Título: Di-secciones 2
Técnica: fotografía digital
Dimensiones: variables
Año: 2014

El gobierno corporativo en las sociedades no cotizadas. Algunos apuntes para el caso colombiano¹

DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a11

1 Artículo de investigación, resultado del proyecto “Realidades de la empresa colombiana y modernización del derecho societario y concursal. El concepto de interés social como punto de referencia”, terminado el 30 de junio de 2015 y desarrollado en la línea de investigación: “Derecho para la justicia, la convivencia y la inclusión social”, sub-línea: “Teoría del derecho, la justicia y la política” del grupo de investigación en Derecho Privado, de la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia, Institución que se encargó de financiar esta investigación.

Fecha de recepción: 15 de junio de 2015

Fecha de aprobación: 28 de agosto de 2015

El gobierno corporativo en las sociedades no cotizadas. Algunos apuntes para el caso colombiano

*Wilson Iván Morgestein Sánchez*²

Resumen

A través del presente trabajo se hará una exposición de los antecedentes y la noción del concepto de gobierno corporativo, los modelos de gobierno de la empresa, el propósito y las ventajas de un código de gobernanza empresarial en las sociedades cerradas, es decir, las que no inscriben ni negocian sus acciones en el mercado público de valores, así como una exposición de los antecedentes, objetivos, estructura y contenido de la guía colombiana de gobierno corporativo para sociedades cerradas y de familia.

Palabras clave: gobierno corporativo, sociedades, empresa, shareholders, stakeholders.

Corporate government in non-listed companies. Some notes for the Colombian case

Abstract

This paper elaborates on the antecedents and notion of corporate government, the corporate governance models, and the purpose and advantages of a corporate governance code in closed companies, i.e., those that neither register nor trade their shares on the public stock market. Additionally, this report also describes the background, objectives, structure and content of the Colombian guide to corporate government for closed and family companies.

Keywords: corporate governance, corporate, company, shareholders, stakeholders.

2 Abogado de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Especialista en derecho privado-económico de la Universidad Nacional de Colombia. Magister en derecho comercial de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de derecho privado en las Universidades La Gran Colombia, Libre de Colombia, Unisinú de Bogotá, Militar Nueva Granada, Politécnico Grancolombiano. Autor de diversos trabajos en asuntos propios del derecho privado. Correos electrónicos: wilson.morgestein@ugc.edu.co /ivanmorgestein@hotmail.com

Citación de este artículo usando el sistema APA: Morgestein Sánchez, W. I. (2015). El gobierno corporativo en las sociedades no cotizadas. Algunos apuntes para el caso colombiano. *Estudios de Derecho*. 72 (160), 273-293. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a11

El gobierno corporativo en las sociedades no cotizadas. Algunos apuntes para el caso colombiano

Introducción

Si bien es cierto que, inicialmente, el concepto de gobierno corporativo fue diseñado para morigerar los problemas de gestión en las grandes sociedades de capitales³, es decir, las que inscriben y negocian sus acciones en el mercado público de valores⁴, no lo es menos que un código de buen gobierno corporativo puede ser implementado en sociedades no cotizadas; como quiera que el mismo constituye una invaluable herramienta a la hora de brindar elementos de garantía –a todos aquellos

3 Lo que ahora se conoce como la “teoría de la agencia tradicional” fue expresado por Smith así: “(...) De los directores de tales compañías, sin embargo, siendo los administradores del dinero de otros y no del suyo propio, no puede esperarse que ellos lo vigilen con la misma ansiosa diligencia con la cual los socios en una sociedad privada frecuentemente vigilan el suyo propio” (citado por Agüero, 2009, p. 37). Uso la expresión “teoría tradicional de la agencia”, porque en los últimos lustros se ha desarrollado la “teoría de la agencia multitarea”, que “(...) cuestiona el conflicto de intereses entre un grupo de agentes cuando por lo menos uno de ellos está vinculado a un dueño diferente (...)” (Gaitán, 2009, p. 139). Sobre la gestión en las sociedades cotizadas, dice Sabogal (2013, p. 49): “(...) Es por ello que, a partir de entonces se ha intensificado el proceso de reflexión en los ámbitos empresarial y académico a nivel global sobre los distintos mecanismos que permitan alinear equilibradamente el cuarteto de: intereses generales de las compañías, intereses económicos de los inversionistas, intereses individuales de los administradores e intereses económicos nacionales (y regionales en su caso)”. Sobre el problema que gira en torno al gobierno de la empresa, dicen Puentes, Velasco & Villar (2009, p. 122): “(...) Tradicionalmente el gobierno corporativo ha estado fuertemente ligado a la teoría de agencia, que presenta a los altos directivos como agentes cuyos intereses pueden diferir de los de los socios o accionistas como principales (Jensen & Meckling, 1976). Sin embargo, actualmente la teoría de agencia está siendo cuestionada en la medida que, por un lado, la perspectiva centrada en una única relación de agencia, entre accionista y directivos, se reconoce excesivamente restrictiva (Azofra & Santamaría, 2002), pues desde la teoría de stakeholders existen más grupos de interés implicados en la relación de agencia, y por otro, la teoría de stewardship ha cuestionado la existencia de conflictos de intereses entre principal y agente, en la medida que el comportamiento de los directivos no tiene por qué ser oportunista ni movido por intereses individuales (Donalson & Davis, 1994)”.

4 Aunque advierte Reyes (2006, p. 206): “(...) A pesar de la novedad aparente del tema, lo cierto es que existen pautas de organización societaria desde épocas remotas. Siempre que exista un vínculo entre el capital y la inversión, habrá necesidad de regular las relaciones entre las personas que agrupan los recursos y quienes los administran. La protección de inversionistas externos es, en efecto, tan antigua como la commenda medioeval. A fin de permitir el desarrollo de relaciones a largo plazo durante la Edad Media, <<se contemplaron ciertos mecanismos para asegurar tanto el cumplimiento de las obligaciones como la revelación de la información. Para tal efecto, se creó un sistema de notarios, guidas y tribunales de comercio (...)>>” (Mac Cahery, 2006, p. 8)”.

que pueden afectar o son afectados por el desarrollo de la empresa societaria- de que la sociedad: (i) pretende ser coherente con su actividad empresarial; (ii) trabaja por la transparencia, objetividad y competitividad en el desarrollo de los negocios sociales; (iii) ha delimitado de manera clara y contundente las funciones de los órganos de dirección, administración, representación y fiscalización, y (iv) es fiable en todas las informaciones que suministra. De esta manera, la empresa privada no solo verá incrementadas sus posibilidades de negocios, sino que contribuirá al fortalecimiento de la economía nacional mediante la atracción de nuevos y mayores inversionistas, como consecuencia de la credibilidad generada por las compañías mercantiles en el mercado (Herrera, 2002, p. 175).

Sobre la implementación de un código de buen gobierno corporativo en sociedades no cotizadas, miremos lo dicho por Córdoba (2000, p. 157):

(...) Dicho debate se ha dado predominantemente respecto de la sociedad anónima abierta, en la que se presentan las características de una separación entre el control y la propiedad de la empresa, y de la negociación de sus títulos en el mercado público de valores, sin que por esta razón se pueda concluir que el tema no es predicable de las demás formas empresariales distintas a las sociedades anónimas (...).

Por su parte Ganga & Vera (2008, p. 95) sostienen:

(...) Tanta es la relevancia que ha alcanzado esta temática que hoy no sólo la podemos circunscribir de manera exclusiva al ámbito de las grandes empresas privadas que cotizan en el mercado bursátil, sino que también puede aplicarse a las pequeñas y medianas empresas, a las empresas que son propiedad del Estado y a las entidades no lucrativas (...).

Ahora bien, en criterio de Zabaleta (2014, p. 94), en compañías de dimensiones muy modestas, tal vez no se justifique la creación de estructuras de gobierno corporativo, pero si cabría adoptar prácticas de buen gobierno en las relaciones con clientes, proveedores o entidades financiadoras y en la planificación de la estrategia empresarial.

Pues bien, en Colombia la mayor parte de las compañías mercantiles no cotizan sus acciones en bolsa⁵, lo cual no ha sido óbice para que el empresariado colombiano

5 “(...) pues aún en la época de las privatizaciones el mercado bursátil colombiano no tuvo un fuerte desarrollo y por el contrario pareciera que se encuentra anclado a unos mecanismos obsoletos del modelo que no le permiten desarrollarse. La financiación de las empresas en nuestro medio siempre se ha dado a través del capital crédito y en muy pocas ocasiones por medio de recursos frescos captados a títulos de capital riesgo, provenientes de ahorradores que adquieran títulos en bolsa de valores y que no depositan su dinero en los bancos (...)” (Córdoba, 2014, p. 122).

vuelva su interés hacia el fenómeno mundial del *Corporate Governance*⁶ y la necesidad y conveniencia, para la situación económica, social y política por la que atraviesa nuestro país desde hace varias décadas, de implementar en nuestras sociedades comerciales, códigos para un mejor gobierno de las empresas, y de esta manera contribuir al fortalecimiento de la economía patria⁷.

Dicho esto, se hace necesario advertir que a pesar de que existen elementos comunes en el gobierno corporativo, tanto de las sociedades abiertas como cerradas⁸, un código de gobernabilidad de la empresa depende del tipo de sociedad en la

-
- 6 El interés porque se implementen normas de Gobernabilidad Corporativa al interior de sociedades no cotizadas es global; se pueden mencionar, entre otros: (i) El Código Alemán de Gobierno Corporativo-DCGK y el Código Austriaco de Gobierno Corporativo, que en sus correspondientes preámbulos sostienen que si bien están dirigidos primordialmente a las sociedades cotizadas, recomiendan su seguimiento a las que no lo son, (ii) El Código Belga de Gobierno Corporativo para empresas que no cotizan en bolsa, (iii) La Guía Británica de Gobierno Corporativo y Principios para las empresas no cotizadas, (iv) Los Principios de Buen Gobierno Corporativo para empresas no cotizadas, de España, (iv) El documento de la Cámara de Comercio finlandesa, *Improving Corporate of Unlisted Companies*, y (v) La Guía y Principios de Gobierno Corporativo para Empresas no cotizadas en Europa de la Confederación Europea de Asociaciones de Consejeros-Ecoda; en el contexto latinoamericano, países como México, Perú y Brasil, se han interesado por extender los códigos de gobierno inicialmente diseñados para las sociedades cotizadas a aquellas que no lo son, también se han adoptado códigos diseñados especialmente para sociedades cerradas como el relativo a la PYME y empresa familiar, redactado por la Corporación Andina de Fomento (Hierro, 2014, pp. 19-21).
- 7 Pueden verse: Klaus Hopt (2010, pp. 49-50): “(...) el derecho comparado no es la mera yuxtaposición de los regímenes foráneos y del nacional, y no implica de ninguna manera la representación del Derecho extranjero. Los juristas que observan más allá de los propios confines nacionales, analizando lo bien o mal que una determinada institución se regula en circunstancias similares, deben poseer un completo dominio de su propio ordenamiento y a partir de él desarrollar su investigación. En caso contrario, existe el riesgo de perder el contacto entre la teoría y la práctica doméstica, y a largo plazo parecerse a esos políticos que carecen de unos fundamentos sólidos, incluidos los que afectan a su percepción del exterior (...)” y Córdoba (2014, p. 183), quien, para el tema puntual del gobierno corporativo, sostiene: “(...) Debe decirse también que el esquema de gobierno societario o de *Corporate Governance* es natural de cada país, razón por la cual importar instituciones que operan en otros sistemas empresariales, sin una previa adaptación a nuestra realidad y necesidades, constituye un grave equívoco que le quita competitividad a un modelo copiado (...)”.
- 8 En mi opinión, la idea que debe inspirar la construcción de un Código de Buen Gobierno de la Empresa -tanto para las compañías que inscriben y negocian sus acciones en el mercado público de valores como para aquellas que no lo hacen- es la de generar confianza en los *outsiders* (todos aquellos que a pesar de ser ajenos a la administración de la sociedad reciben el impacto del desarrollo de la actividad económica de la misma), en la gestión realizada por los *insiders* (los que administran los recursos de la compañía mercantil). Ahora, como lo pone de presente Zabaleta (2014, p. 98): “(...) sería un error trasladar irreflexivamente estructuras pensadas para sociedades cotizadas a las pequeñas y medianas empresas sin atender a su encaje en la estructura empresarial y muy especialmente a los conflictos de agencia que suelen presentarse en estas compañías, que poco o nada tienen que ver con la separación entre la propiedad y el control de la empresa que caracteriza a la sociedad cotizada. Este proceso implica reformular y reorientar las recomendaciones de buen gobierno a la luz del objetivo que en las pequeñas y medianas empresas tiene su adopción, que principalmente sería profesionalizar la gestión, además de resolver los conflictos que frecuentemente suelen darse entre la mayoría y la minoría (...)”.

cual se quiera adoptar⁹ (Prada, 2009, p. 3), realidad que inspira la elaboración del presente trabajo, el cual pretende aportar elementos teóricos y prácticos al debate de los principios de organización societaria para las compañías colombianas de carácter cerrado¹⁰.

Metodología

Teniendo presente que el objetivo de la investigación fue hacer un estudio del concepto de gobierno corporativo para las sociedades colombianas cerradas, es decir, las que ni inscriben ni negocian sus acciones en el mercado público de valores de Colombia, la metodología empleada fue la revisión documental de la bibliografía, nacional y foránea, más especializada sobre el tema. De conformidad con lo expuesto, se partió de la revisión de los antecedentes del concepto de gobierno corporativo, su noción, modelos, y el propósito y las ventajas de implementar un código de buen gobierno corporativo al interior de las sociedades no cotizadas. Luego, se expusieron los antecedentes, objetivos, estructura general y contenido de la guía colombiana de gobierno corporativo para las sociedades cerradas y de familia, para de esta forma entregar al empresariado colombiano un documento que aporte a la discusión del tema de la gobernanza empresarial en las compañías cerradas, las cuales son las que transfieren la mayor parte de los recursos a la economía de nuestro país.

Resultados

1. La noción de gobierno corporativo. Los conceptos de gobierno corporativo externo y gobierno corporativo interno

“*Corporate governance*”, “governabilidad corporativa”, “prácticas de buen gobierno corporativo”, “principios de organización societaria”, “mejores prácticas

9 Sostiene Córdoba (2000, p. 157): “(...)No se puede olvidar que la estructura empresarial de cada país es fundamental para determinar la perspectiva del debate, pues es normal que éste se presente casi exclusivamente respecto de las sociedades con títulos inscritos en las bolsas de valores en sistemas como el estadounidense y el inglés, cambiando obviamente la orientación en el caso colombiano, en el cual existe un incipiente mercado bursátil incapaz de irrigar recursos suficientes a las empresas”.

10 Dice Hierro (2014, p. 22) que “(...) El concepto de sociedad cerrada es originario de Estados Unidos, donde se define con carácter amplio, como la sociedad cuyos títulos no cotizan en un mercado secundario de valores (...)”; asimismo, teniendo como criterio el destinatario de un código de gobierno corporativo, expresa (p. 25): “(...) En otros casos se ha hecho omisión de la variada tipología de la sociedad no cotizada y los principios de gobierno corporativo han atendido a una serie de criterios cuantitativos y cualitativos al margen de la naturaleza jurídica de la empresa. Con relación a los primeros, numerosos principios de buen gobierno corporativo hacen mención expresa o se orienta específicamente hacia la pequeña y mediana empresa, atendiendo al criterio cuantitativo de la dimensión empresarial. Respecto a los criterios cualitativos, el más común de ellos es el que hace referencia a los vínculos familiares tanto de la propiedad como en la gestión de la empresa (...)”.

corporativas” o “códigos de gobernanza empresarial”, todos estos conceptos hacen referencia a un:

(...) conjunto de principios, reglas o mecanismos mínimos y no negociables que se establecen para ordenar la actividad y funcionamiento de las sociedades y sus órganos de gobierno, en todos los negocios y operaciones que acometa. Se trata de una serie de principios con validez internacional relativos al tratamiento equitativo de los accionistas, la comunicación y la transparencia en la información de la sociedad, la claridad sobre las responsabilidades y deberes de la junta directiva y la alta gerencia, el respeto de los terceros aportantes de recursos (acreedores, clientes, etc.), y el establecimiento de sistemas alternativos de resolución de controversias corporativas (...) (Herrera, 2001, p. 175).

Acerca del concepto en estudio, Prada (2009), afirma que el Gobierno Corporativo:

debe ser entendido como un conjunto de principios, políticas y medidas establecidas por una parte, por la regulación aplicable a una Sociedad en un determinado país, y de otro lado, establecidas de manera voluntaria por cada compañía que decide autorregularse para fortalecer sus esquemas de dirección, administración y supervisión, buscando ser más transparente y confiable para sus accionistas y en general para todos sus grupos de interés (...). En la concepción original el gobierno corporativo buscaba establecer principios, políticas y lineamientos de los órganos de dirección y administración con el fin de proteger principalmente los derechos de los accionistas de una compañía, noción que ha sido ampliada y en la actualidad de más de los órganos de dirección y administración, se incluyen los órganos de supervisión y la protección de los diferentes grupos de interés de la sociedad (...) (p. 2).

En Reyes (2006, p. 205), se encuentra la opinión de Engracia Antunes que dice:

(...) esta nueva vertiente de reflexión crítica sobre la legitimación del poder en el seno de las sociedades anónimas, si bien corresponde a una línea de evolución que aún no ha madurado suficientemente, ha enfatizado en la necesidad de una reforma del sistema actual del gobierno de las sociedades anónimas, que –al superar el dominio tradicional de los intereses de accionistas, administradores y acreedores sociales- pueda tener en cuenta la representación institucional y legislativa de los intereses de *otros* actores sociales, económicos y políticos sobre los cuales también se proyecta la sociedad anónima (trabajadores, consumidores, ahorradores, inversionistas, medio ambiente, poderes públicos).

Agrega Reyes (2006, p. 205), que son normas que buscan mejorar la gestión de las compañías, adoptando mecanismos legales imperativos o incluyendo pautas adoptadas voluntariamente por sociedades interesadas en disponerse de mejor manera a captar recursos de capital; y en el criterio de Córdoba (2000, p. 40), son las modalidades por las que se accede a la actividad de empresa y con las que estas

son “manejadas y gestionadas, los instrumentos mediante los cuales se resuelven los conflictos entre los participantes en el proceso productivo de un país, y además los mecanismos por medio de los cuales se tutela tanto a productores y financiadores como los canales de crecimiento de las empresas (...)”.

Ahora, en el ámbito empresarial suele diferenciarse entre los conceptos de “gobierno corporativo externo” o sistema de control *outside*, el cual hace referencia a los agentes externos de la empresa y a las fuerzas del mercado, en particular al mercado de control societario (opas), mercados de capitales, mercados de trabajo y a los bancos (Hopt, 2010, p. 122), concepto que, sin lugar a dudas, predominantemente inspira la construcción de los códigos de gobernanza empresarial en los países con un mercado bursátil avanzado.

Por el contrario, y tal y como lo pone de presente Hopt (2010, p. 122), el concepto de “gobierno corporativo interno” o sistema de control *inside* apunta más bien al juego de fuerzas dentro de la compañía, y en especial a las relaciones existentes entre accionistas, acreedores y trabajadores de la sociedad, por lo que es esta la noción de gobernabilidad corporativa la que preferentemente debe dictar los principios de organización societaria en países como Colombia, en donde se cuenta con un mercado de capitales “embrionario”.

Pero cualquiera sea la noción de gobierno corporativo que se acoja, un código contemporáneo de gobernanza empresarial implica que se dé cumplimiento a las normas legales que para una compañía rigen en un determinado país, pero también que se acaten los principios y directrices que voluntariamente la sociedad comercial ha decidido adoptar en el proceso de construcción y puesta en marcha de unas reglas de gobernabilidad de los núcleos empresariales¹¹. Así, al momento de establecer unas prácticas de buen gobierno de la empresa se deben tener presente aspectos como: estructura de la propiedad, derechos de los accionistas y funcionamiento del máximo órgano social, órganos de administración, representación y fiscalización, publicación de información, transparencia de los negocios sociales y solución de los conflictos que se puedan presentar entre los *stakeholders*, es decir, los distintos grupos de interés que pueden afectar o son afectados por el desarrollo de la empresa societaria (Prada, 2009, p. 2).

11 “(...) los principios de organización societaria no solamente surgen de las relaciones imperativas contenidas en normas de Derecho de Sociedades, sino que también se encuentran en acuerdos celebrados por las partes interesadas, así como en cláusulas contenidas en protocolos adoptados en las sociedades de capital abiertas y cerradas (...)” (Reyes, 2006, p. 206). Por su parte, enseña Embid (2013, p. 73): “(...) parece indudable afirmar la existencia de un criterio mixto a la hora de ordenar la realidad del gobierno corporativo, lo que supone la necesaria y simultánea presencia tanto de la vertiente legislativa como de la basada en la autorregulación (...)”.

2. Los modelos de gobierno corporativo: el enfoque de los “shareholders” y el enfoque de los “stakeholders”

Básicamente hay dos modelos de gobierno de la empresa: el primero, el enfoque de los *shareholders*, también llamado modelo de mercado, modelo financiero o principal-agente (Puentes, Velasco & Vilar, 2009, p. 124), el cual está orientado a obtener valor¹² para los accionistas, como consecuencia de la protección de sus derechos e intereses, y el segundo, el enfoque de los *stakeholders*, el cual se dirige a obtener valor para un grupo más amplio de interesados en el desarrollo de la actividad empresarial o *stakeholders*-también llamado modelo de relaciones, o modelo de las partes interesadas (Puentes, Velasco & Vilar, 2009, p. 124). Ahora bien, fue Freeman quien, en 1984, utilizó por primera vez el término *stakeholders* para referirse a quienes pueden afectar o ser afectados por las actividades de una empresa (Agüero, 2009, p. 39). En este enfoque se está protegiendo no solo los derechos e intereses de los dueños del capital social [*insiders* o partes interesadas internas], sino también los de los consumidores, empleados, proveedores, gobiernos locales y sociedad civil [*outsiders* o partes interesadas externas] (Agüero, 2009, p. 41).

Sentado esto, hay que señalar que sobre el modelo de los *stakeholders* se han construido dos teorías: la teoría instrumental, que considera que orientar el gobierno corporativo hacia los *stakeholders* se erige como un medio para consolidar la posición de la empresa en el mercado y generar mayores beneficios, y la teoría normativa, que concibe a la empresa no solo como una entidad económica sino también como una entidad social (Puentes, Velasco & Vilar, 2009, p. 124).

3. El propósito y las ventajas de un código de gobierno corporativo en las sociedades no cotizadas. Un apunte para las “grandes sociedades no cotizadas”¹³

Tal y como lo advierte, entre otros autores, Cabanellas de las Cuevas en el prefacio a la obra de Reyes Villamizar (2006, p. xvii), contrario a lo que sucede en mercados bursátiles bastante desarrollados -como los de Estados Unidos y Europa-, en donde dada la dispersión del capital social lo que se pretende es evitar que los administradores usen y abusen del control efectivo que ejercen sobre las sociedades abiertas, en los países latinoamericanos, en donde existe un mercado de valores apenas naciente, la cuestión fundamental radica en prevenir los abusos

12 Sobre este tema puede verse: Morgestein, 2012.

13 Según la terminología de Zabaleta, 2014, p. 95.

de los socios mayoritarios y la correlativa impotencia de los minoritarios¹⁴, así como también corregir conflictos entre asociados y los acreedores de la compañía mercantil (Zabaleta, 2014, p. 93).

No obstante, es frecuente encontrar diversas voces que sostienen que en una sociedad cerrada resulta demasiado oneroso y dispendioso implementar unos principios de organización societaria, pero lo que la realidad ha evidenciado es que un código de gobierno empresarial no solo sirve para evitar y contrarrestar las potenciales arbitrariedades de los socios mayoritarios sobre los minoritarios, sino que unas mejores prácticas corporativas se erigen como una inigualable herramienta a la hora de que las empresas: (i) mejoren su eficiencia interna; (ii) optimicen el funcionamiento de sus órganos sociales como consecuencia de la profesionalización de la gestión de la sociedad; (iii) aumenten su productividad y competitividad y la consecuente internacionalización de la compañía¹⁵, y (iv) reduzcan los conflictos entre asociados y entre estos y la sociedad (Hierro, 2014, pp. 31-32), y sin lugar a dudas, (v) atiendan el mandato contenido en el artículo 333 de nuestra Carta Política que le endilga a la empresa una función social que implica obligaciones, como quiera que la visión moderna de los códigos de gobierno corporativo está dirigida precisamente a que en la adopción y puesta en marcha de las distintas decisiones empresariales, no solo se tengan en cuenta los intereses de los asociados en la compañía mercantil, sino también las expectativas de los diversos grupos que pueden afectar o son afectados por el desarrollo de la empresa societaria, y de esta manera erigir a los núcleos empresariales como protagonistas del progreso no solo económico, sino también social y ecológico de nuestro país.

Ahora, en el caso de las sociedades que no cotizan en bolsa, pero que aun así cuentan con dimensiones económicas importantes, aparte de los beneficios que de

14 Al decir de Santiago, Brown & Báez (2009, p. 27): “En las empresas de América Latina los accionistas mayoritarios son los que toman las decisiones cuando éstas no están predeterminadas por ley o no han sido delegadas contractualmente a terceras partes (...). Bajo estas condiciones el oportunismo de los accionistas mayoritarios, y no el de la gerencia, menoscaba los incentivos que tienen los inversionistas minoritarios para invertir en las empresas de los países de la región (...). El marco conceptual del problema de agencia y los mecanismos de control no aplica en los países latinoamericanos. En este ambiente el problema de agencia no surge de las diferencias de interés entre los gerentes y los dueños, sino entre los dos grupos de accionistas: los mayoritarios y los minoritarios”. Ahora bien, como la institución del gobierno corporativo surgió con ocasión de los conflictos de administración en las compañías de grandes dimensiones económicas, es posible que muchos de los aportes al tema que han hecho diversas organizaciones internacionales (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico-OCDE, *International Finance Corporation-IFC* y Corporación Andina de Fomento-CAF), pueden no ser de aplicación para las sociedades cerradas (Prada, 2009, p. 10).

15 Al decir de Ganga & Vera (2008, p. 104): “(...) para las empresas familiares, especialmente las pequeñas y medianas, hoy es prácticamente un imperativo asumir nuevas estrategias que permitan mejorar las prácticas de GC, pues esta es la fórmula más apropiada para poder protegerse de la competencia cada vez más agresiva y acometedora; pero también puede resultar la “vestimenta” más adecuada, cuando la idea es atraer futuros inversionistas (...)”.

manera genérica se predicen para todas las compañías cerradas, habría que agregar que un código de gobernabilidad de la empresa contribuiría a allanar el camino para acceder al mercado de valores, aparte de que en muchas de ellas –no en todas– se presenta el clásico problema de la agencia: la separación entre la titularidad del capital y el control efectivo del mismo (Zabaleta, 2014, p. 95).

4. El caso colombiano: la guía de gobierno corporativo para sociedades cerradas y de familia

4.1 Antecedentes y objetivos

En el año 2008, la Superintendencia de Sociedades desarrolló la “Encuesta Nacional de Gobierno Corporativo y Responsabilidad Social Empresarial” con el propósito de diagnosticar el estado del Gobierno Corporativo de las sociedades cerradas en Colombia. Para el efecto, fueron convocadas de forma directa las 23.499 sociedades activas registradas en la base de datos de la Superintendencia, de las cuales 7.414 voluntariamente diligenciaron y remitieron la encuesta.

La abundancia de la información, representativa de la realidad empresarial del país, la cual hizo posible realizar un diagnóstico preciso del desarrollo de las prácticas de Gobierno Corporativo en el entorno empresarial colombiano, sumada al interés de la Cámara de Comercio de Bogotá, la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio y la Superintendencia de Sociedades por promover prácticas de buen gobierno entre las sociedades cerradas¹⁶, dio como resultado la expedición de la “Guía colombiana de gobierno corporativo para las sociedades cerradas y de familia” (en lo sucesivo la Guía), trabajo en cuya construcción participó un comité interinstitucional conformado por representantes de las entidades mencionadas y de la Corporación Andina de Fomento, la Superintendencia Financiera de Colombia, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la Asociación Nacional de Industriales, la Bolsa de Valores de Colombia, Sociedades Bolívar, Cementos Argos, *Governance Consultants* y Suárez & Asociados.

A través de las prácticas de buen gobierno corporativo recomendadas en la Guía, se pretende demostrarle al empresariado colombiano que la adopción de las medidas

16 Porque tal y como se puede desprender de la lectura de la Guía Colombiana de Gobierno Corporativo para las Sociedades Cerradas y de Familia (2009, pp. 6-7), nuestro país, cuya economía está compuesta por compañías que no hacen parte del mercado bursátil y que más bien corresponden a las denominadas sociedades de familia, no podía permanecer ajeno al interés mundial por fortalecer el gobierno corporativo en las sociedades cerradas, como quiera que en sistemas económicos diferentes al anglosajón, por ejemplo los localizados en Europa Continental, la mayoría de los recursos se transfieren a través de compañías que no negocian sus acciones en las bolsas de valores.

que allí se sugieren pueden traer como resultados: (i) el aumento de la rentabilidad de la compañía, como consecuencia de la mitigación de los distintos factores de riesgo de mayor incidencia en las sociedades cerradas y de familia en nuestro país; (ii) el fortalecimiento de la sostenibilidad de la empresa, considerando que se detectó que una causa muy frecuente para que una sociedad se vea abocada a un concurso liquidatorio, es emplear en cargos de administración de la compañía a familiares que no cuentan con las competencias para el ejercicio del cargo, o la falta de transparencia en la gestión de la empresa, y (iii) el incremento de la competitividad como consecuencia de la implementación, al interior de la sociedad, de criterios mínimos que sirvan de orientación para adoptar decisiones de inversión por parte de fondos de capital locales e internacionales (Superintendencia de Sociedades, Confecámaras y Cámara de Comercio de Bogotá, 2009, pp. 6-10).

4.2 Estructura general de la Guía

El documento divulga una serie de medidas de buen gobierno para las sociedades cerradas y de familia, y explica el fundamento teórico y práctico de cada medida, así como el impacto que tendrá para el empresario que decida adoptarlas, como quiera que para cada regla se identificó la situación que refleja una irregularidad del gobierno corporativo que se pretende mitigar, e incorpora una serie de preguntas de autoevaluación que le permitirán al empresario diagnosticar el nivel de cumplimiento de las medidas contenidas en la Guía.

El documento finaliza con un par de anexos que contienen los mínimos legales y contables que, de acuerdo con la experiencia de la Superintendencia de Sociedades, con mayor frecuencia resultan incumplidos por las compañías cerradas. De igual forma se anexa un glosario que en criterio de los redactores de la Guía, deben interpretarse de conformidad con una definición particular aplicable al documento (Superintendencia de Sociedades *et al.*, 2009, p. 10).

4.3 Módulos y medidas

La guía está integrada por treinta y seis (36) medidas distribuidas en cinco (5) módulos a saber: (i) Control de gestión, (ii) Máximo órgano social, (iii) Administradores, (iv) Revelación de información, y (v) Sociedades de familia.

4.3.1. Módulo I. Control de gestión

Este acápite se encuentra orientado al fortalecimiento del control de gestión en las sociedades cerradas y de familia, considerando que los redactores de la Guía son

conscientes de que una sociedad que mantiene un adecuado control de la gestión de los diferentes órganos sociales, normalmente refleja un sistema de Gobierno Corporativo que funciona de manera organizada y ordenada (Superintendencia de Sociedades *et al.*, 2009, p. 18). Así, se propende porque las compañías cerradas aprueben un presupuesto anual, un plan estratégico que cubra un periodo igual o superior a dos (2) años y se definan objetivos estratégicos cuyo cumplimiento se deba dar en un lapso mínimo de cinco (5) años (Medidas 1, 2 y 3)¹⁷.

De igual forma, se pretende determinar los responsables de la consecución de los propósitos estratégicos de la compañía (Superintendencia de Sociedades *et al.*, p. 21), mediante la documentación de las responsabilidades de los funcionarios en relación con el cumplimiento de los objetivos trazados, y la evaluación a los responsables asignados y su cumplimiento con los planes y objetivos estratégicos (Medidas 4 y 5).

De otra parte, y buscando el mejoramiento del desempeño de la empresa, se propone la adopción de mecanismos para el seguimiento periódico y el cumplimiento del presupuesto aprobado y de los planes y objetivos estratégicos previstos (Medidas 6, 7 y 8).

Con el fin de que la compañía esté pendiente de todos los temas relacionados con las disposiciones legales y reglamentarias que disciplinan su funcionamiento y administración (Superintendencia de Sociedades *et al.*, 2009, p. 21), la Guía establece medidas para que la sociedad identifique riesgos de incumplimiento de la ley y de la regulación interna, y se determinen cuáles riesgos se pueden mitigar, cuáles son aceptables y cuáles se pueden controlar (Medidas 9 y 10).

Buscando que los asociados puedan en cualquier momento conocer la situación financiera de la empresa para tomar decisiones adecuadas y poder neutralizar los principales riesgos económicos de la compañía, se sugiere que las sociedades cerradas aseguren, mediante procedimientos documentados, que la elaboración de la información financiera se ajuste a las normas contables que sean aplicables (Medida 11).

Como quiera que para la compañía no solo es importante contar con un presupuesto y un plan estratégico (medidas 1, 2 y 3), pues también es necesario contar con mecanismos que aseguren que las medidas correctivas adoptadas son efectivamente implementadas (Superintendencia de Sociedades *et al.*, 2009, p. 27),

17 “(...) Resulta que son precisamente las sociedades no cotizadas y en especial, como ya se ha indicado, las pequeñas y medianas empresas, quienes por centrarse en las decisiones a corto plazo más descuidan el enfoque estratégico del negocio, y en esta medida son las más necesitadas de una planificación estratégica, que se convierte en materia de gobierno corporativo” (Hierro & Zabaleta, 2014, p. 53).

se sugiere que la sociedad adopte medidas correctivas si con ocasión al seguimiento del cumplimiento de los planes y objetivos estratégicos de la compañía, se identifican brechas entre la ejecución real y lo planeado o presupuestado (Medida 12).

Por último, la medida 13 del módulo de control de gestión establece que la compañía deberá definir indicadores de gestión que permitan evaluar el nivel de desempeño de los administradores con el cumplimiento de los objetivos estratégicos previstos, con el fin de garantizar el alineamiento de la gestión administrativa con la estrategia aprobada (Superintendencia de Sociedades *et al.*, 2009, p. 27).

4.3.2. Módulo II. Máximo órgano social¹⁸

Este acápite comienza con la medida 14, la cual advierte que la sociedad, de acuerdo con la información conocida de sus asociados, deberá emplear aquellos medios que promuevan una mayor asistencia a las reuniones del máximo órgano social, regla que está dirigida a promover en los administradores de la compañía una mayor participación de los socios y/o accionistas en las reuniones y por fortalecer la integración del máximo órgano social para contribuir al direccionamiento y a la construcción de valor empresarial, para lo cual se hace necesario que la sociedad no se limite a la utilización de los medios de convocatoria previstos en la ley, sino que más bien haga uso de la amplia gama de posibilidades que actualmente brinda la tecnología, tales como correos electrónicos, redes sociales, plataformas tecnológicas diseñadas para grupos específicos (Superintendencia de Sociedades *et al.*, 2009, p. 27).

Con el propósito de buscar la participación informada y efectiva de los asociados en el máximo órgano social (Superintendencia de Sociedades *et al.*, 2009, p. 32), la medida 15 recomienda que la convocatoria a las reuniones del máximo órgano social deberá realizarse, como mínimo, con la antelación establecida en la ley, y deberá contener, por lo menos: (i) el orden del día, evitando menciones genéricas (temas varios, negociación con terceros, celebración de contratos, entre otras); (ii) el lugar específico, fecha y hora de la reunión; (iii) lugar, oportunidad y persona ante quien podrá ejercerse el derecho de inspección, en los casos en que la ley lo establece, y (iv) el mecanismo utilizado para garantizar que los asociados estén debidamente informados.

18 Tal y como lo sostiene Hierro & Zabaleta (2014, p. 55): “(...) Los primeros documentos de buen gobierno focalizaron su atención casi exclusivamente en el consejo de administración. La junta general quedó en principio excluida de los debates sobre el gobierno corporativo hasta que los códigos más recientes y las revisiones de las primeras versiones han convertido a este órgano social en destinatario de sus recomendaciones (...)”.

Con el fin de establecer regulaciones claras para el funcionamiento adecuado de las asambleas o juntas de socios (Superintendencia de Sociedades *et al.*, 2009, p. 35), la medida 16 establece que la sociedad deberá contar con un reglamento interno de funcionamiento del máximo órgano social, en el cual se establecerá, como mínimo, lo siguiente: (i) tiempo máximo que transcurrirá entre la hora de citación y la de instalación de la reunión; (ii) los acuerdos para garantizar una participación activa de todos los asistentes y una dinámica eficiente para el proceso de toma de decisiones; (iii) los límites de las intervenciones de los asociados durante la reunión; (iv) el procedimiento para determinar quienes ejercen la presidencia y la secretaría de la reunión; (v) los deberes y responsabilidades de los miembros de la comisión aprobatoria de actas en los casos en que dicha función haya sido delegada; el deber de someter a aprobación previa el orden del día; (vi) la obligación referente a que los temas propuestos en el orden del día y los que surjan como adición al mismo, sean discutidos por separado; (vii) el procedimiento a seguir en caso de suspensión de las reuniones; (viii) la representación de los socios; (ix) los mecanismos adoptados por la administración, necesarios para garantizar que las decisiones sean adoptadas conforme al quórum y la mayoría requerida por la ley y los estatutos, y (x) una regulación de la participación y/o asistencia de terceros a la reunión.

Con el fin de prevenir conductas por parte de administradores o bloques controlantes tendientes a beneficiar sus intereses particulares, en detrimento de los otros asociados (Superintendencia de Sociedades *et al.*, 2009, p. 40), la medida 17 recomienda que la compañía someta a consideración del máximo órgano social la aprobación de las políticas de remuneración de los administradores, las operaciones que representen enajenación global de activos, las operaciones con partes vinculadas, y aquellas cuya realización pueda obrar en detrimento de los intereses de la sociedad y de los socios.

Con el propósito de preservar la independencia e idoneidad profesional de revisor fiscal (Superintendencia de Sociedades *et al.*, 2009, p. 40), la medida 18 sugiere que se establezca un proceso de selección del revisor fiscal bajo criterios de independencia e idoneidad, que determine la necesidad de presentar, al menos, tres propuestas al órgano que lo designe.

4.3.3. Módulo III. Administradores

A fin de proveer a los órganos sociales de los lineamientos necesarios acerca de su funcionamiento, y así evitar conflictos de roles o inclusive duplicidad de actividades (Superintendencia de Sociedades *et al.*, p. 46), la medida 19 recomienda que la compañía establezca en sus estatutos las funciones de los órganos societarios, haciendo la advertencia de que, en todo caso, cada órgano deberá tener funciones diferentes.

Por su parte, la medida 20 sugiere una regla cuyo propósito es el de evitar los conflictos que a nivel corporativo se generan como consecuencia de la falta de un procedimiento claro para la escogencia de los miembros de la junta directiva, así como de la verificación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la ley, y de la idoneidad personal y profesional de los candidatos (Superintendencia de Sociedades *et al.*, p. 47).

Teniendo en cuenta que muchas irregularidades (tales como conflictos de interés, préstamos a socios, gastos sin relación de causalidad, indebido reparto de utilidades o dineros que no entran a las arcas de la compañía), se generan en el hecho de que la composición de la junta directiva no se encuentre debidamente equilibrada, o de que no existan reglas para el relacionamiento de la familia empresaria con la sociedad (Superintendencia de Sociedades *et al.*, p. 51), la medida 21 determina que la junta directiva deberá tener un número impar de miembros, de los cuales por lo menos uno (1) deberá ser externo, y que para los efectos de la guía, se entenderá por miembro externo, aquella persona que en ningún caso: (i) sea empleado o representante legal de la compañía; (ii) sea empleado o administrador de la persona natural o jurídica que preste servicios de auditoría a la sociedad o a alguna de sus filiales o subsidiarias; (iii) sea asociado que directa o indirectamente dirija, oriente o controle la mayoría de los derechos de voto de la compañía o que determine la composición mayoritaria de los órganos de administración, de dirección o de control de la misma, o (iv) tenga vínculos familiares con alguno de los anteriores hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Para suscitar en las sociedades la identificación y definición de las principales funciones de sus órganos de administración (Superintendencia de Sociedades *et al.*, 2009, p. 56), la medida 22 establece que la junta directiva, o el máximo órgano social en ausencia de junta directiva, adelantará de forma indelegable, las siguientes funciones: (i) aprobar el presupuesto anual, el plan y objetivos estratégicos de la compañía; (ii) realizar seguimiento periódico al desarrollo del plan estratégico; (iii) establecer las políticas de nombramiento, retribución, evaluación y destitución de los altos directivos de la compañía; (iv) identificar las partes vinculadas; (v) verificar el adecuado funcionamiento del sistema de control interno, cumplimiento de las políticas contables y administración de riesgos; (vi) determinar las políticas de información y comunicación con los grupos de interés de la compañía; (vii) establecer el programa para mitigar el riesgo de sucesión del ejecutivo principal de la compañía; (viii) velar por el cumplimiento de las normas de gobierno corporativo, y (ix) administrar los conflictos de interés de los funcionarios distintos a los administradores.

Considerando que la experiencia ha demostrado que es conveniente para una adecuada estructura corporativa que la junta directiva, o el órgano social que haga

sus veces, no se limite al cumplimiento de las disposiciones legales relacionadas con su gestión, sino que prevea todos los matices que atañen a sus funciones al interior de la compañía, a la forma como se relaciona con los grupos de interés y a los derechos y obligaciones de sus miembros (Superintendencia de Sociedades *et al.*, 2009, p. 58), la medida 23 recomienda que la junta directiva o el órgano equivalente tendrá un reglamento de organización interno que contemplará al menos los siguientes aspectos: (i) los deberes, derechos, incompatibilidades e inhabilidades de los miembros, así como los supuestos en que debe darse el cese o la dimisión de sus miembros; (ii) la periodicidad de las reuniones; (iii) la forma, antelación y competencia para realizar la convocatoria, así como los documentos que deben acompañarla para garantizar el derecho de información de los miembros; (iv) la forma en que la junta directiva tendrá acceso a la información de la compañía, estableciendo que cualquier solicitud de información de un miembro individual deberá ser aprobada por la misma, y (v) las reglas para la instalación, desarrollo y terminación de sus reuniones.

Con el ánimo de mitigar un buen número de dificultades como las que se presentan en la convocatoria del máximo órgano social, indebido diligenciamiento de libros de actas y socios y la falta del correspondiente registro de los mismos, entre otras (Superintendencia de Sociedades *et al.*, 2009, p. 61), la medida 24 sugiere que la compañía asigne un responsable de la comprobación del cumplimiento de las normas estatutarias y legales en las reuniones de la junta directiva o del órgano equivalente, así como también deberá reflejar debidamente en las actas el desarrollo de las sesiones de la junta o el órgano equivalente, y dar fe de las decisiones.

A fin de que se verifique el desempeño del órgano directivo, para que de conformidad con sus resultados, se puedan diseñar y adoptar procesos de mejoramiento continuos tendientes a optimizar las prácticas corporativas de la compañía (Superintendencia de Sociedades *et al.*, 2009, p. 63), la medida 25 dice que la compañía establecerá un procedimiento de evaluación de la gestión de su junta directiva o del órgano equivalente, en el que claramente se indique la forma, periodicidad y el responsable de la evaluación. Los resultados más relevantes de las evaluaciones realizadas deberán ser incluidos en el informe anual de gobierno corporativo.

4.3.4. Módulo IV: Revelación de información

Teniendo en cuenta que las políticas de revelación de información son un importante elemento de gobierno corporativo que incrementa la transparencia frente al funcionamiento de la sociedad y promueve la toma de decisiones informadas, permitiendo, entre otros, el ejercicio adecuado de los derechos de los accionistas minoritarios (Superintendencia de Sociedades *et al.*, 2009, p. 66), la

medida 26 determina que los administradores, en su informe de gestión, deberán revelar información sobre: (i) las operaciones celebradas con los administradores, los asociados y personas vinculadas a éstos y aquellos; (ii) el resultado de las operaciones que comportaron enajenación global de activos, y (iii) el cumplimiento de las prácticas de gobierno corporativo.

4.3.5. Módulo V. Sociedades de familia

Es evidente la importancia que para el desarrollo económico nacional tienen las empresas familiares, como quiera que son las fuentes de riqueza y empleo primordiales de nuestra economía, y que no solo constituyen el porcentaje máximo de las pymes colombianas, sino también de los grandes conglomerados económicos de nuestro país, por lo que la Guía decidió incorporar una serie de medidas específicas para tratar su problemática particular y así contribuir al fortalecimiento de este tipo de organizaciones¹⁹ (Superintendencia de Sociedades *et al.*, 2009, p. 70).

Así, y con el propósito de armonizar las relaciones entre la familia y la empresa, y facilitar las relaciones entre los miembros de la familia (Superintendencia de Sociedades *et al.*, 2009, p. 71), la Guía recomienda que las sociedades tengan un órgano denominado asamblea de familia²⁰ conformado por los miembros unidos entre sí por vínculos consanguíneos y único civil, con respecto de aquellos accionistas o socios de la sociedad de familia, en la forma en que lo establezca el protocolo de familia. La asamblea de familia servirá de órgano consultivo para el consejo de familia y elegirá a los miembros de éste (medida 27). De igual forma, la medida 28 sugiere que las sociedades de familia tengan un órgano denominado consejo de familia²¹ conformado por los miembros de la asamblea de familia y sus representantes, elegidos por la asamblea de familia, conforme a lo dispuesto en el protocolo de familia.

Por su parte, la medida 29 menciona las funciones que el consejo de familia debería tener para que cumpla su función de servir de puente directo entre la familia y la empresa, y dentro de las cuales se encuentran: (i) servir como órgano consultivo para la junta directiva de la sociedad de familia; (ii) decidir los asuntos

19 Al decir de Zabaleta (2014, p. 120): “(...) la empresa familiar presenta una serie de particularidades derivadas de la combinación de elementos empresariales y familiares que centran el gobierno de esta forma de propiedad. Destaca la gestión del relevo generacional como principal desafío al que se enfrenta la empresa de propiedad familiar, pero también cuestiones no menos relevantes, como la confusión de intereses familiares y empresariales que suele llevar a la subordinación de la empresa a las necesidades familiares, así como la existencia de conflictos entre los miembros de la familia o entre estos y los socios no familiares (...)”.

20 Aunque hay que advertir que este órgano únicamente tiene sentido cuando la familia alcanza un cierto número de miembros (Hierro & Zabaleta, 2014, p. 68).

21 Que se aconseja crearlo cuando la asamblea de familia alcanza un tamaño que pueda dificultar el ejercicio de sus funciones (Hierro & Zabaleta, 2014, p. 69).

que hacen referencia a las relaciones de los miembros de la familia con la sociedad de familia; (iii) elegir a los representantes de la familia que serán candidatos a ocupar cargos dentro de los órganos de gobierno de la sociedad de familia; (iv) suscribir el protocolo de familia, y (v) velar por la divulgación y el cumplimiento del protocolo de familia.

Con el fin de no perder la continuidad de la empresa, la medida 30 advierte que el consejo de familia establecerá el procedimiento y los criterios mínimos para presentar candidatos al plan de sucesión del ejecutivo principal.

A fin de que durante el desarrollo del gobierno familiar exista un documento que establezca claramente la visión, la misión, los valores y las políticas que regulen la relación de los miembros de la familia con la empresa (Superintendencia de Sociedades *et al.*, 2009, p. 71), la medida 31 establece que el consejo de familia de las sociedades de familia deberá suscribir un protocolo de familia o acuerdo similar donde se regule el manejo entre familia, negocio y propiedad. Por su parte, la medida 32 advierte que el protocolo de familia establecerá los roles de los miembros de la familia, sus funciones, deberes, responsabilidades y extralimitaciones, frente a su actuación como socios, accionistas, empleados o administradores, con el objetivo de evitar que la complejidad de las relaciones afectivas de la familia empresaria, tenga como producto la indisciplina entre los miembros de la empresa frente a su rol corporativo (Superintendencia de Sociedades *et al.*, 2009, p. 78).

Siendo conscientes de la necesidad de establecer políticas para las operaciones celebradas con la familia, que presten las garantías suficientes para mantener a todos los miembros de la misma y a los miembros del capital social que no pertenecen a ésta, adecuadamente informados acerca de la forma en que la compañía realiza operaciones con los integrantes de la familia (Superintendencia de Sociedades *et al.*, 2009, p. 78), la Guía determina que el protocolo de familia deberá establecer un procedimiento que garantice: (i) que la política para el manejo de las operaciones entre la sociedad y los miembros de la familia será aprobada por el máximo órgano social de la sociedad de familia (medida 33), y (ii) que la compañía informará al consejo de familia de todas las operaciones celebradas entre los miembros de la familia y la sociedad de familia (medida 34).

La medida 35 recomienda que el protocolo de familia deberá regular la participación de personas con vínculos de afinidad con la familia empresaria, como empleados, contratistas y clientes de la sociedad de familia con el propósito de evitar conflictos por parte de quienes están a favor o en contra de que tales vinculaciones se produzcan y, de otro lado, prevenir frustraciones en los familiares políticos que tienen expectativas de originar algún vínculo con la empresa familiar (Superintendencia de Sociedades *et al.*, 2009, p. 80).

Por último, y para que en las sociedades de familia las diferencias familiares se discutan al interior del grupo familiar o, en su defecto, ante la asamblea de familia o consejo de familia, con la posible participación de un tercero (Superintendencia de Sociedades *et al.*, 2009, p. 80), la medida 36 sugiere que el protocolo de familia deberá establecer mecanismos de resolución de conflictos que garanticen su adecuado manejo y administración.

Conclusión

Vista la situación económica, social y política que vive nuestro país desde hace varias décadas, el empresariado colombiano no ha permanecido indiferente al fenómeno mundial del *Corporate Governance*. Así, la iniciativa por incorporar en las compañías mercantiles códigos de gobernanza empresarial, ha sido de las sociedades que inscriben y negocian sus acciones en el mercado público de valores y de las compañías cerradas, las cuales han encontrado en los principios de organización societaria una herramienta de excepción a la hora no solo de prevenir el abuso de los accionistas mayoritarios sobre los minoritarios y de corregir las componendas entre los asociados y los acreedores de la sociedad comercial, sino también al momento de hacer efectiva la función social de la empresa colombiana, la cual exige que los núcleos empresariales velen por los intereses privados de los dueños del capital social y que tengan presente los de los distintos grupos de personas que pueden afectar o se ven afectados en el desarrollo de la actividad económica.

La Guía se constituye en un documento que, recogiendo la experiencia de sistemas económicos distintos al anglosajón, en especial la de los países de Europa Continental, y ajustándola a la realidad societaria colombiana, ofrece a las compañías cerradas y de familia unos instrumentos para mejorar su eficiencia interna, optimizar el funcionamiento de los diversos órganos sociales, reducir los conflictos entre asociados y entre estos y la sociedad, y atraer mayor inversión, irrigando de esta manera mayores recursos económicos a la economía patria.

Referencias

- Agüero, J. (2009). Gobierno corporativo: una aproximación al estado del debate. *Visión del futuro*, 11 (1), 35-56.
- Córdoba, P. (2000). El gobierno de la empresa y el derecho. *Revista de derecho privado de la Universidad Externado de Colombia*, (5), 39-55.
- Córdoba, P. (2000). La autonomía privada, el gobierno societario y el derecho de sociedades. *Revista de derecho privado de la Universidad Externado de Colombia*, (5), 155-182.

- Córdoba, P. (2014). *El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Embid, J. (2013). *Sobre el derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario*. Granada: Comares.
- Gaitán, S. (2009). Gobierno corporativo en Colombia. Tendencias actuales. *Ad-minister*, 15, 137-153.
- Ganga, F. & Vera, J. (2008). El gobierno corporativo: consideraciones y cimientos teóricos. *Cuadernos de administración*, 21 (35), 96-123.
- Herrera, W. (2001). El buen gobierno corporativo. Ventajas de la implementación de un *sistema ético* para el gobierno de las sociedades mercantiles. *Revista de derecho de la Universidad del Norte*, 16 (1), 173-200.
- Hierro, S. (2014). Gobierno Corporativo sin mercado de valores. En Hierro Anibarro, S. (Dir.): *Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas*, (pp. 19-35). Madrid: Marcial Pons.
- Hierro, S. & Zabaleta, M. (2014). Principios de gobierno corporativo en sociedad no cotizada. En Hierro Anibarro, S. (Dir.): *Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas*, (pp. 39-82), Madrid: Marcial Pons.
- Hopt, K. (2010). *Estudios del derecho de sociedades y del mercado de valores*. Barcelona: Marcial Pons.
- Morgestein, W. (2012). La noción de *shareholder value* y la teoría de los *stakeholders*: visión contemporánea del concepto de “interés social” desde una perspectiva de creación de valor. *Civilizar*, 12 (23), 67-78.
- Prada, E. (2009). El modelo de gobierno corporativo de una sociedad depende de su estructura legal. *e-mercatori@*, 8 (2), 1-66.
- Puentes, R., Velasco, M., & Vilar, J. (2009). El buen gobierno corporativo en las sociedades cooperativas. *Revesco*, (98), 118-140.
- Reyes, F. (2006). *Derecho societario en Estados Unidos. Introducción comparada*. Bogotá: Legis.
- Sabogal, L. (2013). Los conflictos de intereses de los administradores bajo el nuevo paradigma de la transparencia en el gobierno societario. *e-mercatori@*, 12 (1), 46-67.
- Santiago, M., Brown, C., & Báez, A. (2009). Prácticas de gobierno corporativo en América Latina. *Academia. Revista latinoamericana de administración*, (43), 26-40.
- Superintendencia de Sociedades, Confecámaras y Cámara de Comercio de Bogotá. (2009). *Guía colombiana de gobierno corporativo para sociedades cerradas y de familia*.
- Zabaleta, M. (2014). La experiencia comparada de gobierno corporativo en sociedad no cotizada. En Hierro Anibarro, S. (Dir.): *Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas*, (pp. 83-143), Madrid: Marcial Pons.



Autor: Juan Carlos Gil Acevedo
Título: Separaciones I
Técnica: fotografía digital
Dimensiones: variables
Año: 2015

De Dworkin y de sus críticos¹

DOI: [10.17533/udea.esde.v72n160a12](https://doi.org/10.17533/udea.esde.v72n160a12)

1 Artículo de reflexión. producto de investigación. Elaborado como integrante del grupo de investigación de Excelencia “Derechos y libertades”, adscrito a la Facultad de Derecho, Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Salamanca (España).

Fecha de recepción: 22 de septiembre de 2015

Fecha de aprobación: 24 de noviembre de 2015

De Dworkin y de sus críticos

*María Lourdes Santos Pérez*²

Resumen

En el presente artículo se identifican y formulan algunas de las objeciones más poderosas que se han opuesto al pensamiento de Ronald Dworkin, del que muy pronto se cumplen tres años de su muerte, para luego abordarlas críticamente. Dichas objeciones no solo tienen interés por el hecho de que se dirigen contra este autor, uno de los más influyentes en el pensamiento filosófico jurídico contemporáneo, sino que además inciden sobre aspectos medulares de esta área de conocimiento.

Palabras clave: Ronald Dworkin, Filosofía del derecho.

About Dworkin and his critics

Abstract

On the third anniversary of his death, this paper identifies, describes, and critically reviews some of most powerful objections to Ronald Dworkin's thought. These outstanding objections not only address Dworkin's thought as one of the most influential philosophers in contemporary legal philosophy, but also exert an important influence on some of the core aspects within this area of knowledge.

Keywords: Ronald Dworkin, Legal Philosophy.

2 Docente de tiempo completo en el Área de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca. Doctora en Derecho y Especialista en Argumentación Jurídica. Integrante del Grupo de Investigación de Excelencia "Derechos y libertades", adscrito a la misma Facultad. Correo electrónico: lula@usal.es

Citación de este artículo usando el sistema APA: Santos Pérez, M. L. (2015). De Dworkin y de sus críticos. *Estudios de Derecho*. 72 (160), 295-308. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a12

De Dworkin y de sus críticos

Introducción

En lo que sigue formularé a modo de tesis algunas de las objeciones más recurrentes que se han opuesto al pensamiento de Ronald Dworkin para, a continuación, abordarlas críticamente. A pesar de resultar muy abultada la producción bibliográfica que se ha generado en torno a su obra, ciertas discusiones han centrado la atención de sus estudiosos. Éstas, lejos de incidir en cuestiones accidentales asociadas a la reflexión iusteórica, han impactado de lleno en aspectos medulares de la misma.

1. Dworkin somete la actividad judicial a fuertes exigencias al presuponer un juez investido de los atributos de un dios, capaz, por lo demás, de dar con “la” (única) solución aplicable al caso.

En realidad, esta objeción puede descomponerse en dos. La primera estaría haciendo hincapié en la caracterización que nuestro autor propone de la figura del juez, que asimilaría a un dios (1.1); mientras que la segunda incide más bien en el modo como caracteriza la función judicial al postular que consiste en dar con la (única) solución correcta al caso (1.2).

(1.1) De acuerdo con la crítica, se diría que Dworkin parece imponer a los jueces en su trabajo diario exigencias que están muy por encima de las posibilidades reales de un ser humano normal y corriente. Puesto que los casos deben, según el autor, decidirse siempre consistentemente con arreglo a Derecho, entonces sobre el juzgador pesa el deber de llevar a cabo una tarea muy meticulosa de indagación y purga del material jurídico hasta dar al fin con la solución (que, por lo demás, se supone que es la única aplicable al caso). Ahora bien, se arguye, parece que para esa labor de hallazgo y reconstrucción crítica de la masa de Derecho vigente, el juzgador necesitaría poseer cualidades intelectivas sobrehumanas: no solo altas dotes de discernimiento y argumentación, sino también un conocimiento detallado de todas las normas que integran el Derecho de su comunidad, así como de todas y cada una de las conexiones e implicaciones que se dan entre ellas. El carácter

irrealista de la teoría quedaría, en fin, corroborada en el hecho de que el autor se ve obligado, con el fin de ilustrar su tesis, a crear la figura imaginaria del juez Hércules³.

Esta objeción, en gran medida, resulta, sin embargo, irrelevante. Sin negar que la teoría de Dworkin se levante a la sombra de fuertes idealizaciones, hay que advertir que éstas no son arbitrarias, sino que derivan de presuposiciones sobre las que se asienta el trabajo jurisdiccional, al menos en un Estado de Derecho. En efecto, en el marco de un Estado de Derecho, y en la medida en que se halle proscrito el pronunciamiento de *non liquet*, los jueces tienen el deber institucional de resolver todos los casos litigiosos, y además el deber de hacerlo con arreglo a Derecho. En este sentido actúan (y en realidad deben actuar) bajo la suposición de que siempre hay una solución (lo que es tanto como decir que el Derecho no alberga lagunas), y que solo hay una solución correcta en términos del sistema (lo que es tanto como decir que el Derecho carece de antinomias). Se trata, pues, de una suposición contrafáctica, pero que al mismo tiempo forma parte de las obligaciones institucionales del juez.

Continuando con el argumento, si, como es sabido, en la teoría de Dworkin imponer a los jueces el deber de fallar en todos los casos (inclusive cuando falta norma positiva o se presentan contradicciones entre ellas), y además fallar con arreglo al Derecho vigente obliga a admitir que el Derecho se compone no solo de un cuerpo discreto de reglas establecidas positivamente, sino también de un conjunto de principios capaces de explicarlas y justificarlas⁴, entonces, para especificar efectivamente esos principios, es preciso desarrollar una teoría omnicomprendiva del Derecho o, lo que es lo mismo, acometer una tarea de proporciones definitivamente “hercúleas”. Esto permite, por cierto, entender la naturaleza de Hércules.

Sin ser un juez real, Hércules resulta la personificación teórica de ciertas presuposiciones normativas bajo las que descansa la actividad jurisdiccional. A diferencia del arbitraje y de las meras decisiones, aquella se halla sometida a una exigencia institucional de justificación (y por cierto de una justificación que solo puede extraer sus argumentos del Derecho vigente). Es cierto que, en la mayoría

3 Vale reproducir, al respecto, las siguientes palabras de Dworkin (1981, p. 340): “Una justificación (de un principio) puede ser mejor que otra en dos dimensiones diferentes: puede resultar que se adapte mejor (*fit*), en el sentido de que exige que una parte más reducida del material sea considerada como “errores”, o puede resultar una justificación moralmente más convincente, porque se aproxima más a captar una sólida moralidad política (*sound political morality*). Ninguna teoría (que contiene un principio) puede contar como justificación adecuada de la historia institucional a menos que se adecue bien a ella; no debe denunciar como errores más que un reducido número de decisiones, y especialmente decisiones recientes; pero si dos o más teorías muestran, según ese criterio, una adecuación apropiada, entonces, aquella de las dos que sea moralmente la más fuerte ofrece la mejor justificación, aun cuando anuncie como erróneas más decisiones que la otra”.

4 El mismo Dworkin (1981, p. 105) señala que el juez Hércules se halla dotado de “habilidad, erudición, paciencia y perspicacia *sobrehumanas*” (cursivas mías).

de los casos, los jueces no tienen que explicitar la totalidad de las premisas de sus razonamientos; pero cualquier decisión judicial presupone que, llegado el momento, el juez tendría que poder ofrecer una justificación completa de su decisión⁵.

(1.2) La función jurisdiccional, señala la crítica, que Dworkin personaliza en una figura mítica, la del juez Hércules, presupone para éste que, para cualquier caso, hay una respuesta y además *solo* una (respuesta) en el Derecho. Esta tesis, conocida convencionalmente como la «tesis de la respuesta correcta», también ha sido objeto de una fuerte controversia.

En efecto, la tesis de Dworkin consiste *grossomodo* en aseverar que, aún cuando jueces igualmente formados y debidamente informados (distintos Hércules, en suma) pueden llegar a encontrar soluciones (hercúleas) diferentes, tiene sentido sostener que para todo litigio existe siempre una (sola) solución en Derecho, que, por lo demás, advierte el autor, no resulta empíricamente demostrable. La crítica lo que hace es cuestionar este último extremo: si tiene sentido creer que existe una única solución al caso que espera ser descubierta, cuando no hay forma de poder acreditar cuál es la mejor de todas⁶.

En realidad, la discusión a propósito de la tesis de la respuesta correcta encierra una polémica más compleja de carácter epistémico a propósito de la naturaleza de la argumentación jurídica (y, por extensión, dada la deriva holista de su pensamiento, de la argumentación moral y política). En este punto, también Dworkin se aparta de posiciones ortodoxas para aseverar que una proposición, como la que enuncia que para cada caso hay una solución en el Derecho, es verdadera, aún cuando no se pueda demostrar que lo es en principio, y sin que eso signifique tener que comprometerse con alguna forma realista de pensamiento⁷. Por lo demás, es fácil

5 Esta idea permite al autor, de paso, deshacer un equívoco bastante extendido a propósito de la significación puramente marginal de los llamados «casos difíciles». Casos difíciles son aquéllos para los que, o no se dispone de una regla inequívoca, o son aplicables varias reglas que ordenan de forma contraria o contradictoria, o la aplicación de la regla produce una solución abiertamente implausible. De acuerdo con su tesis, los «casos difíciles» no son más que un supuesto especial de los casos difíciles; la diferencia entre unos y otros radica únicamente en el hecho de que, en los casos fáciles, no necesitamos, cito textualmente a Dworkin (1996a, p. 265), “formular pregunta alguna puesto que ya tenemos la respuesta”. Dicho de otro modo, en todo litigio que se ventila ante un tribunal está siempre latente la posibilidad de que el caso se transforme en un caso difícil; lo que sucede es que, por lo general, aquel estado de dificultad latente (digámoslo así) no llega a concretarse en un estado de dificultad manifiesta. Y por eso no exige del juzgador ordinario apartarse de aquello que se tiene por cierto e indubitado para embarcarse en la empresa “titánica” de proporcionar una justificación completa.

6 Por todos, McCormick (1982)

7 En los últimos años Dworkin se embarcó en la articulación de una teoría sobre la argumentación moral a la que denominó una forma de “realismo interno”. Muy sintéticamente, la tesis del autor es que hay juicios morales que son objetivamente válidos y verdaderos, y ello sin tener que presuponer la existencia de un fundamento último independiente. Abundando en la idea, al proclamarse “realista”, su concepción quiere

concluir que la tesis sustentada por sus adversarios suministra una descripción distorsionada de la forma como los distintos operadores jurídicos se desenvuelven en el escenario judicial.

Piénsese, por ejemplo, en la fase de audiencia de un proceso⁸. En presencia del juez, las partes litigantes presentan sus alegaciones sobre la base de que tienen razón en Derecho, y suponiendo que tienen derecho a una solución del conflicto con arreglo al Derecho vigente. Cada parte trata de convencer por medio de su representante de la corrección y verdad de sus argumentos, y aunque admita que no existe un procedimiento mecánico para dar con la respuesta correcta, al defender su pretensión con argumentos afirma su derecho a recibir la respuesta correcta en Derecho. Por su parte, el juez, que debe dictar sentencia, se pronuncia suponiendo que tiene la solución del caso, y por cierto no según sus preferencias personales sino con arreglo a Derecho. Si al fallar creyera que su solución no es la correcta, entonces estaría incurriendo en lo que Apel (1973) ha denominado una “contradicción performativa”.

2. Dworkin, al construir su teoría jurídica desde la perspectiva del juez, le apuesta a una visión subjetiva y comprometida del Derecho, además de que incurre en particularismo.

Al igual que sucedía con la anterior objeción, ésta también puede desglosarse en dos. La primera invita a una reflexión a propósito de por qué la perspectiva del juez ha de resultar clave para la comprensión del Derecho (2.1). Mientras, la segunda se interroga a propósito de las consecuencias que tendría para la reflexión iusteórica primar la adopción de lo que, en la terminología al uso, se denomina el «punto de vista interno» (2.2).

(2.1) De forma particularmente viva, los integrantes del movimiento conocido como *Critical Legal Studies* han llamado la atención sobre el sesgo ideológico en que incurriría una teoría del Derecho que, como la de Dworkin, ha sido construida desde el punto de vista del juez. A su juicio, el Derecho no es el resultado de un ceremonial (digámoslo así) reservado a unos “pocos iniciados”, ya que si así fuera, teorías como la del autor, más que proporcionar un conocimiento objetivo del

distanciarse de forma decidida de cualquier postura escéptica en relación con la posibilidad de justificar nuestros juicios morales; mientras que al añadir el adjetivo de “interno” subraya las diferencias con las posiciones, tanto escépticas como realistas u objetivistas, “externas”, o como le gustaba decir, “arquimédicas”, que interpretan la cuestión de si los juicios morales son o no justificables, en el sentido de si existe o no una base independiente que pueda alegarse como fundamento externo. En este punto, dentro de la producción bibliográfica del autor, destaca Dworkin (1996b).

8 El ejemplo lo he tomado de Guest (1991).

Derecho, constituirían en realidad una forma de enmascaramiento de un compromiso ideológico con el Derecho vigente⁹.

A menudo, en descargo del autor, se ha alegado que la razón de que Dworkin sitúe al juez en el centro de la teoría está relacionada con las peculiaridades del sistema jurídico desde el que elabora su propuesta¹⁰. Mi opinión, sin embargo, es otra. Si Dworkin focaliza su teoría en el estudio del proceso judicial se debe no a las especificidades del orden jurídico desde el cual articula su proposición, sino a la singular posición que ocupan los jueces en el Derecho entendido como sistema normativo «institucionalizado».

En efecto, en el proceso de definición y especificación del Derecho como sistema normativo¹¹, ha sido Raz quien, de forma más directa, ha desarrollado la tesis de que el Derecho resulta un sistema normativo institucionalizado. Esto implica que el Derecho no solo es un sistema que crea y regula instituciones, sino también que sus propias normas son creadas y aplicadas por instituciones. Singularmente, dentro del entramado institucional encargado del proceso de reproducción del sistema, los tribunales ocupan un lugar destacado. Raz los denomina “órganos primarios”, porque en su existencia cifra la caracterización de un sistema normativo como sistema institucionalizado. Estos órganos, abundando en la idea, tienen encomendada la función peculiar y específica que conocemos como función jurisdiccional.

Ahora bien, como sugiere la propia expresión, *juris-dictio* es una forma peculiar de aplicación del Derecho que incluye una declaración sobre cuál es el Derecho vigente. Naturalmente, no solo los jueces, sino también los abogados cuando aconsejan a sus clientes, los científicos del Derecho cuando analizan aspectos del mismo, incluso nosotros mismos cuando juzgamos sobre nuestra propia situación jurídica y la de otros, formulamos declaraciones sobre el Derecho. Como cualquier declaración, esas declaraciones sobre el Derecho vigente pueden ser discutidas desde el punto de vista de la verdad. Pues bien, lo distintivo de las declaraciones de los jueces, frente a las de todos los demás, está en que ellas son vinculantes, es decir, son normas que obligan y que surten efectos dentro del sistema, y que lo son incluso si son erróneas. Mientras que los juicios emitidos por los abogados,

9 Por todos Hunt, 1992

10 Según Hart (1977), la característica más llamativa de la teoría del Derecho norteamericana consiste en insistir en el estudio del proceso judicial como la mejor clave para comprender lo que es el Derecho.

11 No podemos hacer más que un apunte. Desde Kelsen se viene afirmando entre los teóricos del Derecho que la clave para descifrar el concepto de Derecho está no en la noción de norma, sino en la de sistema normativo, entre otras razones porque lo que caracteriza a una norma como jurídica, y además como una norma jurídica vigente, no es ni su contenido ni su forma, sino su pertenencia a un sistema normativo que tiene ciertos rasgos característicos. Para un estudio detallado sobre la doctrina de Raz en este punto, contrástese Raz (1979; 1990).

los litigantes, etc., son opiniones, mejor o peor fundadas, pero opiniones a fin de cuentas, los juicios de los jueces son sentencias, esto es, pronunciamientos definitivos que producen efectos dentro del sistema. En este sentido, las diversas argumentaciones que se producen en el espacio jurídico tienen como modelo la argumentación judicial. Que la teoría del Derecho de Dworkin esté en gran medida construida desde la perspectiva del juez se explica, pues, por la naturaleza misma del fenómeno objeto de la teoría.

(2.2) Algunos comentaristas de la obra de Dworkin han llamado la atención sobre el hecho de que este, adoptando la perspectiva del juez como clave para la comprensión del Derecho, estaría, al tiempo, primando el punto de vista interno o del participante, con lo cual el autor frena cualquier intento de elaborar una teoría general del Derecho válida para todo sistema jurídico. En efecto, más que articular una construcción iusteórica general, el autor, según esta objeción, nos habría suministrado una teoría particular, cortada por así decirlo a la medida de las sociedades angloamericanas y, lo que es peor, no tanto una teoría descriptiva cuanto una teoría destinada a servir como discurso justificatorio de estas¹².

Conviene empezar advirtiendo que los críticos no cometen ningún error cuando señalan que, desde el punto de vista interno y con el único fin de servir como una justificación de su uso, solo es posible construir y desarrollar teorías particulares del Derecho. El primado del punto de vista interno se ve de forma más clara a partir del giro metodológico que experimenta la teoría de Dworkin. En efecto, éste pasa a concebir sus tesis iniciales sobre la no discrecionalidad judicial y la existencia de una única respuesta correcta como presupuestos de una concepción teórica que hace del Derecho una práctica interpretativa y argumentativa. En la medida en que se acepte que la interpretación y la argumentación ocupan un lugar central en la práctica jurídica, la descripción y la explicación de lo que ocurre en el Derecho o a través del Derecho no es posible sin una comprensión de la conducta de quienes intervienen en ella desde una actitud justificatoria genuina.

12 Por todos, Gavison (1987). En un sentido ligeramente distinto, también desde los estudios críticos, se advierte que el autor, al primar el punto de vista interno, estaría pasando por alto el hecho de que existen ciertas condiciones *externas* bajo las que operan los procesos de creación y aplicación del Derecho, y cuyo conocimiento resulta imprescindible para una comprensión correcta del mismo. Tampoco en este punto el comentario de los críticos resulta fundado. Para empezar, el discurso desde el punto de vista interno de quien apela a las normas jurídicas para fundamentar pretensiones y justificar decisiones no excluye otras formas de discurso que proceden de un punto de vista externo, por ejemplo, el punto de vista sociológico o el historiador. Además, hay que advertir que el punto de vista interno ostenta una cierta prioridad: cualquier enfoque del Derecho desde un punto de vista externo fracasaría si no comprende adecuadamente cómo funciona el Derecho desde el punto de vista interno. En suma, la perspectiva interna del participante no impide la perspectiva objetivadora del observador externo; pero la perspectiva del observador presupone la del participante.

Ahora bien, siendo esto correcto, ello no está reñido con la posibilidad de construir una teoría jurídica que tenga por objeto explicar y justificar el modo como se elaboran *en general* teorías particulares desde el punto de vista de sus participantes. Específicamente, Dworkin defiende la tesis de que los jueces, al resolver los casos, han de sacar a flote los principios implícitos en su sistema y elaborarlos en una teoría que permita reconstruir el sistema con vistas a su aplicación; y la teoría que construyen al efecto es necesariamente particular. Pero la idea misma de que la labor de los jueces se resuelve en una empresa de esta naturaleza (en terminología del autor, la idea de que el Derecho demanda la búsqueda y realización del valor de la «integridad»¹³) no tiene por qué serlo. Las tesis básicas implícitas en esta idea son tesis que, independiente de si son verdaderas o falsas, ostentan una pretensión de validez universal.

Una teoría así, en suma, no puede ser calificada de descriptiva, pero tampoco de prescriptiva. Es, más bien, una teoría de carácter *reconstructivo*, que pretende reconstruir aquello que hace una comunidad política en general cuando pretende dar una explicación y justificación adecuadas de los que son sus prácticas jurídicas. Pero en todo caso es una teoría general: sus conceptos y herramientas no pertenecen (o mejor aún, no deberían pertenecer) a la idiosincrasia de ningún sistema jurídico concreto.

3. La teoría del Derecho de Dworkin, con su insistencia en los principios y con su apuesta por una interpretación de las prácticas jurídicas como acreedoras de integridad, corre el riesgo de quedar anquilosada en un relativismo moral que impediría adoptar una perspectiva crítica desde la que juzgar sistemas jurídicos aberrantes.

Para comprender el significado de esta objeción, conviene recordar, siquiera brevemente, la concepción interpretativa del Derecho como integridad que el autor sitúa en el centro de su teoría jurídica. Como se sabe, para Dworkin el Derecho consiste en una práctica social que se interpreta, entendiendo por interpretar dar razones y argumentos sobre su significado, sentido o valor. La superioridad de una teoría del Derecho, continúa, se mide en función de su capacidad para ofrecer una interpretación del concepto que, al mismo tiempo, concuerde con

13 La integridad, según el autor, exige a la comunidad actuar aplicando de forma consistente los principios de una filosofía política definida, aunque esa filosofía no sea compartida en todos sus extremos por todos sus miembros. En la presentación que el autor realiza de esta idea, señala además, que esta opera a lo largo y lo ancho del funcionamiento de todo el sistema político y jurídico, pero diferenciadamente. En este contexto, Dworkin distingue un principio de integridad legislativa y un principio de integridad jurisdiccional. Éste último es el que aparece enunciado en el cuerpo del texto. Sobre esta caracterización del Derecho como integridad, insistiremos un poco más adelante.

las realizaciones efectivas de la práctica en que ese concepto está involucrado y ofrezca su mejor justificación. Desde estas premisas, el autor se decanta por una interpretación del Derecho como “integridad”. Para explicar qué quiere expresar el autor con esta idea, es útil la comparación que él mismo establece con el sentido que tiene la expresión (“integridad”) entendida como virtud personal. Igual que respecto de nuestros vecinos, amigos, etc., podemos exigir que se comporten, si no de acuerdo con lo que nosotros entendemos que son las pautas correctas, sí al menos de manera coherente con lo que ellos entienden que es correcto, del mismo modo el ideal de la integridad política exige a los poderes públicos «hablar con una sola voz», conducirse, no caprichosa ni arbitrariamente, sino de acuerdo a un conjunto coherente de principios de justicia y de equidad, aun cuando en la sociedad persistan desacuerdos más o menos profundos a propósito de cuáles son las exigencias de la justicia y de la equidad. Dejando a un lado el análisis de los distintos aspectos de la moralidad política que están implicados en la noción, es importante resaltar que este valor, proyectado en la praxis judicial, vuelva a traer a primer plano la actividad de interpretar. El juez, que debe basar su decisión en un argumento de principio, procederá interpretando la práctica jurídica precedente; porque la resolución que adopte debe, como sabemos, concordar con el material jurídico vigente y suministrar su mejor justificación desde el punto de vista de la moralidad política (Dworkin, 1986).

Así las cosas, de este modo de caracterizar el Derecho, es fácil inferir la afirmación de que existe una relación interna entre Derecho y moral. Bajo el imperativo de la integridad, la práctica jurídica está sometida a una exigencia de justificación, pues el juez debe decidir apelando a principios y no a simples reglas convencionales; además dichos principios tienen, por así decirlo, que pertenecer al sistema (no son, pues, los principios del juez como persona privada) y ser aplicados en su condición de principios morales genuinos, con la pretensión de que son correctos.

Ahora bien, esto, que es verdad, no carga de razón a los detractores de Dworkin, puesto que la “conexión” entre Derecho y moral que éste preconiza no implica “indiferenciación”. El hecho de que los jueces no puedan decidir sobre la base de sus propios principios, sino apelando a los principios del sistema, bajo la pretensión de que son correctos, no implica que dicha pretensión no pueda revelarse errónea. Esto es, si bien es cierto que, a la luz de la integridad, los sistemas jurídicos no son convenciones puras, sino que les es inevitable elevar una demanda de rectitud, ésta puede ser (y con frecuencia es) desmentida por los hechos. Y esto explica que estén siempre sujetos a la cuestión de la legitimidad y abiertos a la crítica moral¹⁴.

14 En realidad, la tesis dworkiniana de que el Derecho consiste en una práctica interpretativa, así como la más concreta de que se explica y justifica desde la integridad, abren nuevas vías de comprensión y permiten

4. La autocatalogación de su pensamiento como «una filosofía para erizos» conduce a una (con)confusión entre teoría del Derecho, teoría de la justicia y teoría ética.

Para aclarar el alcance de esta impugnación, conviene recordar la distinción que Dworkin formuló en algún momento entre lo que denomina una filosofía moral y política «para zorros» y una filosofía moral y política «para erizos»¹⁵. Mientras que los zorros son una clase de pensadores que mantienen una visión dispersa y múltiple de la realidad persiguiendo, en consecuencia, fines diferentes, en ocasiones contradictorios entre sí, sin pretender integrarlos en una única visión globalizadora; los erizos, entre los que se incluiría el propio autor, aspiran a poder articular una visión del mundo coherente a partir de un principio rector o de un conjunto coherente de principios, a la par que organizar su vida con unidad y armonía.

Bajo estas coordenadas, Dworkin se vale de una teoría holista y coherentista sobre la naturaleza interpretativa de los conceptos y valores jurídicos, políticos y morales, a la par que se apoya en una actitud realista sobre la justificación de los juicios normativos y de valor logrando, de este modo, refrendar la conexión entre teoría del Derecho, teoría de la justicia y teoría ética.

En efecto, la tesis de Dworkin, *grossomodo*, es que los conceptos políticos y morales son, como el concepto de Derecho, conceptos que se “interpretan”. Ahora bien, la interpretación de las prácticas morales y políticas implica una labor muy ambiciosa de expansión. La razón es que “lo que hay de valor” en dichas prácticas se explica a la luz de la ética: esto es, las prácticas morales y políticas valen *porque* contribuyen a hacer valiosa la vida humana. Este procedimiento, además de holista, es, como ya se advirtió, coherentista, ya que el autor concibe la fundamentación como un proceso en el que se busca el apoyo recíproco de todos los elementos dentro de una trama en la que, en lugar de estar ligados por razones lógicas deductivas, todos han de responder por todos. Por lo demás, Dworkin conecta su propuesta con una teoría sobre la naturaleza de la argumentación moral, lo cual le permite sostener que aquellos juicios interpretativos morales/políticos son objetivamente válidos y verdaderos, incluso si en algún momento no hubiera nadie que los defendiera, y ello al mismo tiempo, sin presuponer la existencia de un fundamento último independiente. Frente a las que él mismo cataloga como posiciones «arquimédicas»,

abordar el problema del Derecho injusto de un modo más diferenciado que la concepción positivista estándar. Expresándolo en pocas palabras, para el autor el problema de si el Derecho injusto es o no Derecho no es un simple problema *conceptual* sino que incluye un número importante de problemas de naturaleza *interpretativa*. En este sentido, Santos (2005, p. 110 ss.).

15 Aunque encontramos esta tesis formulada inicialmente en la década de los noventa, su penúltimo libro, que tituló precisamente *Justice For Hedgehogs*, publicado en 2011, supone la versión más acabada.

Dworkin insiste en que los fundamentos de los juicios de valor son *internos* a la práctica misma de hacer juicios normativos o de valor¹⁶.

Así las cosas, la pregunta que se plantea es si resulta posible seguir manteniendo estas disciplinas como independientes, o si por el contrario, tal y como reclaman sus críticos, la concepción de Dworkin conduce, como ya advertimos, a una indiferenciación entre ellas. En mi opinión, la proposición del autor apunta en la dirección correcta al reclamar un tratamiento más de conjunto de estas disciplinas sin que eso signifique confusión.

Así, para empezar, aunque resulte verdad que la teoría del Derecho dworkiniana remite a una teoría de la justicia, en la medida en que la práctica interpretativa del Derecho presupone que, además de reglas creadas convencionalmente, éste contiene, por mandato de la integridad, principios de moralidad política que prestan al material jurídico una pretensión de justificación moral, ello no significa que la teoría de Derecho no se diferencie de la teoría de la justicia. En este sentido, hay al menos dos razones que avalan esta tesis. La primera es que la teoría jurídica de Dworkin se abstiene de substanciar esa pretensión de justificación: en realidad, la teoría de la justicia ha de elaborarse haciendo abstracción de las restricciones institucionales bajo las que opera el proceso de interpretación del Derecho con vistas a su aplicación, e incluso de la dependencia en relación con una determinada tradición jurídica. La segunda razón es que la consideración del Derecho como un concepto *interpretativo* impide hacer de la justicia una propiedad “definitoria” del Derecho, al modo como ocurría en algunas versiones del iusnaturalismo¹⁷.

Por lo demás, resulta también verdad que la teoría dworkiniana de la justicia remite fuera de sí hacia la teoría ética, en la medida en que su autor rechaza la posibilidad de fundamentarla en conceptos o ideales puramente políticos (como un *freestanding view*, al modo de Rawls), y, en cambio, busca sus fundamentos en principios éticos y concepciones sobre la vida buena¹⁸. Así las cosas, el empeño

16 Para una exposición detallada, es muy recomendable Dworkin (2011). De forma premonitoria, Santos (2003) advirtió las ambiciones holistas y de continuidad del autor en el sentido indicado.

17 La tesis de Dworkin en este punto es, *grosso modo*, que los desacuerdos sobre qué es Derecho no pueden reducirse a discrepancias puramente verbales en cuanto a qué reglas lingüísticas fijan el significado del término Derecho (a propósito, por ejemplo, de si la condición de “justo” es o no es una propiedad definitoria). Antes bien, el Derecho es un concepto interpretativo (y no *semántico*, en su terminología), lo que significa que, en el proceso de esclarecer cuál es la solución a un caso, resulta inevitable entrar en valoraciones políticas. La argumentación es mucho más compleja pero lo que acabo de expresar basta para mis intenciones.

18 Dworkin, al fundamentar el liberalismo en una concepción de la vida buena, estaría tratando de eludir la acusación de que esta tradición política parece proponer una política de la esquizofrenia ética y moral, que obligaría a desprendernos de una parte de nuestra identidad en las ocasiones políticas. Para comprender esto, hay que considerar la concepción contra la que Dworkin dirige sus argumentos. Éste es explícito al respecto: su procedimiento de fundamentación ética se enfrenta críticamente al formulado por el también

de Dworkin no consiste solo en levantar acta de que el liberalismo está necesitado de unas bases éticas, sino también en certificar que esa tradición política presenta unos fundamentos éticos *específicos*.

En concreto, el autor ve en el «individualismo ético» y en el «modelo del desafío» las claves de la ética liberal. El primero, construido sobre la base de dos principios, el denominado principio de «igual importancia» y el principio de «especial responsabilidad», contendría un desarrollo particular de dos grandes grupos de temas éticos: los que tienen relación con la fuente o la procedencia de la pregunta o el problema del valor de la vida humana, y los que están conectados al compromiso o a la responsabilidad en relación con la vida buena. El primer principio establece que, una vez que ha comenzado una vida, es importante desde un punto de vista objetivo que ésta no se eche a perder, y que eso es igualmente verdadero respecto de cualquier vida humana. El segundo dictamina que sobre cada persona pesa una responsabilidad especial y personalísima de hacer de su vida una vida valiosa. El modelo del desafío, por su parte, propone desarrollar un tercer grupo de interrogantes, las cuestiones de mérito, relativas a la forma de medir o verificar hasta qué punto una vida es valiosa. De acuerdo con esta construcción teórica, se puede decir que una vida ha culminado con éxito cuando puede interpretarse que ha sabido responder de manera apropiada a los retos que le planteaban las circunstancias contingentes que la rodearon (Santos, 2005).

Con todo, la teoría de la justicia *tampoco* se confunde con la teoría ética, en la medida en que entre ambas no existe una relación de inferencia estricta que haga de los principios (morales) de la justicia, meras deducciones a partir de los principios (éticos) de la vida buena. Si no interpreto mal, el nexo de fundamentación que Dworkin pretende que existe entre su concepción ética y su concepción filosófica-política es un nexo laxo de concordancia y congenialidad, más que un nexo conclusivo e inequívoco de derivación. En realidad, los dos principios del individualismo ético y el modelo del desafío son muy abstractos y admiten una cierta variedad de interpretaciones políticas (Santos, 2005).

Referencias

- Apel, K. (1973). *Transformation der Philosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Dworkin, R. (1981). *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth.

liberal John Rawls bajo el nombre de Liberalismo Político. De acuerdo con esta concepción, el único modo de solucionar, en las condiciones de pluralismo actualmente existentes, los problemas de relación entre ética y política, es presentando el liberalismo como una teoría política independiente de doctrinas morales, religiosas o filosóficas comprensivas, discontinua también de concepciones éticas sobre la vida buena.

- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. London: Fontana Press.
- Dworkin, R. (1996a). *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*: Oxford, Oxford University Press.
- Dworkin, R. (1996b). "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It". Recuperado de <http://www.nyu.edu/gsas/dept/philo/faculty/dworkin/papers/objectivity>. Html
- Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*. Cambridge Mass: Harvard University Press.
- Gavison, R. (1987). *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon Press.
- Guest, S. (1991). *Ronald Dworkin*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Hart, H. (1977). *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*. *Georgia Law Review*, 11. Recuperado de http://digitalcommons.law.uga.edu/lectures_pre_arch_lectures_sibley/33/
- Hunt, (1992). *Reading Dworkin Critically*, Berg Publishers.
- MacCormick, N. (1982). *Legal Rights and Social Democracy*, Oxford, Oxford University Press.
- Raz, J. (1979). *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press.
- Raz, J (1990). *Practical Reasons and Norms*, Princeton, Princeton University Press.
- Santos Pérez, M. L. (2003). "Una filosofía para erizos. Aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin". *Doxa*, vol. 26, pp. 347-385.
- Santos Pérez, M. L. (2005). *Liberalismo e igualdad. Una aproximación a la filosofía política de Ronald Dworkin*. Bogotá: Servicio de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.



Autor: Juan Carlos Gil Acevedo
Título: Entre historias
Técnica: fotografía digital
Dimensiones: variables
Año: 2014

Aproximación al derecho penal ambiental: ideas para su abolición¹

DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a13

1 Artículo de investigación, producto del proyecto “Funciones simbólicas del derecho penal ambiental”, adscrito al grupo de investigación Ratio Juris de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana, en la línea de investigación Globalización, Derechos humanos y políticas públicas. Investigación terminada en junio de 2014

Fecha de recepción: 24 de noviembre de 2015

Fecha de aprobación: 11 de diciembre de 2015

Aproximación al derecho penal ambiental: ideas para su abolición

Martha Isabel Gómez Vélez²

Resumen

El presente escrito pretende hacer un recuento de la evolución normativa de los delitos ambientales a través de la expedición de dos (2) códigos penales con sus respectivas reformas; para luego pasar a mostrar la ilegitimidad en la manera como se han consagrado estas figuras para perseguir los atentados al medio ambiente y los recursos naturales, mediante el recurso a herramientas como los delitos de peligro abstracto, los acumulativos y las normas penales en blanco, que pueden implicar la administrativización del Derecho Penal; además de mostrar cómo tales medidas, no solo ilegítimas sino también ineficaces, no permiten la aplicación de políticas públicas serias para frenar el deterioro ambiental que se presenta hoy en Colombia.

Palabras clave: tipos penales ambientales, peligro abstracto, delitos acumulativos, administrativización del derecho penal, normas penales en blanco.

Approximation to environmental criminal law: Ideas for its abolition

Abstract

This paper accounts for the legal evolution of environmental crimes with the adoption of two penal codes and its subsequent reforms. In this path, the study illustrates the illegal way these norms have been employed in order to attack the environment and destroy the natural resources through the use of illegitimate legal actions such as crimes of abstract danger, cumulative, and the so called “white” criminal regulations, which may even imply the “administrativization” of criminal law. In this fashion, the paper also characterizes how these measures, not only illegitimate, but also inefficacious, do not allow for the actual implementation of severe public policies to stop the environmental damage experienced in Colombia.

Keywords: environmental criminal law, abstract danger, cumulative crimes, the “administrativization” of criminal law, “white” criminal regulations.

2 Abogada de la Universidad de Antioquia; especialista en Derecho penal de la Universidad Eafit y magíster en Derecho de la Universidad de Antioquia. Profesora e investigadora de tiempo completo del área de Derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana, adscrita al grupo de investigación Ratio Juris e investigadora principal en el citado proyecto. Correo electrónico: martha.gomez@unaula.edu.co. Dirección para correspondencia: Carrera 56 B No. 49 A – 29, edificio élite de la moda, piso 4, sala de profesores de UNAULA; teléfono: 5112199 ext. 406.

Citación de este artículo usando el sistema APA: Gómez Vélez, M. I. (2015). Aproximación al derecho penal ambiental: ideas para su abolición. *Estudios de Derecho*. 72(160), 309-329. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a13.

Aproximación al derecho penal ambiental: ideas para su abolición

Introducción

Este escrito constituye uno de los productos del proyecto de investigación terminada “Funciones Simbólicas del Derecho Penal Ambiental”, inscrito en el grupo de investigación Ratio Juris de la Universidad Autónoma Latinoamericana y desarrollado desde agosto de 2013 hasta junio de 2014. El propósito del texto es verificar la pertinencia y necesidad de la intervención penal en la protección efectiva del medio ambiente y los recursos naturales.

Para el logro de este objetivo, se trabajó desde una perspectiva cualitativa, que implica tener en cuenta los fenómenos sociales que rodean la protección ambiental, en especial el conflicto colombiano, considerado un factor determinante en la creación y aplicación de políticas públicas nacionales para la tutela ambiental. Esta exploración se realizó a través del examen de la bibliografía sobre el tema, de las políticas y normas jurídicas al respecto. Adicionalmente, como se trata de un análisis político-criminal, el estudio asume una mirada valorativa de esa tutela penal a la luz de los principios político-criminales que limitan el *ius puniendi*.

El desarrollo de este proyecto, precisó del diseño de la siguiente hipótesis: la deficiente protección del medio ambiente que se logra con el uso de la herramienta penal y se plantea que el Derecho Penal Ambiental es un mecanismo simbólico, para mostrar el aparente interés en dicha protección, que se convierte en obstáculo a la efectiva defensa de los componentes ambientales y quebranta los principios fundamentales del Derecho penal liberal.

1. Origen de la protección penal en Colombia

Para iniciar con esta labor, se considera pertinente contextualizar la forma y el momento en que la tutela penal empezó a considerarse una herramienta necesaria para la protección ambiental. En Colombia, esta protección se encuentra a partir del

Código Penal (Decreto Ley 100³) de 1980, donde se consagran en los artículos 242 a 247 las conductas que atentaban contra los recursos naturales, así, se incluyeron algunos tipos penales como: ilícito aprovechamiento de recursos naturales; ocupación ilícita de parques y zonas de reserva forestal; explotación ilícita de yacimiento minero; propagación de enfermedad en los recursos naturales; daños en los recursos naturales y contaminación ambiental; consagrando penas entre 6 y 96 meses aproximadamente. Los orígenes de este Código, según Caldas:

En Colombia [...] [e]l debate se inicia a partir del estudio elaborado por la Comisión preparatoria de 1974, para la elaboración del nuevo Código Penal, donde se plantean aspectos muy particulares para elevar a delitos ciertas actividades relacionadas más con la economía que con los recursos ambientales, como la explotación ilegal de riqueza piscícola, forestal y minera. Igual consagración se presentó en la Comisión de 1976. Ya en la Comisión de 1978 se amplió el grupo de conductas, incluyéndose la ocupación de parques y zonas de reserva forestal, exploración y explotación indebida de esmeraldas, exploración y explotación de sustancias radioactivas, invasión de concesión maderera o zona de minería, incumplimiento de la obligación de reforestar y cuidar de las cuencas hidrográficas y nacimientos de agua, indebido aprovechamiento de la fauna, propagación de enfermedad y daño en los recursos naturales, y contaminación ambiental (2011, p. 63).

El Código de 1980 fue modificado mediante la Ley 491 de 1999, que también crea un seguro ecológico y se dictan otras disposiciones. En ella se adiciona un nuevo título (el VII Bis) denominado “de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, nombre que se conservó en la Ley 599 de 2000 (Código Penal vigente), donde se incluyen las normas ya existentes sobre delitos ambientales; se crea un nuevo tipo penal, de la omisión de información sobre plagas o enfermedades (art. 245Bis), dirigido a representantes legales, administradores, directos responsables y presidentes de empresas, que conociendo esta información no alerten oportunamente a la autoridad competente; y se deroga el artículo 246 de daños en los recursos naturales, además de crear la modalidad culposa y las circunstancias agravantes y atenuantes para algunos de estos delitos.

En la exposición de motivos de esta nueva ley se expresaba la importancia de reprimir por vía penal las conductas que atentaban contra el medio ambiente:

3 Se trata de un Decreto Ley creado dentro de un período de excepción (estado de sitio), que fue dictado mediante el Decreto 2131 del 7 de octubre de 1976 y levantado mediante el decreto 674 del 20 de junio de 1982. El Código Penal fue expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que se le conceden en la Ley 5ª de 1979, dentro de las atribuciones que tenía el Congreso de la República en la vigencia de la Constitución de 1886, de acuerdo al numeral 12 del artículo 76: “Revestir, pro tēpore, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen”.

‘los delitos ambientales, dada su naturaleza, presentan una extensa gama de perjuicios causables. Así, se tiene que en la actualidad, la represión de las conductas adversas al ambiente, es una necesidad impostergable; es también fundamental una política de punición económica basada en el quantum efectivo de la afectación producida con la comisión de la conducta. Por lo anterior se amplían las penas de multa y se tasan conforme a un factor que de una u otra forma es menos devaluable que los pesos a los que se refiere el Código Penal; de allí que las penas de multa se refieran en Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes’. En todo caso, en la Ponencia para el Segundo Debate al Proyecto de Ley número 154 de 1996 Cámara, se resaltó que ‘el derecho penal no se debe considerar como el medio más idóneo para resolver los problemas derivados de la utilización de los recursos [sic] naturales, por cuanto es preciso potenciar la participación comunitaria, el enfoque preventivo de la normatividad ambiental y la concertación para la búsqueda del desarrollo sostenible’, argumentos que no impidieron un fuerte incremento en las penas previstas para las conductas típicas (Ramírez, 2007, pp. 244–245).

La creación de ese nuevo título indica que ya la protección penal del medio ambiente no está ligada al orden económico, como si lo estaba en la norma original de 1980, ya que se encontraba protegido en el segundo capítulo del título VII, correspondiente a los delitos contra el orden económico y social y no en un título independiente como si pasó en la Ley 491. Algunos autores explican por qué se incluyeron en 1980 los delitos ambientales dentro del bien jurídico «orden económico y social», así lo hace Ramírez:

Prevalido quizás el legislador de su carácter pluriofensivo [del delito], le dio mayor trascendencia a la protección del orden económico que a otros intereses como la salud pública que, además de ser también de alcance general, tiene una mayor significación en punto al resguardo del bien jurídico básico de los asociados. Pero se admite *ab initio* esta simpatía y predilección del legislador nacional [...] con el pretexto rebuscado de parte nuestra de existir normas especiales para cuando el propósito indique ese perfil definido de infringir la salud pública [...], se puede presentar concurso de infracciones con los hechos punibles violatorios de la vida y la integridad personal [...] o, fundamentalmente, que al ubicársele en el orden económico-social se puede racionalizar el uso de los recursos naturales dentro de un plan general e integral de desarrollo de la economía nacional, no guareciéndolos en un conservacionismo a ultranza sino dándoles una utilidad que a la vez que permita un beneficio común garantice su renovación y permanencia (2007, p. 241).

En adelante intentará mostrarse cómo esa separación entre el bien jurídico medio ambiente y recursos naturales y el orden económico fue solo formal, ya que de manera principal, en la criminalización de las conductas que pudieran atentar contra el ambiente, se busca mantener la estabilidad económica del país y la confianza de los inversionistas, especialmente los extranjeros.

La Ley 599 de 2000 (Código Penal actual) entró en vigencia el 25 de julio de 2001 y en sus artículos 328 a 339 consagró 11 tipos penales y la modalidad culposa de dos de ellos: daños en los recursos naturales y contaminación ambiental. Según lo dicho, esta ley creó cinco tipos penales ambientales adicionales a los existentes, ellos fueron: violación de fronteras para la explotación de recursos naturales (artículo 329), contaminación ambiental culposa por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo (artículo 333), experimentación ilegal en especies animales o vegetales (artículo 334), ilícita actividad de pesca (artículo 335) y caza ilegal (artículo 336). A diferencia del Código Penal de 1980, la Ley 599 de 2000⁴ estableció un título aparte para los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (Título XI)⁵, siguiendo la modificación realizada por la Ley 491 de 1999.

La más reciente reforma que ha sufrido el Código Penal en materia ambiental se dio mediante la Ley 1453 del 24 de junio de 2011, conocida como la ley de «seguridad ciudadana». De acuerdo a los argumentos presentados en la exposición de motivos, con esta se busca enfrentar de manera efectiva la criminalidad organizada y el terrorismo y lo hace a través de la reforma al Código Penal, al Código de Procedimiento Penal, al Código de Infancia y Adolescencia, también modificando las reglas sobre extinción de dominio y dictando otras disposiciones en materia de seguridad (tal y como lo establece el encabezado de la ley). Con esta justificación se evidencia la mixtura de temas regulados en una misma ley y que de

- 4 Es importante mencionar que todas las penas del Código Penal vigente fueron modificadas en el 2004 por la Ley 890, por lo tanto también los delitos ambientales vieron aumentadas sus penas de una tercera parte para su mínimo y la mitad para su máximo.
- 5 En la exposición de motivos del Código Penal vigente, se establece lo siguiente respecto de los delitos ambientales: “Se crea un nuevo título, pues su ubicación dentro del actual Código Penal no responde puntualmente al interés jurídicamente tutelado que son los recursos naturales y el medio ambiente, y no el orden económico y social. En lugar de la expresión ‘ilícitamente’ utilizada en varias disposiciones, se empleó ‘sin autorización emitida por autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente’, por existir autoridades administrativas que controlan, mediante la expedición de autorizaciones, la realización de las conductas señaladas en el título, y es su desconocimiento o incumplimiento de lo inicialmente autorizado, lo que da lugar a la sanción penal. No sobra recordar la especial importancia que les da la Constitución Política a estos derechos denominados de segunda generación”: Exposición de motivos del proyecto de ley 40 de 1998 del Senado. Es importante aclarar que al final de esta cita se menciona el derecho al ambiente sano como un derecho constitucional de segunda generación, incurriendo en un error, toda vez que este derecho se incluye dentro de los de tercera generación, que no se dirigen a la protección de la persona individualmente considerada, por esto también se les conoce como «derechos de solidaridad», pues para su realización requieren de la actuación concertada y solidaria de todos los intervinientes en la sociedad; así lo ha expresado la Corte Constitucional en su Sentencia T-08 del 18 de mayo de 1992, M.P.: Fabio Morón Díaz: los derechos colectivos o de tercera generación “[p]ersiguen garantías para la humanidad considerada globalmente. No se trata en ellos del individuo como tal y en cuanto ser social, sino de la promoción de la dignidad de la especie humana en su conjunto”. En cambio, los derechos de segunda generación, conocidos también como los derechos sociales, económicos y culturales, son derechos que el Estado debe garantizar a cada uno de sus ciudadanos para brindar unas condiciones mínimas de vida digna, entre ellos se pueden mencionar el derecho a la salud, al trabajo, a la educación, etc.

ninguna manera explican cuál es la necesidad de modificación de los tipos penales que tutelan el medio ambiente, porque en todo el procedimiento de creación de la norma no se encuentran más razones que las siguientes:

De igual manera, y como se mencionó anteriormente, en el debate de la Comisión Primera de Cámara se llegó a algunos acuerdos sobre la inclusión del endurecimiento de penas para los delitos asociados al medio ambiente en este proyecto de ley. Además, se agregan algunos verbos rectores para darle a la Fiscalía las herramientas necesarias para adelantar los procesos contra quienes cometen crímenes contra el medio ambiente (Cámara de Representantes, 2010).

A pesar de la poca argumentación, la reforma modifica las normas penales ambientales, tanto en el supuesto de hecho, lo que supone una expansión de la prohibición, como en la consecuencia jurídica; esto dejó como resultado, de manera genérica, la modificación de las penas de prisión entre 48 y 144 meses, sin contar con los aumentos de pena que traen algunos de los artículos.

Tales reformas, que han ampliado la normativa penal para la protección del ambiente, deben contrastarse con el funcionamiento del sistema procesal penal para el juzgamiento de las conductas que atentan contra él, que muestra como, por razones de presupuesto y organización del sistema acusatorio vigente, se da prioridad a la investigación de otros delitos como homicidio, hurto, secuestro, porte de estupefacientes, sea porque se consideran más importantes socialmente, porque pueden representar más resultados para el aparato procesal o porque implican más facilidades investigativas, porque se ha dicho que la averiguación frente a las conductas que atentan contra el medio ambiente, requiere de mayor especialización técnica, razón por la cual se necesitará mayor capacitación y presupuesto para estos delitos. Así lo expresa Corcoy:

Atendiendo a la nula o cuasi nula aplicación judicial, no pueden olvidarse dos factores esenciales al respecto. Primero, que para la aplicación judicial de un nuevo delito no es suficiente la creación de un nuevo precepto en el Código penal, sino que son necesarios medios que permitan una investigación correcta de los hechos, [...]. Segundo, que es necesario que los jueces conozcan, comprendan y sepan aplicar adecuadamente esos nuevos preceptos, respecto de los que se carece una jurisprudencia consolidada. Al respecto habría que plantearse si sería conveniente la creación de tribunales especializados [...] para conocer de determinadas materias complejas, como pueden ser las relativas al medio ambiente [...]. En definitiva, en la aplicación judicial o no de determinados delitos confluyen muchos aspectos y la inaplicación no deslegitima por sí misma esos delitos sino que debería obligar a analizar las causas de esa inaplicación, y sólo en el caso de que se advierta de la ineficacia o imposibilidad absoluta de su aplicación se justificaría su desincriminación (2007, pp. 52 – 53).

Lo anterior se evidencia en las estadísticas oficiales que ofrece la Rama Judicial del Poder Público de Colombia (2010), donde se muestra de manera general cuál ha sido el rendimiento del Sistema Penal Acusatorio durante el primer semestre de 2010; cuando se realiza el recuento de los delitos investigados en este período a nivel nacional en el reporte se hace mención de los veinticinco delitos que más se presentan dentro del proceso penal y con mayor número de condenas, dónde no se encuentra ninguno de los delitos ambientales que acá se analizan. Algunos de ellos son: tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, hurto, porte ilegal de armas, inasistencia alimentaria y homicidio. En todo caso es importante resaltar que la eficacia de la política criminal ambiental, no puede ser medida en número de condenas proferidas, pero con esto podría mostrarse una de las facetas de los efectos simbólicos de las normas penales en materia de medio ambiente y recursos naturales.

Adicionalmente, un porcentaje muy pequeño de los casos ambientales llega a ser investigado porque la policía judicial no realiza bien el procedimiento de recolección de pruebas y captura, razón por la cual no hay suficientes elementos para iniciar la investigación de estos delitos, pero quienes confían en la aplicación de estas normas, esperan que la situación mejore con la creación de la Unidad Nacional de Fiscalías para la persecución de delitos ambientales a partir de la Resolución No. 0-3438 de 2011 dictada por la Fiscal General de la Nación (Recuperado de: <http://fgn.fiscalia.gov.co/Fiscalia>).

Al respecto, Ramírez (2007) expresa que: “a pesar de las evidencias cotidianas que nos muestran los estragos que se producen contra los recursos naturales y el medio ambiente, la cantidad de procesos penales abiertos para perseguir a los ecocidas es reducida y el número de condenas ejecutoriadas es ínfimo” (p. 27); esto sin tener en cuenta que la mayor parte de los procesos que se llevan a cabo se tratan de afectaciones mínimas al bien jurídico medio ambiente y recursos naturales, como es el ejemplo de la pequeña minería realizada a través de procedimientos manuales y rudimentarios, a pesar de que Colombia sufre de graves atentados contra el medio ambiente, como el ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables y daño en los recursos naturales a través de la explotación indiscriminada de madera en las zonas selváticas como el Amazonas, o el tráfico de fauna, sea ésta permitida o no⁶.

6 Sobre este tema, se puede consultar el artículo de la Revista Dinero.com, titulado “Crece el comercio ilegal de fauna”. Recuperado de: <http://www.dinero.com/edicion-impresa/especial-comercial/articulo/crece-comercio-ilegal-fauna/35927>.

Lo anterior implica que el espacio de aplicación de las normas penales en materia ambiental sea menos amplio y haya un alto grado de impunidad⁷. Pero más allá de estas problemáticas, se insiste, el problema es previo, no es de los operadores jurídicos, sino del legislador con su técnica para la tutela del medio ambiente y del poder político, en la medida en que, respecto de las políticas ambientales, se escoge la vía penal como la solución por excelencia de tutela de los recursos naturales y el medio ambiente.

2. Algunas características del Derecho penal empleadas en la tutela del ambiente: razones de su ilegitimidad

Quienes promueven y defienden la intervención penal para la tutela del medio ambiente y los recursos naturales, por la necesidad de enfrentar los riesgos a los que están expuestos en la actualidad, lo hacen en su mayoría aclarando que eso no debe implicar la flexibilización de las garantías jurídico penales que parece acompañar la modernización del Derecho Penal, pero ello lleva aparejado el uso de herramientas como los delitos de peligro abstracto y acumulativos, las normas penales en blanco y la administrativización del Derecho Penal, que por las razones que se exponen a continuación, suponen sin duda la minimización de estas garantías.

2.1 Delitos de peligro: ¿concreto o abstracto?

En el afán de proteger el medio ambiente, se han formulado las figuras de los delitos de peligro abstracto, a pesar de las dificultades que presentan a la luz de los principios político-criminales. Los delitos de peligro, en general, son aquellos en los que las conductas prohibidas entrañan un peligro para los bienes jurídicos protegidos y se diferencian de los delitos de lesión, porque éstos exigen que el bien jurídico penalmente protegido sea efectivamente lesionado, que se le cause un daño real. Pueden ser de peligro concreto, que incluyen los casos en los que se requiere demostrar la existencia del peligro efectivamente corrido, por tanto, si el resultado no se produce se dice que es solo por casualidad. Estos delitos requieren un juicio de imputación donde se verifique la producción de un «resultado de peligro», casi siempre para la vida o la salud humana, desde una perspectiva *ex post* (Corcoy Bidasolo, 1999, p. 148).

7 Aunque la impunidad no se considera el principal problema de la ineficacia de la política criminal ambiental, porque esta no puede ser medida según el número de condenas proferidas y porque se considera que el problema es de mucho más fondo, pero aquella sirve de apoyo para enfatizar el carácter simbólico de las normas que se dictan en la materia ambiental y para mostrar la crisis constante de la administración de justicia penal, por su incapacidad de investigación y sanción en los casos que corresponde. Al respecto, véase García (1993).

Los delitos de peligro también pueden ser de peligro abstracto o presunto, en cuyo caso ha de entenderse que son aquellos que tipifican conductas de naturaleza peligrosa pero que no exigen que se cree efectivamente un peligro para el bien jurídico o no requieren que se demuestre la puesta en peligro efectiva (Pabón, 2011, p. 452), en este sentido, no será necesario demostrar *ex post*, en el caso concreto, que el comportamiento tenía capacidad lesiva frente al bien jurídico protegido, por esto se dice que este grupo de delitos ha sido consagrado en el Código Penal en particular porque normalmente suponen la peligrosidad y por esto, basta la constatación de la acción típica (Hassemer & Muñoz, 1995, p. 76).

La forma adoptada para la protección ambiental es, en general, la del peligro abstracto, entre otras razones, por la necesidad de regular y criminalizar determinadas conductas desde una etapa previa a la intervención clásica del Derecho penal, que opera cuando se ha lesionado un bien jurídico, en especial por el deterioro en el que se encuentra el medio ambiente que ha implicado el aumento de riesgos por el desarrollo tecnológico e industrial que pone en peligro a las generaciones futuras. Más adelante se insistirá que este adelantamiento de las barreras de protección penal no produce resultados eficaces, a pesar de que se vea teóricamente posible, porque es más efectiva la intervención administrativa a través de sus sanciones, lo que indica que en estos supuestos el Derecho penal funciona más como una herramienta simbólica (Hassemer & Muñoz, 1995, p. 79) para reforzar las demás, que como una buena solución al problema ambiental.

Quienes avalan la protección del medio ambiente a través de la consagración de los delitos de peligro abstracto, exponen que su criminalización se da cuando hay una presunción de peligro, pero que no se pueden limitar a ser de mera desobediencia, sino que ha debido concretarse en el peligro para determinados objetos de protección, respecto de algunos componentes del medio ambiente, pero en estos casos no se exige, como ya se mencionó, una puesta en peligro verificable *ex post* (Schünemann, 1996).

Una de las principales críticas que ha recibido la consagración de este tipo de delitos, consiste en el quiebre que generan en los principios básicos del Derecho penal, como lo son el de legalidad (seguridad jurídica) y lesividad, así lo expresa Soto refiriéndose a la regulación española: “[l]as críticas más contundentes se dirigen contra la modalidad de delitos de peligro abstracto consistente en la incriminación de meras infracciones administrativas que, por sí solas, no implican necesariamente un peligro para el bien jurídico protegido” (2003, p. 177).

Los autores que avalan la protección de bienes jurídicos colectivos a través de la consagración de los delitos de peligro abstracto, insisten que ello no implica la aceptación del desmantelamiento de las garantías penales. En este sentido, Muñoz

manifiesta que “[l]o que en ningún caso pueden implicar estos delitos de peligro, tipificados con una u otra técnica, es una pérdida o disminución de las garantías características del Derecho penal del Estado de Derecho, es decir, las garantías tradicionales del Derecho penal clásico, o, si se prefiere, del viejo Derecho penal” (Hassemer & Muñoz, 1995, p. 80).

2.2 Delitos acumulativos

En este contexto, y no siendo suficiente con la consagración del delito de peligro abstracto, la situación se ve más problemática en la medida que se ha dado importancia a la figura acumulativa, que supone que el bien jurídico medio ambiente y recursos naturales se proteja de acciones individuales, consideradas inocuas (esas conductas, incluso evaluadas de modo *ex ante*, no se consideran peligrosas) y que no producen la puesta en peligro de aquel, pero ante la repetición de estos comportamientos, cada uno se percibe peligroso. En esta figura no se espera al momento de lesión o puesta en peligro abstracto porque esto podría suponer, si todas las personas lo hicieran, la destrucción total del bien jurídico, razón por la cual ha tenido tanto eco en la tipificación de las conductas ambientales.

Por tanto, la forma de daño acumulativo implica la criminalización de acciones que individualmente consideradas no generan daño, pero se aduce que si estas conductas se repitieran frecuentemente y fueran llevadas a cabo por la generalidad de las personas si se lesionaría el bien jurídico, así que se incluyen para garantizar su protección (Kindhäuser, 1998)⁸.

8 Este autor explica sobre los delitos acumulativos respecto del medio ambiente lo siguiente: “Los conflictos que se producen entre determinadas personas, tienen generalmente por objeto daños concretos. En términos más precisos el perjuicio puede llegar a ser determinado con relativa precisión, tanto respecto a la causa como con respecto al efecto. Cuando una persona lanza una piedra contra un cristal esa persona ha iniciado un determinado curso causal, que, a su vez, ha causado un determinado perjuicio, la rotura del cristal. En otras palabras, resulta claro el carácter dañino del acaecer causal. En el ámbito del medio ambiente todo es distinto. Aquí el comportamiento de una determinada persona puede no ser en absoluto peligroso, considerado de forma aislada. Por ejemplo: el vertido de las aguas residuales de una casa en un río. Si todos los habitantes de un pueblo o, más aún, si todos los habitantes de una gran ciudad canalizaran sus aguas hacia ese mismo río, no tardaría en producirse una ruina ecológica. En la protección del medio ambiente debe tenerse en cuenta que conductas completamente inofensivas devienen altamente peligrosas como resultado de la acumulación” (Kindhäuser, 1998, p. 503). Críticamente Zaffaroni (2006, p. 376), manifiesta que: “[n]o hay ninguna conducta, por inofensiva que sea, que universalizada no cause un caos: si todos pasásemos el día practicando gimnasia, se paralizaría la producción, de donde no puede deducirse que la práctica de gimnasia constituya un peligro para la economía”.

De la misma manera, manifiesta Alcacer (2002)⁹ que esta modalidad no necesita siquiera de un peligro abstracto y actual de intereses individuales, sino que basta con poder concluir que si otras personas realizan esas mismas conductas, la suma de éstas implica un poder destructivo al medio ambiente; así, a pesar de que la conducta individualmente considerada sea insignificante, merece reproche penal. Lo anterior conlleva la necesaria modificación de las estructuras de imputación actuales que parten de la libertad individual, así lo expresa este autor, partiendo de las posturas de la Escuela de Frankfurt:

La pretensión de regular con el Derecho penal procesos sistémicos y macrosociales, con la consiguiente modificación expansiva de la responsabilidad, le haría perder sus perfiles liberales, **cayendo en una exclusiva orientación preventiva exenta de límites garantísticos** y en el abandono de su cometido básico de la protección de esferas personales de libertad. Además, esa empresa estaría **condenada a la ineficacia, degenerando en funciones puramente simbólicas de legitimación del poder público o de fomento de actitudes morales hacia determinados temas de actualidad como el medio ambiente** (Alcacer, 2002, p. 163) (negrilla fuera de texto).

Lo anterior muestra como lo que se pretende solucionar por vía de los delitos acumulativos, que se han establecido para la protección del medio ambiente, es un problema sistémico, pero se busca reparar a través de la imputación de responsabilidad a individuos concretos. Parece entonces, que esta consagración no es la solución a los inconvenientes de funcionamiento del sistema social mismo, pues la amenaza de pena o su aplicación solo a ciertos individuos no ha mostrado tener la capacidad global de solucionarlos.

Sumado a lo anterior, las figuras acumulativas se conforman con conductas insignificantes o de bagatela, en las que no hay una real afectación o lesión de bienes jurídicos, lo que implica una contradicción frente a las exigencias de configuración

9 Este autor insiste en que “el presupuesto de imputación basado en el daño acumulativo solo puede justificarse desde el presupuesto axiológico de la necesidad y merecimiento de protección de las generaciones futuras, como cometido del Derecho penal, desde el cual el medio ambiente se erige en instancia autónoma de protección, no precisando la lesividad penalmente relevante, entonces, de un cierto peligro para intereses personales. [...] Frente a esta imagen, el modelo de un ‘derecho penal asegurador del futuro’ habría de ser así: En primer lugar, una regulación y protección de entidades supraindividuales, asegurando de tal forma, no tanto bienes personales, como sí estructuras sistémicas o institucionales colectivas funcionales a la estabilidad social. En segundo lugar, una expansión de las estructuras de imputación [...], con, al menos las siguientes vertientes: responsabilidad cuasiobjetiva, centrada en una previsibilidad potencial o directamente objetiva, responsabilidad colectiva, de grupos sociales u organizaciones empresariales, o vicarial, en un reparto de la imputación en función de lo realizado por terceras personas, acorde a los fenómenos de delegación de control de riesgos y de la imputación individual en virtud de una probabilidad de acumulación de acciones similares por terceros. Y, en tercer lugar, una lesividad basada en riesgos genéricos o difusos, delimitados en virtud de estándares formales, o en producciones de efectos, vinculados solo en virtud de una causalidad estadística” (Alcacer, 2002, pp. 161 - 163).

del injusto penal, por la falta de desvalor de resultado e incluso ausencia de desvalor de acción, en la medida que no se percibe una acción peligrosa para los intereses a proteger por el Derecho penal y por tanto, la conducta no tiene capacidad para la producción de un resultado.

Faltando entonces la lesión o efectiva puesta en peligro del bien jurídico, debe argumentarse la ilegitimidad de la consagración en modalidad acumulativa, porque ni siquiera se puede sostener la creación de un peligro en abstracto para el bien jurídico, ni el nexo de lesividad penalmente relevante de cada una de las contribuciones mínimas con el medio ambiente y los recursos naturales como un sistema. Lo anterior implica, según Alcacer, que el único criterio de lesividad posible en estos casos, viene dado por los estándares de contaminación que fija el Derecho administrativo de manera arbitraria y formal, lo que implica la «administrativización» del Derecho penal, en donde lo importante es la “gestión y organización de contextos sociales de riesgo” (2002, p. 168)¹⁰.

La regulación e implementación de los delitos acumulativos parece obedecer a la necesidad de protección de ciertos «bienes» que, bajo la construcción tradicional del concepto de delito, no podrían incluirse como objeto de intervención penal, por lo que aquellos no suponen la efectiva lesión, la puesta en peligro concreto ni en abstracto de un bien jurídico o la realización de actividades riesgosas no permitidas. En este sentido Donini afirma que:

Es evidente que se temen daños masivos ‘a gran escala’ como efecto de conductas repetidas cuyo resultado se produce por acumulación. Y como en estos casos no se puede esperar a que exista un peligro concreto para intervenir, porque sería ya muy avanzado, y como tampoco se dispone de un aparato administrativo adecuado, se recurre a la sanción penal como *prima et unica ratio*. Llevada al extremo, esta actitud debería implicar que el modelo de función preventiva del derecho penal se constituya partiendo del *principio de precaución* (2003, pp. 97 - 98)¹¹.

10 Este autor concluye que el Derecho penal no está legitimado a proteger directamente las generaciones futuras, sino que ellas se protegerán de manera mediata a través de la protección de las presentes, es decir, a través del respeto de las condiciones de libertad de los ciudadanos, razón por la cual, el delito acumulativo no satisface las exigencias de intervención basados en la protección de bienes jurídicos colectivos siempre teniendo en cuenta el referente individual (Alcacer, 2002, p. 187).

11 Más adelante este mismo autor expresa: “En este sentido, el modelo punitivo penal que ofrece el principio de precaución introduce una auténtica revolución epistemológica con respecto al principio de subsidiariedad penal entendido correctamente, ya que ofrece legitimación a un espacio de tutela penal avanzada, prescindiendo completamente del filtro que representan los sistemas de control social de carácter extrapenal. [...] En lugar de ilícitos administrativos, se introducen incriminaciones anticipadas que son sólo delitos. [...] De estos comportamientos es posible que se derive un resultado dañoso o concretamente peligroso, sin embargo se califican como hechos de exclusiva relevancia penal aunque en concreto no se haya verificado ningún peligro, y aunque no exista una prognosis científicamente segura sobre la probabilidad de que se verifique un daño

2.3 Administrativización del Derecho penal y normas penales en blanco

Como si no fuera suficiente con la complejidad del bien jurídico que se estudia, confluye también el fenómeno de administrativización del Derecho penal o accesoriad administrativa, entendido como la intromisión del *ius puniendi* en asuntos que tradicionalmente le han correspondido al Derecho administrativo, lo que genera una doble consecuencia, que tanto el Derecho penal como el administrativo terminan sancionando las mismas conductas, o que se establezca un castigo en el Derecho penal, cuando en el Derecho administrativo no se consagre sanción alguna¹², perdiéndose su carácter de *ultima ratio*. No obstante, respecto a que el contenido de los tipos penales sea un injusto administrativo, expone Donini que “(...) este fenómeno, como modelo, es completamente tradicional y ha sido ya utilizado. [...] Mucho más significativo que el fenómeno de la administrativización del derecho penal me parece el de la incriminación anticipada de hechos que jurídicamente pasan a ser, por primera vez, ilícitos únicamente en el ámbito penal” (2003, pp. 96 - 97).

La administrativización del Derecho penal se realiza, entre otras técnicas, a través de la norma penal en blanco, que se define como aquella norma en la que parte o todo el supuesto de hecho penal, donde se describe la conducta prohibida, se debe completar o dotar de contenido en una norma de carácter extrapenal (Velásquez, 2009). Aquí ese puede encontrar la delegación por parte del legislador de su función de valoración frente a lo que se quiere proteger, realizando una labor de «reenvío» general y sin distinción a normas extrapenales, en especial a normas de menor jerarquía, como actos administrativos de autorización. Esto se evidenciará cuando se aborde el estudio de los tipos penales colombianos que regulan el tema ambiental, en la tercera parte de este trabajo.

El término «administrativización» indica que los tipos penales son cada vez más parecidos a la forma en que interviene la administración pública, lo que supone alejarse de las exigencias propias de la ley penal: que sea abstracta, general y clara; por tanto, las normas penales en blanco se convierten en la herramienta para que

como consecuencia de la conducta realizada. El que se reproduzcan resultados realmente nocivos o graves se considera lógico e incluso sólo posible como resultado de la acumulación de conductas antinormativas. El ‘modelo estructural’ de estas incriminaciones ha estado siempre representado por la violación de reglas cautelares y por la inobservancia de prescripciones administrativas (órdenes, medidas, reglamentos, autorizaciones, etc.)” (Donini, 2003, pp. 99-100). En este sentido, véase también a Escobar (2011, p. 21).

12 Al respecto, se consideran apropiadas las consideraciones de Müller & Tuckfeld (1999, p. 515): “a una acción permitida por el Derecho administrativo no se le puede vincular consecuencia penal alguna [...] [además este problema] “se acentúa con la problemática de la accesoriad del *acto* administrativo. Con esta última se pone en manos de los legisladores de los *länder*, de los municipios, de los técnicos de la administración y de la jurisdicción administrativa la posibilidad de disponer sobre el ámbito de aplicación del núcleo del Derecho penal”.

la administración solucione casos particulares y riesgos excepcionales, es decir, en un mecanismo de respuesta a «emergencias» concretas (Baratta, 1991, p. 44).

Es importante resaltar que el Derecho administrativo permite la explotación de los recursos naturales y unos determinados niveles de deterioro ambiental en la medida que esta sea solicitada y autorizada, por tanto el Derecho penal estaría prohibiendo conductas que en alguna medida la administración permite e incluso fomenta. Pero es precisamente en el ordenamiento administrativo donde se establecen los límites entre lo que se puede y no se puede hacer para la explotación del medio ambiente y los recursos naturales; consagraciones que se han visto reflejadas en el ordenamiento penal y es por esto que se considera la accesoriedad administrativa de las sanciones penales, en la medida que devienen de este ordenamiento.

Tal manera de establecer las prohibiciones ha sido bastante discutida, entre otras razones, porque no es posible establecer, en determinados casos, si lo que se protege es el medio ambiente y los recursos naturales o la potestad administrativa en la regulación de ellos. También se ha dicho que esto es inconveniente ya que si el tema se encuentra regulado por vía administrativa (incluso a través de su aparato sancionador) sería innecesaria la consagración penal, además de violatoria del carácter subsidiario del Derecho penal; esto lleva a la eficacia simbólica de la intervención penal, pues parece que lo que se busca, entre otras cosas, es generar otro tipo de reacción en la sociedad, logrando conciencia y educación respecto del ambiente con ayuda de la herramienta penal.

La administrativización del Derecho penal ambiental es defendida por De la Mata Barranco, quien deja claro que: “[I]a dependencia técnica del ordenamiento administrativo es irrenunciable, pero no es admisible una penalización de todo el Derecho administrativo [...]. Lo que sí ha de observarse es hasta dónde pretende llegar la ley penal, estableciéndose determinados criterios de selección para decidir qué comportamientos opuestos al Derecho administrativo merecen la ultima ratio de la pena” (2000, p. 26).

Asimismo, este autor exige claridad de la normativa administrativa, pues de ello depende que el Derecho penal ambiental también lo sea, ya que se hace el reenvío a la primera por parte de la ley penal en blanco, que ve como necesaria ya que “en ocasiones el Derecho penal no puede defender directamente determinados bienes jurídicos, sino que ha de hacerlo a través de normas jurídicas no penales, por lo que adquiere un carácter auxiliar y secundario –garantizador– que debe asumir pues, de lo contrario, se convertiría, como se señalaba, en meramente simbólico y, lo que es peor, en jurídicamente inseguro” (De la Mata Barranco, 2000, p. 32)¹³.

13 También defiende la consagración de las normas penales en blanco en materia ambiental Caldas Vera (2011, p. 73).

A pesar de que lo anterior puede tener cierta validez, no se puede olvidar que el Derecho penal tiene como uno de sus rasgos característicos ser *ultima ratio* y ello implica que antes deberían actuar otras instancias de control e intervención social que permitan la prevención del deterioro ambiental, tales como la educación y el replanteamiento de los modelos de consumo para la disminución de la explotación de los recursos naturales renovables, e incluso mecanismos de reacción diferentes como el Derecho administrativo sancionador, que podría ser más eficaz que el Derecho penal, siempre que se dispongan las condiciones para que ello sea así. Todo lo anterior porque, como se verá en los párrafos siguientes, de poco sirve para la efectiva protección penal ambiental si no hay otras instancias actuando para lograrla, y un poco más allá, si no existe un real interés en garantizar dicha protección.

Finalmente, no puede dejarse sin consideración que la intervención penal, respecto del medio ambiente en particular, muestra la «huida» hacia el Derecho penal frente a la ineptitud del aparato estatal para solucionar los problemas y reclamos sociales de seguridad y protección, deformando la esencia del Derecho penal por esa inadecuada e insuficiente política estatal, afectando las bases fundamentales sobre las que este se ha construido: carácter de *ultima ratio*, principio de legalidad, de lesividad, entre muchos otros.

En definitiva, se debe concluir que el Derecho penal no tendría nada que hacer si los demás mecanismos de control social y otros ordenamientos cumplieran adecuadamente su papel, sobre todo después de analizar en el primer capítulo la gran cantidad de políticas nacionales e internacionales que se han establecido para garantizar la protección ambiental. Así, utilizando las palabras de Hassemmer y Muñoz Conde: “aunque no cabe duda de que también aquí el derecho penal tiene algo que decir, no es precisamente la rama del Derecho que más tiene que decir” (1995, p. 199).

3. Conclusiones. El Derecho penal genera ineficacia en las políticas públicas ambientales

No siendo suficiente con el uso de herramientas que vulneran principios político criminales para la aplicación de unos tipos penales que en situaciones cotidianas y reales terminan siendo ineficaces y cumpliendo una función simbólica, tendrá que decirse que no es claro el efecto de la pena (tanto en abstracto como en concreto) para evitar la repetición y reincidencia de estas conductas, en especial frente a las conductas que atentan contra el ambiente, toda vez que ni siquiera alcanzan a considerarse desviadas, pues hacen parte del normal desarrollo social y económico de los hombres.

Por otro lado y muy relacionado con los efectos simbólicos, no puede pretenderse que a través del Derecho penal con la herramienta de la pena, se genera conciencia y respeto por el medio ambiente, que serían los postulados de algún sector de la «prevención general positiva»¹⁴, ya que en efecto a las personas se les está investigando y condenando por estos delitos, a pesar de todos los problemas que aquí se expusieron, y no puede aprenderse a costa de la libertad de otros, es decir, no puede instrumentalizarse a la persona sobre la que recae la sanción para que el resto de los ciudadanos se concienticen o se sientan seguros porque existen normas penales que garantizan la protección ambiental o que como mínimo muestran que, al ser aplicadas, aún están vigentes para continuar con esa garantía.

Además, no puede aceptarse, como si fuera propio de la intervención penal, y siempre lo hubiera sido, ejercer funciones simbólicas que implican actuar como mecanismo de aprendizaje de las normas de protección ambiental o de ayuda para que los ciudadanos introyecten la importancia del ambiente para la existencia de la humanidad, ni para proteger la confianza de los ciudadanos en el funcionamiento adecuado del sistema social y jurídico, porque esto implica, como ya se analizó, romper con todas las estructuras tradicionales del *ius puniendi*, que contribuyen a que éste sea menos violento y autoritario, criminalizando conductas que no alcanzan a ser peligrosas.

A todo lo anterior se le suma la ineficacia en la investigación frente a la presunta realización de delitos ambientales, que aumenta el ya ineficaz funcionamiento de las normas penales ambientales, por lo menos respecto de las funciones que la misma norma informa cumplir y contribuye a la función meramente simbólica del Derecho penal en esta materia. Este problema se agudiza con el aumento y reforma de normas penales que suponen la expansión de la intervención penal en materia ambiental, el aumento de pena para las conductas que en ellas se prohíben y las reformas procesales que reducen garantías y beneficios para el investigado, que tienen como finalidad simbólica única, o por lo menos sí principal, mostrar intenciones de atacar el problema.

Asimismo, la creación de la normativa ambiental, no solo en materia penal, se ha visto influenciada por las organizaciones y empresas poderosas, en especial grupos multinacionales con capacidad de incidir sobre las decisiones finales que se tomen en esta materia, a los niveles nacional e internacional; siendo ellos, paradójicamente los verdaderos destinatarios de las normas ambientales, pues sus actos son los que en mayor medida aportan al deterioro del medio ambiente.

14 Véase Ferrajoli (1995).

Por tanto, si el Derecho penal lo único que está haciendo en materia ambiental es obstaculizar la correcta aplicación de otros mecanismos, por demás idóneos, la propuesta debe apuntar hacia la despenalización o abolición de las conductas que atentan contra el medio ambiente.

El estado de cosas en que se encuentra la protección ambiental (no solo por vía penal) denota la necesaria asunción de una postura crítica al respecto, en especial en Colombia, porque no se puede dar por sentada ni legitimada la intervención penal, por la sola importancia que reviste el medio ambiente ni por su estado de actual deterioro, más aún cuando la intervención penal poco está haciendo por la conservación del ambiente. El problema, tal y como lo plantea Zaffaroni (1993), consiste en presumir esa legitimidad y por eso él la llama legitimidad «utópica», porque en la mayoría de los casos es imposible su realización social, es decir, que el Derecho penal cumpla sus funciones manifiestas o porque cumple un papel completamente diferente del que le es otorgado al momento de su creación y programación.

No pueden, entonces, sacrificarse las garantías que limitan el *ius puniendi*, con la excusa de que es necesario enfrentar nuevos problemas que no pueden ser asumidos por el Derecho penal tradicional, cuando a pesar de intentarlo no ha podido cumplir su papel de protección ambiental.

La solución de fondo, de la mano de la despenalización de estas conductas, ha de consistir en el cambio radical del comportamiento de todas las personas, de todas las sociedades, de un sistema económico que realmente sea equilibrado y justo, ya que el actual contribuye al empobrecimiento de los pueblos y al deterioro ambiental, porque acudir al aparato punitivo estatal de la manera irracional en que se realiza, es impedir que se genere conciencia del cambio que se requiere y además es obstaculizar la participación de otros mecanismos menos lesivos y realmente efectivos, siempre y cuando exista la voluntad social y política, que cumplan un papel adecuado a la hora de la protección ambiental.

En el camino hacia ese adecuado cambio que requiere nuestra sociedad, se requiere la correcta aplicación de toda la normativa, nacional e internacional, mencionada en el primer apartado de este texto y una verdadera relación equilibrada entre las necesidades humanas, entre ellas las de progreso y desarrollo, y la protección del ambiente, lo que implica un cambio en el modelo de producción, en especial el capitalista, donde se mide la riqueza mediante la acumulación de bienes, que han surgido de la insostenible explotación de los recursos naturales. Por ello son necesarias propuestas que inviten a la real protección ambiental y no a la protección:

[...] de un orden económico que perpetúa las brechas de desigualdad social, las cuales obedecen a fenómenos más complejos que la presión política nacional, y que se evidencian a partir de una regulación legal que atrae la inversión extranjera y, específicamente, el uso del Derecho Penal como herramienta para conseguir dichas finalidades del mercado (Rojas, 2013, p. 152).

En Colombia, el mismo Ramírez (2007) en este punto con razón, ha expresado que el Estado, por ser el primer encargado de planificar la economía nacional, debe contribuir e incentivar la creación de sectores industriales en vanguardia en productos y tecnologías limpias, debe ocuparse también de mejorar el intercambio de información para reducir los ataques al medio ambiente, ahorrar en materias primas, estimular el reciclaje de residuos y fomentar la investigación para el uso de productos y recursos energéticos menos.

No es seguro que estas sean las soluciones más adecuadas, pues siguen ajustadas dentro de ese modelo de producción que se considera el depredador del ambiente, pero pueden pensarse, al menos, posiciones intermedias de camino a otras más radicales y más efectivas, donde las personas no requieran de tantos bienes para vivir bien.

Se requiere además, que se realicen programas educativos ambientales para ser aplicados desde la en la escuela primaria, donde se enseñen los problemas respecto del medio ambiente y el modelo económico y las alternativas frente a esta último que ha contribuido al deterioro ambiental; porque si lo que se requiere es crear conciencia y educar respecto del valor del ambiente, el espacio adecuado son los recintos escolares y no las cárceles; no es el Derecho penal el encargado de crear conciencia, en especial cuando su aplicación genera sufrimiento físico y psicológico, tanto para quien es investigado o condenado por un delito ambiental, como para su círculo familiar y social.

Además, ya se ha dicho que el Derecho penal es *ultima ratio* y, por tanto, ha de intervenir cuando los demás mecanismos se han puesto en marcha y han fracasado, y cuando se ha afectado el bien jurídico en mención. Así, si se continúa expandiendo la intervención penal en materia ambiental, a través de la creación de nuevos tipos penales, la modificación de los ya existentes o con el endurecimiento de las penas, lo único que se va a lograr es que el problema ambiental se haga más complejo y el Derecho penal sea más ineficaz.

No debe instaurarse la protección penal del ambiente en Colombia como si fuera el mejor recurso, porque existen dificultades en la aplicación de la normativa administrativa en materia ambiental ya que estas están condicionadas por el conflicto colombiano, que hace que se tornen ineficaces, razón por la cual, si se instaura la protección penal ambiental por excelencia, antes que las demás, se estarían

vulnerando todas las reglas de intervención del *ius puniendi* en vano y causando un daño mayor.

La inconveniencia de la intervención penal en asuntos ambientales, que conllevaría a la necesidad de su abolición, es recalcada por tres aspectos básicos: (1) por ser ineficaz en la labor de efectiva protección del medio ambiente y los recursos naturales, (2) por cumplir únicamente funciones simbólicas, lo que le supone desempeñar un papel ilegítimo y (3) por afectar varias de las garantías más importantes que son necesarias para que el *ius puniendi* esté justificado, lo que es inadmisibles desde el punto de vista del Estado Social y Democrático de Derecho.

Referencias

- Alcacer Guirao, R. (2002). La protección del futuro y los daños cumulativos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (4). Recuperado de http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.html
- Baratta, A. (1991). Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. En *Pena y Estado* (1). Santiago de Chile, Chile: Conosur.
- Caldas Vera, J. (2011). Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, en *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Colombia. Cámara de Representantes de la República. (2010). *Exposición de motivos al Proyecto de Ley 160, por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad*.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 491. (13 de enero de 1999). Por la cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N°. 43.477.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 599 (24 de julio de 2000). Por la cual se expide el Código Penal”. Diario Oficial N°. 44.097.
- Colombia; Ministerio de Justicia. Decreto Ley 100. (23 de enero de 1980). Por el cual se expide el nuevo Código Penal”. *Diario Oficial* No. 35.461.
- Colombia, Ministerio de Justicia. Decreto Ley No 100. (23 de enero de 1980). Por el cual se expide el nuevo Código Penal. Diario Oficial N°. 35.461.
- Corcoy, M. (1999). *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*. Valencia, España: Tirant lo blanch.
- Corcoy, M. (2007). “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, en *Política criminal y reforma penal*, dirs. S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo. Madrid, España: Edisofer.

- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-008 (1992).
- De La Mata, N. J. (2000) Derecho Comunitario y Derecho Estatal en la Tutela Penal del Ambiente. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminología*, RECPC 02-02. Recuperado de <http://criminet.ugr.es>.
- Donini, M. (2003). ¿Una nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico, *Nuevo Foro Penal*, (65), trad. C. Méndez Rodríguez, Medellín, Colombia: Universidad Eafit.
- Escobar, S. (2010). El traslado del principio de precaución al Derecho penal en España, *Nuevo Foro Penal* (75). pp. 15-40.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Trotta.
- García, M. (1993). *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*. Bogotá, Colombia: Uniandes.
- Hassemer, W., Muñoz Conde, F. (1995). *La Responsabilidad Penal por el producto en Derecho Penal*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Kindhäuser, U. (1998). Elementos fundamentales del Derecho penal medioambiental. (J. M. Vallejo Montero, Trad). *Revista de Ciencias Penales*, 1 (2).
- Müller, J. C. y Tuckfeld, M. (1999). “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, en *La insostenible situación del Derecho Penal*, dir. C. M. Romeo Casabona, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española). Granada: Comares.
- Pabón, P. A. (2011). *Manual de Derecho penal. Tomo I parte general*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Rama Judicial del Poder Público (2010): *Sistema penal acusatorio, ley 906 de 2004. Informe de Gestión Fases I, II, III y IV, ene. 2005 – jun. 2010*. Recuperado de www.ramajudicial.gov.co
- Ramírez Bastidas, Y. (2007). *El delito ecológico*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Rojas, L. (2013). ¿Qué se protege realmente con la criminalización de la minería en Colombia? *Derecho penal contemporáneo* (43). 149 – 204.
- Schünemann, B. (1996). *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Soto Navarro, S. (2003). *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos en la sociedad moderna*. Granada: Comares.
- Velásquez, F. (2009). *Derecho penal. Parte general*. 4ª. ed. Bogotá: Comlibros.
- Zaffaroni, E. R. (1993). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, 2ª ed. Bogotá: Temis.
- Zaffaroni, E. R; Alagia, A. & Slokar A. (2006). *Manual de derecho penal, parte general*, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar.



Autor: Juan Carlos Gil Acevedo
Título: Bi-secciones
Técnica: fotografía digital
Dimensiones: variables
Año: 2015

Derechos de emisión y fiscalidad en el derecho español¹

DOI: [10.17533/udea.esde.v72n160a14](https://doi.org/10.17533/udea.esde.v72n160a14)

¹ Artículo de investigación, resultado de la investigación doctoral titulada “Aspectos Fiscales de los Mecanismos de Desarrollo Limpio: Contexto y Aplicabilidad en Europa y América Latina”; financiada con recursos propios de la autora.

Fecha de recepción: 24 de agosto de 2015

Fecha de aprobación: 11 de diciembre de 2015

Derechos de emisión y fiscalidad en el derecho español

*Marta Irene Arrieta Martínez*²

Resumen

Los principales aspectos a tratar en este artículo son los impuestos que inciden en el comercio de los derechos de emisión en el ámbito del derecho tributario español. El análisis consiste en detallar cada una de las características de los tributos más relevantes como el impuesto sobre sociedades (IS), el impuesto de la renta sobre las personas físicas (IRPF), el impuesto sobre el valor añadido (IVA) y en materia contable se analizará la Resolución de 8 de febrero del 2006.

Palabras clave: base imponible, contabilidad, derecho de emisión, impuesto sobre la renta, impuestos sobre sociedades, IVA.

Emission rights and taxation in the Spanish law

Abstract

This paper focuses on the taxes that affect emission rights trade in Spanish tax law. The analysis details the most relevant internal tributes, including corporate taxes (IS), individual income taxes (IRPF), value-added tax (IVA), and the accounting Resolution of February 8, 2006.

Keywords: Taxable Income, Accounting, allowance, income tax, corporation tax, VAT

2 Abogada, Universidad del Atlántico, Barranquilla (Colombia). Licenciada en Derecho Universidad Alcalá de Henares (España). Candidata a Doctora en Derecho Universidad Rovira I Virgili Tarragona (España). Máster en Derecho de Empresa y Contratación, Universidad Rovira I Virgili Tarragona (España). Summer School in European Private Law, Universidad de Salzburgo (Austria). Correo electrónico: marcami33@hotmail.com y martairene.arrieta@estudiants.urv.cat

Citación de este artículo usando el sistema APA: Arrieta Martínez, M. I. (2015). Derechos de emisión y fiscalidad en el derecho español. *Estudios de Derecho*. 72 (160), 331-349. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a14

Derechos de emisión y fiscalidad en el derecho español

Introducción

En la siguiente investigación analizaremos los diferentes tributos del ordenamiento jurídico español relacionado con los derechos de emisión, entre los cuales están: el impuesto sobre sociedades (IS), el impuesto de la renta sobre las personas físicas (IRPF), el impuesto sobre el valor añadido (IVA) y, en materia contable, tenemos la Resolución de 8 de febrero del 2006.

Los aspectos a destacar de cada uno de los impuestos mencionados serán: para el caso del impuesto sobre sociedades: la naturaleza jurídica y ámbito de aplicación del mismo, su base imponible, en la cual se establecerá la forma como se determina y su calificación a efectos de sujeción y tributación, así como su método de estimación. También se incluirán aquellos gastos objeto de deducción y los no deducibles, así como los beneficios que resulten aplicables a las operaciones relacionadas con derechos de emisión; se estipulará el plazo para efectuar reinversión en caso de que procedan y el período impositivo y devengo del impuesto. En relación a la tributación de los derechos de emisión en el impuesto del IRPF, para determinar su imputación, se utilizarán los mismos criterios empleados en el impuesto sobre sociedades, no obstante, la calificación jurídica de éstos dependerá de la finalidad obtenida en el comercio de los mencionados derechos.

Ahora bien, sobre los aspectos relacionados con la contabilidad de los derechos de emisión, en este artículo se analizarán teniendo como referencia la Resolución de 8 de febrero de 2006 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de cuentas y la Ley 1 de 9 de marzo de 2005.

Por otra parte, se incluye el estudio de la incidencia tributaria de los derechos de emisión en el IVA, donde se valorará la regla de asignación de dichos derechos y a partir de ello, se establecerán los tipos de sujeción a los cuales se someterán. Posteriormente, se analizará la naturaleza jurídica del impuesto, sus características, ámbito de aplicación, sujeción, lugar de realización, hecho imponible, deducciones, tipo impositivo, de vengo, etc.

El objetivo fijado como elemento esencial en esta investigación consiste en determinar la incidencia tributaria de los principales impuestos del sistema fiscal español y su relación con los derechos de emisión teniendo en cuenta que España posee un considerable desarrollo normativo en materia de derechos de emisión.

También se trata de establecer el nivel de sujeción de determinadas operaciones vinculadas a los derechos de emisión y facilitar la actividad empresarial en este sector, que dependiendo de la carga tributaria ofrecerá posibilidades de inversión y desarrollo económico para el país.

Metodología

En esta investigación se aplica el método deductivo-investigativo, mediante el cual se utiliza como fuente principal la legislación tributaria del ordenamiento jurídico español y jurisprudencia al respecto, al igual que las opiniones y conceptos de diferentes autores que han trabajado sobre el tema de los derechos de emisión.

El eje central de este método es responder a las dudas y cuestiones planteadas sobre las características de los principales impuestos en el sistema tributario español y su incidencia en las operaciones vinculadas al comercio de derechos de emisión. Esto permite marcar los parámetros para la creación de nuevos conceptos y criterios relevantes acerca de la fiscalidad de dichos derechos, criterios que servirán como punto de partida para los interesados en invertir en el mercado de derechos de emisión o para quienes deseen información más detallada sobre este tema en particular.

Resultados

- Tributación de los mdl en España

1. Tributación de los derechos de emisión en el impuesto sobre sociedades

Teniendo en cuenta que el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 2004, Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, no hace alusión ni prevé normas respecto a las operaciones vinculadas con derechos de emisión, necesariamente se ha de recurrir a otra instancia, que en este caso resulta pertinente, debido a que contiene de manera específica la regulación de las mencionadas operaciones, me refiero a la regulación contable.

Para tal efecto, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, (ICAC) crea la Resolución de 8 de febrero 2006, que más adelante se analiza, la cual contiene los lineamientos para la contabilidad de los derechos de emisión de gases de efecto

invernadero; dicha resolución contempla que a efectos de criterios contables, estos derechos serán calificados como inmovilizado material³ (Alonso, 2008; Fuster, 2007). No obstante, en el impuesto sobre sociedades, la calificación jurídica de los derechos de emisión resulta bastante compleja, debido a que surge una serie de variables, que determinan de un modo u otro las diferentes valoraciones que podrían tener dichos derechos⁴. Y por consiguiente, la forma de tributación de los mismos.

Para Gorospe (2009), la calificación jurídica de los derechos de emisión para este caso se haría de varias maneras, atendiendo los criterios y finalidad para los cuales se destinen los mismos. En tal caso, estaríamos ante una calificación como activos intangibles (De Haro, 2011), mercadería o activo financiero.

1.1 Naturaleza y ámbito de aplicación del impuesto

A efectos de lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Impuestos sobre Sociedades (TRLIS), se trata de un impuesto de carácter directo y de naturaleza personal, aplicable para todo el territorio español⁵.

1.2 Base imponible

La determinación de la base imponible de los derechos de emisión se realizará a partir de la valoración contable y su calificación como inmovilizado material, tal y como afirman Bilbao & Mateos (2006), para quienes “la determinación de la base imponible en el TRLIS, ha de tener como requisito previo, un estudio sobre la contabilidad de la valoración de los derechos, de su amortización, de la dotación de provisiones, de las sanciones y por último, de los incrementos patrimoniales derivados de su enajenación por partes de las empresas emisoras” (p. 39).

Por tanto, la base imponible⁶ quedará sujeta para su determinación en primer lugar, al método de estimación directa, mediante este método el cálculo de la base imponible se hará a partir de la corrección y el resultado contable, teniendo en cuenta las disposiciones previstas en el código de comercio, y demás leyes que

3 Véase la norma tercera. 2 de la Resolución de 8 de febrero 2006 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), por la que se aprueban normas para el registro, valoración e información de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

4 Sobre el tema de la calificación jurídica de los derechos de emisión en el impuesto sobre sociedades pueden verse los variados conceptos sobre dicha calificación atendiendo la función y finalidad que se persiga con su comercialización (Gorospe, 2009).

5 Arts. 1 y 2 del TRLIS.

6 La forma como se constituye la base imponible se encuentra descrita en el art 10.1 del TRLIS.

sean procedentes⁷ (Ferreiro, 2007). En segundo lugar, por el método de estimación objetiva, la base imponible se podrá determinar de una forma total o parcial, aplicando los signos, índice o módulos a los sectores de actividad⁸. Y en tercer lugar, de manera subsidiaria la ley contempla el método de estimación indirecta, y se aplicará cuando no se disponga de información o datos necesarios que permitan la determinación completa de la base imponible⁹, y conforme al procedimiento previsto en el art. 158 de la LGT. En todo caso, la administración está dotada de facultad expresa para determinar la base imponible aplicando el método de estimación directa según el art 143 del TRLIS.

Por otra parte, a efectos del impuesto sobre sociedades, los derechos de emisión, en relación con su asignación inicial, y desde el punto de vista contable, se tratará como una subvención¹⁰. Dichos derechos adquiridos gratuitamente, se considerarán como precio de adquisición el valor venal de los mismos en el momento de la adquisición y se valorarán al comienzo del año natural correspondiente¹¹. Sin embargo, la imputación fiscal a cuenta se hará progresivamente, en función de la producción, la obligación de entrega de los derechos o cuando se produzca una venta, y la subvención no se encuentre imputada ya a resultados, (Gorospe, 2010).

No obstante, cuando dichos derechos han sido registrados como activos, o vendidos a terceros, se valorarán por el precio de adquisición¹² o coste de producción y en ningún caso, serán amortizables¹³. Respecto a la transmisión de los derechos de emisión, también producirá efectos sobre el impuesto sobre sociedades, en la medida, en que se generarán beneficios y pérdidas que han de ser registrados e imputados en la cuenta de pérdidas y ganancias¹⁴.

1.3 Gastos deducibles

En la actividad empresarial que rodea la emisión y comercio de derechos, existen determinados factores que producen la contabilización de gastos propios a

7 Art 10.3 TRLIS.

8 Ver el art 10.4 TRLIS.

9 Así lo expresa literalmente el art 53 de la Ley General Tributaria (LGT).

10 Las subvenciones de carácter no reintegrable asociadas a derechos de emisión, adquiridos a título gratuito o por un valor sustancialmente inferior a su valor venal, se contabilizarán como «Ingresos a distribuir en varios ejercicios». Norma séptima de la Resolución de 8 de febrero 2006 del ICAC.

11 Norma cuarta de la Resolución de 8 de febrero 2006 del ICAC.

12 Ver las reglas de valoración para las adquisiciones a título lucrativo en el art 15.1.2.a. del TRLIS.

13 Sobre las reglas de amortización, téngase en cuenta el artículo 11 del TRLIS. Y sobre los criterios generales de amortización leer el comentario de Calvo (2012).

14 Ver también el art 15.1. del TRLIS.

la actividad, es decir, se generarán una serie de pasivos, ya sea, por pérdida de valor en el mercado, devolución de los derechos, gastos medioambientales o sanciones por gastos derivados de litigios con la administración.

En este caso, será deducible el gasto generado por la devolución de los derechos de emisión¹⁵ (Calvo, 2010) y por pérdida de valor en el mercado¹⁶, de igual forma que, los gastos medioambientales¹⁷ tal y como lo señala el art 13.2 del TRLIS. No obstante, para los gastos provenientes de sanciones o litigios, se estará a lo dispuesto en la legislación contable, específicamente en la norma octava de la Resolución de 8 de febrero 2006 del ICAC y se calificarán teniendo como referencia el art 30 de la ley 1/2005, de 9 de marzo.

Es oportuno señalar, que han de concurrir una serie de requisitos para que la deducción de gastos sea aplicable, entre los cuales, que exista una contabilización en la cuenta de resultados¹⁸ justificables documentalmente; de igual manera, se requiere que los gastos se encuentren inscritos contablemente en la cuenta de pérdidas y ganancias o en una cuenta de reservas¹⁹. Y que no se encuentren dentro de los supuestos de gastos no deducibles del art 14 del TRLIS. En todo caso, la ley prevé que dichos gastos tendrán un límite de deducibilidad de hasta un 30%²⁰.

En relación a la operación de cancelación y entrega de los derechos de emisión, el tratamiento fiscal estaría determinado, de tal forma que, en la cancelación se produciría una pérdida fiscal, en los derechos adquiridos y en los generados, según lo expresa (Gorospe, 2010, p 21), en cambio, en los derechos asignados no se generaría ingreso ni gasto fiscal. En el caso de la entrega, la situación resulta distinta, debido a que el resultado fiscal y contable resultaría neutro, como consecuencia de haberse cubierto todas las emisiones al final del año inmediatamente anterior.

1.4 Gastos no deducibles

El TRLIS, especifica en su art 14, qué gastos no son deducibles fiscalmente, e incluye en él, los gastos provenientes de multas o sanciones. No obstante, es preciso decir que, desde el punto de vista contable, se considera dicho gasto como deducible, como se explicó antes.

15 Art 13.6 del TRLIS.

16 Art 12 del TRLIS.

17 Véase también la norma sexta de la Resolución de 8 de febrero 2006 del ICAC, relacionada con los gastos por emisión de gases de efecto invernadero.

18 Conforme lo explica (Gorospe, 2009, pp. 369-370).

19 Art 19 del TRLIS.

20 Art 20 del TRLIS.

1.5 Deducciones y beneficios

Para las operaciones relacionadas con derechos de emisión, que fiscalmente resultan imputables al tenor del TRLIS, se les aplicarán los beneficios y deducciones a que hubiere lugar, entre ellos, se encuentran; las deducciones por inversiones medioambientales, contempladas en el art 39 del TRLIS, dichas deducciones recaen sobre los bienes adquiridos, y que tengan como destino la protección medioambiental. El porcentaje a deducir de la cuota íntegra será del 8 por ciento de las inversiones, siempre que estén incluidas en programas o convenios conjuntamente con la Administración competente en temas relacionados con el medio ambiente²¹.

Entre tanto, las deducciones por reinversión de beneficios extraordinarios se harán conforme al art 42 del TRLIS. Y se aplicará sobre la cuota íntegra una tarifa de deducción del 12 por 100 de las rentas positivas derivadas de transmisiones onerosas de elementos patrimoniales integradas en la base imponible, gravada al tipo general (Calvo, 2007). Del mismo modo, cuando la base imponible tribute al tipo del 25 por 100, la cuota deducible será del 7 por 100; también se contempla una deducción del 2 por 100 para la base imponible gravada, con el tipo del 20 por 100 y para aquellas bases imponibles cuya tributación esté fijada en el tipo del 35 por 100, tendrán una deducción del 17 por 100²².

El plazo estipulado en el TRLIS para efectuar la reinversión, se entenderá entre el año anterior y los tres posteriores de la puesta a disposición del elemento patrimonial transmitido (Galapero, 2008) y (Gorospe, 2011).

1.6 Periodo impositivo y devengo

El periodo objeto de la imposición será aquel que coincida con el periodo de ejercicio de la actividad económica realizada por la empresa, y como particularidad, éste no debe ser superior a 12 meses²³. Y su devengo, tendrá lugar el último día del periodo impositivo, por mandato expreso del art 27.1 del TRLIS.

2. Tributación de los derechos de emisión en el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF)

21 Véase la consulta referente a la aplicación de la Deducción por inversiones en instalaciones destinadas a la protección del medio ambiente: Dirección General del Tributo (DGT). Consulta vinculante núm. 702/2013 de 6 marzo. JT 2013\901. (Aranzadi).

22 Para conocer los diferentes tipos de gravamen y la cuota íntegra aplicable en el impuesto sobre sociedades, ver los artículos 28 y 29 del TRLIS.

23 Art 26 del TRLIS.

En relación a la calificación jurídica de los derechos de emisión en el IRPF, analógicamente se aplican los mismos criterios utilizados en el impuesto de sociedades, es decir, la calificación variará de acuerdo a la finalidad que se obtenga con la comercialización de los derechos, teniendo en cuenta, si las operaciones con los mismos, se realizan de manera habitual o esporádica. Por tanto, la tributación versará sobre la calificación correspondiente.

2.1 Hecho imponible

De este modo tenemos, que si la actividad empresarial de emisión y comercio de los derechos se hace de manera regular, las rentas obtenidas tributarían como rendimientos de actividades económicas²⁴, según el art 6.1.c, del IRPF. Por otro lado, si con posterioridad a la transmisión a título onerosa²⁵ o lucrativa²⁶ de los derechos de emisión, se produce una variación en el valor del patrimonio, y su consecuente alteración, el concepto de la tributación sería como ganancia o pérdida patrimonial²⁷, en virtud del art 6.1.d, del IRPF.

2.2 Determinación de la base imponible

Constituye la base imponible del impuesto, el importe de la renta del contribuyente, su calificación y cuantificación se determinará, de acuerdo a su origen, de tal modo que, los rendimientos netos serán los generados por la diferencia entre los ingresos computables y los gastos a deducir, en cuanto las ganancias y pérdidas patrimoniales, se fijarán con carácter general, teniendo en cuenta la diferencia entre los valores de transmisión y adquisición²⁸.

En relación, a los métodos para determinar dicha base imponible, por regla general se utilizará el método de estimación directa, y cuando proceda la aplicación de otro método distinto, se estará a lo dispuesto en el art 16 del IRPF. No obstante, para el caso del rendimiento neto de las actividades económicas, estas se determinarán conforme al artículo 10.2 del TRLIS. Y los arts. 28.1 y 30, del IRPF.

24 Art 27 del IRPF, "Se considerarán rendimientos íntegros de actividades económicas aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios (...)".

25 Art 35 del IRPF.

26 Art 36 del IRPF.

27 Sobre el concepto de pérdidas y ganancias patrimoniales véase el art 33 del IRPF.

28 Art 15 del IRPF.

2.3 Reducciones y deducciones

Aquellas reducciones que resulten procedentes y reúnan los requisitos, serán aplicables sobre los rendimientos netos obtenidos en un plazo de tiempo superior de dos años y los obtenidos de forma notoriamente irregular se harán conforme a disposición expresa del artículo 32 del IRPF (Montesinos, 2008). Y las deducciones sobre los rendimientos netos de actividades económicas realizadas por el contribuyente que comercialice con derechos de emisión, tendrán lugar siempre que haya una inversión en elementos nuevos del inmovilizado material afectos a la actividad²⁹.

2.4 Período impositivo, devengo del Impuesto e imputación temporal

Generalmente el periodo impositivo, se entenderá como el año natural³⁰, salvo que ocurra el fallecimiento del contribuyente y como consecuencia el periodo impositivo será inferior. El devengo del impuesto se hará efectivo el 31 de diciembre de cada año, salvo para el supuesto contemplado en el art 13 del IRPF, en cuyo caso el devengo se producirá un día distinto al 31 de diciembre.

Respecto a la imputación temporal, siguiendo la regla general que fija el artículo 14 del IRPF, para los rendimientos de actividades económicas, éstos se imputarán de acuerdo a lo dispuesto en la Ley del impuesto sobre sociedades, en su art 19.1 y las ganancias y pérdidas patrimoniales, se imputarán al período impositivo en que tenga lugar la alteración patrimonial³¹.

3. Contabilidad de los derechos de emisión. Análisis de la Resolución de 8 de febrero 2006 del instituto de contabilidad y auditoría de cuentas

Los aspectos relativos a la contabilidad de los derechos de emisión previstos en la Ley 1/2005 de 9 de marzo, se encuentran regulados en la Resolución de 8 de febrero de 2006, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) en ella, se aprueban normas para el registro, valoración e información de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, las cuales analizaremos a continuación.

Dicha resolución está compuesta de una parte expositiva, 10 normas y una disposición final. En la norma primera, se fijan los criterios del ámbito de aplicación de la misma, estableciéndose con carácter general la inclusión del registro, valoración e información a reflejar en las cuentas anuales de los derechos de emisión, a fin de establecer el patrimonio real, su estado financiero y los resultados

29 Art 68 del IRPF.

30 Art 12 del IRPF.

31 Art 14.1.c del IRPF.

del sujeto contable. Se aplicará a toda empresa que haya sido beneficiaria de una asignación a través de un Plan Nacional de asignación, conforme a los términos de la Ley 1/2005, de 9 de marzo.

Cabe recordar, que el Plan Nacional de asignación, desapareció desde el pasado 1 de enero de 2013, con la modificación hecha por art. Único.10 de la Ley núm. 13/2010, de 5 de julio, a partir de esta fecha, las reglas de asignación se determinarán de acuerdo a la normativa armonizada comunitaria y el art 17 de la Ley 1/2005 de 9 de marzo.

La norma segunda, introduce las definiciones de términos relevantes a tener en cuenta dentro de la resolución, tales como, derecho de emisión³², valor venal de los derechos de emisión³³, reducción certificada de las emisiones³⁴ y unidad de reducción de las emisiones³⁵.

La norma tercera, incorpora el procedimiento a seguir para el registro contable de los derechos de emisión, en efecto, dichos derechos se registrarán en el balance de la empresa y se darán de baja del mismo, una vez sean transmitidos a terceros, entregados o hayan caducado.

Por su parte, la norma cuarta contempla la valoración inicial de los derechos de emisión, los cuales, se estimarán de acuerdo al precio de adquisición o al coste de producción siguiendo lo dispuesto al respecto en el plan general contable³⁶, no obstante, para los derechos adquiridos a título gratuitos, se considerará como precio de adquisición el valor venal de los mismos en el momento de la adquisición y para los derechos procedentes de reducciones certificadas de emisiones de los MDL o AC, se valorarán como producción conjunta en los términos que establece la norma quinta de la Resolución de 9 de mayo de 2000³⁷.

32 Definición según la norma segunda de la Resolución de 8 de febrero 2006 del ICAC. Numeral 1. "Derecho de emisión. –El derecho subjetivo a emitir, desde una instalación incluida en el ámbito de aplicación de esta Resolución, una tonelada equivalente de dióxido de carbono, durante un período determinado".

33 Resolución ICAC, norma segunda, numeral 2. "Valor venal de los derechos de emisión. –El valor venal de un bien o derecho es el precio que se presume estaría dispuesto a pagar un adquirente evento al teniendo en cuenta el estado y lugar en que éste se encuentre. El valor venal se apreciará en función de la situación de la empresa y, generalmente, bajo la hipótesis de continuidad de la explotación del bien o derecho. En el caso de los derechos de emisión, su valor venal será, con carácter general, el valor de mercado".

34 Numeral 3. "Reducción certificada de las emisiones. –Una unidad expedida de conformidad con el artículo 12 del Protocolo de Kioto a la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático".

35 Numeral 4. "Unidad de reducción de las emisiones. –Una unidad expedida de conformidad con el artículo 6 del Protocolo de Kioto a la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático".

36 Véase en la primera parte, el punto 6 sobre los criterios de valoración en Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

37 En esta resolución, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, se establecen los criterios para la determinación del coste de producción.

Ahora bien, la norma quinta recorre un paso más y considera la valoración posterior de los derechos de emisión, admitiendo que una vez preceda el registro como activo patrimonial, se calcularán por el precio de adquisición o coste de producción y no serán amortizables.

En la norma sexta, se enumeran y cuantifican los gastos derivados de la emisión de gases de efecto invernadero, debido a que, representan un gasto del ejercicio contable de la empresa, requerirán una provisión para riesgos y gastos, y serán devengados en la medida en que se vayan emitiendo. Su importe y respectiva provisión serán determinables en virtud de que la obligación sea cancelada, así lo expresa el numeral 2 de la norma sexta. Y cuando se supere el porcentaje de emisiones adquiridas y emitidas, el gasto se cuantificará teniendo en cuenta la respectiva estimación que cubra los gastos del déficit de derechos.

A la séptima norma, se le atribuye la imputación de las subvenciones asociadas a derechos de emisión, aquellas recibidas gratuitamente o por valor inferior a su valor venal, se contabilizarán como ingresos a distribuir en varios ejercicios y se imputarán en la medida en que se imputen los gastos procedentes de las emisiones asociadas a dichos derechos.

Los gastos por sanciones, serán de los que al respecto establezca la norma octava, la cual dispone que, los llamados gastos extraordinarios se destinarán a cubrir las obligaciones que adquiera la empresa por concepto de sanciones relacionadas con las infracciones del artículo 30 de la Ley 1/2005 de 9 de marzo.

Por otro lado, la norma novena precisa que se debe suministrar toda la información relevante que ha de ser incluida en la memoria de las cuentas anuales. Y por último, en la norma décima, se proponen y enumeran las cuentas a utilizar para el registro de los derechos de emisión, asignando para cada uno de los subgrupos (21, 14, y 65), los derechos y movimientos a cargar en las respectivas cuentas. En la disposición final, se establece la entrada en vigor de resolución en cuestión.

4. Incidencia tributaria de los derechos de emisión en el IVA

4.1 Antecedentes

Muchas han sido las opiniones (Bilbao & Mateos, 2006; Alonso, 2008), acerca de la ausencia de norma específica que regule y desarrolle de manera amplia el tratamiento fiscal de los derechos de emisión, con especial referencia al IVA, dentro del ámbito del ordenamiento interno español, e igualmente a nivel de la Unión Europea.

Ahora bien, para determinar las incidencias tributarias de los derechos de emisión en el IVA, ha de tenerse en cuenta en primer lugar la regla de asignación de dichos derechos, a partir de la cual se establecerán los tipos de sujeción a los cuales estarán sometidos. Igualmente, se analiza la calificación jurídica del régimen fiscal de la transmisión de los mismos.

En la reforma introducida por la Ley 13/2010 de 5 de julio, se establece el nuevo método de asignación de los derechos de emisión para el periodo 2013-2020, el cual está descrito en el artículo 14 de la ley 1/2005 de 9 de marzo, en dicho artículo se determina que el método básico de asignación para el periodo de tiempo en mención, será la subasta. Sin embargo, la ley permite otro tipo de asignación, la llamada asignación gratuita transitoria, que está reservada solo para un específico grupo de instalaciones³⁸; no obstante, para este tipo de asignación se aplicarán condiciones y restricciones, las cuales se determinarán conforme a las reglas que al respecto, se disponga a nivel comunitario³⁹.

4.2 Naturaleza y característica del impuesto

La naturaleza⁴⁰ jurídica del derecho de emisión está consignado en el artículo 20 de la Ley 1/2005 de 9 de marzo, como el “derecho subjetivo a liberar a la atmósfera una tonelada equivalente de dióxido de carbono desde una aeronave o desde una instalación”, es un derecho transmisible y registrable. Además, su asignación gratuita o mediante subasta, y la titularidad del mismo, recaen sobre la administración General del Estado. En tratándose, de su adecuación a efectos del IVA, el derecho de emisión está considerado como una prestación de servicio⁴¹ (Rodríguez, 2009; Gorospe, 2010).

4.3 Territorialidad y ámbito de aplicación

El impuesto devengado será aplicable y exigible en todo el territorio español, en virtud de los arts. 2 y 3 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre.

38 Las instalaciones que califican para el tipo de asignación gratuita transitoria, se encuentran descrita en el art 16 de la ley 1/2005 de 9 de marzo.

39 Ver el art 17 *ibidem*.

40 Sobre la naturaleza de los derechos de emisión, destacaré el comentario de (Alonso, 2008, p. 631), en el cual cita a Martín Zamora, y resalta que éste último, considera que “la naturaleza de los derechos de emisión presentan similitudes con las concesiones administrativas, por tratarse de un derecho de explotación otorgado por el Estado”.

41 Véase también el artículo 11 de la ley del IVA.

4.4 Supuestos de sujeción y exención

Teniendo en cuenta que se destacan dos tipos de asignación (subasta) y (gratuita) nos encontramos ante dos preceptos que llevan implícito la necesidad de calificación dentro de los parámetros de sujeción de la ley del IVA⁴². Es así como, para las asignaciones gratuitas, entendida como aquella entrega de bien o prestación de servicio realizada por un ente público sin contraprestación, según lo dispone el art 7.8 de la Ley del IVA, no estarán sujetas al impuesto⁴³. Siempre y cuando se den los requisitos que para el caso es esencial: “en primer lugar la cualidad de organismo público y, en segundo lugar, el ejercicio de actividades en condición de autoridad pública” (Sentencia JUR 2013\219663, 2013. Fj3). Sin embargo, la ley también es clara y dispone que, en el caso que los entes públicos actúen por medio de empresa pública, privada, mixta o, en general, de empresas mercantiles, no se dará aplicación al supuesto de no sujeción⁴⁴ (Sentencia RJ 2012\4549, 2012.fj 2). Igualmente, la jurisprudencia comunitaria se ha pronunciado respecto a este punto⁴⁵.

En lo que respecta a la asignación inicial mediante subasta, tenemos que, dicha asignación no cumple los parámetros de sujeción al impuesto, a pesar de que haya mediado precio en la subasta (Alonso, 2008 p. 625; Gorospe, 2010, pt 4.1). No obstante, existe la posibilidad de que dicha operación sea desarrollada por la administración actuando en calidad de particular, entonces, estaríamos ante una probable sujeción al ITP y AJD⁴⁶.

Por otra parte, cuando se trate de la transmisión de los derechos de emisión⁴⁷, efectivamente, estará sujeto al IVA, debido a que se trata de una prestación de servicio⁴⁸ en toda regla, integrada por todos los elementos que la configuran, es decir, existe la transmisión del derecho, que en sí, está afecto a la actividad y es

42 Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (Vigente hasta el 01 de Enero de 2014)

43 Claramente lo dispone el art 7.8º. “Las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas directamente por los entes públicos sin contraprestación o mediante contraprestación de naturaleza tributaria”.

44 (Sentencia RJ 2011\5670, 2011).

45 (Sentencias (TJCE 2008, 212), 2008), (Sentencia (TJCE 2009, 345) , 2009), (Sentencias de 11 de julio de 1985), (Sentencia (TJCE 1987, 64) , 1987) (Sentencia (TJCE 1991, 257), 1991).

46 (Gorospe, 2010) respecto a este punto, considera que “podría estar sujeta al ITP, y al AJD como transmisión onerosa de un derecho por el Estado con un tipo de gravamen del 4%, siempre que no se realice en el ejercicio de una actividad empresarial” (Rodríguez, 2009), también opina que esta posible sujeción cabría si se dan los requisitos antes mencionados.

47 Ver Artículo 21 de la Ley 1/2005 de 9 de marzo. por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

48 La definición de prestación de servicio se encuentra descrita en el art 11 Ley del IVA.

realizado por el empresario⁴⁹. Del mismo modo, opina (Alonso, 2008) que “las transferencias de derechos de emisión a terceros son operaciones que se consideran sujetas y no exentas” (p. 631).

Otro punto a destacar es, cuando la compraventa de derechos de emisión la realiza quien no es empresario, en este supuesto, se considera como actividad comercial de transacción de derechos, y por tanto estará sujeta al IVA (Rodríguez, 2009, p. 492). Para el caso, de que las transmisiones se efectúen mediante operaciones financieras, como título valor, se aplicaría el supuesto de exención del art 20.uno.18.k de la Ley del IVA.

En relación, a la entrega y supresión de los derechos de emisión,⁵⁰ dicha entrega⁵¹ se realizará para cumplir con los compromisos de reducción de emisiones, será a título gratuito y tendrá carácter obligatorio, por disposición expresa del numeral 2 del artículo 27 de la Ley 1/2005, de 9 de marzo. En lo que respecta, a los aspectos fiscales de este tipo de operación, es de resaltar que, se trata de una prestación de servicio, realizada para fines propios de la empresa, por tanto se excluye el gravamen de sujeción al IVA por concepto de autoconsumo⁵² (García, 2007; Falcón, 2007).

4.5 Lugar de realización del hecho imponible

Como regla general, para establecer el lugar de la realización del hecho imponible del impuesto, para las prestaciones de servicio, será de aplicación el art 69.uno.1) y 69.dos. a). de la Ley del IVA, y tendrá como criterio aplicable, el lugar de realización de la prestación, el establecimiento permanente, domicilio o residencia del empresario. Para el caso, de que no aplique la regla general al supuesto de hecho se aplicarán las reglas especiales del art 70.uno.5.

49 En relación a la definición de empresario téngase en cuenta el art 5 Ley del IVA.

50 Artículo 27 Ley 1/2005, de 9 de marzo.

51 Véase en que consiste la entrega de bienes según el concepto del art 8 de la Ley del IVA.

52 Muchos se ha debatido sobre el proceso de adecuación de esta operación al impuesto del IVA, como autoconsumo, autores tales como: ((Bilbao & Mateos, 2006)) y (Rodríguez, 2009), entre otros. Véase también, una definición de autoconsumo citando a (García, 2007). “podemos definir el autoconsumo de servicios como aquella especie del género autoconsumo, a través del cual se grava en el IVA la salida gratuita de bienes del patrimonio empresarial al particular o el cambio de afectación del mismo de una actividad que permite deducir el IVA a otra donde tal deducción no es posible, condicionándose la sujeción al hecho de que el sujeto pasivo tenga derecho a la deducción total o parcial del IVA efectivamente soportado con objeto de la adquisición o importación de los bienes objeto de tales operaciones”.

4.6 Devengo

El devengo del impuesto se hará efectivo atendiendo dos criterios, en primer lugar, cuando se trate de una entrega de bienes, ésta se hará de acuerdo al artículo 75.uno.1. Y en segundo lugar, si es una prestación de servicio, se aplicarán los supuestos que describe el numeral 2 del art 75 Ley del IVA.

4.7 Base imponible

Teniendo en cuenta que la entrega de derechos de emisión, tiene carácter gratuito, y sin contraprestación alguna, no son de aplicación las reglas que sobre la base imponible se encuentran en el artículo 78 de la ley del IVA. De diferente opinión es Rodríguez Márquez, quien considera y plantea la posibilidad de calificar la asignación gratuita de derechos de emisión como una subvención vinculada al precio, lo que determinaría la obligación por parte de las empresas de repercutir el impuesto sobre una base imponible que incluya la parte correspondiente al valor de los derechos recibidos gratuitamente. Argumenta su posición sobre la interpretación extensiva del art 78.dos.3 de la ley del IVA (Rodríguez, 2009, pp. 492-502).

4.8 Sujetos pasivos del impuesto

Al tenor del art 84.uno.d⁵³, de la Ley del IVA, se considerarán sujetos pasivos del impuesto, por una parte, aquellas personas o empresarios que realicen la entrega de bienes o la prestación de un servicio sujetos a gravamen y por otra parte, también serán sujetos pasivos a efectos del impuesto los empresarios o profesionales para quienes se realicen las operaciones con sujeción a dicho impuesto, siempre que dichas operaciones las efectúe un prestador de servicio con establecimiento fuera de territorio español⁵⁴. Sin embargo, para las prestaciones de servicios que tengan por objeto derechos de emisión, no se les aplicarán las reglas de localización, del numeral a, de art 84.uno.2.Ley del IVA⁵⁵.

53 Art 84.uno.d, “cuando se trate de prestaciones de servicios que tengan por objeto derechos de emisión, reducciones certificadas de emisiones y unidades de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero a que se refieren la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y el Real Decreto 1031/2007, de 20 de julio, por el que se desarrolla el marco de participación en los mecanismos de flexibilidad del Protocolo de Kioto”.

54 De conformidad con el art 84.uno.2. Ley del IVA.

55 Ver. (DGT, 2011)

4.9 Tipo impositivo y deducciones

Como regla general, el tipo impositivo será aplicable en el momento de liquidar el impuesto. La ley del IVA prevé tres tipos impositivos, un tipo general del 21%⁵⁶, un tipo reducido del 10%⁵⁷ y el tipo súper reducido del 4%⁵⁸. Y en cuanto a las deducciones a que hubiera lugar sobre las prestaciones de servicios, se estará a lo dispuesto para tal efecto en el art 92 de la Ley del IVA.

Conclusiones

Los derechos de emisión y su comercialización encuentran su fundamento jurídico en el Protocolo de Kioto (PK), concretamente en el artículo 17 “comercio de emisiones”. En el ámbito nacional, en la legislación interna española los derechos de emisión se encuentran presentes en la Ley 1/2005 de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y la Ley 13/2010 de 5 de julio, por la que se modifica la Ley 1/2005 de 9 de marzo, perfecciona y amplía el régimen general de comercio de derechos de emisión e incluye la aviación en el mismo.

A nivel autonómico, los mencionados derechos, están contenidos en las medidas (leyes y Reales Decretos) adoptadas por las comunidades autonómicas para proteger la atmósfera y garantizar con ello, la reducción de emisiones de GEI, para citar un ejemplo tenemos la Ley 18/2003 de 29 de diciembre de la comunidad autonómica de Andalucía.

Respecto de la tributación de los derechos de emisión en España, éstos tributarán en el IVA, su incidencia en este impuesto estará determinada por las reglas de asignación de los derechos emitidos (gratuitos o subasta). También, tributarán en el impuesto sobre sociedades, su sujeción se determina a partir de la valoración contable y su calificación como inmovilizado material.

Tributarán en el IRPF y para establecer su calificación jurídica y respectiva tributación, se utilizará el mismo criterio aplicado en el impuesto sobre sociedades. La calificación será variable de acuerdo a la finalidad que se obtenga por el comercio de los mismos y de este modo se determina su imputación al impuesto. Y por último, serán objeto de estimación contable en virtud de la Resolución de 8 de febrero de 2006 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

56 El tipo impositivo general se encuentra previsto en el Artículo 90 de la Ley del IVA.

57 Art 91.uno.

58 Art 91.dos.

Referencias

- Alonso, F. J. (2008). La tributación de las operaciones realizadas sobre los derechos de CO₂. En F. Becker, L. Casorla, & J. Martínez, *Tratado de Tributación Medioambiental Volumen I* (pág. 631). Navarra: Thomson Aranzadi.
- Aranzadi. (s.f.). *Aranzadi Thomson Reuters*. Recuperado de: www.aranzadidigital.es
- Bilbao, I., & Mateos, A. I. (Agosto-septiembre de 2006). Régimen tributario de los derechos de emisión CO₂. *Tribuna Fiscal* No. 190-191, pp. 36-38.
- Calvo, J. (2012). Tratamiento contable y fiscal del fondo de comercio en el IS a la luz de la reciente doctrina administrativa. *Quincena Fiscal Aranzadi* (Núm. 4/2012. BIB\2012\263 parte Opinión Profesional).
- Calvo, J. (2010). El tratamiento fiscal de las provisiones en el impuesto sobre sociedades a la luz de la reciente reforma contable. *Quincena Fiscal Aranzadi* (núm. 8/2010 parte Estudio. BIB\2010\595).
- Calvo, J. (2007). La aplicación de la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios en el Impuesto sobre Sociedades: idas y venidas. *Quincena Fiscal Aranzadi* (núm. 20/2007 parte Análisis. BIB\2007\2262).
- De Haro, M. (2011). Activos intangibles, la difícil delimitación de su conceptualización, contabilización y aplicación fiscal en el ámbito de la I+D+I. *Quincena Fiscal Aranzadi* (núm. 13/2011. BIB\2011\960 parte estudio).
- DGT, Consulta vinculante núm. 2014/2011 de 8 septiembre. JT (Dirección General de Tributos, 8 de Septiembre de 2011).
- Falcón, R. (2007). La nueva regulación del autoconsumo externo de servicios (art. 12.3º LIVA) y la necesidad de una interpretación paralela en el ámbito del autoconsumo externo de bienes (art. 9.2.b). *Quincena Fiscal Aranzadi* (núm. 1/2007 parte Editorial. BIB\2007\1).
- Ferreiro, J. J. (2007). Resultado contable y base imponible. Delegalización, autodeterminación y delito fiscal. *Quincena Fiscal Aranzadi* (núm. 8/2007 parte Doctrina. BIB\2007\50.).
- Fuster, R. (2007). Fiscalidad de los derechos de emisión CO₂. *Publicaciones Uría Menéndez. Cuadernos de Sostenibilidad y Patrimonio Natural, No. 12* (12), 12.
- Galapero, R. (2008). Reinversión de beneficios extraordinarios. *Quincena Fiscal Aranzadi* (núm. 20/2008 parte Análisis. Sumario 2, BIB 2008\2658).
- García, C. (2007). Modificaciones en la regulación del IVA introducidas por la Ley de Prevención del Fraude. *Publicación: Quincena Fiscal Aranzadi* núm. 13/2007 parte Doctrina (BIB\2007\1108).
- Gorospe, J. I. (2011). El régimen tributario de los CERs en el Impuesto sobre Sociedades. En I. Bilbao, & A. I. Mateos, *Aspectos Jurídicos, Contables y Fiscales de los Mecanismos de Desarrollo Limpio y las Reducciones Certificadas de Emisión* (págs. 225-226). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

- Gorospe, J. I. (2010). Fiscalidad de los derechos de emisión en España. En Universidad CEU San Pablo., & E. f. USP-BSCH-04/08 (Ed.), *el proyecto de investigación titulado "Tributación del comercio de derechos de emisión y su problemática legal y contable"* (p. 12). Madrid: Universidad CEU San Pablo.
- Gorospe, J. I. (2009). El régimen tributario de los derechos de emisión en el impuesto sobre sociedades y el IRPF. En I. Bilbao, F. García, & A. Cornejo, *La Fiscalidad de los Derechos de Emisión: estado de situación y perspectivas de futuro* (pp. 358-364). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Montesinos, S. (2008). Rendimientos irregulares. *Quincena Fiscal Aranzadi*(núm. 9/2008. BIB 2008\597, parte Comentario de Jurisprudencia).
- Rodríguez, J. (2009). Los derechos de emisión de CO2 y el impuesto sobre el valor añadido. En I. Bilbao, F. García, & A. Cornejo, *La fiscalidad de los derechos de emisión: Estado de situación y perspectiva de futuro* (p. 483). Madrid : Instituto de Estudios Fiscales.
- Sentencia (TJCE 1991, 257). Apartado 18; Isle of Wigh Council y otros, apartado 19; y Comisión/España, apartado 113. (TJCE 1991).
- Sentencia RJ 2012\4549, RJ 2012\4549 (20 de febrero de 2012).
- Sentencia JUR 2013\219663, núm. 471/2013 de 5 junio JUR 2013\219663 (2013).
- Sentencias (TJCE 2008, 212), Isle of Wigh Council y otros (asunto C-288/07, apartados 38 y 44), (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) desde 2009, actualmente es (TJUE) 16 de Septiembre de 2008).
- Sentencias de 11 de julio de 1985, (asunto 107/84, apartado 11); Comisión/Alemania (TJCE 11 de Julio de 1985).
- Sentencia (TJCE 1987, 64), (TJCE 1987, 64), apartado 21; Comisión/Países Bajos (TJCE 1987).
- Sentencia (TJCE 1991, 257), Apartado 18; Isle of Wigh Council y otros, apartado 19; y Comisión/España, apartado 113. (TJCE 1991).
- Sentencia (TJCE 2009, 345), Comisión/España (asunto C-154/08, apartado 112 ((TJCE) 12 de noviembre de 2009).
- Sentencia RJ 2011\5670, 2011 RJ 2011\5670 f3 (16 de 05 de 2011).



Autor: Juan Carlos Gil Acevedo
Título: Inter-textos II
Técnica: fotografía digital
Dimensiones: variables
Año: 2014

Divorcio en Buda: luces y sombras de la justicia y de quien imparte justicia¹

DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a15

1 Reseña del libro: Márai, S. (2002). *Divorcio en Buda*. Barcelona: Ediciones Salamandra.

Divorcio en Buda: luces y sombras de la justicia y de quien imparte justicia

Divorce in Buda: lights and shadows of justice and who dispenses justice

*Miguel Ángel Montoya Sánchez*²

Lo que se construía de día, de noche se derrumbaba (Balada popular transilvana). Con este epígrafe empieza Márai esta profunda obra suya, que con respecto de las intenciones de los hombres de aquel tiempo, que también de este y de la doble moral o hipocresía que caracteriza a cada época, bien se podría decir, el autor allana toda disquisición que el tema pueda soportar.

El libro se enmarca, según lo argumentado por su autor, en la época de entreguerras (Primera y segunda guerra mundial), en donde el protagonista desde su posición de administrador de justicia, poseedor de una cierta clase social, distinción y abolengo de jurista, se enfrenta a la realidad de la justicia esperada vs la justicia impartida. No bien se creía ya ubicado en un sitial de juez imparcial, justo y desapasionado, cuando tuvo que dar cuenta de un proceso de divorcio donde las partes y el asunto a despachar, lo tocan en su muy estructurada vida personal y profesional, provocando un importante quiebre en sus formas de comprender su profesión y el ejercicio de la misma.

El autor pinta su obra sobre el lienzo de un proceso de divorcio, en ella traza a los protagonistas como juez y como partes demandante y demandada. El juez, Kristóf Kömives, hombre probo, casado, padre de familia, de clase social burguesa, descendiente de juristas, pues su padre y su abuelo fueron igualmente jueces reconocidos en la sociedad de su época. La parte demandante, Anna Fazecas, antigua

2 Abogado, Especialista en Derecho de Familia, Magister en Derecho y profesor titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Coordinador del Área de Derecho de familia y miembro del grupo de investigación Derecho y Sociedad. Correo electrónico: miguel.montoya@udea.edu.co. A.A. 1226. Dirección de correos U. de A.: Calle 67 N° 53-108; Of. 14-425, Medellín, Colombia.

Citación de este artículo usando el sistema APA: Montoya Sánchez, M. A. (2015). Reseña. *Divorcio en Buda: luces y sombras de la justicia y de quien imparte justicia*. *Estudios de Derecho*. 72 (160), 351-356. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a15

amiga suya, de clase media, hija de padre jubilado que lo dio todo, hasta dejar solo deudas por herencia, para que esta tuviera una “vida digna”. Imre Greiner, parte demandada, antiguo compañero de Colegio del juez, médico de profesión, hombre de origen de clase baja, de padre desconocido e hijo de una madre que se dedicó a la servidumbre hasta su muerte.

La trama se teje en Buda, la parte antigua de la ciudad, la conocida por el protagonista, en la que se sentía en su tierra natal; diferente a Pest, la parte nueva de la gran ciudad, a la orilla izquierda del río. Aquella ciudad de imponentes masas de piedra, llena de dudas y de seres humanos inquietos que pugnaban por sacar dinero del desierto de piedras, que se dejaban llevar por el “nerviosismo”, que a duras penas conseguían dominar sus instintos, que creían y amaban de manera distinta, que hablaban y callaban de otra forma, que estaban sanos o enfermos, que eran felices o desgraciados de un modo diferente al suyo; unos seres humanos que al final él como juez tenía que juzgar.

Situado pues, en esta parte de la ciudad, el juez Kőmives se reconoce como un hombre de bien, de familia, del cual depende el derecho y la justicia. Antes de hacerse cargo del divorcio de su antiguo compañero de colegio Imre Greiner y su vieja amiga Anna Fazecas, lo único válido para este era aferrarse a todo lo existente, a la tradición devota, a la humilde simplicidad de las formas de vida, a las normas de convivencia y a todo lo que se puede ver y se puede probar y rechazar, de paso, todo lo que supone duda y destrucción. Para él las palabras “humildad” y “renuncia” conservaban su significado y su valor ancestrales, en tanto contenían una fuerza superior que ejercía en él una influencia más directa incluso que sus creencias religiosas.

Respecto del concepto de justicia, este juez, en el marco de la administración de justicia, intuía que justicia y “hechos” eran dos cosas diferentes. El mundo confuso y ambiguo de los “hechos” se transformaba al entrar en su sala. En la mayoría de los casos, decía, el juez solo puede conocer la verdad apoyándose en la intuición, pues los que entraban en la sala llevaban espejos que deformaban su imagen: los enanos querían hacerse pasar por gigantes, los gordos por delgados, y los flacos, por robustos. La verdad, es ante todo, terminaba diciendo, saberse situar en la medida justa. Para Kőmives pues, la verdad en la práctica se resumía de la siguiente forma:

De un lado está el mundo, con sus juicios, sus asesinos, sus acusados dispuestos a jurarlo todo, sus odios y sus miserias; de otro lado se encuentra la ley, con su maquinaria, sus rituales establecidos, sus normas, su orden y sus maneras —el tono que emplean los agraviados y el que usan los agresores—; y por último está el juez, que de toda esa materia muerta, viva y cruda debe destilar algo, algo que según la fórmula química de las leyes corresponda a la verdad (...). (pp. 56-57).

Respecto del ejercicio de la profesión, en el desarrollo de esta obra, el autor sondea los intereses, los deseos, el conocimiento y la conciencia de quien, además de ejercer como juez por sus facultades personales, también deriva su nombre de la estirpe de su familia y su convicción de fe cimentada en la educación que recibió en su primera infancia por parte de su tutor, el padre Norbert. En ese ejercicio, el protagonista precisamente resalta la forma de despachar sus asuntos, al decir que:

Tras unos años de práctica en el campo del divorcio llegó a pensar que, de todas las tareas judiciales, su especialidad era la más difícil, pues tenía que desatar con manos humanas e inexpertas lo que Dios había atado antes y que, por lo tanto, sólo Él podía desatar. (p. 61).

Otro asunto a resaltar, es el tratamiento de la condición específica de “personas”, más que de “partes”, sometidas al trámite de un proceso de divorcio. Aquí, magistralmente, el autor no solo muestra la posición asumida por las personas ora en calidad de partes, ora en la condición de juez. Para ello entonces, el autor, mediante la petición de “justicia” que le hace el demandado Greiner al juez Kömives antes del juicio de divorcio, cuya sesión se lleva a cabo en el espacio extraño, irregular e inesperado de la casa del juez, pone voz al espíritu desgarrado del demandado, a la desvalida y abandonada personalidad de Anna Fazecas y al aparente imperturbable carácter del juez.

En este sentido, por ejemplo, y puesta la escena en la voz del demandado, este le dice al juez, en tanto es recibido la referida noche en la sala de la casa del juez: “Vivir tan cerca y no saber nada el uno del otro”, queriendo con ello significar que bien se pudo haber atendido su asunto de “amigos” y aún vecinos, de otra forma y en lugar diferente al estrado judicial. Así, en esa distancia y en ese mismo desinterés, es que se plantan los cónyuges como preludio al desenlace del divorcio. Se sienten conocidos, más no reconocidos, mutuamente se recriminan tal estado y en ese estado, el juez con su sentencia no modifica precisamente el estado de cosas sufrido por cada uno, sino simplemente el estado civil. Esto a la postre era conocido por el mismo juez y el demandado Greiner, tanto así que éste decidió dejar morir a su cónyuge luego de ingerir una sustancia venenosa, teniendo a la mano como tal y como médico, su salvación.

El autor presenta igualmente de una forma bastante sutil, creativa y crítica, la voz o la importancia de las mujeres en esa época (que también puede ser de esta): el silencio. Es el silencio de la mujer, la sumisión, su rendición, lo que es realmente importante en la relación de matrimonio.

Sobre las luces y las sombras, el día y la noche, tratado por el autor como simbología respecto de la falsedad y la hipocresía de los hombres, este refiere, por

ejemplo, la noche en que Greiner, antes del juicio de divorcio, la noche que siguió al día de la muerte de su cónyuge, le pidió a su amigo Kőmives, al juez de su causa, que fuera su *juez de noche*:

(...) Pues yo necesito un juez esta noche. Créeme, es difícil de explicar... necesito un juez que esté de guardia esta noche. Los jueces que juzgan de día son diferentes. Juzgan como pueden. ¿Qué otra cosa podrían hacer? Pero esta noche necesito un juez que baje de su sillón y tome parte en el juicio de una manera distinta de cómo lo hace de día, un juez que no sólo juzgue desde arriba, desde la altura de las leyes. Necesito un juez que en cierto modo, sea acusado, fiscal, abogado defensor y juez, un juez imparcial. (p. 125).

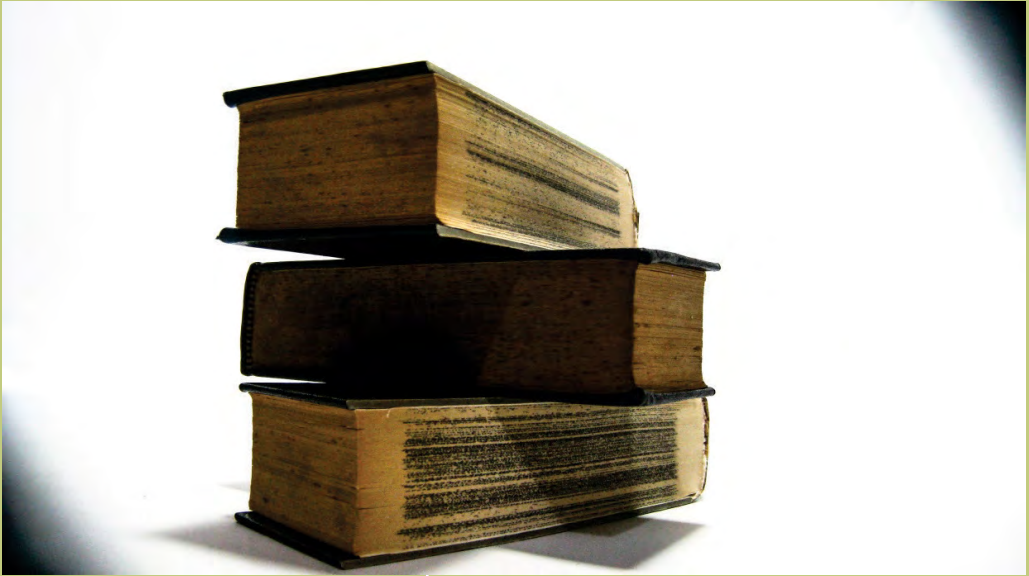
En esa noche, actuando Kőmives precisamente en calidad diferente a la de juez, fue que el demandado Greiner, haciendo un retrato profundo y claro de su vida matrimonial, lo encaró y lo desenmascaró: su cónyuge antes de morir le confesó cuál fue la única parte de su alma que no le entregó, y por la cual su matrimonio terminó: Kristóf Kőmives, y este a su vez, al final de aquella noche y entre líneas, igualmente le confesó al también moribundo amigo, que las noches de su alma también eran de Anna Fazecas.

De este libro entonces, se derivan tantas respuestas como preguntas en torno al tema tratado y al de la existencia misma de sus protagonistas o, con todo lo que muestra, de la existencia de una persona cualquiera que haya atravesado o esté atravesando por el desierto del divorcio. En fin, es una obra digna de leer independientemente desde el aspecto que se le mire.

Así pues, en las luces y en las sombras sobre las que el autor pinta el cuadro de la trama y las vidas que ponen en escena su obra, bien se podría citar la estampa que el mismo juez Kőmives conoció de su padre, quien también fungió como juez y era concebido por los jueces jóvenes como un ejemplo digno de imitar:

(...) Se sentaba en su sillón de juez como un gran señor que imparte justicia con sabiduría, quizá sus antepasados páganos juzgaban así a sus esclavos, con esa seguridad señorial, con esa soberbia de padre de familia, o tal vez lo hacían así sus antepasados de la pequeña nobleza, cuyo linaje llegaba hasta la familia de los Anjou y cuya experiencia en la justicia sobrevivía en los gestos de los descendientes.

Pocos sabían que aquel hombre, que estaba por encima de todas las pasiones humanas, parco en palabras, inabordable y cerrado, era en su fuero íntimo una ruina viva, más miserable y desafortunado que un parálitico lleno de dudas y heridas, desesperado aunque lo disimulara con una fuerza sobre humana (...) (p. 34)



Autor: Juan Carlos Gil Acevedo
Título: Di-secciones 3
Técnica: fotografía digital
Dimensiones: variables
Año: 2014

***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://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red> o remitidos al correo electrónico 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, Publindex Categoría B – Colciencias-, 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 Colciencias¹ 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 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, Sentencia radicado 45987 (2011).

Consejo de Estado, Radicación 1000998776555, 5 de septiembre (2010).

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-queda-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

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

Guidelines for manuscript submission; Estudios de Derecho Journal

Permanent call for papers

The School of Law and Political Sciences of the University of Antioquia invites the national and international communities to submit their papers for publication to the Estudios de Derecho journal.

The Journal is aimed at professionals and researchers interested in disseminating and knowing, both in essence and priority, the results of research projects conducted in the fields of law and political science from any points of view.

Papers may be submitted at any time through the *Open Journal System* by registering at: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red>. Alternatively, manuscripts may be sent to the following email: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co.

Estudios de Derecho, a journal from the School of Law and Political Sciences of the University of Antioquia, with ISSN 0120-1867, is indexed in the following databases IBSS, Sociological Abstracts, Publindex Categoría B –Colciencias-, CLASE, Lexbase, Latindex, EBSCO Publishing, GALE-CENGAGE Learning, ProQuestSocial Science and Scielo.

Papers resulting from research and innovation projects shall have a higher priority. Be aware that Colciencias defines them as follows²:

Research paper: a document presenting a detailed account of the original results of completed research projects. The most commonly used structure is composed of four important sections: introduction, methodology, results and conclusions.

Reflection paper: a document presenting the results of a completed research project from the author's analytical, interpretive or critical standpoint. The paper should have a specific topic and the sources used should be original.

Review paper: a document resulting from a research project, which analyzes, systematizes and integrates the results of other research projects -published or unpublished- on a field of science or technology. Its purpose is to account for the progress and developmental

2 Guidelines of the Indexing Service for Colombian Serial Journals of Science, Technology and innovation -2010, 2013.

trends. Its main characteristic is that it presents a careful review of the literature. It reviews at least 50 references.

It is worth noting that, according to Colciencias' documentation:

Under no circumstance shall the following types of manuscript be accepted as <<research and innovation papers>>: publications that are not the result of research projects, summaries, conference papers, letters to the editor, book reviews, bibliographies, institutional newsletters, obituaries, news or translations of articles already published in other media, opinion columns and the like (this also applies even when it is mentioned that these types of paper have been peer-reviewed).

Those interested in submitting their papers are encouraged to read the following **instructions**:

Authors shall submit their papers together with a document attesting that the papers are their own work, have not been submitted to another journal simultaneously and are unpublished -with the exception of texts that have been published in other languages (in this case, the original publication should be referenced)-.

Once the paper has been accepted for publication, authors must fill in the form sent to them by the Journal's director in order to transfer property rights. This enables the Journal to reproduce, distribute, market and disseminate the manuscript by any means, printed or electronic, including as an on-line resource.

Manuscripts should have the following structure:

- A title, a subtitle (if necessary) and an abstract in English and Spanish.
- Additionally, titles must have a footnote indicating the following: 1) type of paper, 2) title of the project from which the paper is derived, 3) name of the research group and research line to which the project belongs, 4) name of the principal researcher and co-researchers, 5) name of the institutions funding the project, 6) date in which the research was finished.
- Name and surname of the author or authors. As a footnote: 1) affiliations, 2) academic training, 3) group and line of research to which the author belongs, 4) email.
- Abstracts should have a maximum length of 200 words. They should include the objectives, methodology and results of the research. In addition, they should be in English and Spanish.
- Keywords. Manuscripts should be accompanied by a minimum of 3 keywords and a maximum of 6. Keywords should also be in English and Spanish.

- Introduction. It should include a brief description of the studied problem, the research methodology, results and paper structure.
- Body of the paper. It should be adapted to the type of paper.
- The conclusions, results, findings and recommendations depend on the type of paper.
- References.
- The appearance of a paper should comply with the following parameters:
- Maximum length: 30 pages including the references.
- Font: Times New Roman, size 12. Line spacing: 1.5. Margins: 2.5 cm. Paper size: letter. Footnote font size: 10.
- Citation and referencing style: APA version 2006.
- File format: Microsoft Word 97-2003
- In addition, authors with no employment relationship with the University of Antioquia should attach a summary of their resume.

Peer review and selection process

The Journal's director shall notify authors of the reception of their manuscripts and the start of the editorial process. The director verifies compliance with form-related requirements and, if necessary, shall return the document for correction.

Once the form-related requirements are verified, the Editorial Board chooses reviewers for the review process. At this stage, the principle of anonymity for both authors and reviewers is followed. Reviewers will have 15 working days to communicate their assessment.

The Director and Editorial Board shall study the feedback of the peer reviewers and then decide whether the manuscript should be published, published after modification or rejected.

The journal's director notifies the authors of this decision.

Some recommendations regarding the use of the APA (American Psychological Association) referencing system, version 6.

Direct citations in the body of the document: the author's last name should be written in parenthesis along with the year of publication and the page being cited. Example: "The importance of properly citing in indexed journals" (Quiceno, 2011, p. 3). If the author's last name has already been mentioned in the text, the citation in parentheses should include only year and page. Example: According to Quiceno (2011, p. 3).

- Direct quotations of less than 40 words: they should be written in normal text (no italics) inside the paragraph, surrounded by quotation marks and followed by the information regarding the source.
- Direct quotations above 40 words: they should be placed in a new paragraph and the preceding sentence should end with a colon (:). In addition, said paragraph should be indented (1 cm), the text should be normal (no italics, no quotation marks), and its font size should be 11.
- Rules regarding author names. When there are two authors, their last names should be separated by an ampersand (&), for example: (Quiceno& Hernández, 2009, p. 10). When there are three to five authors, the first citation should include all last names; any subsequent citations include only the first last name followed by the words *et al.* Example: (Quiceno, Lopera, Restrepo & Rosales, 2011, p. 3), (Quiceno *et al.*, 2011, p. 3).
- In the case of legal norms and religious texts, consider the Colombian Technical Standard -NTC- 5613.
- Citing *on-line* papers with DOI. According to the APA guidelines, the DOI "is a unique code belonging to some papers obtained from databases on the web. When the paper has a DOI, the URL and date of retrieval are omitted from the reference. Include the DOI at the end of a citation.
- Citing *on line* papers without DOI. In this case, the URL should be included at the end.

Only the references of the sources used in the creation of the paper are included at the end of the document.

Here are some examples of references:

Book

Last name, A. A. (Year). *Title*. City: Publisher.

Last name, A. A. (Year). *Title*. Retrieved from <http://www.xxxxxx.xxx>

Last name, A. A. (Year). *Title*. DOI: xx.xxxxxxxx

Last name, A. A. (Ed.)(Year). *Title*. City: Publisher:

Collective book chapter

Last name, A. A. & Last name, B. B.(year). Chapter or entry title. In Last name, A. A. (Ed.), *Book title* (pp. xx-xx). City: Publisher:

Journal Article

Last name, A.A., Last name, B. B. & Last name, C. C. (Date.)Paper title. *Journal title*, volume (number), pp. xx-xx. DOI:xx.xxxxxxxx

Institutional documents

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

Thesis

Last name, A. A. (Year). *Title*. (Unpublished undergraduate or graduate thesis in ---Law --- Sociology ----- Psychology ---etc.----). Institution name, Location.

Electronic document

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. Retrieved from <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

National sentences

Constitutional Court of Colombia, Sentence C-230 (2010).

Supreme Court of Justice, sentence file No. 45987 (2011).

State Council, File No. 10009987765555, September 5 (2010).

International Sentences

Name v. Name, Identifying data (Year).

Journal

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

Estudios de Derecho Journal

School of Law and Political Sciences

University of Antioquia

University Campus Address: Calle 67 N°. 53 -108, bloque 14 oficina 106. Medellín.
Colombia

Phone number: (574) 2195860

Email: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

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

Instruções aos autores para a submissão de artigos à revista Estudios de Derecho

Convite permanente

A Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade de Antioquia, convida a comunidade acadêmica nacional e internacional para submeterem os seus artigos para avaliação e publicação na revista Estudios de Derecho.

A revista está voltada para profissionais e pesquisadores interessados em divulgar e conhecerem de maneira essencial e prioritária, resultados de pesquisas em temas relacionados com o Direito e a Ciência Política, desde qualquer perspectiva.

Artigos são recebidos permanentemente, por meio do *Open Journal System*, cadastramento em: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red> ou encaminhados ao e-mail: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

A revista Estudios de Derecho, da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade de Antioquia, sob o ISSN 0120-1867, encontra-se nas bases bibliográficas IBSS, Sociological Abstracts, Pubindex B, CLASE, Lexbase, Latindex, EBSCO Publishing, GALE-CENGAGE Learning, ProQuest Social Science e Scielo.

Artigos decorrentes de pesquisas e inovação terão prioridade, para isto tenha em mente que segundo Colciencias³ são:

Artigo de pesquisa: Documento que apresenta, de maneira pormenorizada, os resultados originais de projetos concluídos de pesquisa. A estrutura geralmente utilizada contém quatro partes importantes: introdução, metodologia, resultados e conclusões.

Artigo de reflexão: Documento que apresenta resultados de pesquisas concluídas desde uma perspectiva analítica, interpretativa ou crítica do autor, sobre um tema específico, mediante fontes originais.

Artigo de revisão: Documento decorrente de uma pesquisa concluída no qual se analisam, sistematizam e integram os resultados de pesquisas publicadas ou não publicadas, sobre um campo em ciência ou tecnologia, visando informar dos avanços e das tendências de

3 Documento Guia do Serviço de Indexação de Revistas Seriadadas de Ciência, Tecnologia e Inovação Colombianas -2010, 2013

desenvolvimento. Caracteriza-se por apresentar uma cuidadosa revisão bibliográfica de pelo menos 50 referências.

É conveniente salientar que segundo os mesmos documentos Colciencias:

Em caso algum serão aceitos como <<artigo de pesquisa e inovação>> contribuições como publicações não decorrentes de pesquisa, resumos, comunicações em congressos, cartas ao editor, resenhas de livros, bibliografias, boletins institucionais, notas editoriais, necrologias, notícias ou traduções de artigos já publicados em outro meio, colunas de opinião ou conjuntura, e similares (isto aplica ainda nos casos em que for documentado que os mencionados tipos de contribuição tenham sido objeto de avaliação por pares).

Convidamos os interessados em submeter seus artigos a lerem as seguintes **instruções**:

Os autores enviarão os seus artigos com um atestado indicando que o texto é da sua autoria, que não tem sido remetido a outra revista simultaneamente e que é inédito -exceto os textos que tenham sido publicados em outros idiomas (nesse caso deverá fazer-se referência à publicação inicial)-.

Após aprovação da publicação do artigo, os autores deverão preencher o formato que enviará a diretoria da revista para a cessão de direitos patrimoniais; nele autorizarão a reprodução do artigo, a sua distribuição, comercialização e divulgação por qualquer meio, impresso ou eletrônico, incluída a internet.

O texto deve conter na sua estrutura:

- Título, subtítulo, se tiver, e resumo em espanhol e inglês.
- Nota de rodapé ao título indicando: 1) tipo de artigo, 2) título do projeto de pesquisa do qual decorre; 3) grupo de pesquisa e linha; 4) nome do pesquisador principal e dos copesquisadores; 5) instituições que financiaram o projeto; e 6) data de conclusão da pesquisa.
- Nomes e sobrenomes do autor ou autores. Na nota de rodapé: 1) filiação institucional; 2) formação acadêmica; 3) grupo e linha de pesquisa ao qual pertence o autor, 4) endereço eletrônico.
- Resumo do artigo no máximo de 200 palavras. Contém basicamente objetivos, metodologia e resultados. Deve ser apresentado em espanhol e inglês.
- Palavras-chave. Mínimo 3, máximo 6. Devem ser apresentadas em espanhol e inglês.

- Introdução. Nela, inclui-se de maneira breve o problema estudado, a metodologia empregada no desenvolvimento da pesquisa, os resultados e a estrutura do artigo.
- Corpo do artigo. Deverá ser ajustado ao tipo de artigo.
- Conclusões, resultados, descobertas, recomendações, isto de acordo com o tipo de artigo.
- Referências.
- A apresentação do artigo deve-se ajustar aos seguintes aspectos formais:
- Extensão máxima do artigo: 30 páginas incluindo referências.
- Todo o texto em tipo de letra Times New Roman, tamanho 12 pontos, espaçamento 1,5, folha tamanho carta, margens de 2,5 cm, notas de rodapé tamanho 10.
- Sistema de citação e lista de referências tomando em consideração as normas APA, versão 2006.
- Formato Microsoft Word 97-2003.
- Além do anterior, caso os autores não tenham vínculo profissional com a Universidade de Antioquia, devem anexar um resumo do seu curriculum vitae.

Processo de seleção e arbitragem

A diretoria da revista comunicará aos autores a recepção dos artigos e o início do processo editorial; revisará o cumprimento dos requisitos de forma e se achar necessário devolverá o texto aos autores para correções formais.

Após verificação dos requisitos formais, o Comitê Editorial nomeia árbitros para a avaliação, seguindo o princípio de anonimato tanto para o autor quanto para o avaliador.

Os árbitros terão 15 dias úteis para emitirem o seu conceito.

A diretoria e o Comitê Editorial revisarão os conceitos dos pares e decidirão sobre a publicação, publicação sujeita a modificações ou não publicação do artigo; para as modificações o autor dispõe de 15 dias corridos.

A diretoria da revista comunica a decisão aos autores.

Algumas recomendações para o uso do sistema de citações APA (Associação Americana de Psicologia), versão 6.

Citação direta no corpo do texto: escreve-se entre parênteses o sobrenome do autor, o ano de publicação da obra e a página citada. Exemplo: “A importância de citar em revistas indexadas de maneira adequada”(Quiceno, 2011, p. 3). Se o sobrenome do autor já tiver sido indicado no texto, a citação entre parênteses incluirá só o ano e a página. Exemplo: Como afirma Quiceno (2011, p. 3).

- Citação direta inferior a 40 palavras: escreve-se dentro do texto e entre aspas, seguida da informação da fonte, sem itálico.
- Citação direta superior a 40 palavras: inicia-se um novo parágrafo, precedido por dois pontos (:) à parte, com 1 cm. de recuo, sem aspas e tamanho de letra 11 pontos, sem itálico.
- Regras segundo o número de autores. Quando são dois autores, separam-se os sobrenomes por “&”, exemplo: (Quiceno & Hernández, 2009, p. 10). Quando são três a cinco autores, a primeira citação deverá indicar todos os sobrenomes, as sucessivas incluem só o primeiro sobrenome, seguido das palavras *et al.* Exemplo: (Quiceno, Lopera, Restrepo & Rosales, 2011, p. 3), (Quiceno *et al.*, 2011, p. 3).
- No caso das normas jurídicas e textos religiosos, tenha em mente a Norma Técnica Colombiana -NTC- 5613.
- Citação de artigo *online* com DOI. Segundo as normas APA, o DOI “é um código único que têm alguns artigos extraídos de bases de dados na web. Quando o artigo tem DOI omite-se a URL e a data de recuperação do artigo”. Ao elaborar a citação, inclua ao final o DOI.
- Citação de artigo *online* sem DOI. Neste caso inclui-se no final a URL.

No final do texto incluem-se só as referências das fontes usadas na construção do artigo.

A seguir oferecem-se alguns exemplos de referências

Livro

Sobrenomes, A. A. (Ano). *Título*. Cidade: Editorial.

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

Sobrenomes, A. A. (Ano). *Título*. DOI: xx.xxxxxxxx

Sobrenomes, A. A. (Ed.). (Ano). *Título*. Cidade: Editorial.

Capítulo de livro coletivo

Sobrenomes, A. A. & Sobrenomes, B. B. (Ano). Título do capítulo ou a entrada. Em Sobrenomes, A. A. (Ed.), *Título do livro* (pp. xx-xx). Cidade: Editorial.

Artigo de revista

Sobrenomes, A. A., Sobrenomes, B. B. & Sobrenomes, C. C. (Data). Título do artigo. *Título da publicação*, volume (número), pp. xx-xx. DOI: xx.xxxxxxx

Documentos institucionais

Human RightWatch. *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>

Tese

Sobrenomes, A. A. (Ano). *Título*. (Tese inédita de graduação, mestrado ou doutorado em ---Direito --- Sociologia ----- Psicologia ---etc.----). Nome da instituição, Localização.

Documento eletrônico

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>

Sentenças nacionais

Corte Constitucional Colômbia, Sentença C-230 (2010).

Corte Suprema de Justiça, Sentença arquivo n° 45987 (2011).

Conselho de Estado, Arquivo n° 10009987765555, 5 de setembro (2010).

Sentenças internacionais

Nome v. Nome, Dado identificador (Ano).

Jornal

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

Revista Estudios de Derecho

Faculda de de Direito e Ciência Política

Universidade de Antioquia

Ciudad Universitaria: Calle 67 N°. 53 -108, bloque 14 oficina 106. Medellín.
Colômbia

Telefone: (574) 2195860

E-mail: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Site: <http://aprendeonline.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

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

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@udea.edu.co

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

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 diciembre de 2015

