





ISSN 0120-1867  
Estud. Derecho

# **ESTUDIOS DE DERECHO**

**DIRECTOR**  
**Raúl Humberto OCHOA CARVAJAL**

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

Año LXVI —segunda época— Diciembre de 2008  
Volumen LXV, N° 146



**ESTUDIOS DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA**

**RECTOR**

Alberto URIBE CORREA

**DECANO**

Hernán Darío VERGARA MESA

**DIRECTOR**

Raúl Humberto OCHOA CARVAJAL

**COMITÉ EDITORIAL**

María Cristina GÓMEZ ISAZA	Doctora en Derecho Decana Facultad de Derecho Universidad Pontificia Bolivariana
Olga Lucía LOPERA QUIROZ	Magíster en Lingüística Directora Centro de Investigaciones Jurídicas Universidad de Antioquia
Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA	Doctor en Derecho Profesor Facultad de Derecho Universidad de los Andes
Elena LARRAURI PIJOAN	Doctora en Derecho Profesora Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Barcelona
Juan Antonio GARCÍA AMADO	Doctor en Derecho Profesor Facultad de Derecho Universidad de León

**COMITÉ CIENTÍFICO**

Santiago SASTRE ARIZA	Profesor de la Universidad de Castilla La Mancha - España
Carlos GAVIRIA DÍAZ	Ex magistrado Corte Constitucional Profesor universitario - Colombia
Nuria TERRIBAS	Directora del Institut Borja de Bioética Universitat Ramon Llull - España
Ricardo HOYOS DUQUE	Ex magistrado Consejo de Estado Profesor universitario - Colombia

Estudios de Derecho aparece registrada en los siguientes índices:

Categoría C de COLCIENCIAS. Colombia

International Bibliography of the Social Sciences (IBSS). Inglaterra

Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (CLASE). México

Sociological Abstracts (Soc-Abs). Estados Unidos

Tarifa postal reducida.

Se permite la reproducción de cualquier artículo de la revista *Estudios de Derecho*, siempre y cuando se cite la fuente y se remita a ésta una copia de la publicación

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

Valor del número sencillo en el país: \$10.000

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

CANJE

Solicitamos canje

Nous demandons l'échange

Pede se permuta

We request exchange

Wir bitten um Austausch von Publikationem

© 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: L. Vieco e Hijas, Ltda.

Autor de obras en separatas:

Verónica Molina Mesa. Abogada de la Universidad de Antioquia, 2004. Artista plástica de la Universidad Nacional de Colombia Sede Medellín, 2006.

El trabajo está inspirado en poses y relatos de la cotidianidad, que se resaltan con la vivacidad y calidez del color y el énfasis en los trazos y contornos.

Traductor de resúmenes: Marcela Vásquez Galvis, estudiante de Derecho de la Universidad de Antioquia y auxiliar administrativo revista *Estudios de Derecho*.

*Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*

Universidad de Antioquia

Dirección: Calle 67 No. 53-108, Bloque 14, Oficina 112

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

Correo electrónico: rderecho@mitra.udea.edu.co

<http://derecho.udea.edu.co>

<http://www.udea.edu.co>

Apartado aéreo 1226. Medellín, Colombia - Suramérica

Editorial L. Vieco e Hijas Ltda. Teléfono: 255 96 10

Correo electrónico: lviecoehijasltda@une.net.co

## MISIÓN

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



**UNIVERSIDAD  
DE ANTIOQUIA**

1803

“Alma Máter de la raza,  
invicta en su fecundidad”

(Del Himno de la Universidad de Antioquia.  
Letra de Édgar Poe Restrepo)





## ÍNDICE

<b>EDITORIAL</b>	
<i>Raúl Humberto Ochoa Carvajal</i> .....	<b>11-12</b>
<b>La guerra de los valientes o el lugar de la conciliación. El escenario de los actores de la conciliación: construcción del lugar simbólico</b>	
<i>Miguel Ángel Montoya Sánchez</i> <i>Natalia Andrea Salinas Arango</i> .....	<b>13-31</b>
<b>El Hábeas Corpus y la tutela de la libertad personal</b>	
<i>Tatiana María Álvarez Parra</i> .....	<b>33-55</b>
<b>Sistemas especiales de admisión en las universidades: un desafío por la consolidación del derecho a la igualdad material en el acceso a la educación superior</b>	
<i>Javier Orlando Aguirre Román</i> <i>Ana Patricia Pabón Mantilla</i> .....	<b>57-83</b>
<b>Constitución como provisión e irradiación constitucional</b>	
<i>Leonardo García Jaramillo</i> .....	<b>85-109</b>
<b>Una visión desde el derecho comparado y el análisis económico de la estructura societaria en América</b>	
<i>Juan Andrés Posada Tamayo</i> .....	<b>111-145</b>
<b>¿Hay otras maneras de leer la ciencia?</b>	
<i>Olga Lucía Lopera Quiroz</i> <i>Lina Adarve Calle</i> .....	<b>147-163</b>
<b>Valoración de la validez y de la eficacia de la prueba, aspectos epistemológicos y filosófico-políticos</b>	
<i>Luis Bernardo Ruiz Jaramillo</i> .....	<b>165-197</b>
<b>Subsistencia de las comunidades locales en Colombia, de un concepto legal a un derecho fundamental: análisis jurisprudencial</b>	
<i>Patricia González Sánchez</i> <i>Sandra Patricia Duque Quintero</i> .....	<b>199-229</b>

**Derecho y desarrollo en el sistema multilateral de comercio: las normas referentes al trato especial y diferenciado en las negociaciones comerciales multilaterales: ¿flexibilidades u obstáculos para el desarrollo?**

*Griselda C. Llorente*

*Leonor Hidalgo Ciro* ..... **231-245**

**De “lo mismo” y “lo otro”: la sociedad civil en la biopolítica del liberalismo**

*Diana Higueta* ..... **247-269**

**Reseñas bibliográficas**

• **Ronald Dworkin contra la corte Roberts**

*Miguel Carbonell*..... **273-277**

• **Los derechos en un mundo postmetafísico.**

*Una lectura del texto de Rodolfo Arango*

*Mauricio Andrés Gallo Callejas* ..... **279-286**

## EDITORIAL

### EN DEFENSA DE LA UNIVERSIDAD PÚBLICA

En los últimos días se han escuchado, por diversos medios, comentarios nada agradables sobre las universidades públicas. Se divulgó por la televisión, como si se tratara de una noticia estremecedora, la presencia de encapuchados en algunas de ellas. Desde la Fiscalía General de la Nación se ordenó al Rector de la Universidad Nacional reportar datos sobre sus estudiantes. La fuerza pública ha penetrado a algunas de ellas con ocasión de enfrentamientos con estudiantes.

Esos hechos no son aislados y no pueden pasar desapercibidos. Es cierto que la universidad pública no es una isla. Es cierto que so pretexto de la autonomía universitaria no se pueden aceptar conductas delictuosas y que la misión fundamental de la universidad es el estudio. Para ello fue concebida. La docencia, la investigación y la extensión son sus objetivos esenciales. Para alcanzarlos la universidad tiene que estar abierta. Pero abierta no quiere decir callada. Por ello se dice que la voz de la universidad es el eco de la voz de la sociedad. La universidad es su conciencia.

La universidad pública representa la sociedad en toda su extensión. Por qué, entonces, reclamar porque haya allí miembros de grupos subversivos, o de auto-defensas, o de cualquier forma de delincuencia si esa es una realidad social. Hay universidades, como la Universidad de Antioquia, en donde en un día normal hay más personas dentro de sus instalaciones que las que pueden estar en muchos de los municipios del país. No estamos por una visión extraterritorial de la universidad, pero tampoco podemos aceptar que a su problemática se le dé un tratamiento de orden público. Ni lo uno ni lo otro. La universidad pública tiene que ser mirada desde sus particularidades y dentro del contexto social colombiano.

En un país como el nuestro, el acceso a la universidad pública es la aspiración a la obtención de un bien escaso. Es la única posibilidad de que los pobres puedan acceder a la educación superior. Por eso, quienes lo logran, tienen que ser conscientes de su responsabilidad. En ese sentido la universidad debe cumplir una función social y todos sus integrantes, estudiantes, profesores, empleados, directivos, tienen que desempeñarse dentro de esa responsabilidad frente a la sociedad. Todos, como diría Duguit, somos funcionarios.

En esa visión de la universidad, y en una realidad como la nuestra, en la que la violencia, la corrupción, el desplazamiento, los falsos positivos, son noticia de todos los días, la misión de la universidad pública, su presencia social, tiene que sentirse. Y se siente una universidad abierta, dinámica, en donde la investigación no obedezca a criterios empresariales sino a necesidades sociales. En donde los administradores, independientemente de la forma de su nombramiento, entiendan que su compromiso no es con directorios, ni jefes políticos de ninguna laya, sino con la comunidad. En donde la democracia determine la transparencia en todos los procesos.

Necesitamos una universidad en donde la autonomía no se contradiga con la responsabilidad. En donde los estudiantes entiendan la misión que la sociedad les exige y la obligatoriedad de retribuirle a la sociedad ese bien escaso que les entregó. El estudiante debe ser estudioso, crítico, humanista, rebelde, responsable. Hubo épocas en las cuales las asambleas duraban hasta las dos o tres de la mañana y, sin embargo, al otro día, todos estaban en clase. Es que la universidad cerrada es lo más opuesto al concepto universidad. Y cerrada no es solo cuando las puertas físicas se cierran para que no haya ingreso. Cerrada es también la universidad que a pesar de estar –como se dice– en asamblea permanente, no presenta actividad académica ni política alguna: es la universidad desmovilizada, sola, triste.

La universidad pública tiene que ser consciente de que tiene enemigos que la acechan. Los enemigos de la verdad, de la solidaridad, de la paz, no quieren la universidad y por ello, ante el menor descuido, la atacan de manera abierta o velada. Y se ataca la universidad pública cuando a los docentes no se les retribuye su trabajo con un salario digno. Cuando desde el Estado poco se hace por mantener presupuestos acordes a las necesidades de ellas. Cuando se asimila rebeldía con delincuencia. Cuando la investigación que se promueve atiende a las necesidades del mercado o de sectores privilegiados y no de la sociedad. Cuando se le hace el juego a los politiqueros en el nombramiento de sus directivos. Cuando se propicia el cierre de la universidad. Cuando la educación se mira como una mercancía y la autofinanciación se vuelve un imperativo.

Rescatemos y defendamos la universidad pública como patrimonio de la sociedad.

RAÚL HUMBERTO OCHOA CARVAJAL  
Director



Autor: Verónica Molina Mesa  
Título: Autorretrato con lora  
Técnica: acrílico sobre lienzo  
Dimensiones: 1 m x 80 cm

***LA GUERRA DE LOS VALIENTES O EL  
LUGAR DE LA CONCILIACIÓN.  
El escenario de los actores de la conciliación:  
la construcción del lugar simbólico\****

---

\* Artículo resultado de la investigación terminada “*La conciliación en el proceso de transformación del conflicto a propósito de la conciliación en el Centro de Conciliación ‘Luis Fernando Vélez Vélez’*”. Inscrita en el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia y en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la misma universidad, cuyo coordinador e investigador principal fue el profesor Miguel Ángel Montoya Sánchez. El informe final de la investigación fue aprobado el 8 de septiembre de 2008.

Fecha de recepción: Agosto 12 de 2008  
Fecha de aprobación: Septiembre 30 de 2008

**LA GUERRA DE LOS VALIENTES O EL LUGAR DE LA CONCILIACIÓN.  
El escenario de los actores de la conciliación: la construcción del lugar simbólico**

*Miguel Ángel Montoya Sánchez\*\**

*Natalia Andrea Salinas Arango\*\*\**

**RESUMEN**

Los autores se proponen mostrar la importancia de ir más allá del ámbito jurídico a la hora de llevar a cabo la conciliación como uno de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, poniendo a las partes (los conciliantes) como actores protagonistas en el escenario simbólico de interacción, que es el proceso conciliatorio, para la búsqueda de soluciones que surgen desde sí y no desde un afuera. Aquí el conciliador se presenta como un agente que propicia que las partes descubran sus propios recursos para la solución de los conflictos, y de esta manera en la práctica de la conciliación se exige que el conciliador reconozca el saber social y el saber jurídico como complementarios para hacer una intervención interdisciplinaria e integral.

**Palabras clave:** conflicto, conciliación, interdisciplinarietà, lugar simbólico o escenario de la conciliación, interacción, resolución de conflictos, convivencia pacífica.

**THE WAR OF THE BRAVES OR THE PLACE OF CONCILIATION**

**The scene of the conciliation participants: the construction of the symbolic place**

**ABSTRACT**

The authors intend to show the importance of going beyond the legal field when it comes to carrying out the conciliation as one of the alternative mechanisms of dispute resolution, putting the parties as the major participants on the symbolic interaction scene, which is the conciliation process, in order to search for solutions that arise from themselves and not from outside. Here is the conciliator as an agent who provides the parties to discover their own resources so that they can resolve the dispute, and thus, in the practice of conciliation is required that the conciliator have and recognize the social and legal knowledge as complementaries to an interdisciplinary and comprehensive intervention.

**Key words:** conflict, conciliation, interdisciplinary, symbolic place or scene of conciliation, interaction, conflict resolution, peaceful coexistence.

---

\*\* Abogado, especialista en derecho de familia y estudiante de la maestría en Derecho de la Universidad de Antioquia. Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Coordinador del Área de Derecho de Familia de la misma Facultad y Coordinador de la investigación “*La conciliación en el proceso de transformación del conflicto a propósito de la conciliación en el Centro de Conciliación ‘Luis Fernando Vélez Vélez’*”.

\*\*\* Trabajadora Social de la Universidad de Antioquia, maestría en Historia social y de la cultura de la Universidad Nacional. Docente de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas y la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Coinvestigadora de la investigación “*La conciliación en el proceso de transformación del conflicto a propósito de la conciliación en el Centro de Conciliación ‘Luis Fernando Vélez Vélez’*”.

# LA GUERRA DE LOS VALIENTES O EL LUGAR DE LA CONCILIACIÓN

## El escenario de los actores de la conciliación: la construcción del lugar simbólico

### INTRODUCCIÓN

Lo que se plasma en este escrito, es el resultado de algunas de las reflexiones producto de una investigación realizada sobre el Centro de Conciliación Luis Fernando Vélez Vélez de la Universidad de Antioquia,<sup>1</sup> en torno a los tipos de conflictos y las formas de resolverlos, estudio de caso en el que se indagó por las dinámicas, los actores de la conciliación y su interacción. Aquí nos acercaremos al proceso conciliatorio enmarcado en el escenario de la audiencia de conciliación, señalando la importancia de las personas que intervienen en ésta (el conciliador y las partes) y las relaciones que se establecen en la misma.

A la conciliación se la ha entendido como un Mecanismo Alternativo de Resolución de Conflictos MARC, que opera como una de las formas autocompositivas de resolverlos<sup>2</sup> en la búsqueda de una justicia más directa, pronta y eficaz, en donde se pretende que las personas asuman su responsabilidad en la situación conflictiva mediante el reconocimiento y el respeto por el otro. En este caso el concepto de conflicto es entendido como un tipo de relación social en donde se ponen en juego diferentes intereses u objetivos y que para su resolución integral y completa, exige que se contextualice y se identifiquen las dimensiones social, económica, psicológica y jurídica en las que se presenta.

Se muestra la conciliación como un proceso en el que convergen la interacción social y el saber jurídico y por tanto la interdisciplinariedad se hace necesaria para su aprehensión. Desde una mirada cualitativa del proceso de conciliación y

---

<sup>1</sup> *La conciliación en el proceso de transformación del conflicto. A propósito de la conciliación en el Centro de conciliación "Luis Fernando Vélez Vélez"*, es una investigación financiada por el CODI, realizada en el 2006 por Miguel Ángel Montoya Sánchez, Coordinador; Natalia Andrea Salinas Arango y Berta Fanny Osorio Salazar, Coinvestigadoras; Sandra María Martínez Monsalve, Estudiante en Formación y Luz Adriana Muriel Araque, Auxiliar de Investigación.

<sup>2</sup> Artículo 64 Ley 446 de 1998.

teniendo en cuenta el enfoque del interaccionismo simbólico, se accede de manera más fácil, como se evidenció en la investigación referida, a la comprensión de las relaciones que tejen los sujetos en las dinámicas del proceso mismo en la audiencia de conciliación. La indagación por las relaciones intersubjetivas, devela algunas concepciones, percepciones y valoraciones que los sujetos muestran del conflicto, la manera de resolverlo, del proceso conciliatorio y los encuentros en las audiencias, a partir del análisis de los discursos y de los comportamientos de las partes en la audiencia de conciliación.

Para dar cuenta de los propósitos de esta reflexión, inicialmente se presentará una conceptualización sobre lo que se entiende por conflicto desde una perspectiva sociológica y jurídica y sobre el concepto de conciliación en el marco de los MARC. En segundo lugar, y teniendo en cuenta los imaginarios que sobre el conflicto y la conciliación se han construido socialmente, se hará hincapié en la audiencia, que en el proceso conciliatorio se constituye en escenario en el que se desarrolla la interacción entre los distintos actores (Protagonistas y coprotagonistas, Suares, 2002:31) y en donde se propicia la construcción de un lugar simbólico en el que cada uno desde su rol asume unas formas de actuación específicas de acuerdo a la situación conflictiva, a las dinámicas que se generen en el desarrollo de la audiencia misma y la implicación de sentirse responsables por las consecuencias buenas o malas de las acciones y de los discursos que se realizan (Suares, 2002:31). Por último, se presentará el caso específico del Centro de Conciliación LFVV, escenario en el que convergen desde la práctica los distintos elementos señalados en los acápites anteriores.

## 1. ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCEPTUALES SOBRE EL CONFLICTO Y LA CONCILIACIÓN

En una de sus acepciones, el Diccionario de la Real Academia Española define el vocablo *conflicto* como el momento en que la batalla es más dura y violenta. Esta definición se acerca bastante al entendimiento que se tiene de éste en el imaginario social, así como vulgarmente se suele confundir a la conciliación con conflicto. La conciliación es asumida por el común de la gente, como un *asunto problemático*, un impasse molesto que hay que saldar y una citación a una audiencia de conciliación, por ejemplo, como sinónimo de choque o confrontación que generalmente se quiere evitar.

Para los objetivos del escrito, plegados a la concepción que se trabajó en la investigación que se refiere, el acercamiento al concepto de conflicto lo asumimos desde el enfoque social (Ruiz Restrepo, 2004). Dice éste que el conflicto debe asumirse



como una relación social, como un ‘elemento vinculante’ entre partes, es decir, como cualquier otra forma de interrelación entre dos o más sujetos, en los que cada uno actúa como referencia del otro para sus acciones y respuestas (acción-reacción). Cuando entre los miembros de un grupo, en el cual existe la tendencia a reprimir sus conflictos, de todas maneras se presentan diferencias, ellas se manifiestan de manera muy intensa e incluso violenta, pues reviven todos los conflictos a los que se negó previamente su expresión. La satisfacción de las necesidades jalona pues al conflicto, el cual se presenta en medio de luchas por realizar y obtener ciertas ‘posiciones’ frente a los demás. Para ello se pone en juego toda la formación individual, la adhesión a valores y grupos y por supuesto el cálculo de poder por parte de los actores. Cada sujeto es referente motivacional y de valores para el otro.

La conciliación en el propósito señalado, la definimos como una forma alternativa a la vía judicial de resolver conflictos. Es un mecanismo que propicia un espacio diferente, amplio, incluyente, de libre discusión y democrático en donde a través de una actitud dialógica y de respeto mutuo las partes intentan reconocerse en igualdad de condiciones para efectos de buscar e intentar dar una solución al conflicto que les afecta con apoyo de un tercero imparcial, denominado conciliador, quien les servirá de puente y de facilitador en su proceso comunicacional con miras a señalar nuevas rutas de abordaje de los conflictos (Montoya Sánchez y otros, 2004). Legalmente está definida como un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.

La ley 640 de 2001 ha clasificado a la conciliación en extrajudicial y judicial. Respecto de la primera refiere que es la que se lleva a cabo antes o por fuera de un proceso judicial y de la segunda, la que se realiza dentro de un proceso judicial. Por las circunstancias que detallamos seguidamente, sin que sean las únicas o definitivas, consideramos que la conciliación extrajudicial es la que más se ajusta a los objetivos o propósitos que dicho mecanismo persigue, cual es el de que las partes conflictuadas hallen directa, abierta, dialógica y democráticamente la solución justa a su conflicto. Primero, porque la solución se negocia ante un tercero desprovisto de toda facultad de fallar y libre de toda presión de un asunto más para descongestionar y, segundo, porque el espacio judicial provisto para llevar a efecto la conciliación no es el más idóneo ni en el aspecto físico ni en el aspecto actitudinal desplegado por el juez conciliador. Así, el lugar para la conciliación no es el despacho judicial; pues, aún con la certeza de que teóricamente se está frente a la figura legalmente creada de la conciliación, ante el juez ésta se descuaderna o desnaturaliza, pierde sus atributos, el juez generalmente utiliza antitécnicamente la conciliación, prejuzga, no desea escuchar el real interés de las partes, desea finiquitar prontamente “otro asunto” y termina por decidir *con-*

*ciliadamente* el objeto litigioso del proceso. Así lo aprecian Ortuño y Hernández (2007), dando a conocer curiosamente, pero muy propiamente, la conciliación judicial como una forma *heterocompositiva*, cuando al referirse a la conciliación, dicen que se debe distinguir o remarcar la diferencia entre ésta y otras técnicas o figuras conceptualmente afines, pero muy diferentes metodológicamente, como lo son el arbitraje, la negociación y la mediación como mecanismos alternativos de resolución de conflictos. La confusión de estas tres instituciones genera muchos problemas, y conviene precisar qué función cumple cada una, no sin antes hacer mención de las formas legales de solución de conflictos.

### **Las formas legales de solución de conflictos en Colombia**

Hasta los tiempos de hoy, el tratamiento legal de los conflictos ha tenido como supuesto necesario la existencia del Estado, el cual, en deber ser, es el facultado para monopolizar el uso de la fuerza a efectos de posibilitar la solución de los diferentes conflictos que se presentan entre los particulares. Lo anterior conlleva igualmente la existencia de la rama jurisdiccional, la misma encargada de la administración de justicia por medio de una estructura judicial que determina cuáles son los conflictos jurídicos posibles de solución y las competencias y procedimientos para resolverlos. Así, la forma básica de administración de justicia por parte del Estado es el proceso judicial y desde el punto de vista legal, la transacción, la concertación, la conciliación, la amigable composición y el arbitramento voluntario, son los denominados mecanismos alternativos de solución de conflictos. Con Marinés Suares (2002:30), consideramos que lo alternativo no debería ser la negociación mediada, la mediación o la conciliación. Estas deberían ser las formas normales de resolución. Lo alternativo, aunque muchas veces necesario, debería ser el litigio.

En atención a lo legalmente establecido y una vez las partes se ven compelidas al tratamiento de un conflicto, se identifican básicamente tres formas de hacerlo, y que en Colombia se denominan: la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición.

#### **La autotutela**

Esta forma comprende la posibilidad de que una de las partes solucione el conflicto haciendo uso de la fuerza, del poder, pero esta solución dada no podrá ser arbitraria, pues está dentro del marco de la legalidad. El Estado reconoce la autotutela como solución al conflicto cuando su propia actividad no llega a determinados asuntos y en caso de que llegara, llegaría tarde para la defensa del derecho.

En otras palabras (Puerta y Builes, 2004), la autotutela se puede conceptualizar como una forma mediante la cual una parte, en determinado tipo de conflictos, le da salida al mismo, implementando una solución por su propia cuenta.

Algunas formas de autotutela previstas en la legislación colombiana son: el ejercicio de la patria potestad y el deber de corrección de los padres a sus hijos menores; la huelga (diferente al paro) y la legítima defensa.

### ***La autocomposición***

Esta forma implica que la solución al conflicto está dada por las mismas partes, sin que una le imponga su voluntad a la otra. La autocomposición es una convención que plasma la voluntad de las partes para componer el conflicto. Se rige por la autonomía de la voluntad privada e igualdad de las partes y entonces sólo puede autocomponerse el conflicto que se refiera a una relación sustancial, de la cual pueda disponerse y en la cual, además, las partes tengan capacidad de ejercicio o negocial.

Las partes involucradas resuelven el conflicto directa o indirectamente de acuerdo con el nivel de deterioro de la relación. La autocomposición puede revestir una cualquiera de las siguientes formas: transacción, negociación directa, concertación, negociación asistida, la mediación, la conciliación, la amigable composición y el arbitramento voluntario.

### ***La heterocomposición***

Supone la solución del conflicto por un tercero; aparece desde los albores de la humanidad y da lugar a diferentes formas de solución. Se caracteriza por la imparcialidad del tercero que tiene la misión de solucionar el conflicto y por la obligatoriedad para las partes del cumplimiento de lo decidido por ese tercero. Las formas heterocompositivas son el proceso judicial y el proceso arbitral obligatorio. La decisión del tercero, juez o árbitro, reviste la forma de sentencia judicial o de laudo arbitral, respectivamente.

La heterocomposición consiste en la intervención de uno o varios terceros, pretendidamente neutrales e imparciales frente al conflicto y las partes, con el fin de adjudicar el derecho. Así, la solución proviene directamente del tercero sea juez o árbitro.

Retomando lo dicho, entonces, el árbitro es un *juez privado*, que decide externamente (heterocomposición) en derecho o en equidad,<sup>3</sup> pero sin que las partes

---

<sup>3</sup> El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral. El arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico. El arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente. En este evento el árbitro deberá ser abogado inscrito. El arbitraje en equidad

realicen ninguna función de racionalización ni tengan protagonismo en el proceso. La negociación es un medio de evitación del pleito en el que los implicados intervienen directamente, o asistidos por sus respectivos abogados y asesores (autocomposición), pero sin que intervenga un tercero neutral, imparcial y experto en técnicas de comunicación. La mediación se encuentra dentro de los mecanismos de autocomposición, pero tiene como característica fundamental que interviene un tercero que no juzga (arbitraje), ni concilia (juez o conciliador judicial), que no negocia (abogado), sino que es un experto en comunicación y su función es la de ayudar a las partes a que racionalicen el conflicto que les enfrenta, y busquen, por ellas mismas, la solución y la recomposición del sentimiento recíproco de injusticia que originó el conflicto.

La conciliación judicial (heterocomposición) referida por Ortuño y Hernández (2007), es el intento de aproximación de posiciones que propicia el juez, con mejor voluntad que eficacia, y siempre con absoluta irregularidad, mas su fracaso histórico ha sido consecuencia de graves errores de planteamiento inicial, puesto que ni las partes pueden sincerarse ante quien después ha de juzgarlas (y, como es lógico, mostrarán ante el tribunal únicamente lo que les convenga), ni el juez puede proponer soluciones sin el riesgo de prejuzgar con ligereza, comprometiendo su función social.

Extendiendo el marco de lo que plantean dichos autores, consideramos que la conciliación llevada a cabo por el juez no es autocompositiva ni heterocompositiva sino *autoimpositiva*. Esto, por cuanto en últimas, la solución al conflicto se impone o es presionada por el *juez conciliador*. Tal parece que el juez en su rol de conciliador ha optado por trasponer el verbo disuadir por el de influir.

### **La conciliación en el centro de conciliación Luis Fernando Vélez Vélez (LFVV)**

La existencia del Centro de conciliación LFVV de la universidad de Antioquia, obedece a la iniciativa de varios docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas que más allá de la exigencia de la Ley 23 de 1991 (artículos 66 a 81), asumieron la importancia de la implementación de dicha figura en aras de mejorar la calidad académica de los practicantes de dicha Facultad y del beneficio social que implicaba la misma. En general, los centros así creados, se entendieron como organizaciones de carácter privado, constituidas con la finalidad de adelantar audiencias bajo la coordinación de un conciliador, en aquellas materias susceptibles

---

es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad. Cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico (artículo 115 Decreto 1818 de 1998).

de transacción, desistimiento o conciliación, para efectos de coadyuvar a la posibilidad de hallar soluciones a los asuntos jurídicos de carácter laboral, familia, civil, comercial y agrario.

De acuerdo con lo anterior, los centros de conciliación son instituciones que cumplen una función pública, autorizadas por el Ministerio del Interior y de Justicia, que coadyuvan a la administración de justicia y prestan a los conciliadores los recursos logísticos, físicos, técnicos y financieros necesarios para el desarrollo de sus funciones. Es en últimas un administrador y prestador de servicios.

Existen dos clases de centros de conciliación. El primero, corresponde a los creados por consultorios jurídicos de las facultades de derecho y, el segundo a los organizados por asociaciones, fundaciones, agremiaciones, corporaciones y cámaras de comercio.

Los centros de conciliación creados por los consultorios jurídicos de las facultades de derecho, como el Centro de Conciliación LFVV, gozan, entre otras, de las siguientes características: el director del consultorio jurídico tiene el carácter de director del centro de conciliación; el servicio de la conciliación que presta este tipo de centros es gratuito; además de los abogados conciliadores y los asesores de práctica con que cuente el centro, también fungen como conciliadores, básicamente, los estudiantes de último año de Derecho; el servicio de la conciliación que este tipo de centros presta, se limita a las áreas del derecho civil y de familia.

### **El proceso de conciliación**

La conciliación es un proceso, caracterizado, entre otras, por la flexibilidad procedimental, en donde, no obstante tal amplitud, se deben agotar lógica, secuencial y necesariamente unas etapas. Estas etapas suelen ser marcadas por su propia dinámica; pueden ser reguladas por el reglamento de cada centro de conciliación; acordadas por las partes y a lo sumo, delineadas por la actividad propia del conciliador. Grosso modo, las etapas señaladas por el Centro de Conciliación LFVV para el proceso conciliatorio, son: recepción de la solicitud, registro o radicación de la solicitud, consulta colectiva, designación del conciliador, citación a la audiencia y la audiencia de conciliación. En esta última cobra especial importancia la mencionada característica de flexibilidad procedimental, pues la audiencia de conciliación se podrá desarrollar en el orden que para el efecto acuerden los interesados o en últimas, según sea el procedimiento señalado por el conciliador. Sea una cosa u otra, generalmente, las etapas que se suelen señalar y desarrollar secuencialmente en la audiencia de conciliación son las siguientes: preparación, apertura, discusión, negociación, acuerdo y cierre.

Según lo estipulado en el Reglamento del Centro de Conciliación LFFV, las etapas de la audiencia de conciliación comprenden: En primer lugar, se establecen los pasos previos a la instalación de la audiencia, pasos en donde el conciliador debe resolver lo que sea de su competencia y según sea el caso, entre los cuales se tienen: la presentación informal del conciliador; la comparecencia de las partes; el ingreso a la sala de audiencias; la fijación de la calidad de parte; la comparecencia de personas sin interés jurídico; la comparecencia de personas con posible interés jurídico y la representación de las partes. En segundo lugar se debe proceder con la instalación de la audiencia. En ésta se debe hacer la presentación formal del conciliador; la presentación formal de las partes; la explicación del proceso conciliatorio y la fijación de las reglas de juego que regirán la audiencia. En tercer lugar, se debe proceder con el *desarrollo de la audiencia de conciliación*. Instalada la audiencia, el conciliador<sup>4</sup> estará atento en todo momento a su desarrollo y privilegiará el mantenimiento de la relación y la comunicación entre las partes, aún en el caso en que intuya que no habrá acuerdo entre ellas.

## 2. EL ESCENARIO SIMBÓLICO: LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

En definitiva, hay sociedades como la nuestra en las que está instalada la dicotomía victoria o derrota como única salida de un conflicto. Es la estrategia de ganar o perder, en la que el pleito no es más que el campo de batalla, y el sistema judicial la representación taumatúrgica del destino. Por ello es difícil para muchos juristas atender a razones como la que expresa Andrea Graciosi, de que “la mediación ha nacido como alternativa a la lucha por la victoria”.

(Ortuño y Hernández, 2007)

Como a la guerra, a la conciliación sólo van los valientes. A la una, acuden los involucrados con todo su arsenal, sofisticado o no, para la confrontación con su adversario aún a sabiendas de que pueden perecer. A la otra, acuden las partes con todo su arrojo, necesidades o intereses para encontrarse con el que no han querido o no han podido acordar a través de la interlocución. Diferentes son los propósitos

<sup>4</sup> El conciliador es el director de la audiencia: su conducta en ella debe ser intachable. No debe mostrar afán en terminar la audiencia; debe dirigir todo el proceso; en la audiencia hablar poco pero escuchar activamente; mantener y hacer cumplir las reglas de juego acordadas; sólo presenta opciones de solución al conflicto cuando las partes no las aportan o se muestran confundidos con las propuestas propias o las de las otras partes; no facilitar la ubicación de alguna parte como víctima de la otra; evitar valorar lo dicho por las partes; mostrarse neutral e imparcial; cuida de la legalidad de los acuerdos, pues la conciliación en el centro de conciliación “Luis Fernando Vélez Vélez”, es en derecho.

de uno y otro, pero al fin al cabo valientes en su proceder. Es valiente quien cita a una conciliación y lo es en mayor medida quien la acepta. Por encima de aquello del requisito de procedibilidad, quien cita a una conciliación lo hace generalmente sometiéndose a una aparente muestra o prejuicio de debilidad y quien la acepta lo hace mostrando al menos una incipiente pizca de magnanimidad.

En el caso tratado en la investigación que se refiere en este escrito, se pudo apreciar que generalmente las partes acuden a la audiencia de conciliación con muy poco interés en el asunto, y muy escaso respeto por el otro y su iniciativa de intentar acordar la diferencia que los enfrenta. Un significativo número de entrevistados, manifestaron que atendían dicha citación sólo por el hecho de que fuera expedida por el Centro de Conciliación. Igualmente se logró evidenciar que en el imaginario social de las personas conflictuadas, el tener que citar y encontrarse con el otro a discutir un asunto problemático, es sinónimo de choque y enfrentamiento en donde, preferiblemente, hay que ganar.

El lugar de la conciliación no es un campo de batalla, pero se suele entender como tal. La conciliación no es una guerra, pero las partes en más de las veces se comportan como guerreros en pos de su botín. Se puede apreciar con alguna facilidad en la práctica que el nivel de confrontación, enemistad o distancia con las que se hacen presentes las partes a una audiencia de conciliación, es el fiel reflejo de lo que en la cotidianidad se da a entender (o se ve) como conflicto, enfrentamiento o guerra y si se presentan acompañados de su escudero, entiéndase abogado, con mayor razón. Al contrincante hay que vencerlo, acabarlo o humillarlo. A la conciliación cada uno de los interesados se presenta blandiendo sus mejores armas y ostentando sus aparentes objetivos (posiciones). Detrás de la reluciente armadura y su intimidante casco, esconden sus verdaderos propósitos. Se presentan diciendo que no sólo representan sus propios intereses sino los de otros, presentan su aparente posición de víctima o su evidente y desafiante desidia o desinterés. Dígase por ejemplo, para el primer caso, el padre que discutiendo los alimentos de los hijos de anterior relación, defiende “los intereses” de los hijos y de la mujer de su actual unión o para el segundo, la madre que reclama alimentos para los hijos comunes habidos entre ella y el padre citado, pero que en el fondo se quiere vengar de *ese* que le abandonó o para el tercer caso, dígase de aquel cónyuge que citado para tratar el asunto de la separación de bienes, se presenta a la audiencia de conciliación con un claro o evidente desprecio por el otro y en donde con escasas palabras y actitudes evasivas manifiesta que no está interesado en escuchar o atender las razones del que fuera su *partner*.

La audiencia de conciliación generalmente es aprovechada, no tanto para apreciar al otro en toda su dimensión como persona ni mucho menos estimarlo en toda su

dignidad, sino más bien se toma como una oportunidad de hacer alarde de fuerza, de poder o de manipulación, de demostrar que se es capaz de lograr unos objetivos individualistas y egoístas. Es la persona que se hace presente a la audiencia de conciliación detentando el poder económico, por ejemplo, que considera que si se llega a un acuerdo es porque accede a hacerle una concesión o le hace un favor a la otra y que en últimas termina desestimando los intereses y las necesidades del otro.

El lugar de la conciliación, así lo entendemos, está diseñado básicamente para verse, encontrarse, para entenderse o para *dar vueltas con el otro* que es conversar con ese otro, para apreciar el cosmos de la otra persona y construir de lo puesto a la mesa de discusión, otra versión o discurso que satisfaga en buena medida el interés común de los actores protagónicos y coprotagonicos,<sup>5</sup> independientemente del hecho de que se aborde un acuerdo.

### **El conflicto y la conciliación en el espejo**

Los imaginarios sociales sobre el conflicto y su resolución han estado asociados generalmente con la idea de que conflicto y violencia es lo mismo y que al opositor hay que eliminarlo, negarlo, invisibilizarlo y hasta cosificarlo y por tanto la resolución del conflicto se alcanza por medio de las vías de la mano propia o soluciones de hecho.

En este sentido, uno de los propósitos de la conciliación no es sólo la intervención plana o puntal del conflicto a la espera de un resultado acordista o de corto plazo, sino la generación de un proceso en el que se involucre una labor pedagógica en la que las partes comprendan y redimensionen las concepciones sobre el conflicto y su resolución, la participación o responsabilidad que éstos asumen en el desarrollo del mismo y la posibilidad de que la solución no sea inmediateista sino que perdure en el tiempo.

El impacto social de la conciliación no se da por lo que la ley ha regulado de ella, tampoco por lo que los operadores o tratadistas del tema hayan dicho o hecho, radica más bien en el tratamiento de cada caso en específico en donde se imprimen cambios sustanciales en la vida de sujetos concretos y, en donde en últimas se da la posibilidad de que éstos asuman otra manera de ver el mundo. No pasaría nada si la conciliación no propone a las partes una nueva visión, diferente a la propia. Teresa de Calcuta citada por Escarrá y Nadal (2003), preguntada sobre cómo había

---

<sup>5</sup> Ser protagónico implica considerarse autor, agente de las acciones que se desarrollan y de los discursos y narrativas que se construyen. Pero además implica sentirse *responsable de las consecuencias* buenas o malas de las acciones y de los discursos que se realizan (Suarez, 2002:31).



hecho para ayudar a tantos niños en el mundo, respondió con la simpleza de los grandes del alma: “de a uno”, y así es como se debe apuntar al cambio de cultura violenta a pacificadora, de caso en caso y de asunto en asunto.

El conciliador se convierte en un dispositivo que potencia a las partes como actores y copartícipes en el escenario de la gestión de su propio conflicto. En este caso el conciliador no es quien tiene la solución del conflicto, sino quien propicia estrategias que facilitan que las partes tomen conciencia de su propia realidad y desde ellos mismos parta la resolución y la multiplicación de dicho sistema.

### 3. EL ESCENARIO DE LOS ACTORES DE LA CONCILIACIÓN: LA CONSTRUCCIÓN DEL LUGAR SIMBÓLICO

La conciliación no es sólo un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, es una figura jurídica con su propia identidad y naturaleza, en donde se conjugan mayor efectividad y agilidad en el trámite de los procesos, en contraposición a las instancias judiciales, que como lo refleja Kafka en su obra “El Proceso”, son espacios que dan cuenta de la tramitología y la lentitud burocrática en el aparato judicial.

Partimos del análisis del *lugar* desde la perspectiva de Marc Augé (2000), en el sentido en que se caracteriza al Centro de Conciliación LFVV como un lugar de significancia para los que transitoria o habitualmente lo comparten: las partes, los conciliadores y el personal que allí labora. Distinto a un espacio indeterminado, el Centro de Conciliación se constituye en un espacio semantizado, en la medida en que los actores sociales (conciliadores y las partes) que intervienen en éste, intercambian percepciones, tejen relaciones, identifican su función y relevancia social, y sobre todo, lo redimensionan como un lugar, donde en el encuentro con el otro, discurre el conflicto para ser pactadas posibles soluciones y mejorar las relaciones interpersonales y sociales. El Centro de Conciliación se constituye en el lugar donde los sujetos interactuantes construyen significados que determinan un cierto tipo de relaciones específicas, con prácticas determinadas.

Por tanto, el Centro de Conciliación puede considerarse como el *escenario de los actores* que intervienen en el proceso conciliatorio. A este lugar acuden las personas que tienen conflictos; y que además buscan una alternativa de solución diferente a las vías de hecho. El conflicto, y más su resolución o transformación, es la razón de ser de este escenario; así, el Centro, con el significativo alivio a problemas individuales, con el tratamiento de asunto en asunto, con su labor, en general, contribuye a la construcción de ciudadanía y cultura política en el sentido de que muestra a las personas una posibilidad diferente de ver al otro, de ver el conflicto y de resolverlo o transformarlo, da una mirada diferente a las relaciones de poder

entrapadas o *empantanadas* (Suarez, 2002:29) entre las personas conflictuadas, porque en el proceso pedagógico y en las audiencias de conciliación como tal, se muestra la importancia de las relaciones desde la equidad y la autonomía de la voluntad, pues son las propias personas quienes resuelven el problema, por medio de negociaciones que tienden a posibles acuerdos; pero también se fortalece la virtud del reconocimiento del otro, ya que “los acuerdos son posibles porque las partes defienden sus intereses y derechos y se encuentran obligadas a tomar en cuenta los intereses y derechos de los otros” (Giraldo Ángel, 2004: 21).

Quienes acuden al Centro de Conciliación LFVV lo hacen, por lo general, buscando que las soluciones a sus conflictos se den con la intervención de un tercero, pero más allá de eso, lo que buscan son soluciones que vengan de afuera, de otros. Si bien el Centro de Conciliación posibilita la mirada de un tercero frente al conflicto, en el proceso conciliatorio se resignifica su intervención haciendo que el conciliador no se convierta en la fuente de solución del conflicto sino que ésta surja desde los sujetos mismos. En el desarrollo de la audiencia hay un momento en el que el conciliador desaparece de escena aunque se encuentre presente, para permitir que sean las partes las que de forma dialógica, interactúen y lleguen a la resolución de su conflicto. En la medida en que la audiencia se desarrolle positivamente, la figura del conciliador será menos visible porque con su apoyo, las partes han logrado paulatinamente un acercamiento dialógico y una ruta hacia el acuerdo.

El Centro de Conciliación es un escenario donde la distribución del lugar en función de los distintos momentos del proceso conciliatorio, indican a las personas el rol y el comportamiento que deben asumir en cada uno. El lugar va adquiriendo significado en la medida en que el Centro cumple su función social. Por ejemplo, la sala de espera es un campo de actuación distinto al de la recepción y al de las salas de audiencia. Finalmente éste cambia de significado cuando es apropiado por la comunidad que lo reconoce y acude a él.

En el Centro de Conciliación LFVV, antes de acudir a la audiencia, los usuarios citantes deben asistir al salón de consultas colectivas<sup>6</sup> que es el lugar en donde se inicia el proceso pedagógico con el fin de incidir de alguna manera en la actitud para afrontar el proceso conciliatorio. Este lugar se presenta propicio para iniciar el ejercicio pedagógico de la conciliación, pues éste se enfoca en función de todas aquellas personas que decidieron hacer frente a su conflicto por las vías del diálogo; así mismo, este momento se hace cada vez más interesante porque se genera

---

<sup>6</sup> La consulta colectiva consiste en un espacio propiciado por el Consultorio Jurídico “Guillermo Peña Alzate” de la Universidad de Antioquia, en donde se reúne un número determinado de usuarios con tema afín de consulta a efectos de instruirlos jurídicamente sobre el asunto en particular, escuchar sus inquietudes y darles a conocer los pormenores del posible trámite.

interacción entre usuarios y estudiantes de derecho, quienes luego cumplirán con el rol de conciliadores, posibilitando un acercamiento más real a los conflictos que son tratados en el Centro de Conciliación e intercambiando ideas y percepciones que permitan hacer una construcción de lo que en la realidad se vive cotidianamente para que, a partir de una lectura de esa realidad, se puedan generar procesos que le ayuden a las personas a solucionar sus conflictos por vías diferentes a la judicial y/o a las de hecho.

Las salas de audiencia son cubículos dotados con elementos tales como: una mesa, cuatro a seis sillas, un computador en su respectivo mueble y cuadros decorativos que hacen alusión al diálogo, a la comunicación, al conflicto o a la conciliación. Estas salas no son lo suficientemente amplias para acoger a un número mayor de cinco personas, el espacio es reducido. Cada uno de los elementos con los que están dotadas las salas de audiencias tiene una razón de ser y están estratégicamente ubicados. La mesa, por ejemplo, se convierte en un punto de apoyo a la hora de proceder con la conversación y determina en gran medida la forma de interactuar de los intervinientes (las partes y el conciliador); ésta puede así mismo convertirse en un elemento que ponga distancia entre las partes y levantarse como barrera, o dependiendo de la ubicación y actitud del conciliador, puede posibilitar para éste, una herramienta valiosa para la lectura del lenguaje no verbal de las partes y de la interacción entre éstas.

Dicha interacción está influenciada por la ubicación de los actores y el conciliador, es decir, si este último se encuentra en medio de los conciliantes, se convierte generalmente, en eje central de la discusión y da lugar a que aquellos se refieran gestual y verbalmente a él y terminen ignorando a la contraparte; pero si por el contrario, el conciliador se ubica propiciando que las partes queden perpendicularmente a él y ellos se ubican frente a frente, en cierta medida obliga a que ellas se miren y se hablen directamente, recurriendo poco al conciliador.

Ahora bien, el hecho de que el computador esté ubicado en las salas facilita la redacción del acta o constancia que corresponda según el resultado de la audiencia, corroborar la información, percibir y evaluar los resultados de dicha audiencia, esto puede ser positivo en ciertos casos, pues mientras el conciliador redacta, las partes mientras tanto, en la mayoría de las veces, entablan una conversación desprevenida, una comunicación directa que da cuenta de que efectivamente la conciliación cumplió uno de sus objetivos principales: el restablecimiento de la comunicación y de las relaciones interpersonales (transformación del conflicto), punto de inicio de la resignificación del vínculo con el otro que se había fracturado debido al conflicto.

La audiencia de conciliación se ha venido entendiendo como el escenario donde se materializa buena parte del proceso de conciliación, es donde se da el encuentro de quienes se consideran los actores protagonistas de dicho proceso y la razón de ser del Centro de Conciliación: los citantes, los citados, el conciliador y el conflicto puestos sobre la escena de los actores. El producto de esta relación depende de las actuaciones, los roles y el control sobre la situación de cada una de las personas que están en la audiencia, especialmente depende de la orientación que aporte el conciliador en la audiencia. Por todo esto, los espacios de la audiencia de conciliación deben estar dispuestos para la confrontación dialógica, para la expresión verbal y emocional de cada uno de los actores en medio de un escenario de confidencialidad.

Los usuarios (citantes) que deciden formar parte de esta dinámica, lo hacen en respuesta a un estímulo o impulso después de haber reflexionado y sentido la necesidad de hacerlo. Cuando el actor se encuentra en la sala de espera, sin duda alguna está buscando encontrar salida a algo que para él es problemático, más que conflictivo, pues en el lenguaje cotidiano el concepto de conflicto es reemplazado por el de problema. El actor considera la situación inmediata, la experiencia pasada y las consecuencias (Ritzer, 2002: 256) y entre múltiples opciones para llegar a la solución de su conflicto como es la violencia y las instancias judiciales, entre otras, decide acudir al Centro de Conciliación. Ya en la recepción, el actor recibe claridad respecto de su asunto, lo que le permite volver a pensar acerca de lo que realmente se debe hacer y contemplar otras posibilidades de solución y escoger la que mejor se acerque a la satisfacción de sus necesidades e intereses. Cuando el actor ya se encuentra en una de las salas haciendo parte de una audiencia de conciliación, es porque ha decidido emprender una acción para satisfacer el impulso original (Ibíd.: 257).

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

El conflicto *per se* no es bueno ni malo. El conflicto entendido como una forma de crecer, de conocer el mundo desde otra visión o desde la visión del otro, es positivo. El conflicto mueve a las personas involucradas en él a un necesario acercamiento para su resolución y a lo sumo para su transformación. Justamente es aquí donde la conciliación se presenta como el mecanismo o puente que se extiende para propiciar el entendimiento entre las partes, independientemente del logro de un acuerdo. Y es, en consecuencia, papel del conciliador tener conciencia de los distintos elementos que componen el conflicto y del comportamiento de los conciliantes en el desarrollo de la audiencia de conciliación, puesto que además de un asunto de índole jurídico están en juego sentimientos, emociones y valoraciones de los protagonistas.

No existe una definición unívoca o acabada de conflicto. Los conflictos son específicos, existen tantos conflictos como personas conflictuadas y tantas emociones encontradas. Tampoco existe, respecto de su resolución, una decisión de receta. Los conflictos se resuelven según sea la voluntariedad y la propia capacidad creativa o inventiva de los protagonistas. La resolución es de las partes, de nadie más.

Los intereses que mueven el funcionamiento del Centro de Conciliación de la Universidad de Antioquia, van más allá del cumplimiento de un mandato legal y se insertan en lo que realmente es vital, la persona misma. Es decir, el trabajo desarrollado hasta hoy en el Centro, ha permitido que se asuma con mucha más conciencia lo que encierra, significa y comunican las personas que se encuentran allí para conversar y tratar su conflictiva. Ello ha significado salir de ese plano puramente legal que trasciende todo lo que se ha dado en conocer como “conciliación” para acercarse directamente al ser, y a través de una mirada más holística encontrar el trasfondo que lo mueve y que, en la mayoría de los casos, es lo que lo determina como un sujeto conflictual, que tiene diferencias con el otro y diferencias que se hacen necesarias tratar con la intervención de un tercero facultado para esto por ellos mismos.

También se observó en la investigación a que se hace referencia, que los conciliadores, en la planeación y en el desarrollo del proceso conciliatorio, regularmente sólo echan mano de la herramienta jurídica. Los aspectos que sobrepasan lo jurídico, vale decir, lo social, lo psicológico y lo cultural, generalmente no son tenidos en cuenta a la hora de leer el conflicto, de disponer las herramientas necesarias para la negociación asistida y en últimas, de proponer una solución. En esto radica, muchas de las veces, la dificultad del manejo de la audiencia de conciliación y la auscultación o esclarecimiento de las reales intenciones o intereses de las partes en la negociación.

La interdisciplinariedad,<sup>7</sup> se torna importante para la conciliación como proceso de intervención integral, en la comprensión de que el conflicto involucra a las personas ante todo de manera social y emocional; esto hace indispensable que el conciliador pueda tener una mirada compleja y holística sobre su tratamiento, resolución o transformación y por tanto éste en su formación, debe propender por adquirir elementos conceptuales y metodológicos que proporcionan otras disciplinas, como las de las ciencias sociales.

---

<sup>7</sup> Entendida como “(...) el concurso de varias disciplinas conexas entre sí y con relaciones definidas a fin de que sus actividades no se produzcan en forma aislada, dispersa y fraccionada, y en consecuencia lleguen a un enriquecimiento de la ciencia de la actividad científica” (Tamayo y Tamayo, 2004:16).

La conciliación, mirada o interpretada sólo desde la perspectiva de lo jurídico, puede tener algún grado de éxito, pero en definitiva tiende a desconocer aspectos de la interacción social que involucra afectos, sentimientos, emociones, valoraciones y sentidos de las relaciones interpersonales en la vida cotidiana de las personas, quedando al final, aunque se logre *un acuerdo*, el conflicto vivo y las relaciones fracturadas.

La conciliación desde el Centro de Conciliación LFVV, se ha convertido en un importante *proceso pedagógico* para la comunidad. Esto, por cuanto desde la consulta del asunto, hasta el cierre del proceso de conciliación, las partes intervinientes se nutren de él, de la experiencia del conciliador y de la experiencia del otro; redundando todo esto en pro de un entendimiento de la conflictividad y de las formas diferentes que existen para su resolución. Con todo, lo más relevante en este aspecto, es que con ello no sólo se contribuye a consolidar cultural y políticamente a la sociedad en esta clase de mecanismos autocompositivos y a la vez ayudar a la reconstrucción del tejido social, sino que se facilita que ellos se conviertan en multiplicadores de esta práctica.

La conciliación ha generado una nueva visión del conflicto en las prácticas cotidianas. Las personas, luego de participar en un proceso de conciliación en este Centro, suelen entender el conflicto y al otro desde una mirada diferente. Perciben que el conflicto mismo puede ser positivo, en tanto es dispositivo de cambio, en su desarrollo y tratamiento se convierte en un posible factor regenerador de entendimientos y de relaciones y en motor de cambios en su vida y en su entorno familiar y social.

En la medida en que el Centro de Conciliación LFVV se constituye en el lugar donde los sujetos interactuantes o protagonistas construyen nuevos significados del conflicto y su resolución, distintos a los habituales, este lugar se convierte en un escenario propicio para relaciones y prácticas centradas en ellos mismos y en la búsqueda de soluciones concertadas, con el trabajo de bajo perfil pero siempre importante que debe guardar el conciliador.

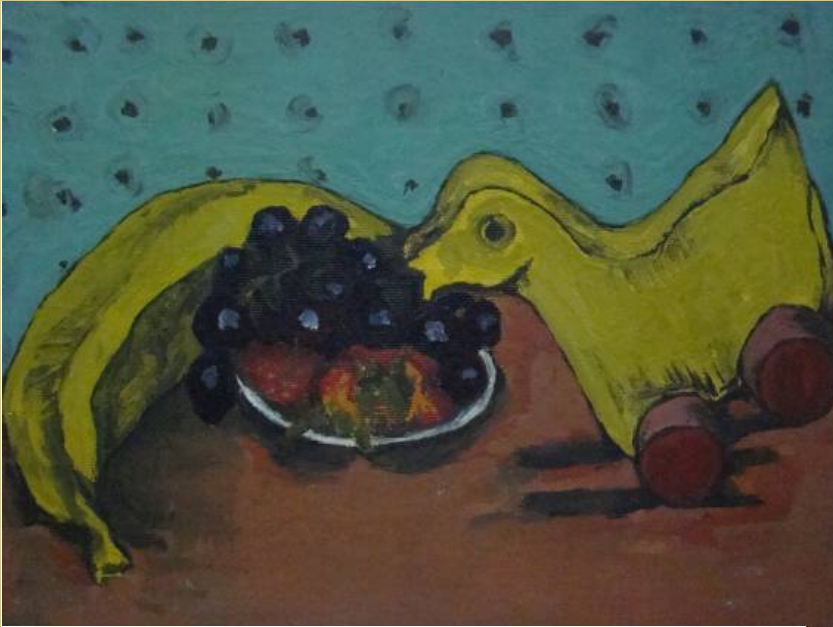
La conciliación no es conflicto aunque sin éste no se podrá dar aquella, tampoco es una guerra y los conciliantes no deben asumirse como enemigos, así, en la audiencia o lugar de la conciliación, se ha de reivindicar la dimensión del otro como persona en la medida en que se dispone el escenario para que las partes puedan verse, encontrarse y entenderse más allá de la solución del conflicto a través del acuerdo.

En el proceso de conciliación se destacan las relaciones intersubjetivas entre los actores sociales que intervienen en él, en el reconocimiento del otro como igual, pero diferente y disidente en cuanto a imaginarios frente al conflicto, frente al otro

y frente al centro de conciliación como lugar de interacción. El escenario de la conciliación se convierte entonces, en un punto de encuentro de la diferencia, en donde, alcanzándose el acuerdo o no, éste (el encuentro) se hace indispensable no sólo para lograr cierto grado de conciencia en el nivel de calidad de vida de los protagonistas, sino para enmarcar voluntariamente algunas condiciones necesarias a la convivencia pacífica entre estos.

## BIBLIOGRAFÍA

1. AUGÈ, Marc. *Los “no lugares” espacios del anonimato: Una antropología de la sobremodernidad*, Barcelona, Gedisa, 2000.
2. ESCARRÁ Luis Carlos y NADAL, María del Carmen. *Podemos hablar acerca de la interdisciplina en la mediación?* Vª Conferencia Internacional del Foro Mundial de Mediación, 2003 ([www.geocities.com/suaresforum](http://www.geocities.com/suaresforum)).
3. GIRALDO ÁNGEL, Jaime. *Mecanismos alternativos de solución de conflictos - la justicia comunitaria*. Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004, Bogotá. p. 21
4. MONTOYA SÁNCHEZ, Miguel Ángel. *La conciliación en el proceso de transformación del conflicto. A propósito de la conciliación en el Centro de conciliación “Luis Fernando Vélez Vélez”*. Medellín, Centro de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, 2006.
5. ORTUÑO MUÑOZ, José-Pascual y HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier. *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*. Documento de trabajo 110/2007 ([www.solomediacion.com/Fitxers/Web43330/DOCUMENTOALTERNATIVAS.pdf](http://www.solomediacion.com/Fitxers/Web43330/DOCUMENTOALTERNATIVAS.pdf)).
6. PUERTA LOPERA, Isabel y BUILES BUILES, Luis Fernando. *Formas de tratamiento de conflictos*. En: Universidad de Antioquia, Tratamiento de conflictos. Medellín, Editorial Universidad de Antioquia, 2005, p. 141-145.
7. RITZER, George. *Teoría sociológica moderna*. Quinta edición. España. Mc. Graw Hill, 2002.
8. RUIZ RESTREPO, Jaime. *A propósito del conflicto*. En: Universidad de Antioquia, Tratamiento de conflictos. Autor corporativo, Medellín, Editorial Universidad de Antioquia, 2005, p. 11-62.
9. SUARES, Marínés. *Mediando en sistemas familiares*. Editorial Paidós, Buenos Aires, 2002.



Autor: Verónica Molina Mesa

Título: Patico bodegón

Técnica: acrílico sobre lienzo

Dimensiones: 14,8 cm x 21,59 cm

## ***EL HABEAS CORPUS Y LA TUTELA DE LA LIBERTAD PERSONAL\****

- 
- \* Este artículo es resultado de la investigación “*Seguridad, orden y libertad en la decisión judicial: el caso del habeas corpus. Medellín, 1997-2005*” (Investigador principal: Hernando Londoño Berrío), en la cual la autora se desempeñó como auxiliar entre los años 2005 y 2006. Una primera fase del proyecto denominada “*las palabras de la ley*” se ocupó de documentar la historia, naturaleza y sentido del habeas corpus en Colombia. El texto que se presenta constituye parte del informe final sobre el desarrollo de esa primera fase. Una versión más extensa fue presentada como trabajo de grado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, y mereció por parte de los jurados una recomendación de publicación.

Fecha de recepción: Septiembre 29 de 2008

Fecha de aprobación: Noviembre 4 de 2008



## EL HABEAS CORPUS Y LA TUTELA DE LA LIBERTAD PERSONAL

*Tatiana María Álvarez Parra\*\**

### RESUMEN

Una lectura de la Constitución en que se represente de forma suficiente el sentido protector que detentan las instituciones del *habeas corpus* y la acción de tutela, permite entenderlas como los *medios* por excelencia a través de los cuales el ciudadano y la institucionalidad concretan la función esencial del Estado Constitucional de Derecho: la protección inmediata de la libertad. En último término, y a efectos prácticos, la afinidad sustancial, teleológica y aún formal de esos medios, implica la posibilidad de que ellos se conciban como garantías *continuas y compatibles* en relación con la Garantía de la libertad personal. En cuanto no parece razonable entenderlas recíprocamente excluyentes, las formas y rituales de esos dos instrumentos lógicamente no habrían de traducirse en una carga ciudadana que desdibuje su esencia y función.

**Palabras clave:** *habeas corpus*, tutela de la libertad, acción de tutela.

### *HABEAS CORPUS AND THE PROTECTION OF PERSONAL LIBERTY*

### ABSTRACT

A reading of the Constitution in which gets represented, sufficiently, the protective effect that hold the institutions of *habeas corpus* and the “*acción de tutela*”\*\*\*\*, enables to understand them as the *means* par excellence through which citizens and the State realized the vital role of State Constitutional of Law: the immediate protection of liberty. Ultimately, as all practical purposes, the substantial, teleological and even formal affinity of these means, brings the possibility that they could be designed as a *continuous* and *consistent* rights regarding the protection of personal liberty. As it does not seem reasonable to understand them as mutually exclusive, forms and rituals of these two instruments should not result in a burden for the citizen because that way the institutions lost their essence and function.

**Key words:** *habeas corpus*, protection of liberty, acción de tutela.

---

\*\* Abogada de la Universidad de Antioquia. La autora agradece a los profesores Hernando Londoño Berrío y William Fredy Pérez, su orientación en la concepción de los problemas que aquí se abordan, su apoyo bibliográfico y su asesoría permanente en la corrección de las versiones preliminares de este texto.

\*\*\* This is a type of action, wich although inspired by the German and Spanish law concept of claim when fundamental rights are harmed or are in harms ways, it is typical of the Colombian legal system, and it does not have any translation to the Anglo-Saxon legal systems. However, it can be assimilated to certain actions which do exists in those legal systems like *injunction*.

# EL HABEAS CORPUS Y LA TUTELA DE LA LIBERTAD PERSONAL

## INTRODUCCIÓN

En los miles de registros sobre los antecedentes lejanos del habeas corpus suelen aparecer desde el *libelo homine exhibendo* en la Roma Imperial (las personas *libres* retenidas injustamente por otras, habrían de ser exhibidas ante el Pretor), hasta las disposiciones inglesas de las Cartas *de las Libertades y de las Libertades del Reino y de la Iglesia* de principios del siglo XII; de la *Carta Magna* de Juan Sin Tierra de 1215 (ningún hombre libre sería detenido, preso o desposeído sin previa ley), a la *Ley Inglesa de 1640* y el *Habeas Corpus Act* de 1679 (ampliado en 1816). También forman parte de ese catálogo, entre otros,<sup>1</sup> el *Privilegio de Aragón* de 1287, el *Fuero de Aragón* de 1428 y el *Fuero de Vizcaya* de 1527.

Por su parte, en relación con la Acción de Tutela es frecuente encontrar citados muchos de esos mismos documentos del derecho inglés, pues realmente aquellos textos aludían a una garantía genérica de protección de los derechos “naturales”,<sup>2</sup> es decir, de las libertades y los derechos de propiedad (de algunas personas por supuesto).<sup>3</sup> Entre los antecedentes de la acción de tutela, se evoca frecuentemente también el derecho de Castilla que se aplicó en las colonias españolas de América (en el cual había un interdicto de amparo para la protección y restitución de bienes y derechos), así como los ya mencionados fueros aragoneses (que contenían ese

---

<sup>1</sup> Véanse: MALAGÓN, Miguel. “Antecedentes hispánicos del juicio de amparo y de la acción de tutela”. *Estudios Socio-Jurídicos*, 5 (1). Bogotá, enero-junio de 2003; REIMUNDÍN, Nicolás R. “Semejanzas entre el fuero de manifestación del reino de Aragón y el habeas corpus de la carta magna Inglesa”. En: <http://www.monografias.com/trabajos11/fuero/fuero.shtml>. (Consultado en agosto de 2007); URQUIZA, Carlos A. “Documentos Fundamentales del Constitucionalismo”. En: [http://www.urquizadenis.com.ar/Documentos%20Fundamentales%20del%20Constitucionalismo/Fuero\\_de\\_Aragon.htm](http://www.urquizadenis.com.ar/Documentos%20Fundamentales%20del%20Constitucionalismo/Fuero_de_Aragon.htm). (Consultado en septiembre de 2007).

<sup>2</sup> Véanse: VANEGAS, Alfonso. “Teoría y práctica de la acción de tutela”. Bogotá, Editemas AVC, 1996; ROLLA, Giancarlo. “La concepción de los derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano”. Centro di ricerca sui sistema costituzionali comparati - Università degli studi di Genova. En: <http://www.costituzionale.unige.it/crdc/docs/articles/Rolla3.pdf> (consultado en noviembre de 2005).

<sup>3</sup> Es el caso del Privilegio de Aragón de 1287. Como en el primigenio habeas corpus inglés que se extendía sólo a los señores feudales, éste era un texto que se ocupaba sólo de la libertad individual de hombres ricos, hacendados, caballeros, procuradores y afines.

“amparo” que representaba el “juicio de manifestación”) e inclusive la Constitución mexicana de 1857 (Juicio de Amparo).<sup>4</sup>

Ya en el siglo veinte<sup>5</sup> la historia de esos institutos entre nosotros remite directamente a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 02 de Mayo de 1948), a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (París, 10 de diciembre de 1948), al Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966) y a la Convención Americana de Derechos Humanos (San José de Costa Rica, noviembre de 1969), pues en estos instrumentos se consolida en todo caso la idea de un *recurso*, que ha de ser *rápido* y *efectivo*, atendido por *jueces*, y dirigido a proteger *derechos fundamentales*.<sup>6</sup>

De esos y muchos otros documentos que reiteradamente se citan como antecedentes del habeas corpus y de la acción de tutela, hay evidencia histórica. Pero es conveniente tener ciertas cautelas. Aquellas referencias esquemáticas a los antecedentes del habeas corpus y de la acción de tutela, no podrían servir, como a veces sirven, para tener una idea adecuada de lo que fue y no es, o de lo que pudo haber sido la tutela de los derechos y las libertades. La historia no es tan lineal y acaso no sea siquiera “la historia del triunfo de la humanidad” o del progreso<sup>7</sup> que parecen sugerir los catálogos de fechas y eventos que se presentan de forma tan ordenada y conexas.

En primer lugar, sería muy ingenuo creer que datos como esos resumen lo que ocurrió con las libertades y derechos en el curso de una historia que, sin embargo, ha estado repleta de revoluciones, rupturas, reacomodos de sistemas normativos locales, regionales y aun continentales, y de retornos permanentes a formas jurídicas y políticas que se suponían abandonadas en cada momento.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> México tiene una fuerte tradición en la materia. De hecho, allí se habla de un *Derecho* de Amparo, que se desagrega en *amparo agrario*, *amparo contra actos administrativos*, *amparo contra sentencias*, *amparo contra leyes* y *amparo de la libertad o habeas corpus*. Véase: FIX-ZAMUDIO, Héctor. “Ensayos sobre el derecho de amparo”. México, Instituto de Investigaciones jurídicas, 1993; y del mismo autor: “Hacia una nueva ley de amparo”. En: *Estudios en homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 287-338.

<sup>5</sup> Aunque los años de 1776 y 1789 son importantes en un recuento de la historia de los derechos humanos (declaración de derechos de Virginia en Estados Unidos, y La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia, respectivamente), normalmente no aparecen entre los antecedentes específicos del habeas corpus, pues allí no se aludió a esta garantía de la libertad individual.

<sup>6</sup> Véase: Base de Datos Políticos de las Américas. *Garantías jurídicas: amparo, habeas corpus y presunción de inocencia*. Centro de Estudios Latinoamericanos, Universidad de Georgetown, 2006”.

<sup>7</sup> Véase: CAPELLA, Juan Ramón. *Los ciudadanos siervos*. Madrid, Trotta, 1993, p. 13-32.

<sup>8</sup> Véase: BERMAN, Harold J. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. México, FCE, 1996.

En segundo lugar, cuando leemos comprimidos históricos como esos –muy usuales en los manuales de derecho–, no debería olvidarse que ellos aluden a mundos en los cuales los significados de muchas palabras (“derecho”, “garantía”, “libertad”, “regla”, etc.) son muy distintos: esos tiempos no son los del constitucionalismo tal como lo concebimos contemporáneamente; el Tribuno romano no era el Juez que hoy conocemos, ni el *homine libelo exhibendo* un mecanismo de protección frente a las autoridades públicas (“sino un medio para verificar las condiciones en virtud de las cuales un particular sometía a un hombre libre”);<sup>9</sup> el Justicia Mayor<sup>10</sup> no era el magistrado del Estado contemporáneo; y súbditos, plebeyos y aun ciudadanos en los países de América, han tardado mucho en ser admitidos por los grupos privilegiados como sujetos portadores de alguna cualidad que los aproximara a la libertad individual o a los derechos que los miembros de estos mismos grupos defendían para sí mismos. Aunque seguramente el derecho moderno es sólo un mito que reemplazó a otro o –como dice Paolo Grossi– apenas “el castillo inexpugnable de una persuasiva mitología político-jurídica”,<sup>11</sup> sin duda el derecho era otra cosa en el mundo antiguo, en el mundo medieval y aún en la temprana modernidad: su producción se hacía por otros canales, se valía de voluntades y justificaciones que hoy resultan inadmisibles en la cultura jurídica dominante, y sobre todo, era vivido de forma muy diferente.<sup>12</sup> El mundo era otro y las palabras jurídicas significaban otras cosas.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-187 de 2006.

<sup>10</sup> Véase una detallada descripción de las características de este “funcionario” en: MALAGÓN PINZÓN, Miguel. *Op., cit.*, p. 77-113.

<sup>11</sup> GROSSI, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Trad. Manuel Martínez. Madrid, Trotta, 2003, p.43.

<sup>12</sup> “Ante la mirada de un jurista atento, civilización medieval y civilización moderna parecen coincidir en un solo punto: ambas son civilizaciones jurídicas, en el sentido elemental de que ambas tienen muy en cuenta el derecho como estructura basilar. Pero se trata de una coincidencia formal y aparente. (...) Es verdad: la presencia del derecho es intensa en una y en otra, pero se trata de presencias (...) invertidas: al total e innegable respeto por la dimensión jurídica que circula constantemente por las venas del organismo medieval, responde la actitud de completa instrumentalización que domina en el primero; lo que en el primero aparece entre los fines supremos de la sociedad civil, en el segundo resulta un instrumento, aunque relevante, en manos del poder político contingente”. *Idem.*, p. 23-24.

<sup>13</sup> “(...) resulta evidente que aunque el hombre haya vivido ya algunos milenios sobre el mismo planeta, los “mundos” culturales predominantes en el mismo no han sido los mismos. Por ejemplo, el mundo cultural del hombre medieval estaba poblado “realmente” de brujas y de demonios, lo cual no ocurre en nuestros días (al menos de manera predominante) y mientras que en un período del desarrollo de la astronomía los planetas de nuestro sistema giraban “realmente” alrededor de la tierra (...), en nuestro mundo actual, creemos firmemente que en el sistema planetario al que pertenece la tierra, todos los planetas giran alrededor del sol. Esto significa que, de igual manera que nadie puede dejar de comprender el mundo desde sus propios esquemas (...), la manera en que generamos esquemas generales de comprensión del mundo y su relación con el lenguaje está determinada por la forma de pensar predominante en una época o “mundo” cultural dado”. CÁCERES, Enrique. *¿Qué es el derecho? Iniciación a una concepción lingüística*. México, Cámara de Diputados – Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 48.

En tercer lugar, al leer la historia de las instituciones que aquí interesan, habríamos de considerar que hay ciertas condiciones específicas de *recepción* en países que como el nuestro han sido y son “colonias” también de la teoría y de la dogmática jurídica. Y, en cuarto lugar, aún más que “la época” y “los procesos de recepción”, no podría perderse de vista que en este territorio nuestro todavía conviven el derecho y diversas confrontaciones armadas, y que por tanto no es extraña la “(...) instrumentalización de las funciones de administrar justicia, de enervar la violencia y de mantener la idea de legalidad que funda el estado de derecho, a las urgencias de la coyuntura, al pragmatismo de la función de gobierno y a la vertiginosa gestión de la guerra”.<sup>14</sup>

Mantener presente la necesidad de esta información contextual, o tener precauciones a la hora de leer datos de fechas y leyes, puede hacer que comprendamos más fácilmente el atropellado devenir del habeas corpus en Colombia, las tentativas continuas de restricción a la acción de tutela y, así mismo, la dificultad para que esas instituciones sean vistas como garantías continuas o compatibles de defensa de la libertad individual. Al examen de esta última dificultad se dedica precisamente el artículo.

En este texto se describe entonces la relación de exclusión que con respecto a la libertad personal mantienen el habeas corpus y la acción de tutela en el orden normativo colombiano; se arguye que esa situación no es razonable y que existen problemas prácticos derivados de la manera como ha sido configurada esa relación. Igualmente se sugiere que, sin “forzar el orden normativo”, hubiera sido o sería posible concebir la *continuidad y compatibilidad* de ambas instituciones.

Obviamente no es posible presentar aquí la totalidad del informe final<sup>15</sup> que dio lugar al presente artículo, por eso podría extrañarse un recuento del devenir del habeas corpus y de la acción de tutela en la legislación colombiana. Sin embargo, esa carencia puede ser afortunada, pues también aplican para esa parte del trabajo las advertencias sobre la necesidad de contextualizar nuestra historia. Precavernos *de* una historia, pero también *contra* la que los códigos y la doctrina jurídica relatan, es un trabajo por hacer.

<sup>14</sup> LONDOÑO, Hernando y PÉREZ, William Fredy. “Proyecto de investigación *Seguridad, orden y libertad en la decisión judicial: el caso del habeas corpus. Medellín, 1997-2002* (versión final)”. Medellín, Facultad de Derecho, Universidad de Antioquia, 2004, p. 5 (Documento).

<sup>15</sup> ÁVAREZ, Tatiana María. *El habeas corpus y la tutela de la libertad personal*. Trabajo de Grado. Medellín, Facultad de Derecho, Universidad de Antioquia, 2007.

## 1. HABEAS CORPUS Y ACCIÓN DE TUTELA: COMPLEMENTARIEDAD RESIGNADA

La importancia actual del habeas corpus se hace notar en cuanto se lo concibe hoy simultáneamente como “acción”, “derecho” y “garantía fundamental”. De forma elemental lo presenta así la doctrina colombiana:

“Un derecho de rango fundamental por cuanto es el hombre quien tiene la facultad de disponer de él, directamente o por intermedio de otra persona. Es una *garantía fundamental* al tener consagración constitucional, dirigida a proteger la libertad de locomoción de las personas, contra la arbitrariedad de los jueces y fiscales de la república. Una *acción*, entendida como posibilidad de hacer o no algo, en este caso de defenderse, es decir de ejercerla o no; y (...) un *mecanismo* defensivo del ciudadano, de carácter externo, ya que en él interviene un funcionario judicial (art. 30 constitucional) distinto al que ha ordenado de manera ilegal la privación de la libertad o la ha prolongado ilícitamente”.<sup>16</sup>

El habeas corpus se entiende entonces como un complejo instrumento de freno al poder del Estado. Pero en una perspectiva estrictamente garantista, esa complejidad se expresa también en tres dimensiones o funciones determinantes del alcance del habeas corpus: la función *reparadora*, la *preventiva* y la *correctiva*. Francisco D’albora las define de la siguiente manera:

“La función *reparadora* pretende restablecer la libertad de la persona privada ilegalmente de ella, neutralizando los efectos de la privación hecha efectiva sin orden escrita de autoridad competente o con violación de las formalidades o motivos previamente definidos en la ley. La *preventiva* busca proteger a una persona que ve amenazada su libertad, aparece como una posibilidad pero aún no se ha operado su efectiva restricción, y la *correctiva* tiene por fin evitar el agravamiento de la forma y condiciones en que se lleva a cabo la privación de la libertad, se trata de un medio destinado a evitar toda expansión ilícita respecto de la forma y condiciones en que ésta se cumple”.<sup>17</sup>

Aunque en el caso colombiano han sido *conocidas* esas dimensiones del habeas corpus, ellas no han sido efectivamente *reconocidas* por la ley ni por la jurisprudencia. De hecho el proyecto de ley que ya en 2001 presentara la Defensoría del Pueblo “por medio de la cual se reglamenta la acción constitucional y el derecho fundamental del habeas corpus”,<sup>18</sup> definía las siguientes modalidades de habeas corpus: “habeas

<sup>16</sup> CALDAS, Jorge. “Habeas Corpus: ¿Derecho, garantía o acción?”. *Derecho Penal y Criminología*, 63. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, septiembre-diciembre de 1997, p. 23.

<sup>17</sup> D’ALBORA, Francisco. “El Habeas Corpus correctivo”. *Prudentia Iuris*, 35. Bogotá, 1993, p. 98.

<sup>18</sup> Radicado número 144 de 2001 (octubre 24). Gaceta del Congreso, 547. Bogotá, Octubre 26 de 2001.

corpus principal, clásico o reparador” (para restablecer la libertad de quien fuera ilegalmente privado de ella); “habeas corpus preventivo” (para la protección de quien viera amenazada su libertad); “habeas corpus restringido” (dirigido contra las perturbaciones al ejercicio de la libertad); y “habeas corpus correctivo” (dirigido a conjurar condiciones inadmisibles que rodean la privación de la libertad). Posteriormente otro proyecto de ley que llegaría hasta el control previo de constitucionalidad, consagraba en su texto definitivo un “adicional” habeas corpus correctivo: “Artículo 2º. Habeas Corpus Correctivo. También procederá el habeas corpus para evitar o corregir situaciones que configuren amenazas graves contra el derecho a la vida o la integridad de las personas sometidas a condiciones de reclusión”.<sup>19</sup> Sin embargo, como es sabido, aquel primer texto no fue aprobado y éste último fue declarado inexecutable por un vicio de procedimiento en su formación.<sup>20</sup>

Finalmente, tras dos años de discusión de un nuevo proyecto,<sup>21</sup> la ley estatutaria 1095 de 2006 regularía integralmente el habeas corpus en Colombia. Su artículo primero ha definido el habeas corpus en términos que sólo incluyen (o mejor que mantienen) el sentido *reparador* del dispositivo: “El Habeas Corpus es un derecho fundamental y, a la vez, una acción constitucional que tutela la libertad personal cuando alguien es privado de la libertad con violación de las garantías constitucionales o legales, o ésta se prolongue legalmente. Esta acción únicamente podrá invocarse o incoarse por una sola vez y para su decisión se aplicará el principio *pro homine*. El Habeas Corpus no se suspenderá, aun en los Estados de Excepción”.

Con ocasión del control de constitucionalidad de esta ley (Sentencia C-187 de 2006), la intervención ciudadana<sup>22</sup> hizo reparos precisamente a la omisión de aquellas otras dimensiones (preventiva y correctiva) del habeas corpus. La Corte se refirió a ellas apenas en los *obiter dicta* de la sentencia. Sobre la dimensión *preventiva*, aclaró así toda duda:

“(…) en algunos países se contempla la posibilidad de ejercer un habeas corpus de carácter preventivo, entendido como el mecanismo encaminado a conjurar una amenaza cierta de privación irregular de la libertad personal que,

<sup>19</sup> Proyecto de Ley Estatutaria No. 142 de 2002 Senado y No. 005 de 2002 Cámara, “por el cual se reglamenta el artículo 30 de la Constitución Política”.

<sup>20</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1056 de 2004.

<sup>21</sup> Proyecto de Ley Estatutaria No. 284 de 2005 Senado y No. 229 de 2004 Cámara “Por medio de la cual se reglamenta el artículo 30 de la Constitución Política”. Radicado en la Cámara de Representantes el 16 de noviembre de 2004.

<sup>22</sup> Por ejemplo, la Comisión Colombiana de Juristas se manifestó “extrañada por la supresión del habeas corpus preventivo y correctivo, pues en su criterio el artículo 1o. del texto definitivo excluyó la mención expresa a esta categoría reconocida internacionalmente”. Corte constitucional. Sentencia C-187 de 2006.

sin embargo, aún no se ha concretado, forma de ejercicio de habeas corpus *que no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto el precepto superior que establece el instituto –artículo 30– sólo contempla la posibilidad de recurrir al mismo cuando concurra el presupuesto previo y objetivo de que haya ocurrido efectivamente la privación de la libertad*.<sup>23</sup>

Sobre la dimensión *correctiva* del habeas corpus, la Corte hizo afirmaciones mucho más esperanzadoras y que parecían finalmente conceder un alcance mayor al mecanismo:

“(…) el radio de protección del habeas corpus no se limita a cubrir solo el derecho a la libertad sino que se expande para cubrir los otros derechos fundamentales íntimamente relacionados con éste, y que le dan soporte, como son los derechos a la vida y a la integridad personal (...) En consecuencia, la definición adoptada por el legislador en el artículo primero del proyecto que ahora se examina *ha de entenderse como comprensiva tanto de la modalidad de habeas corpus reparador, como en la modalidad de habeas corpus correctivo*, entendido éste último como mecanismo para evitar o poner fin a situaciones que comporten amenazas graves contra los derechos fundamentales de la persona, como la vida o la integridad personal o el derecho a no ser desaparecido (...) El habeas corpus no solo garantiza el derecho a la libertad personal sino que permite controlar además, el respeto a la vida e integridad de las personas, así como impedir su desaparición forzada, su tortura y otros tratos o penas crueles, con lo cual, ha de considerarse que él cumple una finalidad de protección integral de la persona privada de la libertad”.<sup>24</sup>

Estos *dichos de paso* vertidos en la sentencia podrían dar la impresión de que actualmente en Colombia procede el habeas corpus correctivo; y que además en hipótesis de “amenazas graves contra los derechos fundamentales de la persona” procedería la libertad inmediata, en cuanto única decisión posible cuando se trata de decidir favorablemente un habeas corpus: Ley 1095 de 2006, art. 6º: “Decisión. Demostrada la violación de las garantías constitucionales o legales, la autoridad judicial competente *inmediatamente ordenará la liberación de la persona privada de la libertad*, por auto interlocutorio contra el cual no procede recurso alguno”.

Sin embargo, es evidente que ni el legislador, pero tampoco la Corte tuvieron ni tienen en mente esa posibilidad. Primero, porque el proyecto de ley estatutaria inmediatamente anterior a la vigente (2002), *que conoció la misma Corte* (en 2004), contemplaba la dimensión correctiva del habeas corpus, pero matizaba en un inciso el desenlace de los incidentes que se comentan, así: “en ningún caso el

<sup>23</sup> Corte constitucional. Sentencia C-187 de 2006.

<sup>24</sup> *Ídem*.



habeas corpus correctivo dará lugar a disponer la libertad de la persona ni podrá ser utilizado para obtener traslados”.<sup>25</sup> Segundo, porque la ponencia que pretendía la constitucionalidad de este proyecto, derrotada en la Corte apenas *por reparos al procedimiento legislativo*, reconocía en su momento que es “razonable que la norma establezca que el habeas corpus correctivo en ningún caso dará lugar a disponer la libertad de la persona, pues lo que esta figura pretende es garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal de quien se encuentra privado de la libertad (...)”.<sup>26</sup> Y tercero, porque aún la Procuraduría General de la Nación alegó entonces que “resulta contrario a la Constitución que el Legislador (...) haya establecido la figura del habeas corpus correctivo para proteger los derechos a la vida y a la integridad personal, derechos fundamentales amparados (...) *exclusivamente por la acción de tutela*”.<sup>27</sup>

Sin que se haya hecho –como no se hizo– explícito en la ley estatutaria vigente, es francamente impensable que los jueces reconozcan el habeas corpus *correctivo*. Inclusive un juez suficientemente persuadido por los dichos de la Corte según los cuales la definición adoptada por el legislador comprende el habeas corpus reparador y el habeas corpus correctivo, sabrá también que la propia Corte no le ha indicado cómo decidir y que en todo caso ella misma no comparte la opción por la libertad inmediata. Y la ley, se reitera, no admite términos medios en la decisión del habeas corpus.

En las condiciones vigentes de una agresiva reacción gubernamental frente a las decisiones judiciales, de unas sensibilidades sociales y mediáticas tendencialmente conservadoras y de una cultura judicial todavía timorata, no es posible un pronóstico de valentía suficiente como para que el juez se valga apenas de esas palabras constitucionales y ordene una libertad *por vía correctiva*. El efecto paradójico de esos “generosos” dichos de la Corte, será que el juez se vea precisado a construir argumentos para negar la pretensión del habeas corpus correctivo. Lo que puede ocurrir en el mejor de los casos eso sí, lo cual no es nada novedoso por cierto, es que el juez rechace la petición de pretensiones correctivas indicando que en ese caso lo que procede es la acción de tutela.

<sup>25</sup> Proyecto de Ley Estatutaria No. 142 de 2002 Senado y No. 005 de 2002 Cámara. Publicado posteriormente (cuando trató de subsanarse un vicio de procedimiento), en la *Gaceta del Congreso* número 81 de 2003.

<sup>26</sup> En su salvamento de voto a la sentencia C-1056 de 2004, el magistrado Álvaro Tafur optó por transcribir el texto de los argumentos expuestos en la ponencia inicial que “llevaban no solamente a considerar subsanado el vicio invocado sino a examinar la materialidad del proyecto de ley”. Como se sabe, la sentencia finalmente sólo aludió a los vicios de procedimiento que originaron la inconstitucionalidad del proyecto de ley.

<sup>27</sup> Citado en: Corte constitucional. Sentencia C-1056 de 2004.

Dados aquellos dichos de la Corte y el texto final de la ley, queda claro entonces que la situación se mantiene tal como se concebía hace más de diez años; es decir que “los supuestos que la doctrina conoce como habeas corpus preventivo y habeas corpus correctivo, *son objeto de protección a través de la acción de tutela*”.<sup>28</sup> De una parte, para poder impetrar el habeas corpus, sigue siendo necesario que la privación de la libertad *se verifique efectivamente*. Por lo tanto cuando se advierte que la libertad *podría llegar a ser vulnerada próximamente*, la protección sigue reservándose a la acción de tutela. De otra parte, los jueces no “osarán” ser correctivos en casos de, por ejemplo, un “trato cruel, inhumano y degradante” en la prisión. Las posibilidades de defensa de la libertad en múltiples hipótesis *se resignan* así a la acción de tutela.

Esta situación no es insignificante. En un país como el nuestro, los efectos prácticos son evidentes.<sup>29</sup> Por ejemplo, es razonable pensar que “el tiempo” es uno de los factores con los cuales no puede contar quien advierte que su libertad se encuentra próxima a ser ilícita o arbitrariamente restringida o suprimida. Además, en sociedades de conflictos armados en las cuales los gobiernos buscan, persiguen o combaten permanentemente al enemigo (no siempre definido, no siempre idéntico, no siempre estable), son frecuentes los eventos en los cuales una “prognosis de vulneración” es perfectamente razonable o en los cuales los hechos indican fácilmente que la libertad personal se encuentra en riesgo.<sup>30</sup> Pese a la celeridad y accesibilidad que se ha otorgado a la acción de tutela, es evidente que el dispositivo más adecuado en términos prácticos, y significativo en términos políticos, sería el habeas corpus *preventivo*.

De otra parte, también por ejemplo, de haberse descrito directamente en la ley o modulado suficientemente en la jurisprudencia, el habeas corpus *correctivo* libraría a los jueces de muchas de las restricciones que se auto-imponen y del temor a las reacciones que suscitan sus decisiones.<sup>31</sup> Los esfuerzos del juez son casi descomu-

<sup>28</sup> CÓRDOBA A., Miguel. “Habeas Corpus”. *Derecho Penal y Criminología*, 61. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero-abril de 1997, p. 16.

<sup>29</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos comprendió hace buen tiempo que el habeas corpus es esencial para “controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Corte Interamericana de Derechos humanos. Opinión Consultiva OC-08/87.

<sup>30</sup> Y eso lo sabe la propia Corte Constitucional: “*la experiencia histórica ha demostrado que en las dictaduras la privación de la libertad es el primer paso para luego torturar y desaparecer a aquellas personas que no gozan de la simpatía del régimen de turno (...)*”. Sentencia C-620 de 2001. La cursiva es agregada.

<sup>31</sup> Sobre algunas decisiones de tutela, decía esto un Ministro del gobierno de Álvaro Uribe: “Que la Empresa de Acueducto no tenga dinero, o no considere económica o socialmente razonable llevar agua a un barrio, eso no importa. En un Estado Social de Derecho no puede haber barrio sin agua y basta la sentencia de cualquier juez para que en diez días el acueducto se extienda hasta ese barrio o el gerente pare con sus huesos en la cárcel.

nales a la hora de justificar su intervención por vía de tutela. De hecho, casi todas las decisiones importantes en materia de prisiones han sido diferidas al máximo órgano constitucional. El juez constitucional de instancias inferiores, o bien no sabe justificar y entonces no se atreve a tutelar, o bien se atreve pero deja una pobre justificación librada a la reacción de otros poderes o de sus propios superiores. El problema es que cárceles y presos como los nuestros (de pobreza, hacinamiento, insalubridad y de conflictos armados), a veces no dan espera y requieren intervenciones inmediatas y sólidas. El habeas corpus *correctivo* sería también aquí un mecanismo más eficaz.

Así concebido el habeas corpus podría haber tenido inclusive un alcance estratégico importante en la lucha por el Estado Constitucional de derecho; es decir que por ejemplo, de una parte, la sola existencia del habeas corpus *preventivo* podría presionar intervenciones sobre la libertad mucho más cuidadosas en las cuales, o bien se restringe la tentación de vigilancia y persecución indiscriminadas, o el gobierno, los organismos de seguridad, la fiscalía y los jueces asumen la responsabilidad política –y penal– que hasta hoy no han asumido. De otra parte, la sola existencia del habeas corpus *correctivo* podría presionar políticas y decisiones más cuidadosas en el ámbito penitenciario, en las cuales o bien se reparan las condiciones indignas y los abusos en las prisiones, o esas mismas autoridades y los gobiernos penitenciarios asumen el costo político que implica en las sociedades contemporáneas una “temible salida de los presos”.

## 2. ACCIÓN DE TUTELA Y HABEAS CORPUS: CONTACTOS EXCLUYENTES

Ahora bien, no sólo el habeas corpus tiene aquel contacto “resignado” con la acción de tutela, sino que, en la vía contraria, la acción de tutela tiene un contacto “excluyente” con el habeas corpus. La cuestión es que la Constitución Política de Colombia ha condicionado la procedencia de la acción de tutela a la inexistencia de otro medio de defensa judicial, salvo que se la recurra como mecanismo transitorio y para evitar un perjuicio irremediable. Pero más específicamente en relación con lo que interesa ahora, la cuestión es sobre todo que el primer y principal decreto reglamentario de la acción de tutela (decreto 2591 de 1991), la hizo improcedente “*cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus*”.

---

Y así, sucesiva e indefinidamente, viene la marcha inexorable de la estupidez judicial (...). LONDOÑO, Fernando. “La economía en la Constitución de 1991”. *Revista Javeriana*, 137 (678). Bogotá, Universidad Pontificia, diciembre de 2001. Recuérdese también la reacción de este Ministro a la decisión del juez Vaca, en relación con un habeas corpus (clásico) concedido a uno de los hermanos Rodríguez Orejuela.

Como se ha dicho, no parece haber muchas dudas de que la acción de tutela seguirá ocupando el lugar que en una perspectiva radicalmente garantista habría de ocupar el habeas corpus correctivo y preventivo. Por eso en casos de evidente amenaza de la libertad o de los derechos “en el encierro”, los jueces seguirán tramitando la dilatada acción de tutela, sin considerar siquiera que allí sería oportuno el habeas corpus (preventivo o correctivo). Pero de otra parte, también los jueces seguirán rechazando o negando la acción de tutela que demande el *restablecimiento* de la libertad de alguien que ha sido privado ilegalmente de ella, sin considerar siquiera que en estos casos es inoportuno –y absurdo– exigir la forma del habeas corpus.

El habeas corpus *reparador*, es decir “el de nuestra legislación”, excluye la acción de tutela; o de otra manera, la acción de tutela sirve para proteger todos los derechos fundamentales, menos uno: el de la libertad personal en los casos más graves. La explicación es la mayoría de las veces evidente, eventualmente compleja, y ocasionalmente pasmosa: desde 1992 hasta hoy, la Corte Constitucional ha reiterado esto:

“El artículo 86 de la Carta establece que no es procedente la acción de tutela cuando el afectado con la violación o amenaza del derecho tenga a su alcance otro medio judicial de defensa, como lo es el Habeas Corpus respecto de la libertad personal. Así lo dispone también y, de manera expresa, el artículo 6º, numeral 2º, del Decreto 2591 de 1991 que dice: «artículo 6o. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: (...) 2. Cuando para proteger el derecho se puede invocar el recurso de habeas corpus»”.<sup>32</sup>

Pero además, no ha cesado la Corte Constitucional de resaltar que la tutela no procede además ¡porque *el habeas corpus constituye un medio más apto o más expedito!* Se trata de un extraño afán protector que, por esa misma razón, descarta inclusive la posibilidad de protección transitoria de la libertad por vía de la tutela:

<sup>32</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-459 de 1992. Y lo mismo, recurrentemente cada año (T-242 de 1994, T-324 de 1995, T-320 de 1996...). En la sentencia T-659 de 1998, vuelve sobre el punto: “La doctrina de la Corte Constitucional sobre la improcedencia de la acción de tutela en los casos en los que el afectado cuenta con el recurso de habeas corpus, fue sentada desde que esta Corporación inició sus labores en 1992, y es consecuencia de lo establecido en el numeral 2 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991”. Y cada vez es más contundente: Sentencia T-223 de 2002: “(...) si el accionante consideró que se encontraba ilegalmente privado de su libertad, no era la acción de tutela el mecanismo al cual podía acudir para obtener la protección de su derecho fundamental a la libertad personal, pues como lo ha sostenido y reiterado la Corte Constitucional, la tutela no procede cuando el presunto afectado por la actuación de las autoridades cuenta con el habeas corpus para la defensa de sus derechos, máxime si el artículo 6º, numeral 2 del Decreto 2591 (...)”.

“(…) es improcedente la acción de tutela para salvaguardar los derechos reclamados por el demandante, precisamente, porque en este caso se dan los supuestos necesarios para que el actor interponga un medio de defensa judicial *idóneo y expedito*: el habeas corpus”.<sup>33</sup>

“Es pertinente anotar que si bien el actor instauró la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable (...), debe tenerse en cuenta que el Habeas Corpus es un medio idóneo y efectivo para proteger la libertad personal, e incluso resulta ser aun más expedito que la acción de tutela, pues el término para decidir es mucho más corto. En consecuencia, tampoco es procedente conceder la protección constitucional solicitada de manera transitoria”.<sup>34</sup>

A veces da la impresión de que el juez constitucional admitiera sin embargo la presencia simultánea del habeas corpus y la acción de tutela. Pero lo que ocurre es que, en un primer caso, la acción de tutela puede impetrarse contra cualquier providencia en la cual se verifique una vía de hecho: “(…) la acción de tutela es improcedente para proteger el derecho a la libertad personal, a menos que las decisiones judiciales que resuelvan el recurso de habeas corpus se constituyan en vías de hecho (...)”.<sup>35</sup> En un segundo caso, la acción de tutela procede sólo en cuanto se pretenda *la protección del habeas corpus* entendido en sí mismo como derecho fundamental. “La inejecución de una decisión judicial que concede un recurso de habeas corpus desconoce el núcleo esencial de este derecho fundamental si esta omisión trae como consecuencia que la garantía se torne impracticable, ineficaz o resulten irrazonables las exigencias para su ejercicio (...)”.<sup>36</sup>

Los hechos que fueron objeto de esta última sentencia (T-046 de 1993) sirven perfectamente para ilustrar la irracionalidad a la que puede dar lugar la negación de tutela de la libertad con el pretexto de que procede una acción mucho más generosa, expedita, adecuada y garantista: es asombroso que la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, mediante sentencia del 6 de agosto de 1992, *después de siete meses* de conflictos de competencia, *deniegue la tutela* solicitada alegando que en este caso el medio judicial al cual debía recurrirse estaba dado por la interposición del recurso de Habeas Corpus. Pero todavía *un mes y diez días después*, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 16 de septiembre de 1992), se pronunciaba en segunda instancia sobre esa decisión, reiterando que “si [el demandante] considera que la detención actual (...) resulta ilegal, ha debido recurrir nuevamente a la acción prevista en el artículo 30 de la Constitu-

<sup>33</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-320 de 1996.

<sup>34</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-054 de 2003.

<sup>35</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-839 de 2002.

<sup>36</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-046 de 1993.

ción Nacional [el habeas corpus]”. Y aún más, ya *en el año siguiente*, la Corte Constitucional decidió ¡conceder la tutela solicitada! y, en consecuencia, ordenar “(...) el cumplimiento inmediato y efectivo de la orden de libertad impartida en favor de la peticionaria”. Aclaraba eso sí la Corte Constitucional que lo hacía “*no para restaurar la libertad* (en cuyo caso sería insostenible la improcedencia de la tutela), sino para proteger *el derecho* al habeas corpus”. Un salvamento de voto, en este mismo caso, cierra el círculo del absurdo: “(...) ha debido negarse la tutela en el asunto bajo estudio, por cuanto existe otro medio de defensa judicial: el recurso de HABEAS CORPUS (...) Y, si bien pudo haberse producido en esta oportunidad un desconocimiento de la garantía, lo que lleva implícito en él es la violación del derecho a la libertad, el cual goza nuevamente de la posibilidad de ser protegido por el recurso de Habeas Corpus. Así se concluye de lo señalado en la sentencia proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Esta, en consecuencia, ha debido ser confirmada (...)”.<sup>37</sup>

Así pues, en el trámite de una acción de tutela los jueces pueden llegar a reconocer una vulneración evidente de la libertad, pero se abstendrán de ampararla alegando que debe acudirse ¡a un dispositivo más adecuado, más idóneo, más expedito!<sup>38</sup> Para decirlo con una caricatura, es como si ante una situación –naturalmente– urgente de violación de la libertad personal, el juez nos dijera *muchos días después*: “Señor ciudadano: estás legitimado para reclamar, relataste los hechos, señalaste la autoridad responsable y sé lo que me pides. Gracias a que interpusiste esta acción de tutela he descubierto que, en efecto, se te ha privado de la libertad; que esa detención se ha producido ilícitamente y constituye una actuación repudiable; que evidentemente se trata de una situación extremadamente riesgosa; que la justicia te debe protección... pero lamentablemente existe un medio más adecuado y has llenado el formato de amparo equivocado, no pronunciaste inicialmente las palabras correctas: no es acción de tutela, sino habeas corpus”.

La defensa de la libertad cuya vulneración puede ser evidente, puede dar lugar a una carga irracional e irrazonable para quien opta por la acción de tutela: ya no sólo ha de enfrentar la subsidiariedad de la tutela respecto de los medios ordinarios de defensa,<sup>39</sup> sino también respecto de medios extraordinarios como el habeas corpus.

<sup>37</sup> José Gregorio Hernández. Salvamento de voto a la sentencia T.046 de 1993.

<sup>38</sup> “La Corte [Constitucional] coincide con el fallador de primera instancia en que en principio la tutela no procede para amparar la libertad personal, puesto que la acción *idónea* para tal efecto es el habeas corpus”. (Sentencia No. T-324 de 1995).

<sup>39</sup> “(...) el sindicado goza, dentro del proceso en curso, de todos los medios de defensa judicial tendientes a la garantía del debido proceso y a la aplicación correcta de las disposiciones vigentes”. Corte Constitucional. Sentencia T-459 de 1992; Véase también: Corte Constitucional. Sentencia T-839 de 2002.

La situación, sin duda, ha de ser mucho más dramática, cruda o paradójica si se revisan otros niveles jurisdiccionales de decisión. Es “comprensible” que los jueces de tutela, atiborrados de trabajo en la materia de sus “naturales” jurisdicciones, encuentran en esa incompatibilidad entre tutela y habeas corpus una circunstancia afortunada para no asumir los incómodos, molestos, extraños o comprometedores “incidentes” que implican el trámite de tutelas de la libertad.<sup>40</sup>

Finalmente, debe advertirse que en este trabajo no se olvida la importancia de las reglas, ni que el sistema jurídico implica un importante grado de orden. Pero igualmente, a veces es reconocible en ese sistema un injustificable temor porque se llegue a “*desquicia[r] inútilmente la función judicial*”<sup>41</sup> o porque se pueda “*desarticular el sistema jurídico*”,<sup>42</sup> un mundo “de procedimientos, de ritos y liturgias” a veces ajeno al interés que habrían de perseguir las formas procesales:

“(…) de ahí se sigue, entre otras cosas, una ulterior deformación profesional de la subjetividad del juez y de los demás hombres de leyes que se mueven en el proceso: es decir, esa específica cerrazón del «espíritu forense, espíritu de litigio, enredo y cábala», que todavía hoy les hace maestros en complicar lo que es simple y en simplificar lo que es complejo y que hizo definir a Bentham la jurisprudencia como «el arte de ignorar metódicamente lo que es conocido por el mundo entero»”.<sup>43</sup>

Con lo que se ha dicho en este trabajo tampoco se trata (aunque tal vez sólo porque no es el plano de la discusión) de defender una perspectiva absoluta de la libertad o de provocar deliberadamente anarquía en el ordenamiento jurídico. De lo único que se trata es de alegar que, si se va a tomar en serio el ideario democrático y liberal de los derechos civiles y políticos consagrados en la Constitución colombiana, el amparo de la libertad personal habría de tener todos los instrumentos posibles y que, con ese objetivo, el habeas corpus y la acción de tutela pueden ser concebidas como garantías continuas o compatibles. Quien considere exagerada esta manera de imaginar las garantías citadas, habría de admitir entonces, por lo menos, que el liberalismo, la democracia y el estado de derecho son unos sistemas de creencias<sup>44</sup> tan finamente contruidos como difíciles de sostener en la realidad; para decirlo coloquialmente, “un cañazo insostenible”.

<sup>40</sup> Documentar lo que ocurre en “los despachos” en este sentido no es objeto de este texto. Ese será probablemente uno de los resultados colaterales de la investigación de la cual ha surgido este artículo.

<sup>41</sup> Corte constitucional. Sentencia C-301 de 1993. La cursiva es agregada.

<sup>42</sup> Corte constitucional. Sentencia T-054 de 2003.

<sup>43</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 1995, p. 60.

<sup>44</sup> Debo agradecer específicamente en este punto al profesor William Fredy Pérez la sugerencia que me hiciera para usar esta expresión, y también haberme permitido conocer el libro de KAHN, Paul. *El análisis cultural del derecho*. Barcelona, Gedisa, 2001.

### 3. HABEAS CORPUS Y ACCIÓN DE TUTELA: LA CONTINUIDAD Y LA COMPATIBILIDAD QUE SE SUGIERE

La manera como han sido concebidos y regulados los dispositivos del habeas corpus y la acción tutela en relación con la libertad personal, han permitido mantener una relación entre ellas que aquí se han denominado como excluyente o resignada. La función de límite al poder propia de cualquier garantía de la libertad personal, y la libertad como derecho y principio declarado en el ordenamiento colombiano, se ven así eventualmente subordinadas a la compartimentación y orden que se presentan como “naturales” del sistema jurídico, pero que realmente se usan como justificación en un Estado con sobrecargas y represamiento de demandas de justicia frente a las cuales los poderes están muy poco dispuestos a ceder.

Por eso, en su momento la Corte Constitucional expuso tal vez el único “argumento explicativo” sobre la exclusión y la resignación mencionadas: “En el Estado de Derecho, cada institución está encuadrada dentro de las características y los fines señalados por la Constitución y por las leyes, *siendo necesario que se preserven los linderos entre ellas* en orden a hacer posibles los propósitos buscados por el Constituyente al establecerlas” (Sentencia No. T-459 de 2002).<sup>45</sup> Sin embargo, está claro que si los propósitos del constituyente eran los de defender la libertad personal, los linderos en el caso que se comenta no se justifican.

Con todo, hasta hoy no se hace más que reiterar lo que dice *un decreto reglamentario*, o prolongar el silencio de la ley y de la jurisprudencia: que la acción de tutela no procede para la defensa restaurativa de la libertad personal cuando se dispone del habeas corpus, y que el habeas corpus no procede para la defensa preventiva y correctiva de la libertad personal, porque en esos –y en el mejor de los– casos procede la acción de tutela: “A través de la tutela sólo es viable interpelar la protección de los derechos fundamentales y por medio del habeas corpus tan sólo es posible evaluar la legitimidad de una situación de privación de libertad a la que se trata de poner fin”.<sup>46</sup>

En pocas palabras, los dos más importantes y afines dispositivos constitucionales dispuestos para el amparo de los derechos fundamentales no se rigen por un *principio de compatibilidad* cuando se trata de la defensa de la libertad personal, pese

<sup>45</sup> Igualmente, en la Sentencia C-301 de 1993: “El derecho de acceso a la justicia tiene como presupuesto necesario la existencia de un aparato de justicia y de unos procedimientos articulados en función del trámite y resolución de las peticiones que se formulan al órgano y que sin ellos no sería posible resolver adecuada y ordenadamente”.

<sup>46</sup> PATIÑO G., María. “El habeas corpus”. *Derecho de Estado*, 8. Bogotá, Junio de 2000, p. 129.



a que la historia, esencia, finalidad y relevancia de ambos han hecho que: a) se los conciba como derechos fundamentales; b) se entienda que ambos deben tener el mayor grado de asequibilidad y de informalidad; c) que ellos deben ser flexibles al máximo en la legitimación para operarlas; d) que deben ser vistos como “acciones urgentes” y objeto de la mayor celeridad a su trámite; e) que se los debe vigilar celosamente estableciendo fuertes sanciones a los funcionarios que entorpezcan su curso; f) que esos dos dispositivos se rigen por el principio de la prevalencia del derecho sustancial, etc.

Pero las necesidades de “ordenación del sistema” parecen impedir lo que finalmente este trabajo supone adecuado: que cuando el juez conozca de una *acción de tutela referida a la violación de la libertad personal*, le otorgue un trámite inmediato en el entendido de que el ciudadano está pidiendo *el amparo* de ese excepcional derecho; que el juez entienda que ese “«detente Satanás»”<sup>47</sup> que se le pide pronunciar no da espera; que el juez, que es *quien conoce el derecho*, advierta que tiene entre manos una petición para que se emita una “orden de exhibición personal” o la demanda de una persona para que sea “manifestado” o puesto a su disposición; en breve, una acción de *habeas corpus*. Lo mínimo que habría de esperarse es que si no le correspondiera el conocimiento de la petición así entendida, la remitiera automática e inmediatamente al funcionario indicado.<sup>48</sup>

En gracia de discusión (y para que no se diga que “no se propone nada concreto”), aquí se dirá por último que la concreción de esta “nimiedad” puede ser posible por dos vías, ambas muy difíciles de transitar, pero imaginables:

**Primera:** En el caso del *habeas corpus* correctivo, que el juez otorgue a las alusiones de la Corte el alcance de *ratio decidendi* y, por tanto, encuentre allí, como en la ley,

<sup>47</sup> El sentido de la Tutela, explicaba el Constituyente Juan Carlos Esguerra, es que “el juez le oponga una especie de «detente satanás» a la administración o a esa persona frente a quien se está haciendo la solicitud, para ordenarle que suspenda inmediatamente las actividades que está realizando y que están violando el derecho”. “Sesión Plenaria sobre el artículo 86, del 5 de Junio de 1991”. Banco de datos Constitucional Colombiano, Presidencia de la República, Bogotá, p. 10.

<sup>48</sup> “Téngase en cuenta que, según la jurisprudencia de esta Corte, «el juez u organismo judicial ante el cual se invoca un derecho primario, como los que busca proteger el artículo 86 de la Carta, debe entrar en el fondo del asunto para examinar, con criterio de justicia material, las circunstancias en medio de las cuales se ha producido el acto o la omisión que puedan estar causando la perturbación o el riesgo del derecho fundamental; para definir si el daño o la amenaza existen; para establecer sobre quién recae la responsabilidad del agravio y para impartir, con carácter obligatorio e inmediato, las órdenes encaminadas a restaurar la vigencia real de las garantías constitucionales». (...) Todo ello, claro está, sobre la base de la competencia, aunque, si se carece de ésta, el procedimiento a seguir no es el del rechazo de la demanda -con el consiguiente daño de la prevalencia del derecho sustancial- sino la remisión inmediata al competente, con informe al quejoso. Al fin y al cabo, se trata siempre de jueces que pertenecen a la misma jurisdicción: la constitucional”. Corte Constitucional. Sentencia T-574 de 1994.

criterios vinculantes para decidir sobre la libertad inmediata de quien esté siendo afectado en sus derechos en el curso de una privación de la libertad.

En el caso de la acción de tutela, que el juez aplique directamente la Constitución –antes que el decreto reglamentario de la acción de tutela–<sup>49</sup> e interprete que el texto constitucional lo habilita para valorar en *el caso concreto* la disponibilidad –y oportunidad– de otro medio de defensa judicial.<sup>50</sup> Por más extraordinario, expedito y adecuado que sea el habeas corpus, las circunstancias concretas y fácticas de una acción de tutela *ya presentada* en busca de la defensa de la libertad personal convierte al habeas corpus en un medio alternativo por el cual la tutela no podría esperar. De hecho el juez constitucional, muy marginalmente a veces pareciera acercarse a esta perspectiva. Es lo que ocurre por ejemplo con *dos líneas* de la sentencia T-242 de 1994 en las cuales la Corte dijo que “En relación con la libertad personal, la acción de tutela sólo puede proceder *cuando el Habeas Corpus* o las normas penales de garantía, *en cada caso en concreto, no constituyan mecanismos efectivos de defensa judicial*”.

De otra parte, el perjuicio irremediable que haría procedente transitoriamente la tutela, se encuentra determinado por la propia naturaleza del bien afectado. En este caso la *inmanencia* de la libertad, y no sólo la *inminencia* de su vulneración, ha de ser determinante. Tratándose de la afectación de la libertad personal, es evidente que a) el derecho comprometido *es fundamental*;<sup>51</sup> b) es razonable suponer que de existir la afectación será *grave*;<sup>52</sup> c) es de suponer que las medidas

<sup>49</sup> Este decreto por cierto incurrió en una irregularidad: el Inciso 2, Numeral 1, Artículo 6 del Decreto Ley 2591 de 1991, dice: “Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización”. Como se sabe, este inciso se refería a “la segunda modalidad de acción de tutela” (es decir aquella que procede no obstante la existencia de otro medio de defensa judicial). La Corte Constitucional consideró que “en la obra del Constituyente [esa modalidad de tutela] se concibió como variable independiente de la ley (...); el Legislador, sin embargo, en virtud de la definición legal que consagra, convierte esta suerte de tutela en variable dependiente de la ley”. Podría discutirse si lo mismo no ocurrió cuando el legislador –y no el constituyente– por decreto (2591 de 1991) dispuso que la acción de tutela no procedería (...) “cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus” (art. 6, 2).

<sup>50</sup> La propia Corte Constitucional ha dicho que el juez debe “establecer si en realidad, *consideradas las circunstancias del solicitante*, se está ante un instrumento que sirva a la finalidad específica de garantizar materialmente y *con prontitud* el pleno disfrute de los derechos conculcados o sujetos a amenaza”. Corte Constitucional. Sentencia SU-086 de 1999.

<sup>51</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-600 de 2002.

<sup>52</sup> “(...) lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas”. Corte Constitucional. Sentencia T-253 de 1994 (Requisitos para afirmar que un perjuicio es irremediable).

que se requerirán para conjurar el perjuicio han de ser urgentes, y que la tutela es impostergerable.<sup>53</sup>

**Segunda:** Otra vía de solución a esa situación que en este trabajo se ha descrito como paradójica o absurda, es la vía legal. En el caso del habeas corpus, la opción es evidente: se trataría de retomar la regulación de la dimensión preventiva y de regular explícitamente el habeas corpus correctivo.

En el caso de la acción de tutela, se trataría obviamente de una reforma por ley estatutaria del decreto 2591, artículo 6°, numeral 2, que excluya la causal de improcedencia de la acción de tutela “cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus”.

Es decir que se trata de una reforma que permita la coexistencia de las dos garantías aquí estudiadas, de la misma manera que ocurre con el caso de la coexistencia entre el habeas corpus y el “mecanismo de búsqueda urgente” regulado por la ley estatutaria 971 de 2005:

“Artículo 17: “Remisión. Cuando no exista norma que regule un procedimiento para la tramitación del mecanismo de búsqueda urgente y la práctica de las diligencias que surjan de él, se aplicarán las normas que regulan la acción de habeas corpus y las del Código de Procedimiento Penal, teniendo en cuenta, en todo caso, que la finalidad primordial de este mecanismo público tutelar de la libertad, la integridad personal y demás derechos y garantías que se consagran en favor de toda persona que se presume ha sido desaparecida, es la de prevenir la consumación del delito de desaparición forzada de personas”.

Como en el caso del habeas corpus y la acción de tutela, en el recientemente creado mecanismo de búsqueda urgente se trata también de “que los requisitos formales no entrapen la protección de los derechos”.<sup>54</sup>

Una coexistencia, compatibilidad y remisión como las que la ley de búsqueda urgente consagra, es lo que de todos modos se extraña en el caso de la acción de tutela *cuando se dirige a la protección de la libertad personal*.

<sup>53</sup> “(...) hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergerable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio”. Corte Constitucional. Sentencia C-531 de 1993. Véanse igualmente las sentencias T-439 de 2000 y T-1157 de 2001.

<sup>54</sup> “La solicitud, al igual que la de tutela, puede hacerse verbalmente o por escrito. Con ello se persigue que los requisitos formales no entrapen la protección de los derechos de los presuntamente desaparecidos y que el mecanismo de búsqueda urgente opere con la mayor celeridad posible”. Sentencia C-473 de 2005.

Si el derecho de la libertad ha sido tan perseguido por el poder público en Colombia y si está visto que las vicisitudes del conflicto colombiano generan constantemente formas de afectación de la libertad, es conveniente defender la compatibilidad entre el *habeas corpus* y la acción de tutela, de tal manera que cuando el ciudadano demande la protección de aquel derecho, una acción pueda conducir a la otra o ser reconvertida *inmediatamente* en ella.

Dos instituciones de pura estirpe garantista<sup>55</sup> y dirigidas a la defensa de derechos fundamentales, se encuentran pues extrañamente condicionadas por las formalidades de su regulación específica, lo cual sigue generando contrasentidos y, sobre todo, cargas para el ciudadano. Quizá ello se explique porque “la época” (“el mundo” de los operadores jurídicos) se encuentra todavía influida por un fuerte positivismo ideológico<sup>56</sup> que los hace extremadamente “fieles” a las formas de compartimentación, codificación y redacción de los textos jurídicos. O también puede ser que ello ocurre porque en un medio afectado por la guerra es *explicable* que los gobiernos, los legisladores y los jueces, también participen de vez en cuando en la confrontación de enemigos con el uso del derecho penal, lo cual significa inmediatamente el sacrificio de la libertad, y obviamente la manipulación del encarcelamiento también de los mecanismos dispuestos para su protección.

Entender que *el habeas corpus* y *la acción de tutela invocada para la defensa de la libertad individual* son por excelencia y esencialmente los medios de amparo directos, inmediatos, expeditos y privilegiados para garantizar la libertad, permite justificar la continuidad y compatibilidad de estas instituciones. Ello, sin que se vulnere el orden normativo y sobre todo logrando la maximización de los derechos de los miembros de un grupo social que se encuentra en constante riesgo por cuanto su Estado y su gobierno están librando históricos combates contra diversos, cambiantes y difusos enemigos internos.

Con todo, ambos mecanismos de protección siguen siendo hasta hoy las vías por excelencia para hacer valer derechos que han sido históricamente vulnerados por los poderes públicos y privados en Colombia, muy a pesar de las modificaciones de que han sido objeto a través de reformas legales y pronunciamientos de las altas Cortes,

<sup>55</sup> La naturaleza próxima de ambas instituciones puede verse, en el caso argentino, si se examina el “*habeas corpus colectivo*” (con funciones correctivas y alcance colectivo). Véase: Suprema Corte Argentina (sobre condiciones de detención en cárceles y comisarías en Buenos Aires). Causa “Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus”, 2005. En: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3432.pdf>. (Consultado en agosto de 2007).

<sup>56</sup> “(...) el positivismo ideológico es una posición valorativa que sostiene que los jueces deben tener en cuenta en sus decisiones *un solo* principio moral: el que prescribe observar todo lo que dispone el derecho vigente. Pero una vez que se advierte esto, se advierte también la radical debilidad del positivismo ideológico (...). Los principales representantes del positivismo están lejos de ser positivistas en el sentido ideológico”. NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Décima edición. Barcelona, Ariel, 2001, p. 34-35.

y muy a pesar de que se vea “tan natural” que uno complementa resignadamente al otro, o que lo excluye en el momento que más requeriría aproximarlos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁVAREZ, Tatiana María. *El habeas corpus y la tutela de la libertad personal*. Trabajo de Grado. Medellín, Facultad de Derecho, Universidad de Antioquia, 2007.
- BERMAN, Harold J. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. México, FCE, 1996.
- BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El Proceso Penal*. Tomo 1. Quinta edición. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- CÁCERES NIETO, Enrique. *¿Qué es el derecho? Iniciación a una concepción lingüística*. México, Cámara de Diputados - Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- CADAVID QUINTERO, Alfonso. “Habeas corpus y prevaricación judicial”. *Nuevo Foro Penal*, 63. Bogotá, Temis, enero-abril de 2000.
- CALDAS, Jorge. “Habeas Corpus: ¿Derecho, garantía o acción?”. *Derecho Penal y Criminología*, 63. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, septiembre-diciembre de 1997.
- CAPELLA, Juan Ramón. *Los ciudadanos siervos*. Madrid, Trotta, 1993.
- CÓRDOBA A., Miguel. “Habeas Corpus”. *Derecho Penal y Criminología*, 61. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero - abril de 1997.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-08/87, enero 30, serie A, No. 8.
- CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. “La acción de tutela en Colombia”. *Ius Et praxis*, (3), 1. Talca, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad de Talca, Chile, 1997.
- CHINCHILLA, Tulio E. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá, Temis, 1999.
- D’ ALBORA, Francisco. “El Habeas Corpus correctivo”. *Prudentia Iurisis*, 35. Bogotá, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Madrid, Trotta, 1995.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. “Hacia una nueva ley de amparo”. En: *Estudios en homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 287-338.
- \_\_\_\_\_. *Ensayos sobre el derecho de amparo*. México, Instituto de Investigaciones jurídicas, 1993.

- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y UPRIMNY YEPES, Rodrigo. “El debate sobre la tutela. La reforma a la tutela: ¿ajuste o desmonte?”. *Derecho Público*, 15. Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, diciembre de 2002.
- GROSSI, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Trad. Manuel Martínez. Madrid, Trotta, 2003.
- KAHN, Paul. *El análisis cultural del derecho*. Barcelona, Gedisa, 2001.
- LONDOÑO BERRÍO, Hernando y PÉREZ TORO, William Fredy. “Proyecto de investigación *Seguridad, orden y libertad en la decisión judicial: el caso del habeas corpus. Medellín, 1997-2002* (versión final)”. Medellín, Facultad de Derecho, Universidad de Antioquia, 2004 (Documento).
- LONDOÑO, Fernando. “La economía en la Constitución de 1991”. *Revista Javeriana*, 137 (678). Bogotá, Universidad Pontificia, diciembre de 2001.
- MALAGÓN P., Miguel. “Antecedentes hispánicos del juicio de amparo y de la acción de tutela”. *Estudios Socio-Jurídicos*, 5 (1). Bogotá, enero-junio de 2003, p. 77.
- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 10ª. edición. Barcelona, Ariel, 2001.
- PATIÑO G., María C. “El habeas corpus”. *Derecho de Estado*, 8. Bogotá, Junio de 2000.
- PÉREZ, William Fredy, et. al. *Estado de derecho y sistema penal. La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia*. Medellín, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia- Biblioteca Jurídica DIKE, 1997.
- REIMUNDÍN, Nicolás R. “Semejanzas entre el fuero de manifestación del reino de Aragón y el habeas corpus de la carta magna Inglesa”. En: <http://www.monografias.com/trabajos11/fuero/fuero.shtml>. (Consultado en agosto de 2007).
- ROLLA, Giancarlo. “La concepción de los derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano”. Centro di ricerca sui sistema costituzionali comparati - Università degli studi di Genova. En: <http://www.costituzionale.unige.it/crdc/docs/articles/Rolla3.pdf> (consultado en noviembre de 2005)
- URQUIZA, Carlos A. “Documentos Fundamentales del Constitucionalismo”. En: [http://www.urquizadenis.com.ar/Documentos%20Fundamentales%20del%20Constitucionalismo/Fuero\\_de\\_Aragon.htm](http://www.urquizadenis.com.ar/Documentos%20Fundamentales%20del%20Constitucionalismo/Fuero_de_Aragon.htm). (Consultado en septiembre de 2007).



Autor: Verónica Molina Mesa  
Título: Las viandas de Manet  
Técnica: acrílico sobre lienzo  
Dimensiones: 90 cm x 85 cm

## ***SISTEMAS ESPECIALES DE ADMISIÓN EN LAS UNIVERSIDADES: UN DESAFÍO POR LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD MATERIAL EN EL ACCESO A LA EDUCACIÓN SUPERIOR\****

---

\* Este artículo es producto de la investigación terminada titulada "*Sistemas especiales de admisión en las universidades: balance jurisprudencial en torno a la constitucionalidad de los sistemas de admisión en las universidades*", llevada a cabo por el Grupo de Investigación Politeia adscrito a la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander, en asocio con el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santander. Como investigadores principales intervienen los autores. El trabajo de investigación finalizó en diciembre de 2007.

Fecha de recepción: Julio 23 de 2008

Fecha de aprobación: Noviembre 4 de 2008

# **SISTEMAS ESPECIALES DE ADMISIÓN EN LAS UNIVERSIDADES: UN DESAFÍO POR LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD MATERIAL EN EL ACCESO A LA EDUCACIÓN SUPERIOR**

*Javier Orlando Aguirre Román\*\**

*Ana Patricia Pabón Mantilla\*\*\**

## **RESUMEN**

Este artículo es el resultado de una investigación en la que se propuso analizar la forma como ha sido resuelto por la Corte Constitucional el problema acerca de la constitucionalidad de los sistemas especiales de admisión en las universidades estatales. El problema llevó a la reconstrucción de la línea jurisprudencial de la Corte con base en el método de análisis dinámico de jurisprudencia. Se encontró que el problema debía ser resuelto a la luz de la determinación de lo que es la autonomía universitaria, del derecho a la igualdad, y de las reglas de acceso a la educación. Además de la reflexión en torno a la jurisprudencia se encuentra que el debate se debe vincular con las nuevas regulaciones normativas en torno a la admisión de grupos en condiciones especiales a las instituciones de educación superior con miras a lograr la realización material del derecho a la igualdad.

**Palabras clave:** constitución, derechos fundamentales, jurisprudencia, universidades, sistemas especiales de admisión.

## **SPECIAL SYSTEMS FOR ADMISSION TO STATE UNIVERSITIES: A CHALLENGE FOR THE REAL CONSOLIDATION OF THE RIGHT TO EQUALITY IN THE ACCESS TO UNIVERSITY**

## **ABSTRACT**

This article is the result of a research about the way the Constitutional Court has solved the constitutional problem concerning the special systems for admission to state universities. The problem took to the reconstruction of the jurisprudential line of the Court based on the method for the dynamic analysis of jurisprudence. The article shows that the debate about the special systems for admission to the universities should determine what is university autonomy, right to equality, and rules for access to the education. Furthermore, the article proposes that the debate must take into account the new normative regulations around the admission of groups with special conditions to educational institutions, in order to obtain and consolidate the real accomplishment of the right to equality.

**Key words:** constitution, fundamental rights, jurisprudence, universities, special systems for admission.

---

\*\* Profesor asistente de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander. Abogado y filósofo. Especialista en docencia universitaria egresado de la Universidad Industrial de Santander y becario Fulbright 2008. Adelanta estudios de doctorado en Filosofía en la State University of New York at Stony Brook. Es coautor de los libros: *Justicia y derechos en la convivencia escolar* y *La relación lenguaje: Habermas y el debate ius filosófico*, editados en la casa editorial de la Universidad Industrial de Santander en el año 2007. Autor de diversos artículos y ponente en diversos eventos nacionales.

\*\*\* Docente investigadora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santander (UDES) y como docente de cátedra de la Escuela de Derecho de la Universidad Industrial de Santander. Abogada y filósofa. Especialista en docencia universitaria egresada de la Universidad Industrial de Santander. Estudiante de Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho de la misma universidad. Coautora del libro: *Justicia y derechos en la convivencia escolar*. Autora de diversos artículos y ponente en diversos eventos nacionales.



# SISTEMAS ESPECIALES DE ADMISIÓN EN LAS UNIVERSIDADES: UN DESAFÍO POR LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD MATERIAL EN EL ACCESO A LA EDUCACIÓN SUPERIOR

## 1. INTRODUCCIÓN

Hasta el año 2001 la Universidad Industrial de Santander (UIS) contó con políticas de admisión especiales que favorecían a ciertos sectores sociales. Dichos sectores eran los miembros de comunidades indígenas, los hijos de servidores de la UIS, los reinsertados, los bachilleres con la distinción Andrés Bello, los bachilleres que hubiesen prestado el servicio militar obligatorio y los bachilleres deportistas. Tal sistema contó en total con 1706 estudiantes beneficiados. La mayoría de ellos (89.3%) eran soldados bachilleres e hijos de servidores de la UIS<sup>1</sup>, mientras que tan sólo un 4.5% eran indígenas y reinsertados. En el año 2001, en virtud, al parecer, de varios procesos judiciales en contra de la universidad por tales admisiones especiales, ésta decidió dar por terminado tal sistema, dejando vigente únicamente la admisión especial para los bachilleres con la distinción Andrés Bello. Hoy, varios años después, la UIS, por intermedio de su Vicerrectoría Académica, desea replantear tal decisión.

Esto, con base en dos hechos apremiantes. Por una parte, se ha constatado que varias universidades, tanto públicas como privadas, cuentan con sistemas especiales de admisión que buscan favorecer el ingreso de ciertos grupos sociales a la educación universitaria.<sup>2</sup> Entre éstas se podrían destacar, a manera de ejemplo, La Universidad Nacional de Colombia, la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, la Universidad Pedagógica Nacional, la Universidad de los Andes, la Universidad del Cauca, la Universidad de La Guajira, la Universidad de La Amazonía, la Universidad

---

<sup>1</sup> LEÓN, Magdalena y HOLGÍN, Jimena. “Acciones afirmativas de reconocimiento en Colombia: el caso de la Universidad Industrial de Santander”, Revista *UIS Humanidades*, 2004, 34 (1) p. 61.

<sup>2</sup> Al respecto, puede consultarse el análisis del caso de la Universidad de Caldas realizado por los investigadores Juan Manuel Castellanos, Bertha Lucía Correa y María Olga Loaiza, publicado en el libro “Espirales de humo. El acceso de estudiantes de grupos étnicos en la universidad”, Cuadernos de Investigación, N° 20, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Caldas, 2006.

Tecnológica de Pereira, la Universidad Tecnológica de Tunja, la Universidad del Atlántico, la Universidad Militar Nueva Granada, la Universidad Sergio Arboleda, la Universidad Pontificia Bolivariana, la Universidad de Antioquia, la Universidad de Córdoba, la Universidad de Caldas, la Universidad de Nariño, la Universidad del Tolima, la Universidad del Valle, entre otras. La mayoría de ellos, destinados a miembros de grupos indígenas y limitados a programas de etnoeducación.

Por otra parte, el 4 de Agosto de 2006, el Congreso de la República expidió una ley que no tuvo mayor publicidad y que no tiene, hasta ahora, una evaluación detallada de su nivel de cumplimiento. Se trata de la Ley 1084 de 2006 en donde el Congreso de la República le exige a las universidades la creación de sistemas especiales de admisión para bachilleres de los departamentos donde no haya instituciones de educación superior y para aquellos que provengan de municipios de difícil acceso o con problemas de orden público, a la vez que crea, en el ICETEX, una línea de crédito en condiciones especiales para esta población educativa.<sup>3</sup>

En virtud de dicha norma, la Universidad se vio en la necesidad de conocer criterios conceptuales y normativos sustentados desde los principios, valores y reglas

---

<sup>3</sup> El texto de la norma es como se transcribe:

LEY 1084 DEL 4 DE AGOSTO DE 2006, “POR MEDIO DE LA CUAL EL ESTADO FORTALECE LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN LAS ZONAS APARTADAS Y DE DIFÍCIL ACCESO”

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DECRETA:

**Artículo 1º.** El Estado como responsable de la educación en el ámbito nacional, garantizará a través de las instituciones de educación superior públicas y privadas el acceso a la educación de la población proveniente de los departamentos donde no existan sedes presenciales de las mismas.

**Parágrafo.** Las Instituciones de Educación Superior de carácter público y privado, otorgarán el 1% de sus cupos a los bachilleres de los departamentos donde no haya instituciones de educación superior y otro 1% a los aspirantes que provengan de municipios de difícil acceso o con problemas de orden público. Estos cupos serán seleccionados mediante un sistema especial reglamentado por las Universidades en un término no superior a tres meses después de la vigencia de la presente ley.

**Artículo 2º.** El Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, Icetex, o quien haga sus veces, concederá una línea de crédito en condiciones especiales para esta población educativa, después de ser relacionados en lista de admitidos por las Instituciones de Educación Superior Públicas o privadas.

**Parágrafo 1º.** El Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, Icetex, o quien haga sus veces, establecerá en el término de tres (3) meses contados a partir de la vigencia de la presente ley, un reglamento especial para la adjudicación de los créditos, teniendo en cuenta las circunstancias sociales, económicas y académicas de cada una de las regiones.

**Parágrafo 2º.** Al estudiante beneficiario de la línea de crédito especial, se le reconocerá un porcentaje del pago de éste si su trabajo de grado, práctica o pasantía está relacionado directamente con la comunidad de origen.

**Artículo 3º.** La presente ley rige a partir de la fecha de su sanción y promulgación.

de la Constitución Política de 1991 que le dieran luces al tema de las acciones afirmativas en los sistemas de admisión a las universidades. Necesidad que dio lugar a la presente investigación, la cual tenía como objetivo general “Presentar un marco conceptual y normativo que pueda dar paso a la creación en la Universidad Industrial de Santander de sistemas especiales de admisión”.

El tema de las llamadas “acciones afirmativas”, es decir, de las “medidas de carácter temporal que buscan asegurar la igualdad de oportunidades, a través de un trato preferencial, a los miembros de un grupo que ha experimentado situaciones de discriminación y/o marginalidad que pueden persistir en el futuro, y que los coloca en una situación de desventaja frente al resto de la sociedad”<sup>4</sup>, ha tenido un gran desarrollo desde el punto de vista jurídico, especialmente a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sin embargo, algunos investigadores se quejan de que no existe en la educación superior un debate en torno a los alcances y límites del concepto de acción afirmativa.<sup>5</sup> La intención del presente texto es contribuir al desarrollo de ese debate mediante la reconstrucción de la línea jurisprudencial de la Corte referida a la constitucionalidad de los sistemas especiales de admisión en las universidades colombianas con miras a determinar el precedente vigente.

El artículo se encuentra dividido en tres partes. En la primera de ellas se realiza el planteamiento del problema jurídico que será analizado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y se especifica el método a partir del cual se realizará tal análisis. En la segunda, se lleva a cabo la reconstrucción de la línea jurisprudencial de la Corte para, finalmente, en la tercera y última sección del artículo, presentar las conclusiones.

## 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y METODOLOGÍA

El ingreso a la universidad y la forma en que se debería reglamentar ese ingreso no han resultado temas pacíficos, pues es claro que la distribución de un bien escaso como lo son los cupos de acceso a la educación superior en un país como el nuestro, es un tema complejo desde los diferentes puntos de vista que se miren.

En efecto, determinar cómo distribuir un bien de esta naturaleza reclama el cuidado de incluir principios mínimos de justicia, especialmente si se tiene en cuenta, por una parte, que el Estado colombiano, como un Estado Social de Derecho, se basa en postulados que defienden los principios de la igualdad y la justicia social y, por

<sup>4</sup> LEÓN y HOLGUÍN, *op. cit.*, p. 58.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 60.

otra, que los cupos de estudio de las universidades estatales han sido entendidos como bienes públicos, por lo que su correcta administración debe, sin menoscabo de la autonomía universitaria, encontrarse controlada por parte de los ciudadanos y de los organismos jurisdiccionales.

Los hechos que constituyen el estudio de la presente línea jurisprudencial se refieren al otorgamiento de cupos para el ingreso a universidades estatales y las medidas adoptadas por distintas universidades del país para hacer la adjudicación de los mismos. Los casos que llegaron a la Corte Constitucional son de aspirantes que consideraron vulnerados sus derechos a la educación y a la igualdad en virtud de la política de admisión especial adoptada por la universidad en donde se establecían tratos especiales para algunos aspirantes dependiendo de algunas condiciones específicas.

El problema jurídico a resolver fue planteado entonces en los siguientes términos: *¿La creación de cupos o mecanismos especiales para el ingreso a la universidad de ciertas personas o grupos sociales, constituye una violación a los derechos de igualdad y a la educación de los demás aspirantes a la educación superior en instituciones del Estado?*

Como se ve, el problema ha sido planteado desde un punto de vista negativo, es decir, pregunta si el establecimiento de sistemas especiales de admisión es una medida que viola el derecho a la igualdad de los aspirantes no beneficiados por tal sistema.<sup>6</sup>

Resolver el problema planteado no puede dejar de lado el tema de la autonomía universitaria y sus límites, de la que surgen preguntas como ¿puede la universidad darse sus reglas en cuanto a directrices sobre la admisión de sus estudiantes? Desde la legislación consagrada la respuesta es afirmativa, es decir, las universidades son autónomas para definir sus procesos de selección de estudiantes. Sin embargo, la Corte ha definido que el desarrollo de tal potestad, está amparado dentro de los postulados de la autonomía universitaria, autonomía relativa que consiste en la facultad que tiene la universidad de auto regularse y mantener una organización

---

<sup>6</sup> El problema jurídico encabeza la línea y es quizá el elemento más importante para su construcción. El problema jurídico es la pregunta que se busca resolver mediante la interpretación correlacional de diversos pronunciamientos judiciales y de otros textos normativos. El problema jurídico no es la respuesta a lo que es un derecho (¿qué es el derecho a la educación?) sino que es la integración de los hechos relevantes a los supuestos jurídicos. En la formulación del problema jurídico deben tenerse en cuenta los hechos del caso en concreto que dan origen a la invocación de la protección de unos determinados derechos. Ahora bien, el problema jurídico responde, por una parte, a los intereses del investigador pero, por otra, a la forma como los hechos que caen en el interés del investigador han sido interpretados jurídicamente por el juez.

propia, organización que sólo está limitada por el orden constitucional y el interés común.<sup>7</sup> La Corte ha precisado sobre el tema:

La autonomía universitaria de manera alguna implica el elemento de lo absoluto. Dentro de un sentido general, la autonomía universitaria se admite de acuerdo a determinados parámetros que la Constitución establece, constituyéndose, entonces, en una relación derecho-deber, lo cual implica una ambivalente reciprocidad por cuanto su reconocimiento y su limitación están en la misma Constitución. El límite a la autonomía universitaria lo establece el contenido constitucional, que garantiza su protección pero sin desmedro de los derechos igualmente protegidos por la normatividad constitucional. Hay que precisar que la autonomía universitaria en cierta forma es expresión del pluralismo jurídico, pero su naturaleza es limitada por la Constitución y la ley, y es compleja por cuanto implica la cohabitación de derechos pero no la violación al núcleo esencial de los derechos fundamentales.<sup>8</sup>

De ahí que se haya entendido que la autonomía constituye una garantía que establece una regla que encuentra excepciones con el fin de que el quehacer de la universidad se integre con los fines de todo el ordenamiento constitucional y legal del Estado. Por ende, la facultad de señalar reglas para el ingreso de los aspirantes a la universidad, si bien está amparada dentro del principio constitucional de la autonomía universitaria, debe ejercerse teniendo como guía los derechos fundamentales de los aspirantes y los fines del Estado, previstos en el texto constitucional.

El artículo 69 de la Constitución le impone al Estado la obligación de facilitar los medios económicos para garantizar el acceso de todas las personas aptas a la educación superior. Esto supone que el Estado colombiano deberá proveer de los más altos niveles educativos a sus asociados, sin que se convierta esta idea regulativa en una obligación para las instituciones educativas de abrir sus puertas a todos los aspirantes. Como lo ha señalado la Corte: “La garantía de acceso al sistema educativo no consiste, pues, en que todo aspirante deba ser admitido, ni en la ausencia de criterios de selección, sino en la posibilidad de llegar a ser aceptado en igualdad de condiciones con los demás aspirantes y dentro de las reglas de juego predeterminadas por el mismo establecimiento”.<sup>9</sup>

Dentro de este contexto, es válido que las universidades puedan señalar lineamientos para el ingreso de sus aspirantes, pues la garantía de acceso al sistema educativo consagrada constitucionalmente no consiste en la aceptación de todos los

<sup>7</sup> Corte Constitucional Sentencia C-337 de 1996, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Ibid.*

que aspiran a obtener un cupo, sino en el establecimiento de criterios de selección que permitan que todos los aspirantes participen en igualdad de condiciones, más cuando se trata de un recurso escaso administrado dentro de los fines propuestos por un Estado Social y Democrático de Derecho.

En este punto volvemos a nuestra pregunta inicial: ¿la creación de cupos o mecanismos especiales para el ingreso a la universidad de ciertas personas o grupos sociales, constituye una violación a los derechos de igualdad y a la educación de los demás aspirantes a un cupo en la educación superior? A dicho problema llegamos con el estudio de dos tipos de situaciones fácticas.

La primera la constituye un grupo de casos en los que aspirantes a un cupo dentro de una carrera en una determinada universidad consideran vulnerado su derecho a la igualdad por el establecimiento de un sistema especial de admisión a la universidad que asegura el ingreso de algunos aspirantes frente a otros, por el hecho de que los primeros tienen características diferenciadoras como ser soldado bachiller, deportista, hijo de un servidor público, entre otras. Dichas características especiales desplazan en el puesto de admisión al grupo de estudiantes que no las posee, lo que para ellos vulnera su derecho a la igualdad y a ser considerados aspirantes válidos seleccionados a partir de criterios objetivos como el de la excelencia académica, el cual puede ser medido y cuantificado mediante un examen.

La segunda la constituye el caso de un grupo de aspirantes que gozaban de una condición especial, como el ser reinsertado, indígena, desplazado, entre otros, quienes consideran que la no adjudicación de un cupo universitario, vulnera su derecho a la igualdad; derecho que le impone al Estado la obligación de hacer efectivos los medios para que dicha igualdad se materialice. La exigencia de acciones del Estado a favor de la igualdad se hace exigible pues los mencionados aspirantes con la condición especial referida, al no estar en iguales condiciones frente a los demás aspirantes, deben gozar de un criterio diferenciador para hacer efectivo su derecho a la igualdad.

Frente a estas dos situaciones de hecho se debe resolver la pregunta acerca de la constitucionalidad de la inclusión de un sistema especial de ingreso a la universidad frente al derecho a la igualdad y el derecho a la educación.

En lo que sigue resolveremos el problema planteado reconstruyendo la línea de solución propuesta por la Corte y los argumentos con los que se construye una solución jurídica a la luz del texto constitucional.

El método de análisis que se usará es el del *análisis dinámico de precedentes*, el cual ha sido expuesto en Colombia por el profesor Diego López en su ya ampliamente

conocido libro *El Derecho de los jueces*.<sup>10</sup> Eso sí, con una ligera modificación. En efecto, como es sabido, el método del análisis dinámico de precedentes busca reconstruir la *línea jurisprudencial* que resuelve un problema jurídico determinado con miras a establecer lo que se ha denominado el balance constitucional o la doctrina jurisprudencial vigente. Este balance se puede definir como el punto en donde el precedente se ha consolidado y en donde se espera que, ante un caso similar en el futuro, sirva como regla que oriente la solución. Una vez identificado el balance constitucional, se espera que la siguiente respuesta del juzgador al problema jurídico que se le plantea, caiga en el mismo punto de solución. Sin embargo, en la medida en que entendemos el problema planteado no solamente como un problema jurídico que deben resolver los jueces, sino también como un problema político que deben afrontar las universidades y la ciudadanía en general, nos interesó, además de lo anterior, identificar los principales argumentos de la Corte Constitucional con los cuales aborda la discusión en torno a los sistemas especiales de admisión de las universidades.

### 3. RECONSTRUCCIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

En la construcción de la línea de decisión que ha desarrollado la Corte para solucionar el problema jurídico planteado nos encontramos con la sentencia T-586 de 2007. Sin embargo, si bien la Corte en dicho pronunciamientos se refiere al problema en mención, no resuelve un caso en donde se examine la viabilidad constitucional de incluir criterios diferenciadores en el proceso de admisión universitario.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> LÓPEZ, Medina Diego Eduardo. *El Derecho de los jueces*, Bogotá: Ediciones Uniandes - Legis, 2006.

<sup>11</sup> En esta sentencia, no obstante, la Corte Constitucional ha empezado a agregarle un elemento de gran importancia a la línea jurisprudencial acá reconstruida en la medida en que señala que, una vez la universidad ha decidido adoptar un sistema especial de admisión, no puede reglamentarlo de cualquier manera. En efecto, el caso de la sentencia T-506 de 2007 cuyo Magistrado Ponente fue Marco Gerardo Monroy Cabra, se trataba de una universidad que contaba con un sistema especial de admisión para afrodescendientes. En la reglamentación concreta de tal sistema, la universidad exigía que la calidad de afrodescendiente se acreditara mediante la ubicación territorial. Esto quiere decir que la universidad sólo concebía que una persona fuera afrodescendiente si y sólo si estuviera vinculada a un territorio específico que pudiera ser calificado como “habitado por miembros de esa comunidad”. La Corte Constitucional consideró que “tales exigencias resultan desproporcionadas frente a los aspirantes de raza negra, pues como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional analizada anteriormente, respecto de esos grupos étnicos el asentamiento en un lugar determinado del territorio nacional no es un elemento que permita identificarlos como “comunidad”, la cual se configura cuando confluyen factores culturales y tradiciones arraigadas.”

La sentencia arquimédica<sup>12</sup> propiamente la encontramos en 1999, con la sentencia T-004. Esta será entonces nuestro punto de partida. En dicha tutela un joven decide solicitar el amparo constitucional mediante la acción de tutela, al encontrar que no ha superado el proceso de selección con miras a iniciar la carrera universitaria para la cual aplicó. El joven encuentra que a pesar de tener un puntaje superior al de otros aspirantes que sí fueron aceptados en la universidad, finalmente a él no se le adjudicó uno de los cupos otorgados en el proceso. El joven señala en su escrito de tutela que la universidad, con base en criterios como el aumento en la calificación obtenida en las pruebas de Estado a los bachilleres que habían prestado el servicio militar o la consideración especial a los hijos de docentes y trabajadores de la universidad, llevó a que aspirantes con pruebas de menores resultados que las obtenidas por él ingresaran a la universidad y desplazaran su solicitud como aspirante. Como se ve, los hechos del presente caso encuadran perfectamente en la primera hipótesis planteada que recoge el problema jurídico enunciado.

Para resolver el problema propuesto, la Corte efectivamente examinó la constitucionalidad de incluir criterios diferenciadores a la hora de distribuir un bien escaso como lo es la educación. Desde esta sentencia se pudo ubicar, además, la sentencia fundadora de la línea que es, como es sabido, el primer pronunciamiento que busca resolver el problema jurídico planteado.<sup>13</sup>

**3.1. Sentencia fundadora:** la sentencia fundadora de línea es la T-002 de 1994. Esta sentencia resolvió hechos como los enmarcados dentro del problema jurídico planteado. En la sentencia se resuelve la situación de una joven que no resultó admitida al programa al cual aplicó. La joven, luego de indagar sobre el procedimiento de admisión, encontró que la universidad tenía un sistema especial de admisión que otorgaba unos cupos especiales, además de los cupos ordinarios. Dichos cupos se distribuían de la siguiente manera: uno para el sector profesoral, otro para el sector de empleados y trabajadores de la universidad, otro para los bachilleres que hayan prestado servicio militar, dos para los bachilleres que hayan realizado todos sus estudios de Educación Básica Secundaria y/o Media Vocacional en las “zonas marginales” y un cupo al que aspiren profesionales. Con esto se completaba un total de seis cupos especiales que debían ser asignados además de los ordinarios a repartir.

---

<sup>12</sup> La sentencia arquimédica, como se recordará, es una sentencia actual (preferiblemente la más reciente) que resuelve el problema jurídico que se estudia. La importancia de su identificación radica en que permitirá rastrear las sentencias que han resuelto hechos similares.

<sup>13</sup> La sentencia fundadora se promulga en un momento en donde existe un vacío jurisprudencial sobre el problema en concreto. Su utilidad radica en que permite identificar el punto de partida de la línea en estudio, pero puede suceder, como de hecho sucede en muchos casos, que la solución planteada en dicha sentencia no sea la posición dominante o que defina el balance jurisprudencial al que ha llegado el juez.



La joven, quien no fue admitida dentro de los cupos ordinarios, consideró que su derecho a la igualdad se veía vulnerado en la medida en que eran admitidos en la universidad estudiantes con un puntaje en las pruebas de Estado inferior al suyo, en virtud de las situaciones especiales de ingreso.

La Corte, al examinar el caso propuesto, comienza por definir el derecho a acceder al sistema educativo como una garantía que no consiste en que todo aspirante deba ser admitido, “sino en la posibilidad de llegar a ser aceptado en igualdad de condiciones con los demás aspirantes y dentro de las reglas de juego predeterminadas por el mismo establecimiento”.<sup>14</sup>

El derecho a la igualdad, señala la Corte, implica el otorgar un trato paritario para personas y hechos que estén bajo una misma hipótesis, del mismo modo que consiste en dar un trato distintivo a personas y hechos que se encuentren bajo hipótesis diferentes. En ambos casos se busca calificar a personas atendiendo a las semejanzas y diferencias relevantes con el fin de buscar un equilibrio que permita alcanzar justicia concreta, cuidando de no establecer distinciones que resulten sospechosas y que puedan establecer casos de abierta discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Con base en lo anterior, la Corte encontró contrario a la Constitución el hecho de incorporar normas dentro del reglamento universitario que favorezcan a un grupo de aspirantes determinado en detrimento del derecho a la igualdad del grupo no favorecido, pues se desconoce el derecho al acceso a la institución de aquellos que asisten al proceso de admisión sin un trato especial.

En este sentido, para la Corte, seis cupos especiales constituían un trato discriminatorio, con el agravante de que para el caso en concreto se llegó a probar que dichos cupos se dieron dentro de los 50 cupos ordinarios, y que dicha situación hizo que la tutelante fuera desplazada del lugar obtenido de manera meritatoria.

**3.2. Sentencia Hito<sup>15</sup>:** tomamos como sentencia hito la T- 441 de 1997 cuyo Magistrado Ponente fue Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta sentencia la Corte revisa un fallo de tutela en el que un joven no es admitido en el programa al que se inscribió. Luego de que el joven hace algunas indagaciones sobre el proceso

<sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-002 de 1994, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>15</sup> En la sentencia hito, la Corte trata de definir con autoridad una sub-regla de derecho constitucional en la que, por lo general, el problema jurídico tiene una solución más compleja que la esbozada en la sentencia fundadora de la línea. Esta sub-regla es la forma en que la Corte interpreta una norma constitucional según la situación fáctica que deba resolver. Una sola línea jurisprudencial, como es sabido, puede tener más de una sentencia hito en la medida en que en este tipo de sentencias también se presentan cambios o giros al interior de la línea.

de admisión encuentra que para el programa al que se inscribió fueron admitidos aspirantes con promedios inferiores al suyo, pues la universidad tiene una política de admisiones especiales para a) hijos, cónyuges o compañeros de los profesores, empleados, ex-profesores, ex-empleados y jubilados de la Universidad, b) aspirantes provenientes del Sur de Bolívar, c) aspirantes provenientes del Sur-Sur de Bolívar, d) deportistas y e) reinsertados.

El joven considera vulnerado su derecho a la igualdad en la medida en que por no cumplir ninguna de las anteriores características fue desplazado en sus pretensiones por aspirantes con un puntaje en las pruebas de Estado inferior a las suyas.

En el presente caso la Corte retoma las consideraciones esbozadas en dos sentencias de constitucionalidad en la que se demandan normas que permitían la existencia de supuestos de hecho que se ajustan al problema que debe resolverse. Con base en tales consideraciones la Corte, finalmente, define las reglas jurisprudenciales a tener en cuenta en los casos futuros. Por esta razón es claro que esta es la sentencia hito de la línea.

Las sentencias a las que se hace referencia son la C-022 de 1996 y la C-210 de 1997. En la primera la Corte resuelve acerca de la constitucionalidad del literal b) del artículo 40 de la Ley 48 de 1993, norma en la que se otorgaba como estímulo a los bachilleres que prestaran el servicio militar un aumento del 10% en el puntaje obtenido en las pruebas de Estado y que podían hacer valer a la hora de aspirar a ingresar a una institución universitaria. Para la Corte, si bien es cierto que existe el mandato constitucional de otorgar beneficios a quienes presten el servicio militar, también es cierto que el mencionado beneficio que entrega una bonificación del 10% a los soldados bachilleres constituía un desconocimiento del criterio esencial de asignación de los cupos universitarios, según el cual debe primar el criterio meritatorio de la excelencia académica. Hacer una distinción en tal sentido constituía una vulneración al derecho a la igualdad, pues se incorporaba un criterio diferenciador que desplazaba a otros aspirantes que no tenían forma de obtener ese beneficio, como el caso de las mujeres que no están obligadas a prestar el servicio militar obligatorio.

En el segundo caso se examinó la constitucionalidad del artículo 186 de la Ley 115 de 1994 –Ley General de Educación–, que contemplaba que “los hijos del personal de educadores, directivo y administrativo del sector educativo estatal y de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional muertos en servicio activo, tendrán prioridad para el ingreso y estudio gratuito en los establecimientos educativos estatales de educación básica, media y superior”. En dicho fallo se reiteraron los argumentos del fallo de 1996 en el sentido de que una disposición de tal naturaleza vulneraba el derecho a la igualdad de los demás aspirantes a un cupo

universitario, pues se imponía un criterio por encima del mérito académico como criterio esencial para la asignación de cupos de estudio en los centros de educación estatales; lo que desplazaba a postulantes que contaban con méritos académicos para ingresar a esos establecimientos educativos.

En lo que sigue se explicará con más detalle los argumentos de la Corte, la cual aborda el tema partiendo del análisis del derecho a la igualdad, que resulta ser el presunto derecho lesionado por las normas acusadas en los casos de los cupos especiales para hijos de servidores públicos y del estímulo para los soldados bachilleres.

### **3.2.1. Vulneración al derecho a la igualdad al faltar a la regla general de otorgar cupos según el mérito académico**

La Corte, luego de desestimar el uso del criterio de igualdad contenido en la fórmula aristotélica según la cual “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”<sup>16</sup>, por considerar que dicha enunciación no permite resolver discusiones y tomar decisiones en torno a los tratos desiguales tolerables o intolerables, se sitúa en el postulado propuesto por el jurista Norberto Bobbio para delimitar el contenido y alcance del derecho a la igualdad. Para la Corte el postulado de Bobbio señala que “el concepto de igualdad es relativo, por lo menos en tres aspectos:

- a. Los sujetos entre los cuales se quieren repartir los bienes o gravámenes;
- b. Los bienes o gravámenes a repartir;
- c. El criterio para repartirlos”<sup>17</sup>.

Según la Corte, este concepto permite responder de una forma más adecuada y completa las preguntas acerca de cuáles tratos desiguales son tolerables y cuáles no. Desde ahí las preguntas que se plantea la Corte para resolver este interrogante serán ¿igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué? e ¿igualdad con base en qué criterios de distribución?

Para los casos que nos ocupan, estas preguntas se traducirían a:

<sup>16</sup> Aristóteles, *Política* III 9 (1280a): “Por ejemplo, parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales.” Citado por la Corte en la sentencia C- 022 de 1996, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*. Editorial Taurus. Madrid. 1995. p. 136 y ss. Citado por la Corte en la sentencia C- 022 de 1996, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

- a) Igualdad entre aspirantes que han prestado el servicio militar y los que no; aspirantes hijos de servidores de la universidad y los que no lo son; aspirantes miembros de una comunidad de reinsertados y los que no, entre otros.
- b) Igualdad en la repartición de cupos para acceder a la universidad.
- c) Igualdad con base en el criterio de calidad académica que certifica el Estado a través de sus pruebas, con base en el criterio de haber prestado un servicio a la patria, entre otros.

Lo anterior permitiría centrar la discusión en la definición de los criterios constitucionalmente admisibles y evidenciar que la Constitución, al consagrar el derecho a la igualdad, señala algunos criterios que no son constitucionalmente válidos como criterios de diferenciación, tales como la raza o el sexo. Sin embargo, esto no quiere decir que estos sean los únicos criterios inválidos. Por lo tanto, está en manos del intérprete hacer la distinción. Para ello, la Corte sugiere adoptar dos razonamientos a la hora de aplicar el principio de igualdad, razonamientos que, por lo demás, provienen de la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy:

- a. “Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual.”
- b. “Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual.”<sup>18</sup>

A partir de estos enunciados, quien pretenda establecer un trato diferenciador debe justificarlo; justificación que debería hacerse a partir de los *test de razonabilidad*. Estos test son herramientas de análisis y de interpretación usadas con el fin de determinar si ante una situación de hecho que implique hacer distinciones o diferenciaciones, tales diferenciaciones resultan admisibles. Se desarrolla progresivamente en tres etapas, que son:

- a. La confirmación de la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.
- b. La determinación de la validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.
- c. La determinación de la razonabilidad del trato desigual, es decir, la confirmación de la existencia de una relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. p. 409. Citado por la Corte en la Sentencia C-022 de 1996, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

<sup>19</sup> *Ibíd.*

Las primeras dos etapas no poseen mayores complejidades conceptuales; como sí lo tiene la última. En general se puede afirmar que el concepto de “razonabilidad” se refiere a la idea según la cual los medios escogidos para realizar el fin perseguido deben ser adecuados y necesarios, es decir, tales medios deben ser de una naturaleza tal, que no puedan ser sustituidos por otros que resultarían menos lesivos y suficientes para alcanzar el fin previsto. La proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferenciador implica que el trato desigual no lesione principios y derechos de rango superior al que se quiere alcanzar.

Para el caso del trato diferenciador a los soldados bachilleres a la hora de distribuir cupos para el ingreso a la universidad el test se aplicó de la siguiente forma:

- a. Confirmación de la existencia de un objetivo perseguido: en este caso el objetivo es estimular la incorporación de los jóvenes a las Fuerzas Armadas y compensar su servicio.
- b. Determinación de la validez del objetivo: el objetivo perseguido resulta válido, pues la Constitución establece la posibilidad de otorgar prerrogativas a quienes presten servicio militar.
- c. Determinación de la razonabilidad del trato desigual: en este caso, sin embargo, el trato desigual no es razonable, en tanto no satisface los requerimientos del concepto de proporcionalidad. Si bien el estímulo es adecuado para los soldados bachilleres; no es necesario para el logro de ese fin, y menos resulta proporcionado frente al detrimento de los derechos y méritos académicos de los demás candidatos a ingresar a un centro de educación superior; más aun cuando un sector de la población completo, como lo es el de las mujeres, que no están obligadas a prestar servicio militar, queda excluido de este beneficio.

La Corte concluye entonces que “la norma acusada establece una diferenciación irrazonable en las oportunidades de acceso a la educación superior, en detrimento de personas que no prestaron el servicio militar y que, teniendo méritos académicos para continuar sus estudios en su etapa superior, se pueden ver desplazados por los beneficiarios del privilegio otorgado por la norma demandada”.<sup>20</sup>

Con estos criterios definidos, la Corte examina la constitucionalidad de la norma que establecía un trato diferenciador a favor de los hijos de ciertos servidores públicos y, como en el caso anterior, concluye que la norma contiene una diferenciación irrazonable desde el punto de vista constitucional, por lo cual es necesario expulsar la norma del ordenamiento jurídico. Para la Corte, lo anterior es claro si se tiene en cuenta que la norma acusada:

---

<sup>20</sup> *Ibíd.*

(...) consagra un privilegio para acceder a los establecimientos educativos estatales, por razones que no corresponden a los méritos académicos personales del aspirante, sino a una situación externa a ellos, como el ser hijos de personal de educadores, directivo o administrativo, o hijos de los miembros de las fuerzas armadas y de la policía nacional, muertos en servicio activo. Consagrar un privilegio por estas circunstancias viola el artículo 13 de la Constitución, pues desplaza a otros aspirantes que cuentan con los suficientes merecimientos personales para el ingreso a dichos establecimientos<sup>21</sup>.

Hasta aquí se han configurado entonces dos criterios para resolver el problema jurídico de la línea jurisprudencial planteada:

- El derecho a la igualdad: el acceso a la universidad debe estar mediado por el derecho a la igualdad que se hace efectivo con la posibilidad de que todos gocen del mismo punto de partida para acceder a la educación superior, que en el caso de las universidades estatales dicho punto de partida se mide por los exámenes que presentan los aspirantes y que son diseñados por la universidad o por el Estado (en el caso del examen diseñado por el ICFES); exámenes que son presentados en igualdad de condiciones en virtud de que a todos los aspirantes se les formulan iguales preguntas, cuentan con igual tiempo para responder e igual oportunidad de presentación.
- El mérito académico: la definición del criterio para otorgar los cupos en las instituciones universitarias del Estado, por los requerimientos que deben cumplir las personas que ingresan a la universidad, no debe ser otro diferente al mérito académico; el cual se establece por medio de las pruebas establecidas para tales fines.

### **3.2.2. Excepción a la regla del mérito como criterio para la adjudicación de cupos**

Hasta este punto tenemos entonces dos elementos para solucionar el problema jurídico que se presenta. Sin embargo, en la sentencia que señalamos como hito, la T - 441 de 1997, la Corte debe, para resolver el caso en concreto, introducir otros elementos de juicio que configurarán lo que se consolidará posteriormente como la solución vigente al problema propuesto.

En dicho pronunciamiento, como ya se indicó, la Corte debió tomar una posición sobre la constitucionalidad de la determinación de una universidad del Estado de proveer cupos especiales para admitir a hijos, cónyuges o compañero (a) de los

---

<sup>21</sup> Sentencia C- 210 de 1997, Magistrada Ponente Carmenza Isaza de Gómez.

profesores, empleados, ex-profesores, ex-empleados y jubilados de la Universidad, así como a aspirantes provenientes de una determinada región (Sur de Bolívar y Sur-Sur de Bolívar), deportistas y reinsertados.

Para la Corte, si bien es cierto que dentro de la garantía de la autonomía universitaria, las instituciones pueden establecer el número determinado de cupos que ofrecerán para cada uno de sus programas, la definición del número de cupos y su posterior distribución debe realizarse conforme a los principios constitucionales, sin olvidar que se trata de distribución de bienes escasos.

Esto pues, como se sabe, es de común aceptación dentro de los postulados de la economía que cuando existen mayores niveles de demanda frente a las posibilidades de oferta de un tipo de bienes, se está frente a bienes escasos. El acceso a este tipo de bienes implica que para su distribución se parta de unas especiales consideraciones, por ejemplo la consideración según la cual no es posible partir de la base de que todos los interesados tienen derecho a ser recibidos. El aceptar una posibilidad en ese sentido iría en contra de la situación real de existencia de dichos bienes.

Por ello, el compromiso estatal frente a dichos bienes y su disfrute consiste en que su distribución obedezca a criterios de igualdad. La garantía al derecho a la igualdad en la distribución de esos bienes consiste en garantizar, a los demandantes de dichos bienes y posibles beneficiarios, las mismas condiciones de acceso a los procedimientos formales diseñados por las diferentes instituciones para hacer la adjudicación y distribución de los bienes y recursos escasos.

La Corte Constitucional ha señalado sobre el asunto que:

Si bien la elección de los principios y procedimientos particulares de distribución que cada entidad establece –con base en la ley– forman parte de su autonomía operativa, éstos no pueden contrariar los parámetros que se derivan de los principios y valores constitucionales: todos los posibles beneficiarios deben tener iguales oportunidades de acceso; el procedimiento no puede favorecer a ningún grupo de beneficiarios en particular; los mecanismos de selección no pueden conducir a establecer discriminaciones contrarias a la Carta, etc.<sup>22</sup>

La distribución que de esos bienes escasos se haga, tal como lo ha señalado la Corte en reiteradas oportunidades, debe ajustarse a las normas constitucionales. Los procedimientos y criterios de distribución son relevantes desde el punto de vista constitucional en la medida en que la correcta distribución de dichos bienes es una condición necesaria para hacer efectivos los derechos económicos, sociales

<sup>22</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-499 de 1995, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

y culturales, y para asegurar el logro de la justicia social como pilar del Estado Social y Democrático de Derecho. Esto hace que la evaluación de los criterios y procedimientos para hacer entrega de los bienes escasos de que dispone el Estado constituya una tarea relevante.

En Colombia, dadas las actuales condiciones del país, es aceptable señalar que el número de cupos en las universidades públicas constituyen un bien escaso, en tanto su demanda es superior a la cantidad de bienes que se ofrecen. Esta realidad es de fácil comprobación si se tiene en cuenta el número de aspirantes que se postula a un cupo en las universidades públicas comparado con el número de cupos que se otorga.<sup>23</sup>

Esto hace que las instituciones de educación superior deban adoptar criterios y procesos de selección, conforme a las normas superiores, para otorgar los bienes cuya administración está bajo su responsabilidad, como es el caso de los cupos universitarios que no sólo son bienes públicos sino además escasos, lo que le impone a dichas instituciones la obligación de emplear criterios razonables y relacionados con el fin que persiguen, que debe ser el de formar profesionales con excelencia académica. Para la Corte, cuando la selección de beneficiarios a un cupo universitario “se fundamenta en otros criterios, es claramente discriminatoria de quienes, debiendo recibir los cupos disponibles, según el criterio académico, no los reciben porque se aplicó un criterio distinto”.<sup>24</sup>

El respeto al derecho a la igualdad en la distribución de dichos bienes se materializa con el aseguramiento de condiciones específicas de acceso para los posibles beneficiarios en igualdad de condiciones y bajo los procedimientos establecidos, y no de acuerdo a inclinaciones particulares que desconozcan las normas superiores y que lleguen a configurar verdaderos eventos discriminatorios.<sup>25</sup>

Partiendo de estos supuestos, se resalta que la distribución de dichos bienes debe hacerse sin distinciones arbitrarias y con miras a respetar el derecho a la igualdad de todas las personas, siguiendo el criterio del merecimiento académico. Pese a este acuerdo, el caso propuesto plantea el interrogante acerca de si ¿el único criterio válido para hacer la distribución de los cupos en las universidades del Estado es el del mérito académico?, pues en el caso observado se encuentra que la universidad hace una distribución de cupos atendiendo a otros principios.

---

<sup>23</sup> Por ejemplo a la UIS se presentaron para el proceso de selección con miras al ingreso al segundo semestre de 2007 un total de 4017 aspirantes de los cuales sólo había cupos para 1283 aspirantes.

<sup>24</sup> Corte Constitucional. Sentencias T-441 de 1997, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz y T-326 de 1998, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.

<sup>25</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-523 de 2006, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.



La Corte toma la tarea entonces de estudiar la constitucionalidad de las excepciones a la regla de que el otorgamiento de los cupos sea por mérito académico. Si bien es cierto que el parámetro general es la excelencia académica, la universidad puede encontrar justificado entregar cupos especiales cuando con dicha distinción “se persigue contrarrestar las condiciones desiguales con las que arriban a los exámenes de admisión los distintos aspirantes a ingresar a la universidad, o se procura dar cumplimiento a los fines de la institución universitaria”.<sup>26</sup> La eliminación de dichas desigualdades se torna en un fin constitucionalmente válido al tenor de lo señalado por el artículo 13 superior en el sentido de que el Estado debe promover condiciones para el ejercicio real y efectivo del derecho a la igualdad, y desde ahí podrá promover y adoptar medidas a favor de grupos que puedan ser discriminados y marginados por sus condiciones de origen.

El estudio de la constitucionalidad de las distinciones que se proponen parte de la idea de que si bien el criterio del merecimiento académico constituye un elemento que garantiza la justicia formal en tanto se acude al proceso dentro de condiciones iguales (la presentación de un examen), dicha condición no es suficiente para el aseguramiento de unas condiciones de igualdad material en el sentido de que existen innumerables factores que hacen que determinados sectores de la población asistan a las pruebas en notorias condiciones de desigualdad. Desde aquí una medida a favor de un grupo con el fin de igualar condiciones de acceso podría considerarse proporcionada siempre que cumpla dos requisitos:

1. Que el número de cupos a asignar de acuerdo con estos criterios sea notablemente inferior con respecto al total de los cupos. Y,
2. Que en el procedimiento de admisión de alumnos a través de estos criterios diferenciadores se tenga en cuenta la capacidad académica de los aspirantes que bajo condiciones especiales compiten por los cupos, esto con el fin de asegurar que los aspirantes que luego sean elegidos tengan unas capacidades académicas que sirvan de garantía para la culminación del proceso que inician.

Con base en los criterios establecidos, la Corte revisó la constitucionalidad de los cupos especiales otorgados por la universidad, con el fin de determinar si se ajustan o no a lo dispuesto, y, en consecuencia, definir la posibilidad de mantener o no el otorgamiento de dichos cupos.

a) *Los cupos especiales para los hijos y el cónyuge o compañero (a) permanente de los profesores, empleados, ex-profesores, ex-empleados y jubilados de la universidad:* en este caso, la Corte manifestó su desacuerdo con la justificación que señala

<sup>26</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-441 de 1997, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz

la universidad, en el sentido de que los cupos especiales para personas relacionadas con los servidores de la universidad constituyen un estímulo legítimo por sus servicios prestados. La Corte afirma que si bien otorgar estímulos a los servidores de la universidad resulta un objetivo conforme a los postulados constitucionales, no es de recibo que dichos estímulos versen sobre bienes públicos escasos. Ya se ha puesto de manifiesto que la distribución de bienes de esta naturaleza debe estar sujeta a criterios que respeten el derecho a la igualdad y las distinciones que se establezcan deben obedecer a fines defendibles. En el caso bajo estudio, la Corte reitera las consideraciones planteadas en la sentencia de constitucionalidad que eliminó el tratamiento especial a los hijos de algunos servidores públicos en la medida en que el trato diferenciador resulta desproporcionado, pues aunque el fin perseguido por la norma, que no es otro diferente al de otorgar estímulos a los funcionarios de Estado, sea válido, dicho fin se puede lograr mediante otros medios, lo que hace que el mecanismo no sea necesario, pues se puede implementar otra medida que cumpla el mismo objetivo sin lesionar en tan alto grado otros derechos también de nivel constitucional, como es el derecho a acceder a un cupo universitario de quien no es familiar de un servidor público.

b) *Cupos especiales para aspirantes según su lugar de procedencia:* frente a esta hipótesis se plantean dos situaciones. La primera se refiere al otorgamiento especial de cupos a aspirantes provenientes de municipios del departamento en el que se encuentra la universidad, y la segunda, por su parte, se refiere al otorgamiento de cupos especiales a aspirantes provenientes de zonas marginadas del país.

Con respecto a la primera situación, la Corte señaló que no es válido otorgar cupos preferentes a estudiantes oriundos de las diferentes regiones del departamento en el que se encuentre el centro universitario, en la medida en que al permitir esa distinción se atentaría injustificadamente contra el derecho a la igualdad de dos tipos de aspirantes: a) los aspirantes a cupos universitarios provenientes de regiones en donde no hay universidades del Estado o habiéndolas no se ofrecen los programas a los que dichos postulantes aspiran y b) todos los aspirantes en general, en la medida en que se desconoce el criterio general del otorgamiento de cupos amparado en méritos académicos.

En la segunda situación, en cambio, se valora si el sacrificio que deben asumir los aspirantes que no habiten en zonas marginadas es válido y necesario para lograr niveles de igualdad material de los bachilleres que sí habitan tales zonas.

En este caso, la Corte observa que en Colombia existe un alto grado de heterogeneidad en la distribución de bienes y oportunidades en las diversas regiones, lo que hace que existan zonas del país en donde los recursos para suministrar las mínimas condiciones de vida a sus habitantes son más limitados que en otras. Existen

grados de desatención del Estado para el cubrimiento de necesidades mínimas, y con mayor razón para el cubrimiento de las necesidades a nivel educativo; lo que hace que los estudiantes de dichas zonas enfrenten situaciones socio económicas adversas y se encuentren frente a una situación de desventaja a la hora de competir con estudiantes de zonas con menos dificultades, pues el nivel de calidad en la educación que han recibido es menor al de las otras zonas menos marginadas. El tratamiento especial para el ingreso a la universidad en el caso de los aspirantes de zonas marginadas o pobres, constituye, al parecer de la Corte, “una forma de contrarrestar esas diferencias de origen, que tienen como consecuencia el que los aspirantes de esas zonas, en la práctica, tengan escasas posibilidades de acceder a los estudios superiores”.<sup>27</sup>

En estos casos, cuando se establece un número limitado de cupos especiales destinados a igualar en sus aspiraciones a bachilleres que han tenido menos oportunidades, el sacrificio que se impone a los posibles afectados es mínimo comparado con la carga que han tenido que soportar los bachilleres de las zonas marginadas durante toda su formación. El fin perseguido por esa medida se torna válido en el sentido de que se busca promover el desarrollo de dichas zonas, pues no se debe perder de vista que es función del Estado el asegurar unos mínimos de homogeneidad en condiciones de acceso a los derechos inalienables e irrenunciables que garantiza el texto constitucional para todos los sectores de la población.

Con base en lo anterior, la Corte considera constitucional las medidas que se toman bajo la segunda situación presentada.

c) *Cupos especiales para los deportistas*: la Corte reconoce la importancia que desempeña el fortalecer y promover la práctica de deportes como parte del desarrollo de la persona, y reconoce como un fin válido, dentro de los fines de la universidad, el promover las prácticas deportivas y su inclusión como parte de la dinámica de las universidades. Sin embargo, reconoce también que una norma a favor del ingreso de los deportistas a la universidad que cree cupos especiales para ellos, si bien tiene un fin constitucional válido, es un objetivo que puede lograrse a través de otros medios que resulten menos lesivos para la mayoría de los demás aspirantes a ingresar a la universidad y que verán disminuidas sus aspiraciones por proteger un fin que si bien es válido puede promoverse mediante otros mecanismos. Por esta razón, la Corte descarta la aplicación de dicha distinción por tratarse de una discriminación no proporcionada de acuerdo con los fines constitucionales.

<sup>27</sup> *Ibíd.* Recuérdese al respecto la Ley 1084 de 2006, citada al inicio del artículo.

d) *Cupos especiales para reinsertados*: el análisis de estos casos parte de la constatación según la cual la Constitución de 1991 es, en sí misma, un pacto de convivencia y una apuesta hacia la búsqueda de la paz, lo cual se manifiesta no sólo en la fijación de objetivos que hace el texto<sup>28</sup> sino en la posibilidad que abre para que se fijen fórmulas concretas tendientes a ese objetivo, como fueron las fórmulas de orden temporal que se incluyeron a favor de los grupos de guerrilleros desmovilizados.

Sobre este aspecto la Corte señaló que:

La búsqueda de la paz y la creación de las condiciones materiales sobre las que se asienta este propósito, vinculan a todas las instituciones públicas, incluidas las universidades. Aún más, estas últimas tienen un compromiso especial con la paz, pues dentro de sus fines institucionales se encuentra la promoción de valores como la tolerancia, el entendimiento y la confrontación pacífica de ideas, así como la investigación acerca de los problemas del país y de las mejores fórmulas para su solución.<sup>29</sup>

El fin perseguido por la disposición a favor de cupos especiales para los desmovilizados constituye un fin constitucional y una fórmula apropiada para lograr vincular a estas personas al seno de la sociedad a través de su ingreso a la universidad. Además, según la Corte Constitucional, la disposición de un número restringido de cupos por un periodo determinado no afecta en forma significativa el derecho de los otros participantes a competir por un cupo, lo que valida la constitucionalidad de la distinción en el presente caso.

### 3.2.3. Las subreglas por aplicar

En síntesis, la Corte responde al problema jurídico acerca de si la creación de cupos o mecanismos especiales para el ingreso a la universidad de ciertas personas o grupos sociales, constituye una violación a los derechos de igualdad y a la educación de los demás aspirantes a un cupo en la educación superior con un ***no condicionado***. La condición es que la creación de dichos cupos cumpla con unas reglas determinadas, a saber:

1. Que el número de cupos por asignar de acuerdo con estos criterios sea notablemente inferior con respecto al total de los cupos.

---

<sup>28</sup> Recuérdese el artículo 22 de la Carta Política que consagra que “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”.

<sup>29</sup> *Ibíd.*

2. Que en el procedimiento de admisión de alumnos a través de estos criterios diferenciadores se tenga en cuenta la capacidad académica de los aspirantes que bajo condiciones especiales compiten por los cupos, y
3. Que las medidas superen el test de proporcionalidad frente al derecho a la igualdad.

### 3.3. Reiteración del precedente

Posteriormente, en la Sentencia T-326 de 1998, cuyo Magistrado Ponente fue Fabio Morón Díaz, la Corte examinó el caso de un joven quien consideró vulnerados sus derechos fundamentales por el no otorgamiento de un cupo universitario teniendo un puntaje superior al de otros aspirantes que sí fueron admitidos. El joven incrementó su puntaje en las pruebas de Estado con el beneficio por ser soldado bachiller, antes de la declaratoria de inexecutable de la norma, pero su solicitud de cupo fue negada por el sistema especial de ingreso de la universidad que contemplaba tres sistemas de admisión: el primero para los mejores puntajes obtenidos en el examen de Estado; el segundo, que consistía en el otorgamiento de cupos a quienes por puntaje siguen en lista después del corte de los elegidos y que si los primeros no se inscriben tiene derecho a recibir los cupos de estos; y, finalmente, un sistema de admisión para personas provenientes de estratos bajos del Distrito Capital, de regiones de menor desarrollo, indígenas, hijos de docentes, beneficiarios de la convención colectiva de trabajo suscrita con los empleados de la Universidad, beneficiarios del convenio Andrés Bello, beneficiarios del convenio suscrito entre la Universidad y el comité olímpico y, finalmente, para personas que hubieren recibido la distinción Andrés Bello. La Corte encuentra que en el presente caso dos cupos especiales (a un hijo de funcionario de la universidad y a un estudiante con distinción Andrés Bello) desplazaron al joven en sus aspiraciones, lo que constituye una violación a su derecho fundamental a la igualdad. La Corte reitera entonces que en este tipo de casos los tratos diferentes, por excepcionales que sean, deben tener una justificación objetiva y razonable, pues de lo contrario se trataría de hechos discriminatorios contrarios a los postulados constitucionales.

De igual forma, en la Sentencia T-798 de 1998 cuyo Magistrado Ponente fue Vladimiro Naranjo Meza, la Corte revisó el caso de una joven que instauró una acción de tutela, por considerar que la universidad vulneró su derecho a la igualdad al otorgar los cupos a estudiantes con menor puntaje en las pruebas de Estado que ella. La tutelante señala que la universidad otorgó los cupos teniendo en cuenta condiciones especiales de los aspirantes como ser hijos del personal docente y administrativo de la universidad, tener mérito deportivo, o haber prestado servicio militar obligatorio. En uno de los casos, señala la tutelante, no se daba ninguno de estos estímulos especiales, y, sin embargo, la universidad admitió al aspirante.

La Corte reiteró su posición al señalar que ninguno de los cupos en mención se encontraban ajustados al texto constitucional y que si bien las universidades eran autónomas a la hora de definir las reglas para otorgar los cupos y podían definir algunos cupos especiales, dicha definición debía ser hecha teniendo como base la premisa según la cual lo que se está distribuyendo son bienes escasos; por lo cual debe primar el principio de igualdad. La Corte concedió el amparo por considerar vulnerados los derechos de la aspirante, ya que la universidad, de haber realizado el procedimiento regular, hubiera tenido que admitir a la joven que invocó el amparo constitucional.

La posición de la Corte Constitucional ha sido confirmada<sup>30</sup>, además, en las sentencias T-531 de 1998, T-004 y T-787 de 1999.

#### **4. CONCLUSIONES**

Como se indicó, el problema acerca de la constitucionalidad o no de los sistemas especiales de admisión, se planteó desde un punto de vista negativo, es decir, la pregunta acerca de si el establecimiento de sistemas especiales de admisión constituye una medida que viola el derecho a la igualdad de los aspirantes no beneficiados por tal sistema. Planteamiento que únicamente permitió responder sobre la no violación. Es decir, la Corte, en virtud de la forma como configuró el problema, sólo asumió la labor de responder al problema jurídico determinando si los derechos a la igualdad y a la educación de los demás aspirantes a un cupo en la educación superior se veían o no vulnerados por sistemas especiales ya implementados. La respuesta de la Corte, como se recordará, se trata de un no condicionado al cumplimiento de ciertas reglas.

Sin embargo, es pertinente señalar que esta generación de reglas propuesta por la Corte es limitada, y si se quiere tímida, pues la Corte restringe su decisión en el sentido de que no crea un deber a las universidades frente al establecimiento de cupos especiales para personas que por su especial condición no pueden competir con los otros en la carrera por un cupo para el ingreso a la institución. La Corte, pues, no diseña una acción afirmativa; lo que hace dentro de la línea es darle viabilidad a una. Se dirá que es sano que las acciones afirmativas sean diseñadas únicamente por los políticos y, en este caso, por las universidades como sujetos políticos con autonomía. Sin embargo, como es sabido, son numerosos los casos en donde la Corte no ha temido “invadir” este ámbito.

---

<sup>30</sup> Las sentencias confirmadoras son fallos en donde la Corte reitera la aplicación de la sub-regla a casos cuyos hechos son análogos a los que dieron origen a la regla. Estas sentencias reflejan la sujeción de la Corte a su propio precedente.

La actual regulación legal (Ley 1084 de 2006) sí crea una acción afirmativa a favor de un grupo especial de personas, que por sus calidades requieren de la atención prioritaria, como es el caso de los habitantes de zonas de difícil acceso o de aquellas en donde no existan universidades o instituciones de educación superior.<sup>31</sup> Frente a esta nueva regulación la pregunta es, ¿han cumplido las instituciones de educación superior el mandato legal que se les impone y que está acorde con normas de superior jerarquía como lo es la Constitución? Es una pregunta que la presente investigación sólo llega a plantear para futuros proyectos que lleven a juzgar la manera como las universidades están aportando en la realización de la igualdad material manifestada mediante la distribución de un bien escaso, como la educación.

Ahora bien, frente a la definición de la calidad de la educación como un bien escaso, queda abierta la discusión en torno a si dicho bien ostenta tal calidad solo cuando quien lo administra es una institución del Estado. Frente a la nueva regulación normativa queda claro que la educación es un bien público aunque quien lo preste sea un particular a quien se le ha confiado dicha función. Sin embargo, queda entonces por determinar si se trata también de un bien escaso cuando quien lo administra es una persona de Derecho privado. Con la regulación normativa que incluye la mencionada ley, al parecer se le provee del mismo estatus, lo que permite que el Estado pueda formular una regla para su distribución como la que crea en la norma; orden que desde ese punto de vista no iría en contra de ese delicado y complejo derecho que se ha denominado “autonomía universitaria”.

Como se recordará, en el planteamiento del problema se hizo referencia al concepto de “autonomía universitaria”. Esa referencia no fue arbitraria. En efecto, consideramos que el punto de partida para considerar los sistemas especiales de admisión a las universidades no puede ser otro que el rol y el sentido de la universidad en una sociedad contemporánea como la colombiana. En este aspecto, aferrarse ciega y tercamente a la idea de que los criterios de mérito académico son los únicos criterios válidos para diseñar una política de admisión a la universidad, implica reducir a esta institución educativa al modelo de la “universidad de la excelencia”, es decir, una universidad replegada en sí misma en un narcisismo sospechoso, en donde los mejores establecieron vínculos académicos con el extranjero y en donde se acentuó la ruptura con la sociedad. “La universidad y sus profesores se encierran en lo suyo: producción de conocimientos, publicaciones internacionales, acreditación de los

---

<sup>31</sup> Nótese que la jurisprudencia de la Corte Constitucional también es limitada en este sentido: sólo se refiere a las universidades, pero no define si los principios construidos son aplicables a otras instituciones pertenecientes al sistema de educación superior. La Ley 1084 de 2006, en cambio, sí las cobija. La idea según la cual los hechos atan enormemente la labor del juez es algo que, como se ve, ha sido aceptado en esta línea jurisprudencial.

mejores”.<sup>32</sup> Con el grave problema de olvidar que la universidad también tiene un fuerte compromiso con la formación de ciudadanos, desde una perspectiva ética, moral y política, y con la construcción de democracia.

En palabras de la Corte Constitucional: “La universidad a la que aspira la sociedad contemporánea es aquella que esté presente siempre y en todo lugar, que supere el revaluado modelo que la identificaba con aquellos *campus* que materializaban (...) guetos cerrados (...) campos de concentración del saber”.<sup>33</sup>

La universidad contemporánea no puede olvidar que tiene que desempeñar un importante papel en la búsqueda de una salida al círculo vicioso de marginalidad, exclusión, necesidades insatisfechas, democracia restringida y violencia en el que se encuentra sumida la sociedad colombiana.<sup>34</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

- LEÓN, Magdalena y HOLGUÍN Jimena. *Acciones afirmativas de reconocimiento en Colombia: el caso de la Universidad Industrial de Santander*, Revista *UIS Humanidades*, Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander, 2004, 34 (1) p. 61.
- CASTELLANOS, Juan Manuel, CORREA Bertha Lucía y LOAIZA María Olga Espirales de humo. *El acceso de estudiantes de grupos étnicos en la universidad*, Cuadernos de Investigación N° 20, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Caldas, 2006.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los jueces*, Bogotá: Ediciones Uniandes - Legis, 2006.
- HOYOS, Guillermo. *La formación universitaria como educación para la democracia*, Revista de Filosofía *UIS*, Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander, 2003, (2) p. 30.
- PAPACHINI, Angelo. *Promoción de los Derechos Humanos, un reto para la universidad colombiana*, Revista de Filosofía *UIS*, Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander, 2003 (2), pp. 109-134.

<sup>32</sup> HOYOS, Guillermo. “La formación universitaria como educación para la democracia”, *Revista de Filosofía UIS*, 2003, (2) p. 30.

<sup>33</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-220 de 1997, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.

<sup>34</sup> PAPACHINI, Angelo. “Promoción de los Derechos Humanos, un reto para la universidad colombiana”, *Revista de Filosofía UIS*, 2003 (2), pp. 109-134.



**Corte Constitucional**

Sentencia T-002 de 1994, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo

Sentencia T-499 de 1995, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia C-337 de 1996, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara

Sentencia C-022 de 1996, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz

Sentencia C-210 de 1997, Magistrada Ponente Carmenza Isaza de Gómez

Sentencia T-441 de 1997, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz

Sentencia T-441 de 1997, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz

Sentencia C-220 de 1997, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz

Sentencia T-326 de 1998, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz

Sentencia T-326 de 1998, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz

Sentencia T-798 de 1998, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Meza

Sentencia T-523 de 2006, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández

Sentencia T-506 de 2007, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra

**Leyes**

Ley 1084 de 2006



Autor: Verónica Molina Mesa  
Título: Escalera  
Técnica: acrílico sobre lienzo  
Dimensiones: 50 cm x 70 cm

***CONSTITUCIÓN COMO PROVISIÓN E  
IRRADIACIÓN CONSTITUCIONAL.  
Sobre el concepto de “neo-constitucionalismo”  
Primera parte***

Fecha de recepción: Septiembre 30 de 2008  
Fecha de aprobación: Noviembre 10 de 2008

# CONSTITUCIÓN COMO PROVISIÓN E IRRADIACIÓN CONSTITUCIONAL. Sobre el concepto de “neo-constitucionalismo”\*

## PRIMERA PARTE

*Leonardo García Jaramillo\*\**

### RESUMEN

Este ensayo procura contribuir al debate sobre el neo-constitucionalismo en Colombia. Se ha dividido en dos partes: en la primera se adopta la propuesta del reputado profesor Miguel Carbonell para quien el grado en el cual un sistema jurídico corresponde esencialmente a la fenomenología neo-constitucional, puede determinarse a partir de tres factores conjuntos. Sólo para mencionarlos: una nueva Constitución, unas renovadas prácticas jurisprudenciales y desarrollos teóricos novedosos. A partir de esta sugerente estructura se plantea un desarrollo desde nuestro contexto para sustentar que, en efecto, los postulados neo-constitucionalistas permiten describir y mostrar la conveniencia de los procesos de constitucionalización del derecho.

**Palabras clave:** constitucionalismo, teoría jurídica, jurisprudencia constitucional, desarrollo judicial del derecho.

## CONSTITUTION AS PROVISION AND THE SPREAD OF THE CONSTITUTION PART ONE

### ABSTRACT

This essay attempts to contribute with the national discussion concerning the neo-constitucionalism in Colombia. In order to achieve this task, it has been divided in two parts: in the first one is adopted the theoretical suggestion of Miguel Carbonell, a well-known Constitutional Law Professor who has argued that it's possible to determine the level in which a singular legal order is settled by the phenomenology of that way to envisage the rebirth of the law in general, given three features. Namely, in a nutshell, a new Political Constitution, the renewed case law practices and law literature developments. From this appealing structure of analysis, our main juridical institutions and provisions are develop to sustain that the neo-constitucionalism postulates, allow to describe and –more importantly– to demonstrate the usefulness of the constitutionalization of legal order.

**Key words:** constitutionalism, legal theory, constitutional case-law, judicial development of law.

---

\* Agradezco a los profesores Diego López Medina, Antonio Barreto y Helena Alviar por sus observaciones a una versión anterior de este ensayo que se presentó en el V Foro de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, abril 20 de 2006. Aspectos puntuales se habían presentado asimismo en el III Encuentro Internacional de Semilleros de Investigación (Pereira, oct. 12 a 15 de 2006), en el VII Congreso Nacional de la Red de Centros y Grupos de Investigación Jurídica y Sociojurídica (Medellín, sept. 13 a 15 de 2007) y en el II Encuentro Nacional de Semilleros de Investigación (Universidad del Rosario, Bogotá, abril 29 y 30 de 2008). A partir de tales ponencias se estructuró un primer artículo publicado, gracias al profesor Carlos Javier Velásquez, en el No. 29 de la Revista de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte, Barranquilla. Agradezco también a los profesores Miguel Carbonell, Rodolfo Arango, Carlos Bernal Pulido, Pierluigi Chiassoni, Gonzalo Ramírez Cleves, Aquiles Arrieta y Vicente Jaime Ramírez por su afable disposición al diálogo académico (personal y epistolar) sobre las cuestiones analizadas aquí, que sin duda son de mi exclusiva responsabilidad.

\*\* Abogado con estudios de Filosofía. Profesor de la Escuela de Ciencias y Humanidades de la Universidad EAFIT, Medellín, donde desempeña asimismo labores editoriales. Ha publicado artículos y traducciones en libros y revistas especializadas sobre filosofía política, derecho constitucional y teoría jurídica. Editor y coautor de John B. Rawls. El hombre y su legado intelectual.

# CONSTITUCIÓN COMO PROVISIÓN E IRRADIACIÓN CONSTITUCIONAL.

## Sobre el concepto de “neo-constitucionalismo”

### PRIMERA PARTE

*Los juristas pueden sin duda contribuir a la realización de la razón  
y la justicia en la medida en que actúen en la esfera que dominan sin aislarla.*

Alexy

### I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN GENERAL

Diversos aspectos pueden ser correctamente señalados como paradigmáticos del proceso de evolución que ha venido presentando el derecho en Occidente desde el final de la Segunda Posguerra. Uno sobre los cuales más atención académica se ha dispensado, con amplísima repercusión editorial asimismo en diversos idiomas, es el grado de vinculación que el ordenamiento jurídico debe tener con la moral<sup>1</sup>, el cual, siendo un asunto propio, podríamos determinar, de la filosofía jurídica, repercute claramente en todas las esferas del derecho. Puntualiza Francisco Laporta que la cuestión relativa a las relaciones entre el derecho y la moral no es sólo un tema de la filosofía jurídica, sino que constituye el lugar mismo donde está la filosofía del derecho<sup>2</sup>. Robert Alexy, por su parte, considera que en la relación entre el derecho y la moral radica el problema central de la polémica acerca del concepto de derecho<sup>3</sup>. Hijo de los horrores que en nombre del derecho se cometieron en Europa durante

---

<sup>1</sup> Dentro de la vasta literatura primaria y secundaria disponible en castellano, un libro que recoge importantes textos que a su turno señalan también los principales debates históricos y actuales, es la erudita compilación de Rodolfo Vázquez, *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa, 1998. En su contribución al mismo, Ernesto Garzón Valdés señala que “difícilmente se encontrará algún filósofo del derecho que no haya dedicado alguna parte de su obra a intentar dilucidar sus posibles relaciones”.

<sup>2</sup> Francisco Laporta, *Entre el derecho y la moral*. México D.F.: Fontamara, 1993.

<sup>3</sup> Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. Barcelona: Gedisa, 2da ed., 1997.

la Segunda Guerra Mundial, Gustav Radbruch presentó la tesis del entuerto legal que sostenía la obligatoriedad de declarar la invalidez de una ley injusta cuya legalidad fuera exclusivamente formal, de manera tal que cuando la ley contradijera palmariamente la justicia, el falso derecho debía ceder ante ella<sup>4</sup>.

A nivel constitucional, una casi igualmente amplia literatura jurídica coincide en señalar que la transformación más importante en dicho proceso evolutivo lo constituye la conversión de la Constitución en una norma jurídica propiamente que, además de permitir la adscripción de otras normas de inferior jerarquía como pertenecientes al sistema jurídico –a la manera de la norma fundamental de Kelsen o la regla de reconocimiento de Hart– permite la aplicación directa de los principios que contiene y los valores que la inspiran a las relaciones ciudadanas, así como a las tradicionalmente pétreas relaciones de poder en las esferas privadas.

Esta nueva concepción de la Constitución “como un orden valorativo” (según la denominación de la jurisprudencia germana) que determina obligaciones puntuales a las autoridades y establece mecanismos para reificarlas<sup>5</sup>, hace parte de toda una fenomenología que comporta perspectivas como la constitucionalización del derecho y el neoconstitucionalismo. En países como Colombia hablar de neoconstitucionalismo implica, sin duda, hablar al unísono de constitucionalización del derecho, noción con la cual se pretende dar a entender la irradiación de la Constitución (por utilizar la expresión de Alexy) a todo el sistema jurídico, lo cual conlleva la transformación desde y hacia las instituciones centrales del Estado. Este efecto de irradiación y el hecho de concebir la Constitución como una norma directamente aplicable que dispone los elementos necesarios para conseguir sus mismos objetivos planteados son, a su vez, dos de los caracteres propios y distintivos del neoconstitucionalismo. De aquí la justificación de articular en el título estos conceptos que, entrecruzados y conforme a las características señaladas, dan cuenta de una renovación en la fenomenología de nuestro derecho.

No obstante, la profusión de investigaciones y estudios, tanto a nivel transnacional como local<sup>6</sup>, sobre y en torno al neoconstitucionalismo como modelo ideológico y fórmula teórico-jurídica, esto no ha conducido a una clarificación particularmente

<sup>4</sup> Gustav Radbruch, *Relativismo y derecho*. Bogotá: Temis, 2da ed., 1999.

<sup>5</sup> “Reificar” es un concepto de raigambre marxista que implica dar categoría de cosa a algo que por su origen o valor no lo tiene. En el derecho, la idea de reificación es pormenorizadamente analizada por Peter Gabel, “Reification in Legal Reasoning”, en: *Research in Law and Sociology*, No. 3, 1980.

<sup>6</sup> En donde se destacan los de Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 3ra ed., 2006; (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007; y Diego López Medina, *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis - Universidad de los Andes, 2da ed., 2006, cap. 7.

meridiana del concepto ni a una delimitación precisa de los límites de su contenido. Lo anterior se refuerza por el hecho de que casi cualquier persona, no sólo abogada sino cercana disciplinariamente a los estudios jurídicos, cree tener por lo menos alguna idea vaga, creencia o intuición sobre aquello que (al menos) parece implicar el uso del concepto ‘neoconstitucionalismo’. Para muchos profesores la falta de unanimidad en su uso despierta una cierta sospecha.

Como sucede con otros conceptos de reciente acuño (multiculturalismo, democracia deliberativa, posmodernidad, etc.) el neoconstitucionalismo ha abrazado amplios rasgos que inevitablemente lo han conducido a una amplitud semántica que tenemos que reconocer como riesgosa. Puede prestarse atención en este punto a la crítica que ha sustentado Juan Antonio García Amado, relativa a la falta de plasmación completa y coherente del neoconstitucionalismo en una obra central con perfiles precisos, lo cual a su juicio ha derivado en que sus caracteres deban ser espigados de aquí y de allá, contruidos más como descripción del común denominador de una tendencia genérica actualmente dominante y presente en la teoría constitucional y iusfilosófica de hoy (y particularmente, en la jurisprudencia de numerosos tribunales constitucionales), que como balance a partir de una obra canónica con perfiles bien precisos y delimitados<sup>7</sup>.

Dejando de lado momentáneamente esta cuestión, hay que enfatizar que su importancia radica en el hecho de que permite clarificar, tanto el grado en el cual puede decirse (si alguno) que el sistema jurídico colombiano corresponde esencialmente a la fenomenología dispuesta por el paradigma neoconstitucional, como a la discusión en torno a la conveniencia de dicha adscripción.

En este ensayo se procurará seguir el, digamos, núcleo común o canon transnacional de este modelo que pretende, además de describir y explicar, sustentar la necesidad de propender por un progreso de los logros alcanzados en términos, por ejemplo, de la renovación en las prácticas jurisprudenciales y del progreso de la literatura jurídica. En Colombia, el próximo nombramiento de 6 nuevos magistrados en la Corte Constitucional puede poner en riesgo la continuidad de líneas jurisprudenciales como las del mínimo vital y la elusión deliberativa, o decisiones como los derechos civiles para las parejas del mismo sexo y la admisibilidad del aborto en casos taxativos, y tendrá un papel definitivo en decisiones políticas ahora en curso como la reforma constitucional relativa a la reelección presidencial. La academia

---

<sup>7</sup> Juan Antonio García Amado, “Sobre el neo-constitucionalismo y sus precursores”, 2008. Me baso en la versión inédita facilitada por el autor.

nacional debe desempeñar un papel activo en el seguimiento crítico hacia los cambios institucionales<sup>8</sup>.

Al acometer esta tarea (seguir un núcleo común del neoconstitucionalismo) debe a mi juicio realizarse un filtrado de los planteamientos teóricos y argumentos más representativos a nivel transnacional que presenten mayor relevancia para explicar, respecto a nuestro contexto, la naturaleza controversial de dicho modelo. Esto contribuye a justificar su existencia y su rol al interior de un Estado Social de Derecho en construcción como el colombiano, así como para revisar el estado actual de nuestra discusión teórica sobre el particular.

## II. EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN COLOMBIA

Una precisión de entrada: el concepto de neoconstitucionalismo constituye, como se sabe, una denominación de carácter transnacional a la cual en nuestro contexto se le ha denominado –no pacíficamente– “nuevo derecho”<sup>9</sup>. En este ensayo se asumirá tal distinción. También podría puntualizarse aquí que indistintamente podemos hacer referencia en nuestro contexto al Estado de derecho “social” o “constitucional” (como se le conoce en Alemania), ya que al consagrarse constitucionalmente los derechos sociales y al haberse propendido hacia su aseguramiento por vía jurisprudencial, lo constitucional en sentido amplio implica lo social.

Ahora bien, cuando se alude (apologética o críticamente) al neoconstitucionalismo en Colombia debe quedar claro que se asume una perspectiva determinada respecto al mismo. En este caso, para sustentar el modelo ideológico que supone el nuevo derecho como marco para entender nuestro derecho actual, se acogerá la sugestiva tipología que, en tres niveles de análisis, ha sido descrita por el reputado profesor Miguel Carbonell respecto al fenómeno constitucionalista en general, para procurar aplicarla y desarrollarla dentro de nuestro propio contexto socio-jurídico. Tales niveles son: la nueva Constitución de 1991, las renovadas prácticas jurisprudenciales de la Corte Constitucional –y su misma creación–, y los desarrollos teóricos llevados a cabo por profesores y académicos de las principales facultades

<sup>8</sup> De manera afortunada, trece organizaciones unieron esfuerzos para ejercer un proceso de veeduría de esta trascendental elección. En el discurso de presentación de *Elección visible: Corte Constitucional*, Rafael Santos, como presidente de la Corporación Excelencia en la Justicia, una de las organizaciones que conforman la veeduría, sostuvo que “Esta elección define el juez constitucional que Colombia necesita. No nos podemos equivocar”.

<sup>9</sup> Distintas nociones para referir algo a lo que también se le ha denominado “constitucionalismo avanzado” o “constitucionalismo de derechos” conforme a Santiago Sastre Ariza en su artículo “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, publicado en: Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Op. cit., pp. 239 y ss.

de derecho que han contribuido de singular forma con la evolución y sofisticación paulatinas de nuestro derecho. De aquí se derivará el que el neoconstitucionalismo en Colombia sí supone alguna novedad dentro de la concepción del Estado Social de Derecho, la práctica ante los juzgados y tribunales, y la enseñanza del derecho en las facultades, por ejemplo.

La expresión nuevo derecho ha sido utilizada desde temprano en nuestro sistema jurídico actual, y con cada vez más asidua frecuencia, como concepción general para enmarcar, y así describir y explicar, los cambios que progresivamente han ido aconteciendo por cuenta de la promulgación de una nueva Constitución Política, la renovación en las prácticas jurisprudenciales en desarrollo de las garantías, los valores y los principios que inspiran y fundamentan dicho texto, y la cada vez más abundante y cualificada producción bibliográfica nacional en los terrenos constitucional, ius-filosófico, sociológico y filosófico-político, por señalar algunos de los más conspicuos.

Este marco permite asimismo entender que a partir, tanto de las lecturas y renovadas interpretaciones de textos jurídicos cuyos autores eran bien conocidos en el exterior pero prácticamente anónimos hasta ese momento en nuestro contexto<sup>10</sup>, como de la propia producción bibliográfica nacional –original y por traducciones–, empezaron a difundirse y a arraigarse cada vez más una serie de nuevos elementos de análisis jurídico, argumentos de índole constitucional y mecanismos para la interpretación y aplicación de las provisiones constitucionales originadas en otras jurisdicciones (como la norteamericana, la alemana y la española) así como ideologías de raigambre anti-formalista y anti-tradicional que enderezaban críticas a la cultura jurídica predominante. Dichos elementos se relacionan, esencialmente, con la interpretación y aplicación del derecho, la reformulación de nuestro sistema de fuentes y el subsiguiente descenso de la ley del sitio que ocupaba en el podio de las fuentes del derecho, el papel del juez en la creación de derecho, la legitimidad de la justicia constitucional, la relación entre el derecho y la sociedad, el carácter vinculante de los principios, la consideración de la fundamentalidad de los derechos sociales y la procura de su justiciabilidad judicial, entre otros.

Esta nueva sensibilidad ius-teórica e ideológica, a partir de la cual se puede comprender la necesidad de realizar trasplantes iusteóricos e institucionales de diversos tipos, fue implantada y fortalecida por la labor vanguardista de la Corte

---

<sup>10</sup> Baste para sustentar este punto observar los planes de estudio de algunos programas de pregrado y postgrado en derecho antes de 1991 para determinar el cambio tan sustancial que, respecto tan solo a los materiales jurídicos, ha acontecido en su estructuración y diseño, al confrontarlos (ni siquiera con los de ahora sino) con los de pocos años después de expedida la Constitución.



Constitucional, y por el destacado papel de algunas academias jurídicas nacionales (o más precisamente digamos “capitalinas” en el sentido de Gutiérrez Girardot<sup>11</sup>) que desde mediados de los años 90s empezaron a renovar sus planes curriculares, a enviar a sus docentes a cualificarse en reputadas universidades extranjeras, y a contratar los nuevos con un perfil completamente diferente al tradicional, así como a ampliar (física pero también temáticamente) sus bibliotecas jurídicas y a liderar, como aún lo hacen, el panorama editorial colombiano a partir de una importante literatura que importa o adecua creativamente nuevos abordajes ius-teóricos transnacionales a las necesidades puntuales que presenta la progresiva evolución de nuestro derecho.

El neoconstitucionalismo comporta elementos no sólo desde la perspectiva teórica sino también desde el punto de vista político y jurídico. Dentro de los componentes del concepto se ha distinguido, en aras a la precisión, un tipo de Estado Constitucional de Derecho con alto contenido ideológico en la medida en que adopta el modelo axiológico de la Constitución como norma directamente aplicable en lugar que sólo como regla, o conjunto de ellas, que condiciona la elaboración y expedición de otras reglas de menor jerarquía. Esta concepción implicó un cambio en el modelo institucional tradicional así como en la forma de organización política. Otro componente es el teórico, ya que un cambio o desarrollo en las teorías que tradicionalmente explicaban los diversos escenarios de la fenomenología jurídica, es requerido. Un planteamiento como el de neoconstitucionalismo de profundo raigambre normativo y prescriptivo, sería deficitario sin una filosofía política que sustente, desde las ideas históricas sobre la legitimidad del Estado y el ejercicio justo del poder, dicha fórmula. Prieto Sanchís señala una acepción ius-filosófica referida a las cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la definición y el estatus del derecho, así como sobre la función del jurista<sup>12</sup>.

Respecto a Colombia y Latinoamérica se ha ido arraigando a través de una renovada versión de diversas tendencias transnacionales que se desarrollaron en países como Francia, Alemania, España y Estados Unidos. Sustenta López Medina que podemos identificar sitios locales de producción de un nuevo modo transnacional y sitios donde lo que sucede es la recepción con mínima influencia ‘retributiva’ hacia el país de influencia transnacional. Hay también casos en medio de estos. Alemania fue el sitio hegemónico de producción entre 1850 y 1900,

<sup>11</sup> Rafael Gutiérrez Girardot, *Manual de historia de Colombia* Bogotá: Colcultura, 1980, T. III.

<sup>12</sup> Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, pp. 101 y 102.

Francia entre 1900 y algún momento en la década del 30, y Estados Unidos, lo fue después de 1950<sup>13</sup>.

Sobre la genealogía del nuevo derecho (es decir, del neoconstitucionalismo en Colombia) hay que precisar que, contrario a lo que pudiera pensarse, la sentencia de una alta Corte que se podría concebir como inspirada en el mismo es anterior a la Constitución del 91, y por lo tanto anterior a la Corte Constitucional. Se trata de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de octubre 9 de 1990, que declaró constitucional el Decreto mediante el cual se convocó a elecciones para elegir una Asamblea Constitucional, cuya competencia no estaría limitada por reglas jurídicas, sino por un acuerdo político suscrito entre el Presidente electo y algunos dirigentes políticos<sup>14</sup>.

La Corte Suprema matriculó en dicha sentencia a Colombia en la ideología del nuevo derecho al configurar el camino para cambiar de texto constitucional, permitiendo así la incorporación de las reformas demandadas, con base en sustentos argumentativos como: “*El Derecho no pertenece al ámbito de lo lógico*, ni el jurista debe limitarse a examinarlo como un simple conjunto de normas. Su ser ontológico se halla en el mundo de los valores y por lo tanto exige preguntarse sobre la utilidad o inutilidad de las normas jurídicas para realizar determinados fines que se juzgan valiosos para la comunidad”. Al decir que “El derecho no pertenece al ámbito de lo lógico”, digamos que la Corte parece seguir a quien fuera uno de los más representativos magistrados de la Suprema Corte norteamericana (*Chief Justice*), Oliver W. Holmes, al iniciar su obra *The Common Law*: “*La vida del derecho no ha sido la lógica: ha sido la experiencia*. Las necesidades sentidas del tiempo, la prevalencia de las teorías morales y políticas, intuiciones de la política pública, admitidas o inadvertidas, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus compañeros, habían tenido que ver más que el silogismo en la determinación de las reglas por medio de las cuales los hombres deben ser gobernados. El derecho incorpora la historia del desarrollo de una nación a través de los siglos, y no puede ser tratado como si contuviera sólo los axiomas y los corolarios de un libro de matemáticas”. Al respecto también afirmó Holmes en *The Path of Law* que: “*La falacia a la que me refiero es la noción según la cual la lógica es el único factor que opera en el derecho (...)* El peligro al que aludo consiste (...) en la afirmación según la cual un sistema jurídico como el nuestro puede ser derivado, como las matemáticas, de un

<sup>13</sup> Me baso aquí en la primera parte de su Tesis doctoral, *Comparative Jurisprudence. Reception and Misreading of Transnational Legal Theory in Latin America*. Harvard University, Law School, 2001. Versión electrónica facilitada por el autor.

<sup>14</sup> Ver: Gabriel Murillo (Comp.) *Una constituyente para la Colombia del futuro*. Bogotá: Universidad de los Andes, 1991.

conjunto general de axiomas de conducta. Este es el error natural de las teorías, pero no está confinado a ellas<sup>15</sup>.

En este punto podría destacarse brevemente el avance que representa el neoconstitucionalismo desde la hermenéutica textualista de reglas hacia la hermenéutica de ponderación de principios<sup>16</sup>. Correlativa a la concepción interpretativa que se derivaba de nuestro anterior sistema constitucional (en virtud del cual la forma por excelencia de concebir y aplicar el derecho era mediante subsunción lógica) es la idea de que el ordenamiento jurídico sólo está integrado por reglas. Dentro de los primeros y más influyentes promotores de esta idea se cuentan John Austin<sup>17</sup>, Herbert L.A. Hart<sup>18</sup> y Hans Kelsen. En su cometido refutatorio a la teoría de Austin, y en parte también a la de Kelsen, Hart explica la normatividad del derecho sosteniendo la tesis de la separación entre el derecho y la moral al considerar que si bien hay conexiones entre estos dos órdenes, estas lo son de modo contingente, no necesarias ni lógica ni conceptualmente. Para Kelsen, por su parte, la estructura de estas reglas es “condicional hipotética”: si A, entonces debe ser B<sup>19</sup>, es decir, si el que matare a otro incurrirá en prisión de 13 a 25 años y Juan mató (A), entonces Juan incurrirá en prisión... (B). Se contrapone a esta postura la de los principios generales del derecho sostenida por Dworkin, para quien junto con las reglas, los sistemas jurídicos están integrados por principios, así como por directrices<sup>20</sup>. Los principios constitucionales (Derechos Fundamentales) se aplican mediante la ponderación, que es igualmente el mecanismo para resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos. Dworkin, en línea similar, se refiere al “pesaje” de los principios<sup>21</sup>. La ley de la ponderación ha sido expuesta por Alexy de la siguiente

<sup>15</sup> Oliver W. Holmes, *The Common Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1964, “Lecture I. Early Forms of Liability”; *The Path of the Law*. Bedford: Applewood, 1996, pp. 15-16. Traducciones propias, énfasis añadidos.

<sup>16</sup> En este punto resulta de singular pertinencia el tránsito de una lógica de lo racional a una “lógica de lo razonable” (en noción de Recasens Siches). A nivel jurisprudencial se consagró primeramente en la ST-406 de 1992 y en la ST-322 de 1996. Ver al respecto, Jaime Bernal - Eduardo Montealegre, “De la estricta lógica formal a la lógica de lo razonable”, en: *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 5ta ed., 2004. Diego López Medina, *Teoría Impura del derecho*. Bogotá: Legis - Universidad de los Andes, 2004, pp. 428 a 434.

<sup>17</sup> John Austin, *The Uses of the Study of Jurisprudence*. Indianápolis: Hackett, 1998.

<sup>18</sup> Herbert L.A. Hart, *The Concept of Law*. Oxford University Press, 2nd ed., 1994. Vers. cast. de Genaro Carrió, *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963.

<sup>19</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994, pp. 60 y ss.

<sup>20</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. Dentro de la literatura castellana ver, entre muchos otros, Manuel Atienza – Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996, cap. I.

<sup>21</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*. Op. cit., p. 26.

forma: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”<sup>22</sup>. Este autor, igualmente, sustenta que la ponderación puede dividirse en tres pasos: en el primero es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, en el segundo se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario y en el tercero, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro<sup>23</sup>. La ponderación como mecanismo para la aplicación del derecho en casos de conflictos interpretativos entre principios, comporta asimismo discusiones sobre el papel que desempeña y debe desempeñar una Corte Constitucional en la creación y desarrollo del derecho en un país de tradición romano-germánica como el nuestro, así como sobre su intervención en asuntos de otras materias como la económica. Esta evolución en la forma de concebir y, así, de aplicar el derecho constituye uno de los más poderosos arsenales para acometer la discusión neoconstitucionalista en Colombia.

### III. TRES ESLABONES QUE CONSTITUYEN EL FENÓMENO NEOCONSTITUCIONALISTA Y SUS CARACTERES PROPIOS Y DISTINTIVOS

Siguiendo, pues, la sugestiva estructura que, en tres niveles de análisis, hay que considerar con Carbonell para determinar de qué hablamos cuando hablamos de neoconstitucionalismo, en lo sucesivo se desarrollarán tales niveles respecto a nuestra realidad jurídica actual. Como antecedente general se precisa que el neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir a partir de los años 70 del siglo XX y los cuales se destacan, entre otros aspectos, por la inclusión de amplios catálogos de derechos fundamentales y la creación de instituciones, como los tribunales constitucionales, encargados de vigilar la correspondencia de las leyes con la norma superior y, fundamentalmente, de propender por la garantía y realización de los referidos catálogos de derechos. El primer aspecto es la promulgación de una Constitución Política.

<sup>22</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 161.

<sup>23</sup> Robert Alexy, *Epílogo a la “Teoría de los derechos fundamentales”*. Madrid: Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, p. 49. Sobre este concepto asimismo, además de los citados, pueden consultarse, Martín Borowski, *La estructura de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 757 y ss. Diego López Medina, *El derecho de los jueces*. Op. cit.

## Nueva Constitución Política

*La Constitución posee, más bien, el carácter de un amplio modelo, es un modelo de vida para la comunidad política orientado hacia el futuro... y, por ello, siempre tiene algo de utopía concreta.*

Schneider

La terminación de la época federal en 1886 dio paso a la promulgación de una nueva Constitución que perduraría por más de un siglo, aunque con varias reformas a cuestras. El ambiente político colombiano suscitado en parte por el asesinato de Galán y el descontento institucional nacional, desembocó en que el Gobierno Gaviria expidiera, en un primer momento, el Decreto Legislativo 927 de 1990 que autorizó el escrutinio de “La séptima papeleta” para convocar una Asamblea Nacional Constituyente y, posteriormente, el Decreto 1926 del mismo año por medio del cual se determinó la composición de la Asamblea que, el 27 de mayo de ese año, recibió un pálido respaldo de 2.800.000 ciudadanos<sup>24</sup>.

En un interesante artículo en el que analiza las condiciones de posibilidad de una doctrina sólida del precedente constitucional en Colombia, el profesor Carlos Bernal Pulido señala contundentemente que la Constitución Política de 1991 determinó la entrada de este país al neoconstitucionalismo<sup>25</sup>. Siguiendo de manera entusiasta esta adscripción pero deteniéndonos en la cuestión, consideramos que sería fructífero observar otros aspectos y peculiaridades que ha venido presentado paulatinamente el ordenamiento jurídico colombiano en su proceso de constitucionalización para determinar con mayor grado de certeza el nivel de tal influjo, y sobretodo, para que la exposición presentada constituya una argumentación sólida que eluda y supere muchas de las críticas que ha recibido desde la misma génesis constitucional.

La Constitución que entró en vigencia a mediados de ese año ha sido reconocida y valorada como pluralista, incluyente y progresista; adoptó el Estado Social de Derecho como modelo ideológico y fórmula política; incluyó las minorías raciales e indígenas que antes eran conocidas sólo por los antropólogos y se contaban, si acaso, en las estadísticas. Respecto, por ejemplo, a las tradiciones culturales de las comunidades indígenas, hay que decir que con anterioridad se habían visto subordinadas a una política hegemónica que había hecho poco por impedir su des-

<sup>24</sup> Fue en su momento muy polémico el que dicha Asamblea revocara un congreso elegido por 8.000.000 millones de personas. Entre otros, consúltese Jaime Vidal Perdomo, *Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas*. Ver, en general, Diego Younes Moreno, *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Legis, 4a. ed., 2001.

<sup>25</sup> Carlos Bernal, *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 149.

integración. Los fenómenos conflictivos surgidos por cuenta de la confluencia de diversas, y en algunos casos divergentes, cosmovisiones o visiones del buen vivir al interior de los Estados Latinoamericanos, hacen que sea imperativa la reflexión sobre el esclarecimiento de variables teóricas como el multiculturalismo, la interculturalidad, la transculturación, las fronteras culturales, la negociación identitaria y la apropiación e hibridación cultural, las cuales han llegado a convertirse en estos últimos tiempos en una de las dimensiones fundamentales de la propia condición civil latinoamericana.

En la actualidad, la mayoría de países en el mundo son culturalmente multi-diversos, siendo escasos los que comparten un lenguaje, pertenecen al mismo grupo étnico o, incluso, cuyos ciudadanos comparten la misma religión. En los 184 Estados independientes se cuentan más de 600 grupos de lenguas vivas y 5000 grupos étnicos. En Colombia tenemos 5 de las 10 familias lingüísticas de Suramérica, las cuales constituyen 54 lenguas vivas. Existen en Latinoamérica 20 familias lingüísticas y alrededor de 30 millones de indígenas, reunidos en 400 grupos étnicos, 84 de los cuales se ubican en nuestro país, conformando cerca del 2% del total de sus habitantes<sup>26</sup>.

Asimismo, la Constitución consagró la libertad de cultos y creó instituciones como la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura y la Defensoría del Pueblo. Adicionalmente, y como uno de los principales cambios (sino el más), creó una jurisdicción independiente (la Constitucional) a cuya cabeza ubicó una nueva Institución a la que le corresponde resguardar su integridad y supremacía.

Esta es una variable que habría que agregar a la triada sugerida por Carbonell respecto al proceso de neo-constitucionalización en Colombia, ya que la expedición de una nueva Constitución trajo aparejada la creación de una jurisdicción a cuya cabeza se ubicó un tribunal independiente<sup>27</sup> que, en síntesis, es el intérprete autorizado de la Constitución<sup>28</sup>; se le confía la guarda de su integridad y supremacía, y sus funciones están contenidas en el artículo 241 constitucional, en virtud del cual le corresponde decidir sobre las demandas de constitucionalidad promovidas por los ciudadanos, sobre las objeciones por inconstitucionalidad formuladas por

<sup>26</sup> Ver, en general, Will Kymlicka, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós, 1996.

<sup>27</sup> Carece de mayor sentido realizar un repaso por las consabidas modificaciones sustanciales de la Constitución de 1991, para lo cual pueden observarse trabajos como VV.AA. *El debate a la Constitución*. Bogotá: ILSA–Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2002.

<sup>28</sup> De manera excepcional, y al estricto tenor del artículo 43 de la ley 270 de 1996, la jurisdicción constitucional es ejercida por los jueces y tribunales en casos particulares donde deben resolver tutelas, acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos consagrados en la Constitución.

el Gobierno contra proyectos de ley y, de forma previa, acerca de los proyectos de ley estatutaria aprobados por el Congreso, y sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y las leyes que los aprueben; pertenece a la rama judicial del Poder Público y también decide sobre la constitucionalidad, tanto de los referendos sobre leyes, las consultas populares y los plebiscitos, como de la convocatoria a los referendos o Asambleas Constituyentes; ejerce el control constitucional sobre los decretos gubernamentales al amparo de los estados de excepción, y revisa con discrecionalidad las decisiones judiciales relacionadas con la tutela. Recuérdese que con anterioridad a este Tribunal, los asuntos constitucionales eran conocidos por la Corte Suprema de Justicia, particularmente por su Sala Constitucional que, por ejemplo, declaró inexecutable varios intentos de reforma a la Constitución de 1886<sup>29</sup>. La Corte asimismo declaró executable el Decreto 1926 de 1990 por medio del cual el Gobierno Gaviria determinó la composición de la Asamblea Nacional Constituyente, pero declaró inexecutable el temario, también fijado en el referido Decreto, porque establecía indebidamente límites a la competencia de la Asamblea.

El máximo tribunal de la jurisdicción Constitucional es una de las instituciones más controvertidas de las creadas en 1991, pero cuenta sin embargo con un amplio respaldo entre la ciudadanía e incluso entre otras instituciones en la medida en que no se ha limitado a realizar una función de revisión de la validez constitucional de una ley, sino que ha transformado de forma revolucionaria (en sentido kuhiano) esta labor en función del alcance y significado de una Constitución democrática que consiste, fundamentalmente, en que las normas del Texto son directamente aplicables por razón de herramientas operativas como la tutela, la cual permite proteger derechos innominados en las leyes e incluso apartarse de la ley cuando señala una solución diferente de la que se deriva de una interpretación sistemática de la Constitución<sup>30</sup>. Otros mecanismos relevantes que también han contribuido en el proceso de concretización constitucional son las acciones de cumplimiento, populares y de grupo<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> A saber, el Acto Legislativo 2 de 1977 del gobierno López Michelsen denominado “Pequeña Constituyente”, y la reforma de 1979.

<sup>30</sup> Sobre la acción de tutela se ha escrito profusamente desde la expedición misma de la Constitución. Dentro de los estudios recientes que han alcanzado un reconocido nivel de sofisticación, se encuentran, Néstor Osuna, *Tutela y amparo: derechos protegidos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. Rodolfo Arango, “La jurisdicción social de la tutela”, en: *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Para una perspectiva fundamentalmente procesal, ver Catalina Botero Marino, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura - Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2006. Un importante antecedente a este respecto, desde una perspectiva más teórica, lo constituye el trabajo de Bernardita Pérez Restrepo, *La acción de tutela*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura - Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2003.

<sup>31</sup> Sobre las que pueden consultarse, Juan Carlos Esguerra Portocarrero, *La protección constitucional del ciudadano*. Bogotá: Legis, 2005.



Conjuntamente con las normas de carácter *orgánico* de la Constitución que establecen los parámetros básicos de los organismos del Estado en cuanto a su estructura, dinámica y gobierno, la jurisprudencia constitucional ha fortalecido y enaltecido el valor de las normas de carácter *dogmático* que garantizan los derechos de los ciudadanos frente al Estado y a los poderes privados. En virtud de esta función dogmática de la Constitución, la jurisprudencia ha determinado que el texto constitucional configura, ya no los derechos en la ley, sino la ley en los derechos, pues si según la Constitución de 1886 (donde las normas sobre derechos tenían un valor meramente programático) los derechos sólo valían en el ámbito de la ley, hoy por el contrario las leyes (debido al garantismo de la jurisprudencia constitucional) sólo valen en el ámbito de los derechos.

La necesidad de implementar y elevar a rango constitucional los principios y valores que comportan tales garantías, condujeron a la transformación de un modelo de Estado con un sistema político-administrativo mucho más complejo que su antecesor. Tal como en Europa a principios del siglo pasado se dejó atrás el modelo de Estado liberal para darle cabida al Estado de Bienestar en respuesta a las demandas llevadas a cabo por diversos movimientos sociales, y con el antecedente de las revoluciones rusa y mexicana y de la evolución constitucional de Weimar en Alemania y del *New Deal* de Roosevelt en los Estados Unidos, en Colombia y en general en Iberoamérica las necesidades sociales y las transformaciones globales tornaron imperativo el cambio del Estado de Derecho hacia un Estado Social, o Constitucional, de Derecho que procura no sólo determinar reglas amplias de competencia sino hacia sustentar la garantía a los derechos sociales que se le deben asegurar a los ciudadanos. Siguiendo a Pogge, la idea de protección a derechos como los sociales no puede concebirse como un asunto de caridad o buena voluntad, sino propio de las funciones de los Estados contemporáneos<sup>32</sup>.

Además, entonces, de imponer límites al legislador respecto a los mecanismos para tramitar sus propias reformas (actos legislativos) y para producir leyes, las constituciones contemporáneas amplían a tan alto grado las exigencias a todos los poderes públicos que Josep Aguiló ha dicho acertadamente que en el neoconstitucionalismo se asiste a un tránsito de la Constitución como límite al orden jurídico hacia la consideración del ordenamiento jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales<sup>33</sup>. En Colombia puede decirse en este sentido que los

<sup>32</sup> Ver, por ejemplo, sus libros *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Barcelona: Paidós, 2005; *Haciendo justicia a la humanidad*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica (en prensa).

<sup>33</sup> Ver su análisis “Sobre la Constitución en el Estado Constitucional”, en: *Doxa* No. 24, Alicante, 2001, pp. 454 y 456; así como su ensayo próximo a publicarse, “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución”. Me baso en la versión manuscrita facilitada por el autor.



derechos ya no están necesariamente sujetos a leyes que reglamenten su ejercicio, lo cual es gracias a la labor del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. Lo contrario, es decir cuando la existencia de los derechos y su propio ejercicio están supeditadas a las leyes que los creen y reglamenten, ha servido tradicionalmente como una excelente excusa para privar de contenido a todos los derechos que no le gustan al poder de turno.

En Colombia la más significativa invención procesal a este respecto transnacional de la Constitución es la tutela como mecanismo autónomo para la protección de los derechos, el cual ha permitido en parte fundamental la garantía de la eficacia real de los postulados progresistas de la Constitución debido a que a través de ella se ha extendido el alcance material de la protección de los derechos al reconocer efectivamente que no sólo son fundamentales los derechos consignados en el capítulo de la Constitución titulado “De los derechos fundamentales”, sino que también lo son otros derechos –como los sociales– que merecen también una protección del Estado en determinadas circunstancias. Sin duda a partir de la acción de tutela los ciudadanos encontramos una forma directa de acercarnos al texto constitucional, lo cual ha redundado en que haya signado la historia de nuestro Derecho Público.

El trascendental cambio mencionado atrás en la concepción de la Constitución como una norma directamente aplicable, y no sólo ya como la norma que regula la creación y aplicación de las normas inferiores, no hubiese podido pasar de la novedad teórica a la realidad práctica sin la instauración de mecanismos eficaces creados para procurar asegurar dicha reificación en la sociedad de los postulados y las garantías constitucionales, traducidas en derechos fundamentales (incluidos los derechos sociales por vía jurisprudencial en esta categoría, tradicionalmente reservada para los derechos de libertad). Sin duda alguna, en nuestro contexto es la acción de tutela el mecanismo encargado de velar por la protección inmediata de los derechos en caso de amenaza o violación por parte de cualquier autoridad pública o, en determinados casos que vinculen la prestación de un servicio público o que afecten gravemente el interés colectivo, autoridad privada.

La tutela, entonces, se constituye en el principal mecanismo judicial de protección de los derechos constitucionales, ya no sólo los fundamentales sino también de los sociales. La forma de propender por la protección y garantía reales de estos últimos derechos, ha sido tradicionalmente mediante la discutible (por débil) tesis de la conexidad<sup>34</sup>. Apelar a esta tesis implica negar el reconocimiento de la funda-

---

<sup>34</sup> Desde su jurisprudencia temprana, la Corte Constitucional sostuvo que los Derechos Fundamentales tienen fuerza vinculante en la medida en que constituyen prescripciones jurídicas generales que restringen el espacio de interpretación, configurándose así en normas de aplicación inmediata para el legislador y para el juez. Esto lo especificó en la bien conocida sentencia T-406 de 1992, la cual sentaría las bases de lo que

mentalidad de los derechos sociales en la medida en que su protección queda por completo supeditada a la vulneración de un derecho fundamental.

Sobre este punto debe agregarse que, si bien la tutela fue concebida constitucionalmente y establecida legalmente<sup>35</sup> como un mecanismo subsidiario, residual y autónomo (es decir, que no depende de ningún otro y que no procede cuando el afectado cuenta con otro mecanismo de defensa judicial –exceptuando, como se sabe, cuando se interpone para evitar un perjuicio irremediable–), la práctica jurisprudencial, sin vulnerar las restricciones dispuestas –fundamentalmente las causales de improcedencia– ha priorizado lo sustantivo sobre lo procedimental al reconocer que el hecho de que un derecho (como uno social) no se pueda adscribir (conectar) a un derecho fundamental, no implica en forma alguna que no hay forma posible de reconocer y proteger en el caso concreto la provisión constitucional consagrada. Así queda claro de la línea jurisprudencial del mínimo vital, cuya protección no fue amparada apelando a un derecho fundamental sino a partir de la argumentación mediante la interpretación sistemática de la Constitución que permitió derivar un derecho al mínimo vital. Esta línea puede ser concebida, pues, como una excepción a la aplicación de la mera conexidad como tesis para garantizar la provisión social.

Una de las sentencias más importantes de dicha línea es la T-533 de 1992 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz) ya que el supuesto de hecho del derecho social inominado fue interpretativamente construido partiendo del texto constitucional como un todo, en lugar de adscribir la subregla puntual a una disposición iusfundamental. Recuérdese el caso: un anciano en situación de necesidad por la pérdida de su casa por falta de recursos, por vivir con penurias con una hija que igualmente lo mantenía y la negativa del pago de su pensión por la Caja Nacional de Previsión, solicitó la práctica de una intervención quirúrgica que de no realizarse le ocasionaría la ceguera

---

sería el desarrollo jurisprudencial del derecho en Colombia, el papel del juez en el neoconstitucionalismo y el contenido y los límites del modelo de Estado Social de Derecho. No obstante, la Corte matizó esta afirmación respecto a los derechos sociales, cuya aplicabilidad está restringida al desarrollo legislativo y sólo cuando en un caso concreto su incumplimiento se encuentre conexo con la vulneración de un derecho fundamental, los jueces constitucionales podrán intervenir. Este antecedente es relevante aquí porque la tesis sustentada por Rodolfo Arango en su fundamentación dogmática de los derechos sociales en defensa de su justiciabilidad judicial, permite superar el mecanismo jurisprudencial de la conexidad como medio de reconocimiento de estos derechos. La existencia de un derecho social se justifica correctamente por vía, o bien de normas constitucionales explícitas o de normas adscritas interpretativamente con base en la argumentación jurídica y a partir de una Constitución democrática. Ver, Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis - Universidad Nacional de Colombia, 2005. Confróntese al respecto con mi reseña publicada en la Revista *Aleph* No. 137 (abril-junio) 2006.

<sup>35</sup> La consagra el artículo 86 constitucional, el cual es reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, el cual es a su vez reglamentado por el Decreto 306 de 1992. El Decreto 1382 de 2000 establece reglas para el reparto de las tutelas.

absoluta y la cual, claramente, no estaba en capacidad de costear. En instancia se le negó el amparo del derecho alegado sustentando, toscamente dicho, que como el perder la vista no pone en riesgo su vida, no había derecho fundamental al cual adscribir la petición. En revisión, la Corte Constitucional tuteló su derecho fundamental al mínimo vital sosteniendo que por encontrarse esta persona en situación de necesidad se hacía acreedor a la protección especial del Estado contenida en el artículo 13 constitucional. En palabras de Rodolfo Arango, “Si el derecho fundamental a la salud del solicitante no fuese protegido en este caso, tendría éste que aceptar su nueva condición de invidente a consecuencia exclusiva de la pobreza de sus familiares. Esta conclusión no es exigible de una persona que vive bajo una Constitución democrática moderna”<sup>36</sup>.

Se dice en la sentencia: “La unidad normativa de la Constitución y su interpretación sistemática permiten vincular directamente las disposiciones que conforman la llamada “Constitución Económica” (...) con el principio fundamental del Estado social de derecho y la efectividad de los derechos constitucionales, en especial, los derechos sociales, económicos y culturales (CP arts. 42 a 77). Existe una íntima relación entre el derecho a un mínimo vital y el compromiso institucional para garantizar el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas”<sup>37</sup>.

Reconstruyendo conforme a Arango la argumentación de la Corte en este caso, podemos decir que frente al supuesto de hecho de la justiciabilidad directa de los derechos sociales, que deviene de la concepción sobre su fundamentalidad:

- el Estado tiene la competencia de establecer legalmente prestaciones sociales a favor de las personas, o sea, decidir democráticamente cómo distribuye los recursos de la sociedad;
- el derecho a la salud no es exigible al Estado, en principio, por una persona sino hasta que el legislador así lo establezca;

*pero cuando*

- la persona o su familia se encuentra en una situación de necesidad que amenaza en forma inminente sus derechos fundamentales;

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 173.

<sup>37</sup> Debe agregarse aquí una palabra de advertencia respecto a este derecho *prima facie*: los derechos sociales fundamentales no son derechos subjetivos que puedan ser tutelables en abstracto a toda persona, sino que deben ser consideradas las circunstancias concretas de cada caso, ya que bien puede presentarse caso analogizable a este, pero al ser otro el obligado (no el Estado), por ejemplo, no puede exigirse una prestación económica.

- el legislador no ha tomado las medidas necesarias para enfrentar tales situaciones la acción fáctica positiva del Estado puede evitar tal situación y
- su omisión es condición suficiente para que se concrete el daño injustificado a la persona

*entonces*

- a la persona le corresponde un derecho fundamental *prima facie* a una acción positiva fáctica del Estado<sup>38</sup>.

Además de intelectual y jurídico, el nuevo derecho despunta también por un rasgo político debido a su alto compromiso con el modelo ideológico del Estado Social de Derecho en virtud del cual se extiende la protección a los derechos sociales dentro del marco de una economía libre pero solidaria de mercado<sup>39</sup>. La importancia de la tutela radica también en que se ha constituido en un mecanismo que ha permitido unificar la jurisprudencia en el ámbito constitucional, cuando no se hace por vía de sentencias de constitucionalidad (particularmente mediante la tutela contra sentencias).

Si, entonces, fuéramos a determinar puntualmente el rasgo central de la corriente neoconstitucional<sup>40</sup> cuyo modelo de organización política es el Estado constitucional, habría que señalar la supremacía de la Constitución y su concepción como provisión debido, esencialmente, al catálogo de derechos Fundamentales y sociales<sup>41</sup> que consagra, a los mecanismos que establece para garantizarlos, al Tribunal creado para propender por su efectivo cumplimiento y al control de constitucionalidad como amplio dispositivo que ha propendido por garantizar la supremacía y efectividad de la Constitución.

Dentro de los aspectos y peculiaridades a las que se le adeuda el hecho de que con el rótulo ‘neoconstitucional’ sea cada vez más frecuentemente descrito nuestro sistema jurídico, sobresale sin duda la creación de la Corte Constitucional y, esencialmente,

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 173 - 174. Ver también al respecto sus artículos, “El mínimo vital como índice de justicia entre particulares”, en: VV.AA. *Derecho Constitucional. Perspectivas críticas*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2001; “Basic Social Rights, Constitutional Justice and Democracy”, en: *Ratio Juris*, Vol. 16, No. 2, 2003.

<sup>39</sup> Diego López Medina, *Teoría impura del derecho*. Op. cit., pp. 439-440.

<sup>40</sup> Seguimos aquí a Carlos Bernal quien, siguiendo en parte al (que hemos denominado aquí) canon transnacional, utiliza el concepto de “corriente” para referirse al neoconstitucionalismo. No es esta una cuestión de menor calado en la medida en que, por nuestro parecer sustentado en páginas posteriores, el neoconstitucionalismo se entiende mejor si se observa desde un aire o parecido de familia, en lugar que como un corpus teórico perfectamente delineado.

<sup>41</sup> Si bien dentro de la lógica neoconstitucionalista en muchas de sus versiones los derechos sociales son defendidos como fundamentales, mientras haya que apelar en la mayoría de los casos a la conexidad para propender por su garantía, debe dejarse sentada la distinción conceptual entre fundamentales y sociales.

su ejercicio comprometido con la protección del catálogo de derechos consagrados en el Texto. Aunque pudiera parecer una obviedad, la experiencia comparada muestra que no lo es, es decir, no se corresponde necesariamente la expedición de una nueva Constitución, ni siquiera la creación de un tribunal de esta naturaleza, con la protección de derechos como los sociales en casos particulares. En México, por ejemplo, la promulgación de una nueva Constitución no ha implicado en forma alguna que la institución encargada de revisar la constitucionalidad de las leyes y la aplicación del Texto, se haya distinguido por ejercer un papel activo en la creación del derecho en ese país. La creación de un tribunal veedor de la constitucionalidad de las leyes es, entonces, condición necesaria pero en forma alguna suficiente para un avance sustancial en el desarrollo del derecho, tarea que le corresponde más bien a la forma en la cual dicho tribunal asuma su función como institución singularmente implicada con la responsabilidad de instaurar el Estado Social de Derecho.

La histórica concepción de 1886 de una Constitución como un mero texto de referencia o principio de trasfondo para la elaboración de las leyes de menor jerarquía y que sólo consagraba un catálogo teórico de garantías, trascendió en 1991 hacia una concepción donde al Tribunal Constitucional, como en Alemania, Italia y España, le es dable crear y desarrollar el derecho, labor que ha desempeñado (en muchos casos discutiblemente) mediante una novedosa y creativa jurisprudencia. Debido entonces a la labor del Tribunal Constitucional es que puede hablarse con propiedad de una nueva práctica jurisprudencial en procura de la creación y el desarrollo del derecho<sup>42</sup>.

### **Prácticas jurisprudenciales renovadas**

La Constitución insertó en nuestra realidad jurídico-constitucional un amplio catálogo de derechos, pero fue la jurisprudencia de la Corte la que permitió que él mismo entrara en vigor. Los jueces constitucionales (es decir, todos) han comenzado en esta última década a realizar su función bajo renovados parámetros interpretativos. Sobre este punto volveremos más adelante.

Conforme al rol de la Corte en 16 años de nuevo constitucionalismo, se ha abandonado el uso arcaizante que hasta 1991 tenía la jurisprudencia, la cual sólo denotaba un conjunto de decisiones judiciales reiteradas tomadas con anterioridad y sin carácter obligatorio; ahora se ha involucrado decisivamente en el estudio de problemas teóricos generales sobre la naturaleza general y social del derecho y su

---

<sup>42</sup> En contraposición, en Argentina no se ha desplegado una nueva práctica jurisprudencial por cuenta del criticado papel de la Corte frente a la Constitución vigente; en España no ha sido el Tribunal Constitucional, sino el Supremo, al que se le adeuda el desarrollo judicial del derecho en ese país.

relación con la justicia y la moral, versando igualmente sobre el funcionamiento y la disposición de los conceptos jurídicos que son utilizados en casos particulares.

La Corte es una Institución singularmente comprometida con el ideal del Estado Social de Derecho, por lo que en su jurisprudencia ha estructurado los derechos fundamentales de forma que se preserven los derechos liberales, pero se extienda la protección a los derechos sociales dentro de una economía libre pero solidaria de mercado. La Corte demanda porque se instaure y fortalezca entre las instituciones de igual jerarquía, y los tribunales y juzgados, la posibilidad instruida por la jurisprudencia constitucional de intervención judicial como mecanismo de realización de la Constitución y de su amplio proyecto social, máxime en un país como el nuestro en cuyo sistema jurídico-político la protección de los derechos ha dependido tradicionalmente de su consagración legal, no constitucional<sup>43</sup>.

Por el mencionado valor esencialmente programático de la Constitución del 86, sus normas y principios sólo podían contar con una realización efectiva en la medida en que se diera un desarrollo legislativo. La reconfiguración dogmática del texto Fundamental acontecida en 1991, pero primordialmente por la jurisprudencia de la Corte que no ha permitido que los postulados progresistas y garantistas se queden en letra muerta, puso de manifiesto que, si bien nuestra Constitución es básicamente un cuerpo normativo orgánico (que incluso se excede en normas reglamentarias y administrativas), es mucho más que eso, pues mediante una interpretación holista de sus normas se ha establecido una función política con miras a que se adapte constantemente a una sociedad convulsionada como la nuestra.

La jurisprudencia, entonces, ha pasado a ejercer una influencia predominante en nuestra forma de entender el derecho, y a la cual subyace una ideología que irradia todas las instituciones públicas. Y sin poder aquí describir ni tomar partido en el debate entre las tesis optimista y escéptica frente a la atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia, es menester afirmar que si bien la jurisprudencia no cuenta como fuente primaria en nuestro sistema jurídico por el artículo 230 constitucional que le confiere un criterio auxiliar relegado a la ley, sí se ha constituido en fuente primaria de la conciencia jurídica colombiana, es decir, en la principal fuente de nuestra forma de comprender y practicar el derecho en el ámbito académico y profesional. La jurisprudencia en Colombia desmonopolizó la creación del derecho en cabeza de la rama legislativa.

---

<sup>43</sup> Ver, Roberto Gargarella – Pilar Domingo – Theunis Roux (eds.) *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?* London: Ashgate, 2006. A partir de consideraciones teóricas y casos recientes de India y países latinoamericanos, africanos y de Europa oriental, en este libro se examina interesantemente el rol de los tribunales constitucionales como una oportunidad para desarrollar las imperativas transformaciones sociales en sectores tradicionalmente marginados.

La jurisprudencia ha instituido como factor determinante de la labor judicial las técnicas interpretativas propias de los desarrollos dogmáticos transnacionales recientes de la concepción y, fundamentalmente, la aplicación de los principios constitucionales en procura de maximizar sus efectos normativos y reducir las arbitrariedades al momento de su concreción. Así pues, son ya cada vez más conocidos y utilizados por fuera de una elite intelectual de especialistas, conceptos como la ponderación como mecanismo para resolver conflictos entre los Derechos Fundamentales al momento de su aplicación, la concepción de los mismos desde una doble dimensión (individual-subjetiva frente a la institucional-objetiva) y el criterio de la razonabilidad para lograr su protección; el juicio de proporcionalidad como mecanismo para lograr el efecto irradiación de los Derechos Fundamentales sobre el derecho ordinario, y su proyección horizontal (a través de la *Drittwirkung*<sup>44</sup>) o, debido a la consideración en casos particulares, la observancia al “contenido esencial” de tales derechos.

El desarrollo del nuevo derecho ha instituido la necesidad de que los jueces consideren en su actividad interpretativa los valores constitucionalizados de forma tal que se reflejen en la cotidianidad a través de decisiones que apliquen en casos concretos. Sin duda en el paradigma neoconstitucional, el juez se vuelve el factor principal en la ecuación jurídica, pues al ser los mecanismos jurisdiccionales los encargados de garantizar los postulados constitucionales, requieren de un tipo distinto de juez respecto del formalista timorato<sup>45</sup>.

Respecto al señalado avance constitucional en la consagración de los derechos indígenas, conviene decir, con Camilo Borrero, que: “El análisis de la jurisprudencia constitucional evidencia la capital importancia que ella ha ido adquiriendo para identificar tanto los derechos especiales en función de la pertenencia étnica, como su peso específico a la hora de ponderarlos frente a otros derechos y resolver controversias concretas”<sup>46</sup>.

En Colombia, la perspectiva del pluralismo se ha revitalizado debido a la adopción del modelo ideológico y la fórmula política del Estado Social y Democrático de Derecho<sup>47</sup> y, particularmente, gracias a la justicia que imparte la Corte Constitucional mediante una prolija y progresista jurisprudencia que ha logrado darle salida

<sup>44</sup> Ver al respecto, Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000; así como su contribución al libro de Miguel Carbonell (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Op. cit.

<sup>45</sup> Diego López Medina, *Teoría impura del derecho*. Op. cit., cap. 6, 2.2 “Jueces valientes y jueces timoratos”.

<sup>46</sup> Camilo Borrero, *Multiculturalismo y derechos indígenas*. Bogotá: CINEP, 2003, p. 248.

<sup>47</sup> La Corte Constitucional ha expuesto la importancia y los alcances del Estado Social de Derecho, entre otras, en las sentencias T-406 de 1992, T-505 de 1992 y SU-111 de 1997.

efectiva a intensas problemáticas y tensiones respecto a la pretendida hegemonía de la cultura mayoritaria sobre las minorías culturales; igualmente, ha gestado una significativa pedagogía social consciente de su importancia en la búsqueda de una convivencia pacífica, este Tribunal ha sabido mediar en el diálogo intercultural desde una amplia lectura de las otras etnias que habían sido desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico hasta hace poco más de 15 años.

### Desarrollos teóricos novedosos

Un tercer eslabón dentro del conjunto de fenómenos que abarca el neoconstitucionalismo consiste en desarrollos teóricos novedosos, los cuales parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial recién progresista y garantista, pero también suponen aportaciones teóricas que contribuyen en ocasiones no solamente a explicar el fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo. Ferrajoli señala que la ciencia jurídica no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo y, en este sentido, se constituye como una especie de meta-garantía del ordenamiento jurídico en su conjunto<sup>48</sup>.

Para Carbonell un ejemplo del neoconstitucionalismo iberoamericano lo constituye precisamente la influencia de la teoría de los principios y de la técnica de la ponderación de Alexy en las sentencias de nuestra Corte Constitucional (“que, por cierto, ha desarrollado la mejor jurisprudencia en materia de derechos fundamentales de toda América Latina”).

Obras como las publicadas por las editoriales Legis y Temis, así como por la Biblioteca de Ciencias Sociales y Humanidades de Siglo del Hombre editores, y las series dirigidas por el finado Luis Villar Borda en la Universidad Externado y Daniel Bonilla en la Universidad de los Andes, han hecho que la comunidad jurídica de habla hispana se enfoque de manera muy importante en las inquietudes intelectuales que actualmente se desarrollan en nuestro país.

Aunque de modo sumario, bien podemos destacar las principales ius-teorías transnacionales que han hecho aparición en el paisaje del nuevo derecho, señalando en primer lugar que la lectura local de Kelsen, dominante en el ambiente intelectual colombiano antes de 1991, reviste de una singular importancia que no es recordada por los juristas<sup>49</sup>. Conforme a Rubén Sierra Mejía, uno de los primeros hitos

<sup>48</sup> Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 5ta ed., 2006, pp. 33 y ss.

<sup>49</sup> Estudios se han ocupado de analizar la recepción de Kelsen en nuestro medio. Con diferentes matices y enfoques, pueden consultarse: Diego López Medina, *Teoría impura del derecho*. Op. cit., pp. 341-398. Oscar Mejía Quintana, *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Temis, 1998, pp. 60-65. Alberto



filosóficos en este país fue la obra *El ambiente axiológico de la teoría pura del derecho*, de Rafael Carrillo Luquez, la cual contribuyó decisivamente a romper con la imperante tradición filosófica neo-tomista y, así, a inaugurar en nuestro medio el cultivo serio y profesional de la filosofía moderna y la subsiguiente actividad filosófica intensa que ha alcanzado una relativa consolidación<sup>50</sup>.

Si bien los temas son diversos, los principales títulos que en materia de literatura jurídica se publican en Colombia pueden ubicarse nítidamente dentro del espectro iusfilosófico y constitucional. Dentro de los principales aportes teóricos al debate académico –con la permanente pretensión de ejercer impacto duradero sobre la realidad jurídica– podríamos señalar los problemas relacionados con la fundamentación dogmática de los derechos sociales y la defensa de su justiciabilidad judicial, la jurisdicción social de la acción de tutela, el renovado papel del juez en la realización del proyecto social que encarnan las provisiones constitucionales, el polémico ejercicio de la discrecionalidad judicial en los casos difíciles, los paradigmas jurídicos de Rawls y Habermas, la teoría de los derechos fundamentales de Alexy y sus contribuciones al problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas, así como análisis teóricos de la jurisprudencia de asuntos complejos como el multiculturalismo, los derechos de las minorías (particularmente, el respeto de la jurisdicción indígena y la salvaguardia de su autonomía) y las cuestiones relacionadas con la realización integral de los derechos sociales, la protección de los derechos humanos y la consecución de una democracia más robusta e incluyente.

Desde el punto de vista fundamentalmente teórico, podemos señalar periodísticamente algunas de las principales teorías, escuelas y autores cuyo influjo a nivel editorial y académico en general (en trabajos de tesis y monografías, por ejemplo) es perceptible en Colombia de manera particular. El realismo jurídico, en sus vertientes norteamericana y escandinava (respectivamente, Holmes, Cardozo, Pound, Frank, Llewellyn, y Hagestrom, Ross, Olivecrona), la tópica jurídica (Viehweg); la hermenéutica, específicamente en el sentido técnico de la modernidad a partir del siglo XIX (Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, Ricoeur y, particularmente, Gadamer), la neo-retórica (Perelman), la analítica positivista de Hart y su influyente reformulación del positivismo con fundamento en el análisis lingüístico y en la descripción sociológica; el resurgimiento del pensamiento político liberal en el liberalismo social-progresista de Rawls; la propuesta jurídico-democrática de Habermas

---

Cárdenas, “Hans Kelsen y su influjo en el pensamiento jurídico colombiano”, en: *Ponencias del III Congreso de filosofía latinoamericana*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 1982, pp. 345-362. Luis Villar, *Kelsen en Colombia*. Bogotá: Temis, 1991.

<sup>50</sup> Las otras dos obras paradigmáticas en este contexto, son: *Lógica, fenomenología y formalismo jurídico* (1942) de Nieto Arteta y *Nueva imagen del hombre y de la cultura* (1948) de Cruz Vélez.

y su teoría discursiva; la teoría de los campos sociales de Bourdieu, cuyo estudio ha permitido interesantes articulaciones entre el discurso jurídico y el sociológico; el cambio en el paradigma interpretativo del derecho de Dworkin, sus críticas al liberalismo político mediante su propuesta del ‘liberalismo igualitario’ y sus tesis sobre los Principios Generales del Derecho (en la cual lo acompañan MacCormick, Peczenik y Wellman); la teoría feminista del derecho; la teoría de la argumentación jurídica (Alexy, Toulmin, Perelman, MacCormick, Aarnio, Peczenik, Atienza, entre otros<sup>51</sup>); y los Estudios Críticos del Derecho (Kennedy, Unger y Tushnet).

Uno de los méritos que pueden señalarse de los profesores de las principales facultades de derecho del país quienes sin duda han sido los que han liderado este proceso de cualificación y sofisticación de los desarrollos teóricos, consiste en haber emprendido la tarea de contribuir a adaptar (no sólo adoptar) localmente las teorías surgidas en contextos radicalmente distintos (no sólo jurídica, sino social y culturalmente) al nuestro, por lo cual las teorías de amplia circulación transnacional se han puesto a hablar en clave de recepción, honrándolas en sí mismas pero problematizándolas respecto a los problemas que ocupan y aquejan las distintas jurisdicciones políticas y sociales –además de académicas– de países, como el nuestro, receptores de teorías. Dicho empeño redunda sin dudas en aportes cualitativamente superiores al propósito de realizar reconstrucciones teóricas a partir de interpretaciones que sólo pretenden desentrañar los sentidos objetivos e inequívocos de los textos a partir de las intenciones de quienes los elaboraron, y sin alejarse de sus ambientes socioculturales y realidades históricas.

Al presentarse las teorías transfiguradas y mutadas por los contextos de recepción, se constituyen más factiblemente en alternativas sólidas para hacer realizables ideales normativos. Los neoconstitucionalistas en Colombia, al procurar adaptar diversas teorías contemporáneas a las penurias sociales más acuciantes de nuestro tiempo en clave jurisprudencial, posibilitan acceder a las teorías aprehendiéndolas para que sean susceptibles de pensamiento propio, es decir, para que sea posible plantearles objeciones, no en sí mismas sino en la manera como han sido derivadas consecuencias adicionales (y comúnmente insospechadas) gracias a los intentos efectivos de aplicación. Esto también posibilita que sean visibles nuevos caminos investigativos respecto de aquellos originalmente trazados por los autores.

---

<sup>51</sup> Teniendo en cuenta la advertencia de Ulfrid Neumann, en su *Juristische Argumentationslehre* (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986), de que no existe la teoría de la argumentación jurídica como una disciplina sistemática e independiente. Cit. en Arthur Kaufmann, *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 102.



Autor: Verónica Molina Mesa

Título: Blanco I

Técnica: acrílico sobre lienzo

Dimensiones: 50 cm x 45 cm

## ***UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO COMPARADO Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE LA ESTRUCTURA SOCIETARIA EN LATINOAMÉRICA\****

---

\* El presente artículo es producto de la investigación titulada “*El análisis económico del Derecho. Una aproximación desde el derecho societario comparado*”, realizada con el apoyo financiero de la beca FAFEY concedida por la Universidad Complutense de Madrid y el Centro Universitario Villanueva, de España. La metodología de investigación empleada es netamente la de rastreo bibliográfico e investigación documental.

Fecha de recepción: Septiembre 2 de 2008

Fecha de aprobación: Octubre 15 de 2008

# UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO COMPARADO Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE LA ESTRUCTURA SOCIETARIA EN LATINOAMÉRICA

*Juan Andrés Posada Tamayo\*\**

## RESUMEN

Aunque la globalización ofrece importantes oportunidades para los países en vía de desarrollo, incluyendo las ganancias asociadas al acceso a mercados más grandes, crea una interdependencia que está usualmente ligada a regulaciones homogéneas.

Un problema vinculado con la globalización hace referencia a la imposición indiscriminada de modelos y esquemas internacionales para lograr la convergencia. En algunos casos, esto sucede sin tener en cuenta la diversidad y las tradiciones locales. La presencia cada vez mayor de agencias internacionales especializadas en servicios de consultoría relacionados con la convergencia de las instituciones legales puede demostrar su carácter retador.

La ausencia frecuente de un proceso apropiado de adaptación a las realidades económicas y culturales del país receptor puede determinar ciertamente el fracaso de un trasplante legal. Tal importación de reglas ya ha sucedido en el Derecho Societario y, más específicamente, en la organización societaria latinoamericana.

**Palabras clave:** análisis económico del Derecho, trasplantes legales, Derecho Societario, Derecho Comparado, gobierno corporativo, sociedades latinoamericanas, convergencia de instituciones legales, conflictos entre los accionistas mayoritarios y minoritarios.

## A VIEW FROM THE COMPARED LAW AND THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW OF THE CORPORATE STRUCTURE IN LATIN AMERICA

### ABSTRACT

Although the globalization offers important opportunities for the developing countries, including the associated profits to the access to larger markets, creates an interdependency that is usually connected with homogeneous regulations.

One problem associated with globalization refers to the indiscriminate imposition of models and international schemes to achieve convergence. In some cases, this happens without keep in mind the diversity and local traditions. The increased presence of international agencies specialized in consulting services related to the convergence of legal institutions can demonstrate their challenging nature.

The frequent absence of an appropriate process of adaptation to the cultural and economic realities of the recipient country can certainly determine the failure of a legal transplant. Such importation of rules has already happened in the law of the corporate structure in Latin America.

**Key words:** economic analysis of Law, legal transplants, corporate governance, Comparative Law, Corporate Law, Latin American corporations, convergence of legal institutions, conflicts between majority and minority shareholders.

---

\*\* El autor es Diplomado especialista en Derecho de Seguros por la UPB-Medellín y candidato a Magister en Contratación y Comercio Internacional por la Universidad Complutense de Madrid y el Centro Universitario Villanueva de Madrid. Es profesor de la Universidad de Manizales y profesor visitante de la Universidad de Antioquia como docente de la asignatura "Derecho Comparado y Sistemas Jurídicos". Dentro de su desempeño profesional ha sido funcionario consular del gobierno panameño.

## UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO COMPARADO Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE LA ESTRUCTURA SOCIETARIA EN LATINOAMÉRICA

La adopción de modelos norteamericanos en América Latina puede ser justificada por múltiples explicaciones, que van desde razones de costo-beneficio hasta motivaciones más complejas, como la idea de que una nueva norma tiene mayor legitimidad cuando proviene de un país con un sistema jurídico prestigioso.

*Jonathan Millar*

Nadie parece discutir la utilidad de la organización societaria como una herramienta para fomentar la inversión. De acuerdo con Vítolo, “un buen régimen de gestión societaria es crucial para una eficiente administración de los mercados de capitales y del sistema de inversión. Al mismo tiempo, la organización societaria asegura que todos los participantes en el mercado sean conscientes del amplio espectro de intereses legales y económicos en los cuales sus intereses se desarrollan...”<sup>1</sup>

*Daniel Roque Vítolo*

El análisis económico del Derecho (AED) es una escuela de pensamiento<sup>2</sup> que busca determinar cuál es la finalidad y efectos de la Ley, evaluando la efectividad de ésta desde la teoría económica. El análisis económico se convierte en un instrumento para el Derecho que le permite determinar el beneficio de una ley mediante criterios que proporcionan una ordenación de medios a fines.

El AED se ha nutrido principalmente de los avances hechos en la teoría económica entre 1930 y 1970, los cuales han tendido a darle un mayor énfasis al efecto que tienen las instituciones sobre las decisiones que toman los agentes al momento de realizar las transacciones. Esta forma de analizar la economía ha recibido el nombre de Economía Institucional. Esta escuela es normalmente escindida en dos líneas

---

<sup>1</sup> Daniel Roque Vítolo, “Corporate Governance en la nueva dinámica societaria”, *Sociedades Comerciales, Los administradores y los socios, Gobierno corporativo*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 18.

<sup>2</sup> El desarrollo e influencia que ha ido tomando esta corriente de pensamiento, desde los años treinta del siglo pasado, dentro del pensamiento jurídico, la ha convertido en un campo teórico de gran investigación, como lo demuestra la gran cantidad de literatura existente y las revistas especializadas en esta corriente.

de pensamiento, la primera data de los años veinte cuando Knight y Commons en sus estudios sobre la organización económica descubrieron que existen fallas de mercado que hacen difícil que las personas lleguen a acuerdos que los beneficien mutuamente, debido a un elemento de tipo social y humano: el oportunismo. Este hecho implicó una diferencia con respecto a la economía tradicional ya que planteaba el estudio de la “empresa” como una institución social y no como una función de producción.<sup>3</sup>

La segunda es conocida como la Nueva Economía Institucional la cual tiene en Ronald Coase, Oliver Williamson y Douglas North sus principales representantes.<sup>4</sup> En esta corriente se insertan trabajos de tipo histórico, jurídico y económico cuya base son los conceptos de “costos de transacción” y “derechos de propiedad”<sup>5</sup>, los cuales afectan las elecciones racionales que llevan a cabo los agentes en las transacciones y, por ende, el resultado eficiente que podría conseguirse en un mercado puro, manteniendo como norma de decisión la visión Neoclásica de la maximización del beneficio.

El AED hace parte de los estudios jurídicos de esta corriente de pensamiento a través de los estudios realizados desde la década de los sesenta por Richard Posner. En estos estudios las normas jurídicas actúan como instituciones bajo cuyo marco se realizan transacciones que implican relaciones contractuales. En este orden de ideas, las normas jurídicas tienen dos efectos: pueden ser redistributivas, cuando su objeto es repartir riquezas entre los agentes de la economía, o bien pueden ser maximizadoras, cuando su objeto es regular las relaciones entre los agentes de manera que los recursos escasos se asignen al agente que más los valore, valoración que se expresa en su capacidad y voluntad de pagar por ellos en condiciones de mercado.<sup>6</sup> En esta hipótesis las decisiones judiciales tienen efecto, ya que dichas decisiones tratan de producir un efecto semejante al que se hubiera producido si no hubiera costos de transacción, es obvio que si un juez interviene el mercado no está operando adecuadamente.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> COMMONS, John R. “Institutional Economics”. *American Economic Review*, Vol. 21, 1931.

<sup>4</sup> Las obras más importantes de estos tres autores son las siguientes: COASE, Ronald (1960) “The Problem of Social Cost”, En: *Journal of Law and Economics*, 3; p. 1-44; WILLIAMSON, Oliver (1989/1975) “Las Instituciones Económicas del Capitalismo” FCE; NORTH, Douglas (1981) “Structure and Change in Economic History” W. W. Norton & Company.

<sup>5</sup> Aunque dentro de la Nueva Economía Institucional existen divergencias acerca de cuál es la definición exacta de estos conceptos.

<sup>6</sup> NÚÑEZ, Antonio J. (2000) “Antecedentes y Principios Fundamentales del Análisis Económico de la Ley”, En: *Colección de Derecho Económico. Homenaje a Enrique Low Murtra*. Universidad Externado de Colombia.

<sup>7</sup> En este punto existe una amplia discusión sobre lo que un Juez puede entender como Eficiente, ya que dentro de la misma teoría económica hay varias definiciones y medidas de Eficiencia en términos del óptimo de Pareto.

Las variables normalmente utilizadas bajo la metodología de la Nueva Economía Institucional y, por tanto, por el AED son las siguientes: Institución, Intercambio, Costos (tanto de transacción como de producción), Eficiencia e Incertidumbre-Certeza.

En términos de derecho societario, durante los dos últimos lustros, se han venido presentando en los países latinoamericanos, una serie de cambios a un ritmo sin precedentes en diversas latitudes del subcontinente. Los países en la región han experimentado un activo proceso de liberalización del comercio y de modernización de sus instituciones económicas. Los beneficios que surgen de los acuerdos multilaterales de libre comercio con los Estados Unidos<sup>8</sup>, la Unión Europea<sup>9</sup> y otros países, pueden ser un factor determinante para el desarrollo económico en el área. La inserción en el mundo globalizado puede permitir a las empresas locales el acceso al mercado bursátil internacional. Para que este proceso tenga éxito, es necesario hacer un ajuste al marco legal.<sup>10</sup> La existencia de una estructura jurídica apropiada se ha identificado como un elemento crucial, sin la cual los beneficios del libre cambio se verían menoscabados.<sup>11</sup> Los esfuerzos regulatorios dirigidos a facilitar el comercio, superar los obstáculos burocráticos y atenuar la cultura paternalista de formalidades legales serán los desafíos más significativos en el futuro próximo para los países latinoamericanos.<sup>12</sup> Adicio-

---

<sup>8</sup> Al final de 2005, Perú realizó un acuerdo comercial con los Estados Unidos. Colombia también firmó un tratado bilateral similar en 2006, aún pendiente de ratificación por el Congreso Norteamericano. Ambos tratados están en proceso de ratificación (La información sobre los tratados de libre comercio entre los Estados Unidos, Colombia y Perú está disponible en la página web de la Oficina de Representación Comercial de los Estados Unidos -Office of the United States Trade Representative-): [www.ustr.gov](http://www.ustr.gov) (Visitado por última vez: 12/07/08).

<sup>9</sup> En noviembre 18 de 2002, Chile y la Unión Europea firmaron un acuerdo que busca la cooperación entre países en temas políticos, comerciales, económicos, financieros, científicos, tecnológicos, sociales y culturales (ver, artículo 2 del “Acuerdo de Cooperación entre la Unión Europea y la República de Chile”, disponible en [www.sice.oas.org](http://www.sice.oas.org) Visitado por última vez: 18/07/08).

<sup>10</sup> Este proceso, en curso, de modernización de la infraestructura legal comenzó, al menos, hace dos décadas. Ver: Antonio Mendes, “Update on Laws Affecting Business”, *Proceedings of the Fifth Annual Seminar on Legal Aspects of Doing Business in Latin America: The Door Opens*, Volumen 7, Número 1, 1992, p. 1.

<sup>11</sup> “En todas partes de América Latina, la reforma legislativa está en el aire. Después de décadas de negligencia, los ordenamientos jurídicos latinoamericanos están experimentando procesos sustanciales y drásticos de reforma y transformación. (...) Estos procesos de reforma responden a actores globales y domésticos, así como a presiones”. (Joseph R. Thome, “Heading South but Looking North: Globalization and Law Reform in Latin America”, *Wisconsin Law Review*, Vol. 2000, No. 3, p. 691).

<sup>12</sup> Según Stephen Zamora, en México hay, en la práctica, “una predilección fuerte a apearse a las formalidades en la contratación comercial”. (Mexican Law, Oxford University Press, 2004, p. 534).

nalmente, los códigos locales, las leyes y las prácticas empresariales tendrán que ser actualizados de acuerdo con los desarrollos legales recientes logrados en varias partes del mundo<sup>13</sup>.

Aunque la globalización ofrece importantes oportunidades para los países en vía de desarrollo, incluyendo las ganancias asociadas al acceso a mercados más grandes, crea una interdependencia que está usualmente ligada a regulaciones homogéneas.<sup>14</sup>

Un problema vinculado con la globalización hace referencia a la imposición indiscriminada de modelos y esquemas internacionales para lograr la convergencia. En algunos casos, esto sucede sin tener en cuenta la diversidad y las tradiciones locales.<sup>15</sup> La presencia cada vez mayor de agencias internacionales especializadas en servicios de consultoría relacionados con la convergencia de las instituciones legales puede demostrar su carácter retador.

La ausencia frecuente de un proceso apropiado de adaptación a las realidades económicas y culturales del país receptor puede determinar ciertamente el fracaso de un trasplante legal. Tal importación de reglas ya ha sucedido en el Derecho Societario y, más específicamente, en la organización societaria.

---

<sup>13</sup> Algunos autores consideran que este proceso de adaptación puede contribuir a mejorar las perspectivas económicas de un país. "Si los ingresos son limitados y los recursos financieros son considerados insuficientes para lograr el índice de crecimiento deseado, el reto es encontrar fuentes domésticas e internacionales de capital. Esto a menudo implica que las prácticas de gestión empresarial tienen que ser adaptadas para responder a las demandas de las fuentes de financiación extranjeras, sin sacrificar los beneficios del alineamiento de los titulares de la propiedad y de un control definido". (Heloisa B. Bedicks et al., "Business Ethics and Corporate Governance in Latin America" in *Business & Society*, Vol. 44, No. 2, 2005, p. 219).

<sup>14</sup> Este ha sido el camino seguido por la Unión Europea, donde la expedición de directivas ha permitido la armonización de varias áreas del Derecho, incluyendo el Derecho Societario. "Las directivas tienen como objetivo general el armonizar el Derecho Societario de los Estados miembros". (M.C. Oliver, *Company Law*, 12<sup>o</sup> edición, London, The M+E Handbook Series, 1994, p. 5). La necesidad de cierta armonización es evidente teniendo en cuenta la dimensión mundial de los mercados de valores. "La distinción entre mercados financieros locales e internacionales se torna difusa cuando consideramos que las firmas en un país pueden emitir valores en el extranjero y cuando inversionistas extranjeros pueden comprar acciones emitidas por firmas locales, ya sea directamente o a través de recibos de depósitos americanos". (Ver, Fernando Lefort, *The Past and the Future of Domestic Financial Markets in Latin America*, Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 1).

<sup>15</sup> Una nueva tendencia en la cooperación para el desarrollo incorpora la idea de que su eficacia dependerá de la orientación que tenga la política nacional sobre la propiedad. Ocampo anota que tal principio ha ganado la aceptación formal, como directiva, en varias instituciones de cooperación, incluyendo la OCDE. Sin embargo, "con bastante frecuencia, este es ignorado en la práctica. De hecho, frecuentemente se han hecho esfuerzos para 'obligar' a incorporar las políticas que las agencias internacionales consideran son apropiadas". (José Antonio Ocampo, *Globalization and Development, A Latin American and Caribbean Perspective*, Economic Commission for Latin America and the Caribbean, 2003, p. 133).



Los problemas relacionados con trasplantes legales son reconocidos en el Derecho Comparado. Alan Watson analiza los factores básicos que determinan el fracaso o el éxito de un trasplante legal, incluyendo, entre otras, las similitudes de los idiomas, la adaptación apropiada de la legislación pertinente, así como las relaciones históricas y políticas entre el país de origen y el país receptor.<sup>16</sup> Un indispensable proceso de adaptación abarca la búsqueda de un lenguaje común dirigido a comprender las bases comunes de las instituciones legales heterogéneas. La difícil comprensión del idioma implica el uso de un equivalente funcional, a saber, una traducción comprensible de conceptos, que sobrepasa el significado literal de palabras y expresiones.<sup>17</sup> Mary Ann Glendon expresamente hace referencia a los peligros que se derivan de las simples comparaciones. Según esta autora, las disposiciones legales no se pueden entender completamente sin tener en cuenta sus fines políticos, sociales y económicos. Una simple comparación de normas puede desorientar cuando se trata de sistemas legales diferentes que acarrear conflictos entre normas procesales y clasificaciones legales dispares.<sup>18</sup>

Destacados autores llegan incluso a afirmar que es inviable importar normas del sistema del “Common Law” hacia ordenamientos jurídicos de tradición romano-germánica, como el nuestro, el ordenamiento jurídico colombiano, ello debido a su falta de compatibilidad. En este sentido, Eduardo Favier-Dubois, autor argentino, afirma que ciertos valores sociales, religiosos y culturales latinoamericanos son antagónicos a los que prevalecen en sistemas del “Common Law”. Adicionalmente, este autor afirma que una institución jurídica que funciona adecuadamente dentro de una filosofía individualista y protestante no será igualmente útil ni funcionará de la misma manera que en sistemas caracterizados por tendencias de cooperativismo. La conclusión obvia de esta posición doctrinal, de algún modo extrema, es que una actitud defensiva en relación con la globalización cultural debe requerir una reafirmación de las tradiciones locales, como una forma de preservar la identidad nacional.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2da edición, Athens, University of Georgia Press, 1993, p. 23.

<sup>17</sup> Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario en Estados Unidos, Introducción Comparada*, 3ra edición, Bogotá, Ed. Legis, 2006. Según María A. Glendon, un “enfoque funcional” “significa que normas e instituciones jurídicas de alguna forma se tienen que liberar de las categorías conceptuales de sus sistemas de origen para que puedan ser vistos en términos de los objetivos sociales que ellos buscan”. (*Comparative Legal Traditions, Texts, Materials and Cases*, 2nd edition, St. Paul, West Publishing Group, 1994, p. 12).

<sup>18</sup> Mary A. Glendon, *Comparative Legal Traditions*, St. Paul, West Publishing Group, 1982, p. 101.

<sup>19</sup> Eduardo Favier-Dubois, *Doctrina societaria y concursal*, No. 181, Buenos Aires, 2002, p. 825. Esta opinión puede coincidir con el análisis comparativo de Linda O. de Smiddy sobre la influencia de la cultura en la reforma legislativa societaria en Francia, en lo que son las diferencias culturales entre las comunidades latinas y anglosajonas. Según este autor, un estudio basado en una encuesta a 15.000 administradores que trabajan para sociedades en países occidentales y países industrializados de Asia mostró dos opiniones muy diferentes

El profesor argentino Guillermo Cabanellas asume una posición similar. En su opinión, hay múltiples peligros y dificultades relacionados con la doctrina extranjera en los sistemas legales latinoamericanos. Tal advertencia es más pertinente cuando la influencia viene de una interpretación errada de contenidos legales norteamericanos que cuando proviene de la construcción de códigos y documentos europeos continentales. El autor hace énfasis en los problemas que surgen de las traducciones de términos complejos, de la falta de equivalencias conceptuales y de las diferencias estructurales entre estos sistemas.<sup>20</sup>

De esta manera, un proceso apropiado de adaptación a las realidades económicas y sociales del país receptor es un factor determinante para el éxito de los trasplantes legales. La importación de normas y regulaciones se facilita obviamente si ambos países –el de origen y el receptor– pertenecen a la misma tradición jurídica. En el caso de Latinoamérica, ha habido dependencia al sistema codificador del siglo XIX de la Europa continental. Este hecho ha generado una actitud de confianza en la evolución de las legislaciones francesa y española.<sup>21</sup> Tal dependencia es todavía hoy significativa en varios campos del Derecho Privado.<sup>22</sup> Sin embargo, la impor-

---

sobre las sociedades. “Los norteamericanos consideran más importante las oportunidades individuales, el éxito y las cualidades individuales que la unión de un grupo. Los franceses, por el contrario, tienden a hacer énfasis en los asuntos comunitarios o grupales”. (“Corporate Reform in France: The Influence of Culture”, 27 Vt. L. Rev. 879, p. 2).

<sup>20</sup> Guillermo Cabanellas de las Cuevas en Derecho Societario en Estados Unidos, Ver supra nota 11, p. 3. Algo similar sucedió con la adopción de un Derecho Societario ‘americanizado’ en Rusia. Esta nueva legislación rusa es un ejemplo de los problemas asociados con las reformas transculturales. “El actual Código societario de Rusia tiene mucha influencia de la legislación norteamericana. Aparentemente, no se basó mucho en la tradición jurídica y cultural rusa. Adicionalmente, en el tiempo que fue redactada, las instituciones financieras y jurídicas rusas no apoyaron suficientemente la ley. En consecuencia, en Rusia, un código societario innovador y muy moderno se queda en el papel. La moraleja de la experiencia rusa es que cuando se consulte la normatividad de otros países como fuente de reformas legislativas, se deben acoger solamente aquellos elementos que serían efectivos en el contexto de la historia, la cultura y la tradición jurídica norteamericana”. (Ver Linda O. Smiddy, supra nota 19, p. 6).

<sup>21</sup> Para una explicación sobre el movimiento codificador del siglo XIX en Latinoamérica, ver Boris Kozolchyk, La contratación comercial en el Derecho Comparado, Madrid, Editorial Dykenson S.L., 2006, p. 130-133. Este autor describe la llamada familia codificada latinoamericana, que abarca tres códigos básicos, redactados por grandes juristas: Dalmacio Vélez-Sársfield (1800-1875) en Argentina, Andrés Bello (1781-1865) en Chile, y Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883) en Brasil (id.).

<sup>22</sup> Sobre la codificación en América Latina, ver, entre otros, John Henry Merryman, Comparative Law: Western European and Latin American Legal Systems, Cases and Materials, Charlottesville, The Michie Company, 1978, p. 208-220. Schlesinger advierte de la llamada influencia exógena, que es particularmente notoria en los casos en los cuales los legisladores han recurrido a la importación “al por mayor” de legislación extranjera. “La mayor parte de los códigos en este momento vigentes en América Latina son el resultado de extensos estudios comparados y de la adopción ecléctica de modelos europeos”. (Rudolf Schlesinger et al, Comparative Law, Cases-Texts-Materials, 6° edición, New York, The Foundation Press, 1998, p. 11). Schlesinger también añade que este proceso implica el peligro –evidente en América Latina– de que instituciones extranjeras puedan ser copiadas sin la adaptación suficiente a las condiciones locales (id.).

tancia económica de los EE.UU., así como el carácter práctico de sus instituciones legales, ha determinado una influencia global innegable en la mayoría de los campos del Derecho. Incluso la doctrina europea ha reconocido esta situación. Pierre Mousseron, por ejemplo, ha sostenido que la globalización (“mondialisation”) del Derecho Societario es la expresión escogida para designar la “americanización” de este campo del Derecho.<sup>23</sup>

Esta presión ha sido reconocida cada vez más en América Latina durante el último lustro.<sup>24</sup> De hecho, según Matthew Mirow, el cambio más importante para el Derecho Privado latinoamericano ha sido el alejarse de la doctrina europea para acercarse a materiales y a literatura jurídica proveniente del derecho anglosajón.<sup>25</sup> La afirmación de Mirow con respecto al movimiento de fuentes europeas a fuentes americanas se evidencia por un estudio llevado a cabo en varios países latinoamericanos.<sup>26</sup>

La adopción de modelos norteamericanos en América Latina puede ser justificada por múltiples explicaciones, que van desde razones de costo-beneficio hasta motivaciones más complejas, como la idea de que una nueva norma tiene mayor legitimidad cuando proviene de un país con un sistema jurídico prestigioso.<sup>27</sup> De

<sup>23</sup> Pierre Mousseron, *Droit des sociétés*, 2da edición, París, Ed. Montchrestien, 2005, p. 22. El autor cataloga las causas de tal “americanización”. En su opinión, estas se parecen a las que propulsaron la expansión del Derecho Romano. “El idioma es la primera de ellas. El inglés se ha convertido en el vehículo común en el Derecho Comercial. Esta circunstancia promueve el modelo jurídico anglosajón legal al grado que la terminología no tiene que ser traducida y, por lo tanto, ser alterada en su exportación. Las universidades son la segunda causa. Muy similar a los viajes que los juristas franceses hicieron a la Roma Antigua, los estudios jurídicos en el mundo anglosajón tienen gran importancia actualmente, al punto de convertirse en credenciales básicas para ejercer en el campo del Derecho de los Negocios Internacionales. La última causa hace referencia a la asociación de oficinas de abogados locales con firmas anglosajonas (Id., p. 22-23). Algunos países latinoamericanos “han comenzado a ver una maestría en EE.UU. (LL.M.) como un requisito para ingresar a las oficinas de abogados de la élite, que son las que llevan asuntos nacionales grandes e internacionales”. (Ver Matthew Mirow, *Latin American Law, A History of Private Law and Institutions in Spanish America*, University of Texas Press, Austin, 2005, p. 191). Sobre la expansión del Derecho Romano, ver también H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World*, 2da edición, Oxford University Press, 2004, capítulo 5. “Los romanos dominaron, entonces los civilistas nacionales dominaron, entonces el mundo se convirtió en una zona de influencia de leyes civiles, en tanto el proceso de colonización ocurría”. (Id., p. 165).

<sup>24</sup> Por ejemplo, de acuerdo con Stephen Zamora, el Derecho Corporativo mejicano no solamente ha tomado prestada legislación europea, sino que también le debe mucho a la influencia norteamericana (Ver supra nota 12, p. 567).

<sup>25</sup> “Adicionalmente y en concurrencia con el predominio de los modelos e influencias norteamericanos, la inversión extranjera en Latinoamérica y la globalización de la práctica jurídica ha llevado a sobrepasar la legislación doméstica y los ordenamientos jurídicos nacionales” (Matthew Mirow, “The Code Napoleon: Buried but Ruling in Latin America”, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 33, Número 2, Primavera, 2005, p. 187).

<sup>26</sup> Ver Matthew Mirow, supra nota 23, p. 167.

<sup>27</sup> Jonathan Miller representa las diferencias que existen entre varios tipos de trasplantes jurídicos. Se distinguen las siguientes clases: (1) el trasplante que ahorra costos: la motivación proviene de la necesidad de

esta manera, los países en procesos de transformación política buscan modelos prestigiosos para darle credibilidad a sus nuevas normas. De acuerdo con Jonathan Miller, “la mayoría de los países simplemente no pueden entrar en el comercio internacional ni esperar inversión extranjera sin ajustar sus regímenes jurídicos hacia estándares internacionales (...)”.<sup>28</sup>

A pesar de las dificultades que surgen de la adopción de modelos extranjeros, un cierto grado de “préstamo” entre países es necesario, por lo menos en los campos relacionados con las asociaciones comerciales. Hace más de cincuenta años, Phanor Eder señaló la necesidad de convergencia en este asunto específico. La legislación societaria es básicamente idéntica en todo el mundo, debido a la existencia de fenómenos económicos iguales y a la presencia de conceptos generales semejantes que llevan a resultados comparables. Sin embargo, Eder afirmó que el mayor desarrollo industrial y financiero de algunos países conllevaría a que los países menos desarrollados “tenderían a ser guiados en su legislación por las naciones más desarrolladas y por las concepciones de sus autoridades”.<sup>29</sup>

Las dificultades surgen también de las traducciones legales. La llegada triunfal del “Common Law” a Latinoamérica no es menos agobiante que la llegada del idioma en el que este se ha expresado desde la Edad Media. La indisputable supremacía del inglés en el escenario académico es un aspecto que no debe dejarse pasar por alto en el Derecho Comparado. El establecimiento de este idioma como la nueva “Lingua Franca” es probablemente una de las contribuciones más significativas para la propagación de las instituciones del “Common Law” en Europa Continental y demás países del mundo. En el campo del Derecho Privado, esta propagación de instituciones jurídicas anglosajonas está ligada también a los importantes trabajos desarrollados por la reconocida corriente denominada Derecho y Economía (“Law and Economics”).<sup>30</sup>

---

reducir gastos y ahorrar tiempo al usar un modelo extranjero que trata los mismos temas; (2) el trasplante dictado por un externo: los incentivos están dados por el deseo de complacer estados, personas o entidades extranjeras; (3) el trasplante como un medio de inversión individual: el trasplante está motivado por la presencia de individuos en el país receptor que están interesados en el trasplante para obtener beneficios políticos o económicos personales; (4) el trasplante generador de legitimidad: la razón subyacente al trasplante legal es el prestigio del modelo extranjero. El prestigio puede ser predicado, ya sea de la específica institución jurídica, o de todo el ordenamiento jurídico. Miller sugiere que el Gobierno, las fundaciones y los organismos internacionales que alientan trasplantes legales deben considerar su trabajo a la luz de esta tipología para entender cómo la dinámica local interactúa con sus propios objetivos. (A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process, 51 Am J. Comp. L. 839, 2003, p. 7).

<sup>28</sup> *Id.*, p. 1.

<sup>29</sup> Phanor Eder, “Company Law in Latin America”, *Notre Dame Lawyer*, Vol XXVII, No. 1, 1951, p. 1.

<sup>30</sup> Libros como “Economic Analysis of Law”, por Richard Posner están siendo ampliamente difundidos en la comunidad académica latinoamericana (5ta edición, Aspen Law and Business, New York, 1998).

Un factor determinante en el fracaso de trasplantes legales es la falta de equivalentes entre los idiomas, y la frecuente existencia engañosa de falsos sinónimos.<sup>31</sup> Como Keith Rosenn ha anotado, muchos términos jurídicos ingleses, originados en el “Common Law”, no tienen equivalentes en español, porque simplemente no existen los mismos conceptos en los sistemas de raíz romano-germánica.<sup>32</sup> “La similitud de palabras disfraza diferencias importantes en el significado, y estas diferencias tienen mucho que ver con aspectos intangibles de la cultura jurídica”.<sup>33</sup>

En el caso específico del “corporate governance”, la manera en la que este problema se ha tratado es no sólo sorprendente, sino también equivocado. Los expertos en el tema se han conformado con una traducción literal del término, que surge de las raíces latinas idénticas y comunes de las referidas palabras. Por lo tanto, la expresión en español “gobierno corporativo” y la portuguesa “governança corporativa” se utilizan extensamente sin tener en cuenta su significado confuso en ambas lenguas romances. El primer aspecto para considerar es la idea de que el término “corporation” tiene en los países de tradición romano-germánica una connotación diferente a la que se tiene en el sistema del “Common Law”.<sup>34</sup> El término “corporación” –por lo menos

<sup>31</sup> Edgardo Rotman, “The Inherent Problems of Legal Translation: Theoretical Aspects”, *Indiana International & Comparative L. Rev.*, 1996, p. 189. Aparte de la precisión y la certeza, una traducción legal “está obligada a usar abstracciones, cuyos significados provienen de los cambios culturales particulares y los contextos sociales. Estos contextos generan un cierto grado de ambigüedad, que aumenta cuando las culturas legales y los sistemas son muy diferentes el uno del otro” (Id). La traducción jurídica se hace mucho más retardora cuando los términos referidos vienen de fuentes antiguas legales, objeto de desarrollos históricos específicos. (Ver Matthew C. Mirow, “Latin American Legal History: Some Essential Spanish Terms”, *La Raza L. Journal* 43, 2000).

<sup>32</sup> Keith Rosenn, “Dahl’s Law Dictionary. Diccionario Jurídico by Henry S. Dahl, Buffalo, New York: William S. Hein & co., Inc., 1992, p. 350.” In *Inter-American Law Review*, Vol. 24, Número 3, Primavera, 1993, p. 607-608. El autor posteriormente afirma: “incluso cuando conceptos similares existen en ambos idiomas, los términos jurídicos en inglés y en español son a menudo simplemente análogos funcionales cuyos significados difieren de manera importante” (Id.)

<sup>33</sup> Stephen Zamora et al., ver supra nota 12, p. 77-78.

<sup>34</sup> “Corporation” es usualmente traducida como sociedad o compañía. Ver, entre otros, Louis A. Robb, *Diccionario de Términos Legales, Español-Inglés e Inglés-Español*, México, Ed. Limusa, 1991, p. 151; Julio Romañach, *Teach Yourself- Legal Spanish, Bilingual Guide to the Legal Terminology of Laws of Latin America and Spain*, Baton Rouge, Lawrence Publishing Company, 1999, p. 308. Phanor Eder sostiene enfáticamente que “no es posible una traducción del concepto sociedad” (*A Comparative Survey of Anglo-American and Latin-American Law*, New York, New York University Press, 1950, p. 136). Este término y todos aquellos dados a los diferentes tipos de organizaciones comerciales son difíciles de traducir. Keith Rosenn recalca la complejidad de tal tarea. Este autor critica la equivocada traducción del *Diccionario Jurídico Dahl* de la sociedad de responsabilidad limitada como una “limited partnership”. Más acertadamente, Rosenn sostiene que tal asociación comercial “es en realidad una ‘limited liability company’ cuyo capital está dividido en cuotas entre un número limitado de socios, cuya responsabilidad está limitada al monto de sus aportes de capital. Puede ser conformada tanto como “corporation” o como “partnership”, para efectos fiscales en EE.UU., dependiendo de la forma como los estatutos estén redactados” (supra nota 25, p. 613). Por el contrario, José Ramón Cano Rico, en su *Diccionario Jurídico trilingüe*, proporciona el significado

en aquellos ordenamientos jurídicos latinoamericanos que siguen el Código Civil de Andrés Bello (1855)— hace referencia, generalmente, a una entidad sin ánimo de lucro.<sup>35</sup> Las palabras que más se acercarian al término “corporation” serían sociedad o compañía<sup>36</sup> y no corporación. Por otro lado, la palabra “governance” (gobierno o gobernança) tiene un significado técnico específico proporcionado por la doctrina local. Este significado asignado a “gobierno” no corresponde necesariamente con el requerido para traducir correctamente la expresión “corporate governance”. En el caso del Derecho de Sociedades argentino, por ejemplo, el término hace referencia exclusivamente a los asuntos jurídicos relacionados con la asamblea de accionistas.<sup>37</sup> Una traducción apropiada, siguiendo la regla más elemental de Derecho Comparado, debe haber tenido en cuenta los equivalentes funcionales de ambas palabras. Aunque sea demasiado tarde para cambiar una terminología esparcida y de algún modo práctica, una traducción técnicamente neutral al español para el término “corporate governance” podría ser “organización societaria”.

A pesar de existir esta clase de discrepancias terminológicas, un grado significativo de préstamo y de armonización en el Derecho Societario latinoamericano es tan práctico como necesario.<sup>38</sup> La falta de una comparación apropiada con ordenamientos jurídicos más avanzados ha dejado atrás a la mayor parte de países de Latinoamérica. La estructura jurídica en estos países es claramente subdesarrollada

---

en inglés de la palabra española ‘corporación’. Obviamente, él propone la traducción jurídica apropiada de ‘association’, en lugar del erróneo término ‘corporation’. (Diccionario de Derecho, Español-Inglés-Francés, Madrid, Ed. Tecnos, 1994, p. 46).

<sup>35</sup> Ver, el artículo 641 del Código Civil colombiano, el artículo 545 del Código Civil chileno, el artículo 19 del Código Civil venezolano. Vea también los siguientes autores: de Colombia, Arturo Valencia Zea, Derecho Civil, el Volumen 1, Santafé de Bogotá, Ed. Temis, 1994; de Venezuela: Alfredo Morles Hernández, Curso de Derecho Mercantil de Sociedades, Volumen II y 4ta edición, Caracas, Ed. UCAB, 1999; para Chile: Arturo Alessandri Rodríguez, Tratado de Derecho Civil, 7ma. edición, Santiago, 2005. Con respecto a la importancia del gran movimiento codificador de Andrés Bello del siglo XIX, se ha dicho que “él fue el padre de quince niños”. (Ver Matthew Mirow, “Individual Experience in Legal Change: Exploring a Neglected Factor in Nineteenth-century Latin American Codification”, in Southwestern University School of Law, Vol. XI, Num. 2, 2005, p. 301).

<sup>36</sup> Hannon advierte sobre la dificultad asociada al término ‘corporate’ para identificar sociedades latinoamericanas. No se puede sugerir que el Derecho Societario latinoamericano “tenga un equivalente específico de ‘corporation’ en América Latina” (P.B. Hannon, “Latin American Corporation Law”, Tulane Law Review, Vol. 34, 1960, p. 753).

<sup>37</sup> Ver, entre otros, Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Derecho Societario, Parte General, Los Órganos Societarios, Vol. 4, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1996, p. 141-204, y Ricardo A. Nissen, Curso de Derecho Societario, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1998, p. 437.

<sup>38</sup> El siglo pasado vio en los estados federales, como los Estados Unidos, y en organismos supranacionales, como la Unión Europea, “la seria consideración dada al reemplazo del sistema corriente de regulación societaria por leyes societarias nacionales o supranacionales”. (Larry Catá Backer, Comparative Corporate Law, United States, European Union, China and Japan, 2002, p. 543).

en comparación con los regímenes más progresivos y actualizados del mundo.<sup>39</sup> Estos trasplantes jurídicos en el campo del Derecho Societario se han presentado en Latinoamérica en las últimas décadas. Es previsible que la influencia de regulaciones extranjeras en los derechos societarios de la región sea cada vez mayor. Sin embargo, como se ha sugerido, se debe tener un cuidado especial en esta importación de instituciones.

El ritmo al que se están transplantando instituciones jurídicas en el campo de la organización societaria es impresionante y problemático. La apresurada propagación mundial de la legislación americana reciente –impulsado por los escándalos públicos de compañías locales– no ha dejado ni espacio ni tiempo para valorar con cuidado las implicaciones prácticas de introducir este complejo cuerpo normativo en territorios extranjeros. Incluso para los estudiosos norteamericanos es todavía demasiado temprano para evaluar apropiadamente la ley “Sarbanes-Oxley (“Sarbanes-Oxley Act”), promulgada por el Congreso en 2001.<sup>40</sup> Sus implicaciones prácticas, como mecanismo para frenar prácticas societarias inadecuadas, no han sido verificadas completamente. De hecho, hay una queja frecuente con respecto a los costos asociados a su implementación en sociedades que cotizan sus acciones en la bolsa de valores de los EE.UU.<sup>41</sup> Si esta es la situación en la que se encuentra la investigación empírica en los EE.UU., la situación en Latinoamérica es todavía menos prometedora. El impacto de estas medidas no ha sido objeto de análisis. Por lo general, los países en la región han acogido la filosofía de la organización societaria sin mucha consideración a las condiciones económicas y culturales locales, sin mencionar la

<sup>39</sup> Algunos autores importantes incluso clasifican las legislaciones societarias latinoamericanas dentro de la misma categoría que ha sido asignada a las regulaciones africanas en este mismo campo. “Otros sistemas de gestión societaria también son objeto de estudio. Las formas de gestión de Latinoamérica, India y África merecen ser discutidas en su propio Derecho”. (Id., p. xxxviii). Otro ejemplo de esta categorización puede ser encontrado en la importante obra “The Anatomy of Corporate Law”, escrito por Reiner R. Kraakman y otros prestigiosos autores. A pesar del análisis comparativo e internacional adoptado en esta gran obra, sus explicaciones están referidas únicamente al Derecho europeo, americano y japonés. En general, no hay referencia a los ordenamientos jurídicos latinoamericanos en este fundamental libro. (The Anatomy of Corporate Law, Oxford, 2004).

<sup>40</sup> “Es apresurado para estimaciones académicas, pero los que se han aventurado hasta el momento tienden a afirmar que los costos exceden los beneficios. Mientras tanto, muchos comerciantes americanos están muy descontentos, y con razón: los costos iniciales de la nueva ley han sido mayores que los esperados. Y puede argumentarse que, cuando se trata de mejorar la gestión societaria norteamericana, la ley conlleva más síntomas que causas”. (“Sarbanes-Oxley: A Price Worth Paying?” in The Economist, May 19th, 2005).

<sup>41</sup> John Berlau ha sostenido que aunque Sarbanes-Oxley “fue vendido como una cura para el mal comportamiento de Enron, la ley sobre todo falla en que, en lugar de estar dirigida contra los verdaderos malhechores, castiga a todas las sociedades de capitalistas abiertas en general (...). Son las pequeñas sociedades anónimas inocentes las que están realmente pagando injustamente por los pecados de Enron” (“Puts & Calls: Sarbanes-Oxley ‘Reform’ Harming Economy”, en Post-Gazette, Noviembre 13, 2005, en [www.postgazette.com/pg/05317-605320.stm](http://www.postgazette.com/pg/05317-605320.stm)).



ausencia de una evaluación cuidadosa sobre las implicaciones de estas nuevas normas, teniendo en cuenta su costosa implementación y las cargas formales.

Las consecuencias de copiar legislaciones extranjeras en este campo no se pueden determinar ahora, pues sería prematuro. No obstante, se puede prever que ciertas sociedades serán disuadidas de cotizar sus acciones en las bolsas de valores debido a los gastos asociados a tales regulaciones. Frente a esta última idea, sería interesante explorar si en parte la salida de la bolsa de valores colombiana de una sociedad tan tradicional como Bavaria, obedeció a estos motivos. Sin embargo, la arrolladora realidad de la organización societaria como un fenómeno mundial no se puede ignorar. La influencia de propuestas, como las hechas por organismos internacionales, ha cambiado el panorama del Derecho Societario, por lo menos en lo relativo a sociedades anónimas abiertas. También es cierto que la implementación de estas pautas generales puede todavía ser susceptible de un proceso de adaptación a las realidades locales. Tal proceso debe realizarse al mismo ritmo al que se hacen los trasplantes legales.

### Los principios de la organización societaria

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)<sup>42</sup> define la organización societaria (*gobierno corporativo*, en términos norteamericanos) como “las relaciones entre la administración de la sociedad, su junta directiva, sus accionistas y grupos de interés. La gestión societaria proporciona la estructura a través de la cual se establecen los objetivos de la sociedad, los medios para alcanzar esos objetivos y la forma como se controlará la gestión”.<sup>43</sup>

Aunque esta definición parece, en principio, ser precisa, se debe reconocer que el concepto de gestión societaria (gobierno corporativo) es bastante vago.<sup>44</sup> Joseph

---

<sup>42</sup> La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), fue creada el 14 de diciembre de 1960, y actualmente tiene presencia en 30 países, incluyendo los Estados Unidos y casi toda Europa. La OCDE se define así misma como “un foro en donde los gobiernos trabajan unidos para afrontar los desafíos económicos, sociales y ambientales de la interdependencia y la globalización”. El artículo 1ro. de la Convención de la OCDE señala que su misión es “promover las políticas diseñadas para ‘contribuir con el crecimiento del comercio mundial, en unas bases multinacionales no discriminatorias’”. (Ver Kathryn Fugina, “Merger Control Review in the United States and the European Union: Working Toward Conflict Resolution”, 26 *New Journal of International Law and Business*, p. 471).

<sup>43</sup> OCDE, *White Paper on Corporate Governance in Latin America*, Glossary: [www.oecd.org](http://www.oecd.org) (visitada por última vez: 12/07/08).

<sup>44</sup> La organización societaria abarca un amplio espectro de asuntos, como tratar de asegurar mejores prácticas por parte de los sistemas financieros locales, promocionar la transparencia de las transacciones financieras, adoptar mejores reglas para el manejo interno de las sociedades, e implementar mejores regulaciones de los mercados de capital y de la supervisión. (Stijn Claessens, “Policy Approaches to Corporate Restructuring Around the World: What Worked, What Failed?”, En: *Corporate Restructuring: Lessons from experience*, Washington, The World Bank, 2005, p. 55).



McCahery lo define como “el control y monitoreo sobre la forma como los recursos de la sociedad se asignan y la forma como las relaciones dentro de la compañía se estructuran y se manejan”.<sup>45</sup> En este sentido, el concepto de gestión societaria es más que una regulación de la titularidad del capital y el control de la gestión dentro de la sociedad, pues “[C]ontiene también las reglas que protegen a otros grupos de interés, como empleados y acreedores, del ‘riesgo moral’ y la ‘selección adversa’”.<sup>46</sup> Varias relaciones societarias están envueltas dentro del alcance de esta disciplina. Ellos incluyen, entre otros, los que surgen de las relaciones de control entre la administración, la junta directiva, los accionistas y grupos de interés, como proveedores, instituciones financieras, etc.<sup>47</sup> El concepto de gestión societaria se encuentra no sólo en la legislación societaria, sino también en contratos y directrices no obligatorias que pueden ser adoptadas por sociedades abiertas o cerradas.

Como sistema de protección a inversionistas externos, éste es tan antiguo como la encomienda medieval. Para desarrollar relaciones de largo plazo en tiempos medievales, “mecanismos de transparencia y de efectiva aplicación fueron concebidos a través de las figuras de notarios, agremiaciones y tribunales mercantiles”.<sup>48</sup> El desarrollo de sociedades por acciones, caracterizada por la administración centralizada, responsabilidad limitada, libre negociación de acciones y continuidad de la existencia, ocasionó problemas adicionales de gobierno, los cuales se analizan hoy bajo el concepto de costos de la representación. Desde 1776, Adam Smith señaló la conducta oportunista de los directores de las sociedades anónimas. “Los directores de estas sociedades [anónimas], sin embargo, como son administradores del dinero de otros y no suyo, no puede esperarse que manejen este dinero con el mismo cuidado con el que los socios de una compañía privada lo harían sobre su propio capital. Como los mayordomos de un hombre rico, ellos son aptos para atender los pequeños asuntos, pero no el honor de su señor, y muy fácilmente se dispensarán de hacerlo. Negligencia y dilapidación, por lo tanto, siempre han de presentarse, en mayor o menor medida, en la administración de esta sociedad.”<sup>49</sup>

Los principios modernos de la organización societaria, así como otras instituciones contemporáneas del Derecho Societario, pueden ser considerados como un

---

<sup>45</sup> Joseph A. McCahery and Eric P.M. Vermeulen, *Corporate Governance and Innovation: Venture Capital, Joint Venture and Family Businesses*, Tilburg University, 2006, p. 1.

<sup>46</sup> *Id.*

<sup>47</sup> *Id.*

<sup>48</sup> McCahery se refiere a esta antigua institución y la explica como “los problemas de dirección y administración han existido desde que los inversionistas permitieron que otros usaran su dinero, actuaran en su nombre y por ellos en negocios riesgosos. (*Id.*, p. 8).

<sup>49</sup> Citado por Michael C. Jensen, “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure”, *Journal of Financial Economics*, Octubre, 1976, Vol. 3, No. 4, p. 305.

invento norteamericano.<sup>50</sup> Este tema ha sido analizado en los EE.UU. por casi tres décadas. Incluso, en 1978, el Instituto de Derecho Americano ya había emprendido el proyecto denominado Principios de “Gobierno Corporativo y Estructura: Reformulación y Recomendaciones”. El primer borrador de los Principios surgió del reconocimiento de una de las finalidades del Derecho Societario, según los objetivos de las sociedades, a saber, dirigir actividades mercantiles con el propósito de obtener ganancias y utilidades sociales.

En la búsqueda de esas metas, los principios propusieron que la sociedad, en el desarrollo de su negocio: (i) debe ser obligada a actuar dentro de la ley; (ii) puede, en forma acertada, tener en cuenta los principios éticos generalmente aceptados como relevantes en el medio para dirigir la actividad mercantil<sup>51</sup>, y (iii) puede dedicar los recursos, dentro de un límite razonable, al bienestar público, y a causas filantrópicas, altruistas y educativas.<sup>52</sup> El proyecto inicial contenía los deberes de cuidado, lealtad y buena fe, así como la regla de la discrecionalidad. Se hizo también énfasis en los temas de acciones derivadas y de delegación de funciones administrativas en sociedades anónimas abiertas.<sup>53</sup>

La destacada evolución de este campo se refleja en la influencia que estos principios han tenido en la reformulación de la normatividad societaria en todo el mundo.<sup>54</sup> La principal preocupación en los temas de organización societaria está relacionada con la capacidad de formar una estructura normativa que permita fomentar la toma

---

<sup>50</sup> Incluso la terminología para identificar este tópico ha sido prestada –en algunos casos, incluso, equivocadamente– por varios ordenamientos jurídicos de países de tradición romano-germánica. Este fenómeno se ha difundido no solamente en América Latina, sino también en países europeos (Ver Pierre Mousseron, *supra* note 23, p. 22).

<sup>51</sup> Al tratar la importancia de la ética comercial en el campo de la organización societaria, Bedrick ha señalado la falta de interés por discutir las normas éticas en algunas instituciones de América Latina. “En la mayoría de las reuniones con los representantes de las instituciones de gestión societaria de América Latina, los principios éticos raras veces han sido tratados como un tópico central. Las discusiones, por lo general, giran alrededor de la estructura de propiedad sobre el capital, el papel y la responsabilidad de la Junta Directiva, así como sobre las situaciones del mercado.

<sup>52</sup> A.L.I. Principles of Corporate Governance and Structure: Restatement and Recommendations, Secc.2.01.

<sup>53</sup> Ver Robert Hamilton, *Laws of Corporations*, St. Paul, West Publishing Co., 1983, p. 35. Versiones más recientes de los principios incluyen un tratamiento completo de los deberes y responsabilidades de los administradores de las sociedades, tanto para la sociedad como para sus accionistas, la dirección estratégica de la sociedad, la estructura societaria, el deber de cuidado y la regla de la discrecionalidad, el deber de obrar con rectitud, el papel de directores y accionistas en transacciones de control y en ofertas públicas de adquisición de acciones, y las acciones societarias (Ver <https://www.ali.org/Main.htm> - (Última vez visitado: 12-07-06).

<sup>54</sup> “Estimulado por un énfasis global sobre la gestión societaria, recientemente muchos países han venido mejorando las reglas sobre la forma como las sociedades son controladas y administradas”. (Stijn Claessens, ver *supra* nota 37, p. 55).

de riesgo, especialmente por parte de inversionistas institucionales, y promueva la creación de empresas con ideas innovadoras.<sup>55</sup> Nadie parece discutir la utilidad de la organización societaria como una herramienta para fomentar la inversión. De acuerdo con Vítolo, “un buen régimen de gestión societaria es crucial para una eficiente administración de los mercados de capitales y del sistema de inversión. Al mismo tiempo, la organización societaria asegura que todos los participantes en el mercado sean conscientes del amplio espectro de intereses legales y económicos en los cuales sus intereses se desarrollan (...)”.<sup>56</sup>

Actualmente, la mayoría de los países reconocen la necesidad de incorporar normas relacionadas con la transparencia y la comunicación oportuna en lo relativo a los administradores, por lo menos en sociedades anónimas abiertas. La necesidad de tener auditorías y/o revisorías fiscales se ha convertido también en una medida general para aquellas sociedades dispuestas a entrar al competitivo mercado internacional de capitales.<sup>57</sup> Incluso, algunas instituciones financieras han desarrollado métodos para evaluar si una sociedad cumple con los requisitos mínimos de organización societaria.<sup>58</sup> Complejas fórmulas y ecuaciones han sido propuestas para determinar las probabilidades de manejo de información privilegiada, variable importante dentro de la buena gestión societaria.<sup>59</sup> De esta manera, se afirma que hay una clara correlación entre el desarrollo de los mercados de

<sup>55</sup> Ver McCahery, nota 45 supra, p. 1.

<sup>56</sup> Daniel Roque Vítolo, “Corporate Governance en la nueva dinámica societaria”, *Sociedades Comerciales, Los administradores y los socios, Gobierno corporativo*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 18.

<sup>57</sup> Es acertado afirmar que las sociedades que buscan inversión extranjera “deben diferenciarse adoptando un tratamiento ejemplar hacia los socios minoritarios, que va más allá de los requisitos mínimos exigidos en un país determinado. Para atraer inversión extranjera, las sociedades y sus administradores deben no sólo ser fuertes desde el punto de vista financiero, sino también actuar con transparencia y velando por los intereses de los accionistas; en otras palabras, cumplir con las prácticas de buen “gobierno corporativo”. (Alex Brown, *Who has the Best Corporate Governance in Latin America*, Deutsche Bank, 2001, p. 3).

<sup>58</sup> Por ejemplo, el banco alemán “Deutsche Bank” aplica un método en el que las compañías son ranquiadas teniendo en cuenta los siguientes criterios: 1. Tratamiento a los accionistas (el rango de puntaje va desde -14 hasta +50); 2. Independencia de la administración (el puntaje va desde -1 hasta +25); 3. Publicidad de la información (el puntaje va desde -2 hasta +20); 4. Política sobre el reparto de utilidades (puntaje desde -4 hasta +10 puntos) (Id., p. 3).

<sup>59</sup> Las variables, como el índice de probabilidad de manejo de información privilegiada [“Informed Trading Probability” (ITP)], son muy importantes. “La probabilidad esperada de que el dinero de los inversionistas externos sea desviado por el mal manejo y por la realización de transacciones comerciales utilizando información privilegiada es un determinante crucial en la colocación de su inversión y del consiguiente costo de capital para las compañías al tratar de aumentar este índice. (Juan J. Cruces et al., *Insider Trading and Corporate Governance in Latin America*, Inter-American Development Bank Research Network Working Paper # R-513, 5 de septiembre, p. 5).

capital y la naturaleza de las normas legales, siempre y cuando estas puedan ser efectivamente exigidas.<sup>60</sup>

Por regla general, los inversionistas estarían dispuestos a pagar una cantidad de dinero adicional por invertir en una empresa bien manejada. En este sentido, “la gestión societaria se puede ver como una tecnología –semejante a una técnica industrial, un sistema para la administración del inventario o una ingeniería para lograr economías de escala– y las firmas afrontan grandes estímulos para adoptar las mejores prácticas societarias posibles”.<sup>61</sup> Los siguientes datos muestran, por lo menos teóricamente, que los inversionistas en Latinoamérica están dispuestos a pagar una suma de dinero adicional por una acción, si la entidad emisora está bien administrada.<sup>62</sup>

**Tabla 1: Prima promedio por una sociedad “bien administrada”**

País	Prima
Venezuela	28
Colombia	27
Brasil	23
Méjico	22
Argentina	21
Chile	21

Como estos resultados se basan en un estudio teórico, se queda sin determinar el comportamiento de los inversionistas ante una situación real dada, y deja la dificultad de definir el concepto de una compañía “bien administrada”. Este concepto de “bien administrada” es bastante subjetivo y permite extensas discusiones. Los objetivos específicos de la gestión societaria hacen referencia al fomento de la transparencia y la publicidad, especialmente, en las sociedades anónimas abiertas. Estos principios buscan controlar el papel y el comportamiento de la Junta Directiva, así como garantizar la independencia de los auditores y de los directores que no ocupan altos cargos dentro de la empresa.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> Ver, entre otros, Rafael La Porta et al, Legal Determinants of External Finance, 52 J. Fin. 1131, 1997, p. 1146.

<sup>61</sup> Lucian Arye Bebchuk et al., “A Theory of Path-Dependence in Corporate Ownership and Governance” 52 Stanford Law Review, No. 127, 1999, p. 134.

<sup>62</sup> Ver McCahery et al., supra nota 45, p. 20.

<sup>63</sup> *Id.* p. 2.

## El Contexto de la organización societaria: tendencia en bloque contra el sistema de mercado

Un ejemplo simple de la complejidad de la importación jurídica se puede ilustrar en el contexto específico de las sociedades. Varios aspectos de la gestión societaria, que se han diseñado para sociedades anónimas que negocian sus acciones en la bolsa –como aquellas de EE.UU. y Gran Bretaña– tienden a ser extrapoladas hacia países con estructuras de capital concentradas, como las que prevalecen en Europa Continental y América Latina.<sup>64</sup> Las normas correspondientes que son transplantadas o recomendadas generalmente tienen que ver con los problemas que surgen de un contexto caracterizado por la dispersión de la propiedad del capital societario. Por lo tanto, la preocupación en estas regulaciones se concentra en la necesidad de disminuir o aminorar el conflicto de intereses que surge entre accionistas y administradores. El principal objetivo de las normas sobre gestión societaria, en este contexto, está dirigido hacia la alineación o armonización de estos intereses. Es natural, por lo tanto, que la mayoría de las disposiciones diseñadas para tratar este problema particular de representación pretendan garantizar ciertos derechos de convocatoria. Ellas también fueron diseñadas para permitir a los accionistas votar en decisiones societarias relevantes. Hay también mecanismos que buscan imponer a los administradores responsabilidades que pueden surgir de la infracción de los deberes de cuidado, de lealtad y buena fe.<sup>65</sup> Estos derechos y acciones son útiles incluso en aquellos sistemas en los que no hay dispersión de capital como los que existen en los EE.UU. y la Unión Europea. Sin embargo, estas medidas proteccionistas no son suficientes para resolver los asuntos de gestión societaria que surgen en economías centralizadas (no mercado). La naturaleza disímil de la mayoría de los problemas de la representación, que se dan en un contexto de concentración de la propiedad, difiere en gran parte de aquellos presentes en mercados de capitales sumamente desarrollados y líquidos.

<sup>64</sup> Ver, por ejemplo, en Argentina, el Decreto 677 de 2001, sobre la transparencia de la oferta pública de valores; en Brasil, la ley 10.303 de 2001, sobre sociedades anónimas abiertas, y, en Colombia, la resolución 275 de 2003 (expedida por la Superintendencia de Valores). Esta última regulación establece requisitos específicos sobre gestión societaria para los emisores que busquen recibir inversión de los fondos pensionales. El contenido de esta resolución fue incluido en la ley colombiana 964 de 2005.

<sup>65</sup> De acuerdo con Roberta Romano, los ejemplos más sobresalientes de disposiciones elaboradas para mitigar los problemas de representación que provienen de la dicotomía entre la propiedad y el control son los siguientes: (1) accionistas-directores que controlan a los administradores, (2) derechos de voto de los accionistas ante cambios societarios esenciales, y (3) deberes fiduciarios que pueden generar responsabilidad de los administradores que actúan negligentemente o con lealtad dividida (favoreciendo su propio interés económico sobre el de los accionistas). (The Genius of American Corporate Law, Washington, D.C., The AIE Press, 1993, p. 2).

Como resultado del alto nivel de concentración en la región, el control societario es ejercido por los accionistas mayoritarios en las empresas latinoamericanas.<sup>66</sup> Lefort ha sostenido que como resultado de la equitativa estructura de propiedad del capital societario, “el centro de la problemática en la gestión societaria en América Latina es la posible divergencia de intereses entre los socios mayoritarios y los minoritarios”.<sup>67</sup> A pesar de esta realidad, los principios importados tienden a combatir la tensión que surge entre accionistas y administradores, en lugar de afrontar los problemas de la representación, derivados de los conflictos entre los socios mayoritarios y minoritarios.<sup>68</sup>

Vidal también ilustra esta situación a través de la siguiente comparación: “sociedades latinoamericanas, en contraste (haciendo referencia a las sociedades anónimas norteamericanas), se caracterizan por tener una alta concentración de capital en manos de unos cuantos accionistas. En América Latina, en promedio, los principales cinco socios mayoritarios de una sociedad son propietarios del 80% de las acciones de la empresa”.<sup>69</sup>

En la región, la situación anterior también se presenta en la denominada “sociedad de familia”, en la cual los miembros de una misma familia tienen mayoría accionaria.<sup>70</sup>

---

<sup>66</sup> La concentración de propiedad es una situación tan generalizada que solo unos pocos sistemas permiten una clara separación entre la propiedad y el control. “Evidencia empírica reciente demuestra que, incluso al nivel de las grandes empresas, la titularidad difusa de las acciones es un fenómeno particular, altamente limitado a EE.UU. y a Gran Bretaña”. (John C. Coffee, *The Future as History: The Prospects for Global Corporate Governance and its Implications*, 93 *Nw. U. L. Rev.* 641, 1999, p. 641).

<sup>67</sup> Ver Fernando Lefort, *Ownership Structure and Corporate Governance in Latin American Countries - An Empirical Overview*, Anexo C del “White Paper on Corporate Governance in Latin America”.

<sup>68</sup> De acuerdo con Kraakman, estos conflictos hacen parte de los tres problemas de representación o mandato que existen en las firmas comerciales. Estos son: (i) el conflicto que existe entre accionistas y administradores, (ii) el antagonismo que se presenta entre socios mayoritarios y minoritarios y (iii) el contraponer los intereses económicos de la sociedad y los terceros que contratan con la sociedad (sus grupos de interés). En el segundo escenario, “los socios minoritarios son los principales o mandantes y los socios mayoritarios son los agentes o mandatarios, y la dificultad estriba en asegurar que los últimos no expropien a los primeros. (Reinier Kraakman et al., *supra* nota 39, p. 22).

<sup>69</sup> “Corporate Governance in Latin America: Beyond Sarbanes-Oxley”, En: *Claves de Gobierno Corporativo*, Confecámaras, Bogotá, 2005, p. 129. Esta situación tiene cierta correlación con el hecho demostrado de que “América Latina tiene la distribución de ingreso más inequitativa del mundo”. (Ver Ocampo et al., *supra* nota 15, p. 109).

<sup>70</sup> Bedicks ha demostrado que el control familiar “sigue siendo lo normal en la mayoría de las pequeñas y medianas empresas que no cotizan sus acciones en la bolsa”. (Heloisa B. Bedicks et al., *supra* nota 6, p. 218). El control familiar es considerado uno de los mayores obstáculos para una reforma apropiada de la gestión societaria en América Latina. “Objeciones importantes a la reforma provienen también de las familias que controlan grandes empresas. Desde el punto de vista de estas familias, un mejoramiento de los derechos de los inversionistas externos es ante todo una reducción del poder de gestión, debido al deterioro de la expropiación de oportunidades [...]. Lo que los reformadores ven como protección de los inversionistas las

Estos miembros de la familia tendrán el poder para influir sobre las políticas de la administración e, incluso, reemplazar a los administradores, si es necesario, por personas de su agrado.<sup>71</sup> En aras de mitigar el impacto de estas estructuras concentradas de capital, se ha sugerido que las prácticas de gestión societaria busquen evitar que los accionistas mayoritarios obtengan beneficios económicos asimétricos.<sup>72</sup> Desde el punto de vista técnico, la estructura de la organización societaria en la región puede también caracterizarse por el llamado modelo tradicional.

Este está basado en derechos de propiedad, en donde los accionistas que suministran el capital se convierten en un factor clave dentro de la administración societaria.<sup>73</sup> Este modelo coincide con la estructura dada a la mayoría de la normatividad latinoamericana sobre sociedades anónimas.

Según estas regulaciones, los accionistas se reúnen por lo menos una vez al año para aprobar las cuentas de la administración y los estados financieros. En estas reuniones, se elige la Junta Directiva, y los accionistas tratan todos los asuntos generales sobre la marcha del negocio. La Junta Directiva media entre los accionistas y el gerente de la sociedad. Este último, una vez designado por la Junta Directiva, dirige el día a día de la sociedad. La Junta Directiva también supervisa la actividad de los gerentes y demás ejecutivos, para proteger los intereses de los accionistas.<sup>74</sup>

---

familias lo llaman ‘expropiación de los empresarios’. No es de asombrar, entonces, que en todos los países –desde América Latina hasta Asia y Europa– las familias se hayan opuesto a la reforma legislativa”. (Rafael La Porta et al., “Investor Protection and Corporate Governance”, En: *Journal of Financial Economics*, No. 58, 2000).

<sup>71</sup> Rogene A. Bucholz, *Business Environment and Public Policy, Implications for Management and Strategy*, 4ta Edición, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1992, p. 249. Mark J. Roe hace una interesante caracterización de esta estructura de gestión societaria: “Familias acomodadas en algunos países dicen preferir el control familiar en las empresas. Las firmas pasan de generación en generación; la gestión societaria se convierte a veces en la coordinación de las relaciones familiares”. (*The Shareholder Wealth Maximization Norm and Industrial Organization*, Discussion Paper No. 339, abril, 2001, Harvard Law School, p. 10). El autor posteriormente afirma que la preferencia de esta estructura societaria tiene un lado funcional, esto es, que los accionistas en este tipo de sociedades pueden conservar más de sus ingresos dentro de esa familia que en cualquier otra estructura societaria.

<sup>72</sup> “Socios mayoritarios controlan la Junta Directiva de la firma, así como la gerencia. La dispersión y la variedad de intereses de los socios minoritarios, por el otro lado, hacen difícil para estos organizarse de manera efectiva. Una buena gestión societaria busca evitar que los accionistas que tienen el control obtengan una cantidad desproporcionada de utilidades o demás clases de beneficios relacionados con el tamaño de sus pertenencias”. (Ocampo et al, *supra* note 15, p. 137).

<sup>73</sup> Ver Bucholz, *supra* note 71, p. 243.

<sup>74</sup> Esta descripción coincide con la definición dada por Bucholz (Id., p. 243).

Tabla 2: Concentración de capital en América Latina<sup>75</sup>

País	Muestra (2002)	% de accionistas principales (2002)	% de los 3 principales accionistas (2002)	% de los 5 accionistas mayoritarios (2002)
Argentina	15	61%	82%	90%
Brasil	459	51%	65%	67%
Chile	260	55%	74%	80%
Colombia	74	44%	65%	73%
México	27	52%	73%	81%
Perú	175	57%	78%	82%
<b>Promedio</b>	<b>168.3</b>	<b>53%</b>	<b>73%</b>	<b>79%</b>

La OCDE también reconoce el alto grado de concentración del capital en las sociedades anónimas abiertas.<sup>76</sup> Reconoce igualmente el control familiar como la estructura que prevalece en las pequeñas y medianas empresas que no negocian sus acciones en bolsa en la región.<sup>77</sup> Aunque dificultoso en muchos aspectos, los bloques de poder pueden resultar útiles en términos de eficiencia en el control de la administración.<sup>78</sup> “Claramente identificados y activamente comprometidos, los socios mayoritarios pueden ser una gran fortaleza para la empresa, al asegurar un control activo sobre la administración, y al ser fuente de financiación disponible rápidamente para la empresa, en situaciones críticas”.<sup>79</sup>

<sup>75</sup> Fuente: ECONOMATICA and 20 F ADR Filings, citado por Fernando Lefort, supra nota 67, p. 53.

<sup>76</sup> Ver OECD, White Paper on Corporate Governance in Latin America, supra nota 43. La concentración de capital y sociedades anónimas cerradas parece ser la regla general en América Latina. En Brasil, por ejemplo, solamente 120 de 6.000 sociedades “son abiertas y cotizan sus acciones en la Bolsa de Valores de Sao Paulo (Bovespa). Sin embargo, algunas de las sociedades anónimas abiertas pueden ser consideradas como cerradas (...) Este es el caso de las grandes empresas controladas por el gobierno del sector energético y del sector financiero, y de los grupos familiares y empresas privadas bajo control extranjero, por la pequeña cantidad de acciones que son libremente negociables. Desde el punto de vista de la gestión societaria, estas compañías parecen ser cerradas, porque los miembros de sus juntas directivas son puestos por los accionistas mayoritarios”. (Leonardo Viegas, “Brazil: Corporate Governance – Challenges and Opportunities”, in Corporate Governance of Non-listed Companies in Emerging Markets, OECD Publishing, 2006, p. 133).

<sup>77</sup> Bedicks señala otras características regionales que fueron identificadas por la OCDE: (i) Privatización; (ii) Concentración de propiedad, control definido, y la necesidad de capital; (iii) Importancia de los grupos industriales; (iv) Reestructuración del sistema financiero; (v) La regionalización e importancia de las empresas multinacionales; (vi) Mercado de capitales doméstico limitado y una creciente importancia de cotizar sus acciones en bolsas internacionales; (vii) Esquemas obligatorios de administración de fondos pensionales, y (viii) Tradiciones legales y patrones de cumplimiento de obligaciones (Ver supra nota 6, p. 222).

<sup>78</sup> Ver OECD, White Paper on Corporate Governance in Latin America, supra note 43.

<sup>79</sup> *Id.*



La Corporación Internacional de Finanzas (IFC) reconoce hoy que “muchas de las discusiones mundiales sobre gestión societaria se concentran en los conflictos administrativos entre los socios mayoritarios y los demás accionistas.”<sup>80</sup> Este enfoque también permite analizar temas tan importantes como el de las mayorías o las empresas familiares.<sup>81</sup> De hecho, el IFC acepta que es importante “reconocer los beneficios, en términos de estabilidad y direccionamiento, que se derivan de tener un grupo comprometido de accionistas mayoritarios en el corazón de una compañía”.<sup>82</sup>

Incluso, aunque la experiencia de los EE.UU. con la regulación de las sociedades anónimas pueda ser una referencia útil para la reforma legislativa en Latinoamérica, la gran diferencia estructural entre estos dos sistemas jurídicos debe ser tenida en cuenta.<sup>83</sup> Mientras la principal preocupación de las regulaciones societaria y de valores de los EE.UU. es afrontar el problema oportunista de los administradores ante los accionistas<sup>84</sup>, el objetivo de la regulación latinoamericana debe estar en-

<sup>80</sup> IFC and Corporate Governance, Latin America. Ver [www.ifc.org](http://www.ifc.org) (Última visita: 12-07-06).

<sup>81</sup> El control familiar es un hecho en América Latina. Méjico, por ejemplo, “todavía muestra una alta concentración de poder económico en muchos grupos familiares (la familia Garza Sada en Monterrey, la familia Slim and Servitje en Méjico D.F., entre otras) que han tenido gran influencia en sectores particulares, por tener una participación mayoritaria en empresas de los sectores financiero e industrial (Ver Stephen Zamora, *supra* note 12, p. 537).

<sup>82</sup> IFC and Corporate Governance, ver *supra* nota 80.

<sup>83</sup> De acuerdo con Troy A. Paredes, “el Derecho Societario de un país depende de su carácter institucional único. Al adoptar una reforma legislativa, por lo tanto, los dirigentes deben ser pragmáticos, tener en cuenta las políticas del pasado, y que sea posible y realista. Aunque el modelo de mercado societario de los EE.UU., con sus leyes permisivas societarias, es el sistema más efectivo de administración del mercado de valores más amplio y desarrollado del mundo, el modelo norteamericano no es aplicable en todas partes”. (A Systems Approach to Corporate Governance Reform: Why Importing U.S. Corporate Law Isn’t the Answer” 45 *Wm. & Mary L. Rev.* 1055, 2004, p. 1155). Paredes también ha enfatizado en lo siguiente: “uno de los riesgos de transplantar el Derecho Societario norteamericano a los países en vía de desarrollo es que este puede no encuadrar dentro de la estructura jurídica, política, social o cultural del país receptor [...]. Lo más importante para los países en desarrollo es que tengan presente que importar una norma societaria conservando los parámetros del modelo norteamericano, o basados en un modelo societario de mercado, no es un opción viable” (Id. p. 1058-1059).

<sup>84</sup> Berle y Means identifican esta circunstancia en su clásica obra sobre sociedades anónimas abiertas y propiedad privada. Este abuso potencial representa el problema básico de la representación en las sociedades anónimas abiertas de los EEUU. Se ha sostenido que hay información asimétrica debido al mayor conocimiento que los administradores tienen sobre las políticas de inversión y sobre los proyectos de la empresa. Por lo tanto, “los administradores tienden a estar mejor informados, lo que les permite buscar sus propios objetivos sin asumir un riesgo significativo. En consecuencia, para los accionistas es muy difícil, debido a sus propias limitaciones y prioridades, hacer que los gerentes persigan los objetivos de los propietarios de la empresa”. (Ver McCahery et al., *supra* nota 45, p. 6-7). Este problema del mandato provoca un comportamiento oportunista en la administración, de la siguiente manera: (1) remuneraciones exorbitantes; (2) usurpación de las oportunidades de la sociedad; (3) resistencia al reemplazo; (4) resistencia a la liquidación beneficiosa económicamente o a la fusión; (5) tomar riesgos excesivos; (6) precio de transferencia en el que se presente conflicto de intereses (Self dealing transfer pricing), y (7) Luchas del poder entre administradores (Id.).

focado a proteger a los socios minoritarios del riesgo de expropiación por parte de los socios mayoritarios.<sup>85</sup> La ausencia de una separación entre la propiedad y el control en sociedades latinoamericanas exige salirse de los principios de gestión societaria establecidos para economías de mercado.<sup>86</sup> Por consiguiente, la afinidad en el campo de la buena gestión societaria puede ser dificultosa, debido a las grandes diferencias entre los dos sistemas jurídicos.<sup>87</sup> En realidad, las regulaciones locales y los organismos internacionales de cooperación deben concentrarse en el problema de la representación, derivado del conflicto entre los accionistas mayoritarios y minoritarios, para aminorar las operaciones en las que medie conflicto de intereses y eventuales beneficios personales por parte de los socios mayoritarios.<sup>88</sup> No obstante, parece que la propuesta básica de convergencia ha tenido que

<sup>85</sup> La necesidad de proteger a los accionistas minoritarios de la expropiación por parte de los mayoritarios es evidente en los mercados latinoamericanos. De hecho, como resultado de esta falta de protección, inversionistas extranjeros en la región han dejado de adquirir pequeños porcentajes del capital de una sociedad, por invertir en grandes bloques, y quedar como accionistas mayoritarios. “Muchos de los capitales de la primera generación (invertidos en América Latina) quedaban conformes adquiriendo posiciones minoritarias de una empresa; las inversiones más recientes exigen, al menos, una posición mayoritaria. Cuando la mayoría no es posible, los inversionistas están buscando mecanismos de votos y otros métodos para obtener un control de hecho”. (Alyssa A. Grikscheit, *Private Equity in Latin America: Strategies for Success*, en: [http://www.goodwinprocter.com/publications/grikscheit\\_a\\_6\\_05.pdf](http://www.goodwinprocter.com/publications/grikscheit_a_6_05.pdf) (última visita: 10-19-07). No hay duda de que un efectivo control en el comportamiento de las mayorías puede también ser beneficioso para la sociedad en sí misma e incluso para los mismos socios mayoritarios. “Restricciones legales a la posibilidad de que los accionistas mayoritarios expropien a los minoritarios debe reducir los costos de capital externo para la sociedad” (Ver Kraakman et al, *supra* nota 39, p. 22).

<sup>86</sup> Vermeulen ha afirmado que hasta hace poco tiempo “algunos cuantos economistas o políticos, aunque conscientes de la importancia de crear medidas efectivas para las sociedades anónimas cerradas, han dejado de lado la necesidad de mejores instituciones, para estimular el bienestar social y el crecimiento económico. Todos los problemas de las sociedades anónimas abiertas no se presentan en las sociedades anónimas cerradas. La dicotomía entre “abierta” y “cerrada” es una clasificación útil para explicar las distintas clases de incentivos, de organización societaria, así como, y en gran medida, ayudar a los políticos a repensar los mecanismos y las reformas societarias. (Erik P.M. Vermeulen, “The Role of the Law in Developing Efficient Corporate Governance Frameworks”, *Corporate Governance of Non-listed Companies in Emerging Markets*, OECD Publishing, 2006, p. 93).

<sup>87</sup> Esta opinión coincide con la posición de Vidal, según la cual “el objetivo de las regulaciones de gestión societaria en América Latina es la protección de los accionistas minoritarios de sociedades anónimas abiertas contra la desviación inapropiada de activos por parte de los socios mayoritarios”. (Ver *supra* nota 62, p. 130).

<sup>88</sup> Un adecuado enfoque en estos asuntos puede contribuir al desarrollo de los mercados de valores líquidos en economías emergentes. De hecho, “los inversionistas se mostrarán renuentes a invertir si ellos no están seguros de que los socios no les expropiarán sus inversiones, mediante el pago de remuneraciones excesivas a los administradores, llenando los cargos laborales importantes con amigos y familiares, realizando operaciones en las que medie conflictos de interés, utilizando información privilegiada, o haciendo desviaciones y robos. En otras palabras, los inversionistas no desembolsarán su dinero si ellos no están protegidos contra los problemas derivados del mandato”. (Troy A. Paredes, *Systems Approach to Corporate Governance Reform*, ver *supra* nota 83, p. 1062).

ver, por lo general, con la tensión existente entre accionistas y administradores.<sup>89</sup> Además, y desde otra perspectiva, debe tenerse en cuenta que en América Latina la mayoría de las empresas se constituyen como sociedades anónimas cerradas.<sup>90</sup> Los mercados bursátiles de Latinoamérica son pequeños en comparación con los de las economías de mercado desarrolladas. Por lo tanto, se debe reconocer que el problema de la representación en la gestión societaria en América Latina no sólo hace referencia en gran medida a los conflictos entre accionistas mayoritarios y sus contrapartes, sino también a la situación específica que surge de la naturaleza cerrada de la mayoría de las empresas.<sup>91</sup>

### La estructura del Derecho Societario en América Latina

En aras de evaluar la implementación de principios de gestión societaria en Latinoamérica, es importante tener en cuenta la tradición jurídica de la región. Esta obvia consideración, tan sencilla como lo puede parecer, trae consigo varias implicaciones que deben ser tenidas en cuenta. Una característica fundamental de la estructura jurídica societaria de Latinoamérica, y que no debe ser subestimada, es el carácter codificador de las instituciones jurídicas de Derecho Privado, en comparación con el sistema del precedente judicial del “Common Law”. Aunque existen múltiples códigos societarios en los EE.UU., se puede afirmar que la verdadera protección de inversionistas y accionistas minoritarios surge, en mayor medida, del proceso jurisdiccional. Según Rudolf Schlesinger, después de la evolución de la legislación “estadual” sobre sociedades, se hizo patente que “la legislación de los Estados, bajo la cual se organizan las sociedades, no daba la protección suficiente para los

<sup>89</sup> McCahery y Vermeulen consideran que el marco de la organización societaria para las sociedades anónimas cerradas –como aquellas que prevalecen en América Latina– ha fallado en abordar los principales asuntos que pueden surgir en esta clase de compañías. De acuerdo con estos autores, en las sociedades anónimas cerradas “el enfoque cambia de la relación entre la administración y los accionistas hacia la relación entre los grupos de accionistas. Desde este punto de vista, un marco societario efectivo debe ofrecer los mecanismos que sirvan para proteger a los accionistas del mal comportamiento de los otros accionistas”. (Joseph A. McCahery y Erik P.M. Vermeulen, “Understanding (Un)incorporated Business Forms”, En: *Topics in Corporate Finance*, Amsterdam Center for Corporate Finance, 2005, p. 5.

<sup>90</sup> Hay muchas sociedades de responsabilidad limitada que acogen los estatutos de las sociedades anónimas cerradas norteamericanas y de las sociedades de responsabilidad limitada (Limited Liability Company -LLC). “Algunas sociedades de responsabilidad limitada están interesadas en híbridos, que van desde verdaderas sociedades colectivas hasta un tipo societario tan parecido a las sociedades anónimas que prácticamente no es posible diferenciarlas (...)” (Phanor J. Eder, “Limited Liability Firms Abroad”, En: *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 13, No. 2, 1952, p. 196).

<sup>91</sup> El problema de la representación que se da en las sociedades anónimas abiertas no es tan delicado en las sociedades cerradas, porque la propiedad y el control no están típicamente separados. Los problemas de los accionistas en las sociedades cerradas son, por el contrario, conflictos entre los socios mayoritarios y los minoritarios, y entre los socios-administradores y los socios no-administradores, así como problemas de valoración para los accionistas por la ausencia de un mercado público de acciones” (Ver Roberta Romano, *supra* note 65, p. 24).

accionistas y acreedores. Tal protección se tuvo que lograr por fuera de las leyes estatales, mediante decisiones judiciales en “equity”, que impusieron a los administradores y socios mayoritarios deberes fiduciarios por medio de la legislación federal sobre valores de los años treinta y cuarenta del siglo pasado. Como consecuencia de lo anterior –y en contraste con el método tradicionalmente seguido en los países de Derecho Civil–, los más importantes mecanismos usados en los Estados Unidos para proteger a los inversionistas no se encuentran en las leyes de sociedades, sino que existen como un cuerpo separado de reglas de Derecho”.<sup>92</sup> Además, algunos autores llegan incluso a afirmar que “la ley de EE.UU. protege realmente a accionistas minoritarios en la medida en que hace énfasis en directores independientes, derechos de voto directos, y deberes fiduciarios”.<sup>93</sup>

Siguiendo la tradición europea continental, y especialmente la herencia francesa del Código de Napoleón<sup>94</sup>, la vieja dicotomía del Derecho Privado prevalece todavía en la mayoría de los países latinoamericanos.<sup>95</sup> Esta dicotomía es particularmente inconveniente en el campo específico de los contratos y sociedades, debido a la existencia de dos cuerpos normativos para regular la mayoría de acuerdos priva-

<sup>92</sup> Rudolf Schlesinger, ver supra nota 22, p. 803. En cuanto a la función judicial, por lo general limitada, de los sistemas Romano-Germánicos, se ha dicho que “en los sistemas de Derecho Civil, el papel y la influencia del precedente judicial, por lo menos hasta hace poco tiempo, ha sido insignificante (...)” (Ver James G. Apple et al, *A Primer on the Civil-Law System*, Federal Judicial Center, 1995, p. 36). Por otro lado, se ha sostenido que ciertas jurisdicciones de Derecho Civil están cambiando hacia una función judicial más creativa. “Aunque la tradición continental niega que los jueces “crean” la ley y que las decisiones judiciales puedan ser una fuente de Derecho, los sistemas jurídicos contemporáneos de tradición romano-germánica están cada vez más abiertos a reconocer la ineludible dependencia de la legislación a los jueces y a la administración que la interpreta y la aplica”. (Ver Mary Ann Glendon et al., ver supra nota 10, p. 63).

<sup>93</sup> Ver *et al.*, supra nota 39, p. 60.

<sup>94</sup> El profesor Matthew Mirow califica fuertemente como simplista una caracterización de los sistemas legales latinoamericanos como basados en el Código de Napoleón (“The Code Napoleon: Buried but Ruling in Latin America, supra nota 25, p. 179). “Las exitosas codificaciones de Derecho Privado fueron a menudo intentos de legislaciones comparadas. En el centro de estos intentos estaban el Código de Napoleón y las glosas europeas que rápidamente se hicieron alrededor del texto principal. Esto, sin embargo, no significa que los países latinoamericanos simplemente tradujeron y adoptaron el código, artículo por artículo” (Id. at 183). También Jorge Esquirol sostiene irónicamente que “las sociedades latinoamericanas no son europeas, solamente sus juristas pretenden que lo sean” (“The Fictions of Latin American Law”, Part I, *Utah Law Review*, 425, 1997, p. 470).

<sup>95</sup> “La distinción entre Derecho Civil y Comercial está profundamente arraigada en los países continentales (...)” (Adriaan Dorresteijn, *European Corporate Law*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p. 8). Esta dicotomía crea generalmente problemas interpretativos. “Como resultado, entonces, mientras los contratos de naturaleza comercial (por ejemplo, contratos entre comerciantes o entre un comerciante y un consumidor) están regulados por las disposiciones del Código de Comercio, los principios básicos de las obligaciones contractuales están consagrados en el Código Civil” (Stephen Zamora, ver supra nota 12, p. 551).

dos.<sup>96</sup> La determinación del régimen sustantivo aplicable es generalmente difícil y a menudo caracterizada por definiciones subjetivas.<sup>97</sup> El problema asociado con la dicotomía del Derecho Privado ha sido extensamente analizado por la doctrina y la jurisprudencia.<sup>98</sup> La falta de criterios objetivos sólidos para determinar la naturaleza civil o comercial de una sociedad crea dificultades para determinar la ley sustantiva aplicable. Esta dicotomía no se refleja necesariamente en las normas procesales, pues en muchos países de América Latina no hay diferencia entre tribunales civiles y comerciales, como sí la hay en ordenamientos jurídicos como el francés. Esta diferencia le resta sentido a la discusión sobre la dicotomía civil-comercial en América Latina, pues tanto el procedimiento comercial como el civil tienden a ser igualmente ineficientes por no contar con reglas procesales expeditas.<sup>99</sup>

Aunque en varios países latinoamericanos se han tratado de unificar estas disciplinas mediante la redacción de proyectos de ley<sup>100</sup>, las legislaciones locales no se han decidido a adoptar códigos unificados para el Derecho Privado, en los que obligaciones y contratos pudieran ser reguladas homogéneamente.<sup>101</sup> Como resultado de esta dicotomía, el Derecho Societario se divide generalmente en dos cuerpos

---

<sup>96</sup> Después del Código Civil italiano de 1942 hay una tendencia hacia la unificación del Derecho Privado. “Hay una rama del Derecho Privado que, por simple inercia, está todavía marcada como en los tiempos antiguos. Ese nombre tiene sentido en el pasado, pero ahora no tiene ninguna finalidad. Esa rama del Derecho es el Derecho Comercial” (Francesco Galgano, *Derecho Comercial*, Bogotá, Ed. Temis, 1999, p. 1) (Traducido por Jorge Guerrero).

<sup>97</sup> De acuerdo con Stephen Zamora, “a diferencia del Código de Comercio Uniforme adoptado por los Estados Unidos, que en general se aplica a los comerciantes y no comerciantes, el Código de Comercio [de Méjico] sólo se aplica a “los actos de comercio”, que están definidos como ciertos tipos de actos realizados entre comerciantes o entre un comerciante y un no comerciante” (Ver supra nota 12, p. 541).

<sup>98</sup> Incluso en aquellos casos en los que los autores de códigos civiles y comerciales adoptaron lo que ellos pensaban que eran fronteras claras entre estos códigos, la realidad de los negocios les mostró su fracaso” (Ver Boris Kozolchyk, *El Derecho Comercial ante el libre comercio y el desarrollo económico*, Méjico, McGraw-Hill, 1996, p. 193).

<sup>99</sup> Hace más de 50 años, Phanor Eder sostuvo correctamente que “en los países en donde no hay jueces especiales para comerciantes uno no puede ver, hoy en día, una justificación para la distinción entre Derecho Civil y Comercial en Latinoamérica”.

<sup>100</sup> Ver Arturo Valencia Zea, *Proyecto de Código de Derecho Privado*, Bogotá, Superintendencia de Notariado y Registro, 1980.

<sup>101</sup> Sorprendentemente, todavía muchos autores latinoamericanos promueven la dicotomía del Derecho Privado bajo argumentos teóricos e históricos. De acuerdo con Roberto Mantilla Molina, “unir el Derecho Comercial con el Civil no es viable. Sin embargo, puede ser conveniente eliminar algunas diferencias que todavía existen entre ellos” (*Derecho mercantil*, 29 edición, Méjico, Editorial Porrúa, 1996, p. 36). De manera similar, el autor mejicano Joaquín Rodríguez hace énfasis en la independencia del Derecho Comercial respecto al Derecho Civil. “La unidad subyacente entre el Derecho Civil y el Comercial es innegable; pero su separación no es caprichosa ni arbitraria, pues obedece a razones profundas, básicamente relacionadas con la necesidad de atender las demandas del comercio, ante el cual el Derecho Civil ha probado ser insuficiente e inútil, debido a su naturaleza formal y ritualista.

normativos diferentes, organizados en códigos separados. Como los europeos, los códigos y leyes societarios latinoamericanos se caracterizan por tener unas normas sobre principios de contabilidad, sobre conservación de capital, estándares de publicidad, fusiones y valores.<sup>102</sup> Por otro lado, el Derecho de Sociedades en Latinoamérica puede ser descrito como una regulación muy amigable con el accionista, en donde los propietarios del capital social tienen plenos poderes para determinar las políticas de las sociedades anónimas, tanto abiertas como cerradas.<sup>103</sup>

Sorprendentemente, los problemas normativos asociados con la protección de inversionistas, acreedores y accionistas minoritarios han sido una constante preocupación en América Latina. Incluso desde el año 1952, Phanor Eder señaló la preocupación por el Derecho Societario latinoamericano en lo relacionado con “la integridad de capital, para proteger acreedores e inversionistas, y para adoptar medidas que protejan a los accionistas minoritarios”.<sup>104</sup> Además, varias normas incorporadas a la mayoría de los códigos de comercio y de las leyes societarias de Latinoamérica consagran innumerables disposiciones para la protección de los accionistas minoritarios. Las críticas basadas en la debilidad del aparato judicial para hacer cumplir muchas de las regulaciones restrictivas pueden encontrarse esbozadas en los libros del mismo autor.<sup>105</sup> En un reciente estudio sobre las leyes societarias de varios países latinoamericanos, se encontró que los accionistas de esta región generalmente tienen un grado de protección legal bastante menor al que tienen en los EE.UU.<sup>106</sup> Otra crítica frecuente está relacionada con la inapropiada redacción de muchas de estas disposiciones y la facilidad con la que muchos inversionistas pueden encontrar la forma de evadir la ley y expropiar al accionista minoritario.<sup>107</sup>

<sup>102</sup> Esta enunciación fue hecha por Joseph McCahery *et al.*, *European Company Law: The Governance of Close Corporations and Partnerships US and European Perspectives*, Oxford University Press, 2004, p. 195.

<sup>103</sup> Ver, entre otros, Jose W. Fernández *et al.*, “Caveat Emptor: Minority Shareholder Rights in Mexico, Chile, Brazil, Venezuela and Argentina”, 32 *UMIAIALR* 157, Spring-Summer, 2001.

<sup>104</sup> Ver Eder, *supra* nota 90, p. 223.

<sup>105</sup> “Todas las leyes [de Latinoamérica], como la nuestra, contienen prohibiciones contra la declaración de dividendos, u otras disposiciones relacionadas con la distribución, excepto en caso de reparto de utilidades netas; en todo caso, nuestras prohibiciones son más efectivas en la práctica”. (Ver Phanor Eder, *Company Law in Latin America*, *supra* nota 29, p. 223).

<sup>106</sup> Ver Fernández *et al.*, *supra* nota 103, p. 6.

<sup>107</sup> Ver Fernando Londoño comentando sobre las disposiciones societarias contenidas en el Código de Comercio colombiano de 1971: (“El Código de Comercio 15 años después: ¿En qué ha cambiado la vida colombiana?”, *Revista de Derecho Privado*, No. 2, Vol. I, Bogotá, 1987, p. 159). La Porta considera que este fenómeno es pertinente únicamente para los países que pertenecen a la tradición jurídica romano-germánica. “La expansión del precedente judicial a las violaciones de deberes fiduciarios, y el miedo de tal expansión, limita la expropiación por parte de las personas que manejan información privilegiada en países del “Common Law”. Al contrario, las leyes de los países civilistas son elaboradas exclusivamente por el legislador, y los jueces no deben ir más allá de lo que la norma establece, teniéndose que limitar a aplicar conclusiones y

## **Estrategias para mitigar los problemas de la representación derivados de los conflictos entre los accionistas mayoritarios y minoritarios**

A la luz de la evidente concentración de la propiedad sobre el capital en la región, la estructura básica de la gestión societaria debe fijar una serie de estrategias para proteger a los accionistas minoritarios. Una reducción de los poderes de los accionistas mayoritarios para el beneficio de las minorías se considera generalmente como una disposición útil. Varias estrategias han buscado proteger a los inversionistas débiles del riesgo de la opresión de los socios mayoritarios. Siguiendo la clasificación de Kraakman, es útil considerar las siguientes cuatro estrategias: (1) La estrategia de derechos de convocatoria; (2) La estrategia de derechos de mayorías decisorias; (3) La estrategia de deberes fiduciarios de los administradores, y (4) La estrategia de derechos de prerrogativas, restricción, y de asociación.<sup>108</sup> Todas estas tácticas fueron incluidas por la mayoría de las legislaciones latinoamericanas de Derecho Societario, incluso antes de que la gestión societaria (“gobierno corporativo”) surgiera como una disciplina separada. De hecho, la mayoría de los mecanismos legales requeridos para la implementación de estas cuatro estrategias ya están consagrados dentro de los códigos, leyes y decretos societarios.

### **1. LA ESTRATEGIA DE DERECHOS DE CONVOCATORIA**

Según Kraakman, la forma como esta táctica se ve reflejada en la legislación es consagrando una mayoría determinada para la elección de los miembros de la Junta Directiva. El sistema de mayorías calificadas y la reserva de unos escaños para las minorías son algunas de las disposiciones consagradas. Casi todos los ordenamientos jurídicos latinoamericanos incluyen esta clase de disposiciones. Mientras la mayoría de las legislaciones de los EE.UU. han abandonado el concepto de la representación proporcional, en favor de una regla dispositiva de derecho de voto directo<sup>109</sup>, los

---

opiniones imparciales. En consecuencia, una persona con información privilegiada que encuentra una forma de expropiar a los inversionistas que no esté explícitamente prohibida por los estatutos, puede proceder sin temor a una sanción judicial [...] Los vagos principios de deberes fiduciarios del “Common Law” son más protectores de los inversionistas que las claras líneas de separación del Derecho Civil, las cuales pueden a menudo ser burladas por personas con información privilegiada suficientemente imaginativas” (Rafael La Porta et al., “Investor Protection and Corporate Governance, ver supra nota 70).

<sup>108</sup> Ver Reinier Kraakman et al., supra nota 39, p. 54-61.

<sup>109</sup> Stephen Bainbridge defiende la eliminación de la acumulación de votos en los EE.UU. “Durante las décadas pasadas, sin embargo, la votación acumulativa en las sociedades anónimas abiertas se ha convertido cada vez más en una protección para los socios. Los opositores de la votación acumulativa argumentan que esto produce una Junta Directiva adversa y genera que decisiones importantes sean tomadas en reuniones privadas sostenidas por los socios mayoritarios antes de la reunión formal de la Junta Directiva”. (Corporation Law and Economics, New York, Foundation Press, 2002, p. 445-446). Bainbridge también sostiene que solamente ocho estados en los EE.UU. consagran la votación acumulativa como obligatoria. (Id.).

códigos de comercio y las leyes societarias latinoamericanas establecen todavía la conservadora regla de representación proporcional.

El autor también señala la posibilidad excepcional y restrictiva de limitar los derechos de las mayorías en la elección de la Junta Directiva mediante la imposición legal del voto proporcional (*vote caps*). Como resultado de esta clase de restricciones, a los accionistas mayoritarios no les es permitido ejercer más de cierto porcentaje de los votos que correspondan a las acciones, independientemente del número de acciones poseídas.<sup>110</sup> Este sistema es todavía posible en Brasil y Chile, y hasta hace poco también lo era en Colombia.<sup>111</sup>

Otra forma de asegurar los derechos de representación de los socios minoritarios es con el voto proporcional débil (“*weak vote caps*”<sup>112</sup>), estructurado bajo restricciones legales para prevenir que los accionistas mayoritarios ejerzan su derecho de voto por encima de su porción económica en la sociedad. El voto proporcional débil (“*Weak voting caps*”) está relacionado con el principio “una acción, un voto”, que refleja una asignación proporcional de votos por acción. Estas restricciones están presentes en casi todos los códigos y leyes societarias de América Latina.<sup>113</sup>

## 2. LA ESTRATEGIA DE DERECHOS DE MAYORÍAS

La segunda estrategia sugerida por Kraakman para proteger los derechos de los accionistas minoritarios es la relacionada con la manera como se deciden las transformaciones más importantes de la sociedad. Este problema hace referencia a la idea de permitir a los socios minoritarios bloquear ciertas decisiones importantes a través del derecho de veto que surge de las mayorías absolutas. Esta es una disposición

<sup>110</sup> Estas restricciones se refieren al voto proporcional estricto (“*strong vote caps*”). “Este reduce los derechos de voto de los accionistas mayoritarios por debajo del porcentaje de acciones que tiene, y esto implícitamente aumenta el poder decisorio de los pequeños accionistas: un ejemplo de ello sería una estipulación según la cual ningún accionista, sin importar el porcentaje que tenga, pueda ejercer más del 5% de los votos en las reuniones de asambleas generales”. (Ver Kraakman et al., supra nota 39, p. 55). Sin embargo, la efectividad de este tipo de restricciones es, por lo menos, discutible. Ya desde 1952, Phanor Eder señaló que era posible que este tipo de restricciones no tuviera utilidad. “En el intento de proteger a los accionistas minoritarios contra los mayoritarios, restricciones artificiales, desagradables e ineficaces, han sido impuestas sobre los derechos de voto” (Ver Eder, *Company Law in Latin America*, supra nota 29, p. 230).

<sup>111</sup> El artículo 242 de la Ley 222 de 1995 subrogó la restricción impuesta por el artículo 428 del Código de Comercio colombiano, según el cual los accionistas no tenían derecho a ejercer más del 25% de los votos que correspondían a las acciones presentes en la asamblea general. En Chile, ver el artículo 21 de la Ley 18.046 de 1981 y, en Brasil, el artículo 110 de la Ley 6.404 de 1976.

<sup>112</sup> Ver Kraakman *et al.*, supra nota 39, p. 56.

<sup>113</sup> Una excepción evidente está asociada con el derecho de voto múltiple que existe en Argentina (artículo 216 de la Ley 19.550 de 1972) y en Venezuela (Artículo 292 del Código de Comercio).



muy útil en Latinoamérica, pues permite a quienes ostentan intereses minoritarios participar activamente en la creación de políticas relacionadas con las transacciones societarias fundamentales. Como Kraakman sugiere acertadamente, “en la mayoría de las circunstancias, las mayorías absolutas, como “voting caps” o voto proporcional, pueden incorporarse principalmente en sociedades abiertas y cerradas con estructuras de capital concentrado”.<sup>114</sup> La mayoría de las legislaciones no sólo consagran mayorías absolutas, sino que también exigen mayorías calificadas para ciertas decisiones importantes que tenga que tomar el máximo órgano social.

### 3. LA ESTRATEGIA DE LOS DEBERES FIDUCIARIOS DE LOS ADMINISTRADORES

Esta táctica se refiere a la utilidad de una Junta Directiva que no esté sujeta a presiones ni que tenga una relación de dependencia entre sus miembros y los accionistas mayoritarios. Por lo tanto, Kraakman afirma que el establecimiento de los deberes fiduciarios de los administradores tiene como propósito permitir un alto grado de independencia de los directores, no sólo con respecto a los administradores, sino también respecto a los socios mayoritarios. Para ello, el autor propone tres métodos básicos: (1) debilitar los derechos de los accionistas para elegir a los miembros de la Junta Directiva; (2) cortar los lazos de unión entre los miembros de la Junta Directiva y los accionistas mayoritarios, y (3) exigir la aprobación de la Junta Directiva para decisiones societarias relevantes.<sup>115</sup> Este solía ser uno de los puntos más débiles dentro de la legislación sustantiva sobre gestión societaria en Latinoamérica. Sin embargo, la mayoría de los países desarrollados han adoptado regulaciones que buscan dar independencia a los miembros de las juntas directivas y protegerlos de las influencias indebidas que pudieran ejercer sobre ellos los socios mayoritarios.<sup>116</sup>

<sup>114</sup> Ver Kraakman *et al.*, supra nota 39, p. 57.

<sup>115</sup> *Id.*, p. 58-59.

<sup>116</sup> Ver, por ejemplo, las regulaciones sobre gestión societaria expedidas por los legisladores locales, los gobiernos, las agencias o entidades de valores en toda Latinoamérica. Especialmente, entre otros, ver: en Venezuela: la Resolución No. 19-1-2005, expedida por la Comisión Nacional de Valores; en Colombia: la Resolución 275 de 2003, expedida por la Superintendencia de Valores y la Ley 964 de 2005; en Brasil, la Ley 10.303 de 2001; en Argentina, el Decreto 677 de 2001.

#### 4. LA ESTRATEGIA DE DERECHOS DE PRERROGATIVAS, RESTRICCIÓN, Y DE ASOCIACIÓN

La última estrategia para proteger a los accionistas minoritarios abarca disposiciones legales que no sólo buscan dar a todos los accionistas un tratamiento igualitario, sino también consagrar deberes fiduciarios, acciones contra la opresión, controles para el abuso de derechos y otras pautas para examinar la conducta de los miembros de la Junta Directiva y de los accionistas mayoritarios. Dentro de este mismo grupo de estrategias, el autor sugiere también disposiciones sobre transacciones conflictivas, reglas obligatorias de revelación de información y el derecho de retiro (“appraisal remedy”).<sup>117</sup>

La mayoría de estas protecciones legales se pueden encontrar en las leyes sustantivas societarias de Latinoamérica. De hecho, este problema de la situación de los accionistas minoritarios ha generado una serie de reformas a la legislación societaria. Como resultado de estas reformas legales, el catálogo de derechos de los accionistas minoritarios latinoamericanos excede bastante el número de prerrogativas otorgadas a los inversionistas minoritarios en los países desarrollados.<sup>118</sup>

#### BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, “Tratado de Derecho Civil”, 7a. edición, Santiago, 2005.
- BAINBRIDGE, Stephen, “Corporation Law and Economics”, New York, Foundation Press, 2002.
- BEBCHUK, Lucian Arye, “A Theory of Path-Dependence in Corporate Ownership and Governance” 52 Stanford Law Review, No. 127, 1999.
- BEDICKS, Heloisa B., “Business Ethics and Corporate Governance in Latin America” in Business & Society, Vol. 44, No. 2, 2005.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, “Derecho Societario, Parte General, Los Órganos Societarios”, Vol. 4, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1996.

<sup>117</sup> Obviamente, los derechos de retiro son más efectivos como una estrategia de salida que como un derecho de simple transferencia. “El tener un simple derecho de transferencia otorga menos protección que un derecho de retiro, desde que un cesionario con información privilegiada pasa a ser el cesionante y, en consecuencia, ofrecerá un precio que refleja la futura pérdida de valor por el comportamiento oportunista e inadecuado de la persona con información privilegiada”. (Ver Kraakman *et al.*, supra nota 39, p. 25).

<sup>118</sup> P.B. Hannon sostiene que la regulación de las sociedades por acciones en América Latina es irritante, y sus defensores la justifican afirmando que “es necesaria para la protección de los accionistas desprotegidos y de los acreedores” (Ver supra nota 29, p. 756).

- CLAESSENS, Stijn, "Policy Approaches to Corporate Restructuring Around the World: What Worked, What Failed?", En: *Corporate Restructuring: Lessons from experience*, Washington, The World Bank, 2005.
- COFFEE, John C., "The Future as History: The Prospects for Global Corporate Governance and its Implications", 93 *Nw. U. L. Rev.* 641, 1999.
- CONFECÁMARAS, "Corporate Governance in Latin America: Beyond Sarbanes-Oxley", En: *Claves de Gobierno Corporativo*, Confecámaras, Bogotá, 2005.
- EDER, Phanor, "Company Law in Latin America", *Notre Dame Lawyer*, Vol. XXVII, No. 1, 1951.
- \_\_\_\_\_, "Limited Liability Firms Abroad", En: *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 13, No. 2, 1952.
- ESQUIROL, Jorge, "The Fictions of Latin American Law", Part I, *Utah Law Review*, 425, 1997.
- FAVIER-DUBOIS, Eduardo, "Doctrina societaria y concursal", No. 181, Buenos Aires, 2002.
- FUGINA, Kathryn, "Merger Control Review in the United States and the European Union: Working Toward Conflict Resolution", 26 *New Journal of International Law and Business*.
- GALGANO, Francesco, "Derecho Comercial", Bogotá, Ed. Temis, 1999. (Traducido por Jorge Guerrero).
- GLENDON, María A., "Comparative Legal Traditions", St. Paul, West Publishing Group, 1982.
- GLENN, H. Patrick, "Legal Traditions of the World", 2da edición, Oxford University Press, 2004.
- GRIKSCHHEIT, Alyssa A., "Private Equity in Latin America: Strategies for Success", En: [http://www.goodwinprocter.com/publications/grikschheit\\_a\\_6\\_05.pdf](http://www.goodwinprocter.com/publications/grikschheit_a_6_05.pdf) (última visita: 10-19-07).
- HANNON, P.B., "Latin American Corporation Law", *Tulane Law Review*, Vol. 34, 1960.
- KOZOLCHYK, Boris, "La contratación comercial en el Derecho Comparado", Madrid, Editorial Dykenson S.L., 2006.
- KRAAKMAN, Reiner R., "The Anatomy of Corporate Law", Oxford, 2004.
- LA PORTA, Rafael, "Investor Protection and Corporate Governance", En: *Journal of Financial Economics*, No. 58, 2000.
- LONDOÑO Fernando, "El Código de Comercio 15 años después, ¿en qué ha cambiado la vida colombiana?", *Revista de Derecho Privado*, No. 2, Vol. I, Bogotá, 1987.
- MANTILLA MOLINA, Roberto, "Derecho mercantil", 29 edición, Méjico, Editorial Porrúa, 1996.

- McCAHERY, Joseph, "European Company Law: The Governance of Close Corporations and Partnerships US and European Perspectives", Oxford University Press, 2004.
- McCAHERY, Joseph A. y Erik P.M. Vermeulen, "Understanding (Un)incorporated Business Forms", En: Topics in Corporate Finance, Amsterdam Center for Corporate Finance, 2005.
- MENDES, Antonio, "Update on Laws Affecting Business", Proceedings of the Fifth Annual Seminar on Legal Aspects of Doing Business in Latin America: The Door Opens, Volumen 7, Número 1, 1992.
- MERRYMAN, John Henry, "Comparative Law: Western European and Latin American Legal Systems, Cases and Materials", Charlottesville, The Michie Company, 1978.
- MILLER, Jonathan, "A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process", 51 Am J. Comp. L. 839, 2003.
- MIROW, Mathew, "Latin American Law, A History of Private Law and Institutions in Spanish America", University of Texas Press, Austin, 2005.
- \_\_\_\_\_, "The Code Napoleon: Buried but Ruling in Latin America", Denver Journal of International Law and Policy, Vol. 33, Número 2, Primavera, 2005.
- \_\_\_\_\_, "Latin American Legal History: Some Essential Spanish Terms", La Raza L. Journal 43, 2000.
- \_\_\_\_\_, "Individual Experience in Legal Change: Exploring a Neglected Factor in Nineteenth-century Latin American Codification", En: Southwestern University School of Law, Vol. XI, Num. 2, 2005.
- MORALES HERNÁNDEZ, Alfredo, "Curso de Derecho Mercantil de sociedades", Volumen II y 4a. edición, Caracas, Ed. UCAB, 1999.
- MOUSSERON, Pierre, «Droit des sociétés», 2da. edición, París, Ed. Montchrestien, 2005.
- NISSEN, Ricardo A., "Curso de Derecho Societario", Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1998.
- OCAMPO, José Antonio, "Globalization and Development, A Latin American and Caribbean Perspective", Economic Commission for Latin America and the Caribbean, 2003.
- OCDE, "White Paper on Corporate Governance in Latin America, Glossary", [www.oecd.org](http://www.oecd.org) (visitada por última vez: 12/07/08).
- Oficina de Representación Comercial de los Estados Unidos (Office of the United States Trade Representative): [www.ustr.gov](http://www.ustr.gov) (visitado por última vez: 12/07/08).
- OLIVER, M.C., "Company Law", 12º edición, London, The M+E Handbook Series, 1994.
- POSNER, Richard, "Economic Analysis of Law", 5ta. edición, Aspen Law and Business, New York, 1998.

- REYES VILLAMIZAR, Francisco, “Derecho Societario en Estados Unidos, Introducción Comparada”, 3ra edición, Bogotá, Ed. Legis, 2006.
- ROBB, Louis A., “Diccionario de Términos Legales, Español-Inglés e Inglés-Español”, México, Ed. Limusa, 1991.
- ROQUE VÍTOLO, Daniel, “Corporate Governance en la nueva dinámica societaria, Sociedades Comerciales, Los administradores y los socios, Gobierno corporativo”, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003.
- ROSENN, Keith, “Dahl’s Law Dictionary. Diccionario Jurídico by Henry S. Dahl”, Buffalo, New York: William S. Hein & co., Inc., 1992.
- ROTMAN, Edgardo, “The Inherent Problems of Legal Translation: Theoretical Aspects”, *Indiana International & Comparative L. Rev.*, 1996.
- THOME, Joseph R., “Heading South but Looking North: Globalization and Law Reform in Latin America”, *Wisconsin Law Review*, Vol. 2000, No. 3.
- VALENCIA ZEA, Arturo, “Derecho Civil”, Volumen 1, Santafé de Bogotá, Ed. Temis, 1994.
- VIEGAS, Leonardo, “Brazil: Corporate Governance - Challenges and Opportunities”, En: *Corporate Governance of Non-listed Companies in Emerging Markets*, OECD Publishing, 2006.
- VERMEULEN Erik P.M., “The Role of the Law in Developing Efficient Corporate Governance Frameworks”, *Corporate Governance of Non-listed Companies in Emerging Markets*, OECD Publishing, 2006.
- WATSON, Alan, “Legal Transplants: An Approach to Comparative Law”, 2da. edición, Athens, University of Georgia Press, 1993.
- ZAMORA, Stephen, “Mexican Law”, Oxford University Press, 2004.



Autor: Verónica Molina Mesa  
Título: Blanco I  
Técnica: acrílico sobre lienzo  
Dimensiones: 50 cm x 45 cm

## **¿HAY OTRAS MANERAS DE LEER 'LA CIENCIA'?**\*

---

\* Este artículo es producto de la investigación terminada “*Estado del arte en metodología de la investigación jurídica, 1999-2003*”. Inscrita en el Comité para el Desarrollo de la Investigación –CODI– de la Universidad de Antioquia y en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la misma universidad. Un primer artículo producto de la misma investigación fue publicado en la Revista ESTUDIOS DE DERECHO de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín, Vol. LXXVI, No. 141, abr. 2006, pp. 161-176.

Fecha de recepción: Septiembre 30 de 2008

Fecha de aprobación: Noviembre 10 de 2008

## ¿HAY OTRAS MANERAS DE LEER ‘LA CIENCIA’?

*Olga Lucía Lopera Quiroz\*\**

*Lina Adarve Calle\*\*\**

### RESUMEN

Este artículo es producto de la investigación *Estado del arte en metodología de la investigación jurídica 1999-2003*. Se presenta, en primer lugar, una lectura de la práctica investigativa que permitió llegar al resultado final de la investigación; en segundo lugar, un análisis de información tomada de los cincuenta y seis textos que conformaron el *corpus* en el cual se buscaba información sobre metodología de la investigación jurídica, análisis para el que se opta por Capra y Steindel-Rast (1994, pp. 16-20) como referentes conceptuales.

**Palabras clave:** práctica investigativa, metodología de la investigación jurídica.

### ARE THERE OTHER WAYS TO READ ‘THE SCIENCE’?

### ABSTRACT

This article is the product of the research “*State of the art in methodology of legal research 1999-2003*”. First, we present a reading about the practice of investigation that led to the final outcome of the research, and secondly, we present an analysis of information taken from the fifty-six texts that make up the *corpus* in which we sought information on methodology of legal research, analysis for which we choose Capra and Steindel-Rast (1994, pp. 16-20) as conceptual benchmarks.

**Key words:** practical investigative, methodology of legal research.

---

\* Profesora integrante del Grupo de Investigación ‘Derecho y Sociedad’, adscrito al Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

\*\*\* Profesora integrante del Grupo de Investigación ‘Derecho y Sociedad’, adscrito al Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

## ¿HAY OTRAS MANERAS DE LEER ‘LA CIENCIA’?

### INTRODUCCIÓN

El propósito de este artículo es presentar, de un lado, una lectura de lo que fue la práctica investigativa que permitió llegar al resultado final de la investigación *Estado del arte en metodología de la investigación jurídica 1999-2003*, la cual tuvo como objetivo construir el mencionado estado del arte. De otro lado, se brinda un análisis de la información ofrecida por los cincuenta y seis textos que conformaron el *corpus* de la investigación; para este análisis se parte de la obra de Capra y Steindel-Rast (1994, pp. 16-20), dos de los autores que sirvieron como referentes conceptuales en la realización de la investigación.

En lo que tiene que ver con la práctica investigativa, en primer lugar, se muestra el plan metodológico establecido en el proyecto para el logro del objetivo propuesto, después, se hace lectura de lo hecho, sentido y vivido en el proceso investigativo, de manera esencial se trata de relatar los laberintos que acompañaron la realización de la investigación, finalmente, se describe el diseño metodológico del informe final de la investigación.

Para abordar las cincuenta y seis unidades de análisis desde Capra y Steindel-Rast (1994, pp. 16-20), inicialmente se toma lo enunciado por estos autores en el texto *Pertenecer al universo: encuentros entre ciencia y espiritualidad*, luego, teniendo en cuenta microcontextos del tercer capítulo del informe final de la investigación *Estado del arte en metodología de la investigación jurídica 1999-2003*,<sup>1</sup> se expone el mencionado análisis. Por último, se ofrecen algunas consideraciones con las cuales se espera participar en los diálogos que se convoquen sobre el tema de la metodología de la investigación en el Derecho y de la metodología jurídica.

---

1 El informe final de la investigación *Estado del arte en metodología de la investigación jurídica 1999-2003*, puede ser consultado en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.



## 1. DESDE LA PRÁCTICA INVESTIGATIVA AL DISEÑO METODOLÓGICO FINAL

*Lo que guía entonces al espíritu no es la lógica.  
Es el instinto, la intuición. Es la necesidad de ver claro.*

(Jacob, 1998, p. 162)

### 1.1 El plan metodológico inicialmente establecido en el proyecto

Los componentes del plan metodológico del proyecto *Estado del arte en metodología de la investigación jurídica*, fueron: enfoque y diseño de la investigación, población, sistema de variables, fuentes, instrumentos para obtener la información y técnicas para el análisis de la información.

En el enfoque se referenciaba que éste era descriptivo e identificaba en la población regularidades y diferencias. En el diseño de la investigación, se anunciaba la ubicación física del material, el análisis de la viabilidad del estudio, la exploración de los primeros textos rastreados, la construcción de un referente conceptual pertinente, la prueba de un formulario de registro de variables, los ajustes necesarios al instrumento utilizado y su aplicación y la compilación de los formularios diligenciados, para pasar, finalmente, al análisis e interpretación de la información lo que permitiría la presentación de los hallazgos.

En cuanto a la población, se definió que estaba conformada por los libros que sobre metodología de la investigación jurídica, se encontraran en las bibliotecas de las universidades que para la época –finales del año 2001– ofrecían programas de Derecho en Medellín, en esa búsqueda se identificaron cuarenta reseñas.

El sistema de variables propuesto, indicaba que lo que iba a observarse en los textos era, en primer lugar, el tratamiento dado al Derecho como objeto de estudio y, posteriormente, las formas de acceder a dicho objeto. En la primera, la propuesta era buscar definiciones del Derecho como ciencia, los elementos que integraban dicha definición y la ubicación del Derecho en las clasificaciones de las mismas. En la segunda, se hablaba de subvariables e indicadores. Las subvariables eran los métodos, metodologías y protocolos. Los indicadores para los métodos eran: nombre, definición y autores citados como referencia; para las metodologías: definición y clasificaciones y, para los protocolos: tipos, componentes –planteamiento del problema y objetivos–, referente conceptual, plan metodológico, correspondencia entre metodologías y protocolos, aspectos formales del informe final de la investi-

gación y autores a los cuales remite y en los cuales se apoya con mayor frecuencia el autor del texto observado.

En lo atinente a las fuentes se precisó que se consideraban secundarias y estaban conformadas por los textos seleccionados como población. El instrumento diseñado para el registro de información fue una ficha textual y, en las técnicas para el análisis se dijo que el material reunido mediante las fichas, sería sometido a un análisis hermenéutico en el cual primaría la descripción de los contenidos y la comparación.

## **1.2 La práctica investigativa en la construcción del *Estado del arte en metodología de la investigación jurídica 1999-2003***

Lo que en este acápite se presenta, es una lectura de lo que fue la práctica investigativa que llevó a la construcción del *Estado del arte en metodología de la investigación jurídica 1999-2003*. Es preciso advertir que no se trata de describir las fases seguidas en el diseño metodológico, lo que intentamos hacer es un relato de lo hecho, sentido, aprendido y vivido en el proceso de investigación. En suma, queremos hablar de la “ciencia de noche” (Jacob, pp. 162-163), de tal manera que la descripción del plan metodológico establecido, ceda su espacio al relato de la práctica investigativa vivida.

A finales del año 2001, después de participar en múltiples reuniones en las que se debatía acerca de la posibilidad o no de investigar en el Derecho y sobre las metodologías de investigación jurídica, se decide conformar un equipo de trabajo que indagara sobre la posibilidad de la investigación en el Derecho y cuál sería la metodología apropiada para dicho trabajo. Dado que la discusión giraba en torno a las opiniones de unos y otros, la propuesta fue, entonces, elaborar un *Estado del arte en metodología de la investigación jurídica*,<sup>2</sup> que facilitara conocer cuál era el estado de la cuestión, para brindar referentes conceptuales al debate.

Al principio, el equipo estuvo integrado por las profesoras Ana María Jiménez Arenas y Olga Lucía Lopera Quiroz y, por los estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Diomer Giovanni Moncada, Luz Marina Aguirre, Agustín Vélez y Luis Felipe Tobón. Es del caso advertir que las profesoras que planteaban el proyecto no tenían formación jurídica, y eran conscientes de que era necesaria otra voz: la del Derecho, voz que no se satisfacía del todo con los auxiliares de investigación y que era fundamental para la elaboración del proyecto y su desarrollo.

---

2 Informes sobre estos debates pueden consultarse en el archivo del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

La práctica investigativa inició desde la misma formulación del proyecto, unas y otros nos dedicamos a rastrear la primera información, escrita y oral, que permitiera escribir la formulación del problema, el referente conceptual y el plan metodológico, la información era registrada en fichas de contenido y se realizaban reuniones en las cuales se socializaba lo encontrado. Los estudiantes visitaron las bibliotecas de las universidades en Medellín que, en aquel entonces –finales del año 2001–, ofrecían programas de Derecho. Las universidades visitadas fueron: EAFIT, Luis Amigó, Universidad de San Buenaventura, Universidad de Medellín, Universidad Autónoma Latinoamericana, Universidad Cooperativa de Colombia, Universidad Pontificia Bolivariana y Universidad de Antioquia. Además, las docentes recogieron información oral con profesores considerados expertos en las categorías objeto de estudio.

Recopilada la información necesaria, se inscribió el proyecto de investigación, para luego seguir los pasos establecidos por la burocracia académica e inscribirlo en el Sistema Universitario de Investigación de la Universidad de Antioquia. La práctica investigativa, entonces, incluyó el aprendizaje de los trámites y protocolos a seguir para la inscripción de un proyecto de investigación en la Universidad de Antioquia.

Viene después la alegría de la inscripción del proyecto y la tristeza por la enfermedad de la profesora Ana María Jiménez Arenas; esto hizo que se decidiera esperar su recuperación y que no se iniciara el desarrollo de la investigación. El tiempo pasó y la profesora Jiménez falleció, lo que seguía era, entonces, elaborar el duelo y empezar el desarrollo de la investigación.<sup>3</sup>

Ante la muerte de la citada profesora, era necesario convocar un nuevo equipo de trabajo e invitar a otra docente que participara en la ejecución del proyecto. Ingresó la profesora Lina Adarve Calle, abogada y politóloga, docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, el abogado Luis Emilio López Zapata y tres estudiantes de Derecho: Juan Camilo Mejía Walker, Emma Julia Vianna Romaña y Katherine Restrepo Monsalve y una socióloga, Olga Lucía Lopera Quiroz.

El conformar un equipo interdisciplinario como el anterior, enriqueció las discusiones teóricas y significó un acercamiento, por parte de los abogados integrantes del equipo, al discurso metodológico y, a la socióloga, acercarse al discurso jurídico, por lo menos, a aquel que se despliega cuando se habla de metodologías y métodos en el Derecho.

---

3 Una historia semejante puede leerse en el prefacio del texto de Strauss Anselm y Corbin Juliet (2002). Bases de la investigación cualitativa. Técnicas y procedimiento para desarrollar la teoría fundamentada. Traducción de Eva Zimmerman. Medellín: Universidad de Antioquia. 447 p.

La práctica investigativa continúa con la programación de reuniones quincenales entre profesores y auxiliares, donde se estudia el proyecto inscrito y se reparte el fichaje de textos. Las reuniones programadas permitían la socialización y debate en torno a lo leído y eran la oportunidad para compartir lo aprendido, las angustias, las dudas y las observaciones. Allí surgieron preguntas no resueltas como: ¿es conocimiento el que crea un juez? ¿Las decisiones que toma el juez son conocimiento semejante al creado en los estudios de caso en investigación cualitativa? ¿Sigue el juez un proceso de investigación? ¿Cuál es la diferencia entre ciencia y conocimiento? ¿Hasta dónde puede llegar un *estado del arte*? y ¿Qué pasa si la unidad de análisis observada no responde a todo lo solicitado en la ficha para el registro de información?

El estudio del proyecto trajo consigo inquietudes y cambios. Una primera pregunta y cambio tuvo que ver con la necesidad de delimitar temporalmente la investigación. Se decide que se revisarán sólo los textos que sobre metodología de investigación jurídica, estuvieran disponibles entre 1999 y 2003, en las bibliotecas de las ocho universidades antes mencionadas y se programan nuevas visitas a las bibliotecas. Se encuentra información en siete de ellas, excepto en la Universidad Luis Amigó. El *corpus* aumenta a cincuenta y seis textos que es el número con el que finalmente se trabajó.

Una segunda pregunta y cambio fue con relación al discurso desplegado en el proyecto, pues, al ser un *estado del arte* lo que se estaba construyendo, la terminología más consecuente con el mismo es la de categorías, subcategorías y componentes, más que la de variables, subvariables e indicadores. Se decide entonces, hablar de categorías, subcategorías y componentes, lo cual se refleja en el informe final de la investigación.

En cuanto al fichaje de textos, la angustia manifestada por los estudiantes que hacían parte de la investigación, se relacionaba con lo que pedía el instrumento de recolección de información y lo que encontraban en el texto. Los auxiliares leían y releían el libro asignado buscando completar los espacios de la ficha diseñada, tratando de no dejar espacios en blanco. A pesar de su afán de no dejar espacios en blanco, era evidente que el texto leído no tenía la información requerida, por ejemplo, no encontraban información sobre las metodologías para investigar en el Derecho y otras de las categorías cuestionadas. Finalmente, tanto los estudiantes como las pretendidas investigadoras, aprendieron que no hallar información sobre determinadas subcategorías o componentes era significativo para la investigación.

El fichaje de textos, producto de la lectura intensiva y cuidadosa, fue indicando, además, la necesidad de cambios y aclaraciones en el instrumento de trabajo, cambios que después serían pertinentes para la construcción del informe final. Así, por

ejemplo, no bastaba con decir que el texto observado ofrecía una definición del Derecho como ciencia en la página x, era indispensable copiar el microcontexto en el cual así se constataba. Lo anterior era necesario porque no se trataba de hacer un estudio cuantitativo y decir cuántos textos ofrecían dichas definiciones, sino que era necesario saber cuáles autores lo decían y en qué coincidían o en que diferían unos y otros.

Por último, ordenar conceptualmente la información y escribir el informe final de la investigación, mostró la necesidad de regresar sobre algunos textos de los que no se había anotado en forma precisa, la página de donde se tomó la información: esto se produjo de manera especial, en los casos de citas textuales extensas en las cuales había cambio de página. Asimismo, para el estudiante era el momento de aprender que no todo lo registrado en la ficha iba a ser utilizado en el texto final y que la información ya consignada, podía ser útil para otras investigaciones.

Lo anteriormente anotado, es una muestra de cómo los procesos investigativos están acompañados de sobresaltos e inquietudes que van generando cambios y aprendizajes, que muchas veces, no se reflejan en los resultados finales de las investigaciones. Un informe final es rigurosamente expuesto, “liberado de todo resabio personal, de todo olor humano” (Jacob, p. 164), pero ese olor está latente y reconocería no sólo la presencia de la enfermedad y la muerte, sino también el de las preguntas sin respuesta y el de los errores cometidos al comienzo de la investigación.

### **1.3 El diseño metodológico en el informe final de la investigación**

Siguiendo los ritos para la presentación de los resultados de investigaciones, el diseño metodológico cuenta en una primera parte el enfoque desde el cual se realizó la investigación; después, describe las fases o estrategias metodológicas seguidas y, en una tercera parte, se alude al análisis de la información. A lo dicho, se agrega un cuadro con la reseña bibliográfica de cada unidad de análisis y la biblioteca de la universidad donde se encuentra.<sup>4</sup>

---

4 Ver listado de reseñas bibliográficas al final de este artículo.

### 1.3.1 Enfoque

La investigación partió de que en los *estados del arte*,

El investigador [...] concede la palabra al texto en cuanto él tiene una verdad que decir, unos datos que ofrecer unos factores que señalar, unos indicadores que describir, pero aún más, un sentido para transmitir y revelar. Esto ocurre con cada una de las unidades de análisis que revisa, de ahí que su labor ante todo debe estar inspirada, de una parte en la fidelidad a ese texto en la elaboración de los factores e indicadores que lo distinguen e identifican sin alterarlos. [...] y, de otra parte, en salvaguardar la objetividad del documento [...] (Hoyos Botero, 2000, p. 66).

Lo que se observó en las cincuenta y seis unidades de análisis, identificadas en siete de las ocho bibliotecas de universidades en Medellín, que ofrecían programas de Derecho al momento de iniciar el proyecto, fue el tratamiento dado a dos categorías: el Derecho como objeto de estudio y las formas de acceder al conocimiento en el Derecho. Cada categoría se dividió en subcategorías; en la primera, las subcategorías fueron, por una parte, el Derecho como ciencia, incluyendo los elementos que la integraran –objeto, método, metodología y técnica–, y por la otra, la ubicación del Derecho en las clasificaciones de las ciencias. En la segunda, se identificó información acerca de los métodos, metodologías y protocolos planteados por los autores como formas para acceder al conocimiento en el Derecho. En el caso de los protocolos de investigación, se observaron componentes como: planteamiento del problema; objetivos; referente conceptual (marco teórico, microteoría); plan metodológico; enfoques, niveles o tipos de investigación; hipótesis; población y muestra; variables, categorías o dimensiones; fuentes; instrumentos; técnicas para el análisis de la información y propuesta de presentación de informes finales de investigación.

### 1.3.2 Fases

La investigación se desarrolló en las siguientes fases: la primera fue el acercamiento al objeto de estudio, su delimitación y la definición de estrategias de búsqueda de la información; inicialmente se identificaron cuarenta unidades de análisis. La segunda, fue el registro de datos en una ficha diseñada para la investigación; fichados los textos, el grupo de trabajo socializaba lo leído y definía la pertinencia del contenido enunciado en cada ítem; esta actividad resultó fundamental por las ambigüedades encontradas en los textos. En esta misma fase, se hizo una segunda visita a las bibliotecas con el fin de actualizar las unidades de análisis y se ubicaron diez y seis más. Por último, se ordenó conceptualmente la información, lo que implicó la lectura y relectura de cada ficha, el regreso a algunas fuentes y la clasi-

ficación de la información; así mismo, al tiempo que se realizaba el ordenamiento conceptual, se hacía un análisis descriptivo y comparativo entre las unidades de análisis observadas.

### 1.3.3 Análisis de la información

Tal como ya se dijo, se hizo un análisis descriptivo y comparativo que implicó ir más allá de la recopilación de información y del ordenamiento conceptual de los datos; el análisis consistió en identificar y agrupar los autores que se refirieron a cada ítem, en buscar ambigüedades, similitudes y diferencias presentes en lo dicho por cada uno de ellos sobre cada categoría, subcategoría y componente.

## 2. HALLAZGOS EN LA INVESTIGACIÓN *ESTADO DEL ARTE EN METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA 1999-2003*, LEÍDOS DESDE FRITJOF CAPRA Y DAVID STEINDEL-RAST (1994)

Capra y Steindel-Rast (1994, pp. 16-20) en el texto *Pertenecer al universo: encuentros entre ciencia y espiritualidad*,<sup>5</sup> brindan una de las opciones conceptuales tomadas en la investigación a la que aquí nos referimos. Siguiendo estos autores tuvimos en cuenta:

- La existencia de redes de conocimiento, más que de ‘una ciencia’ o ‘la ciencia’,
- la existencia de múltiples formas de acceder al conocimiento,
- la necesidad de que se expliciten los métodos usados en los procesos investigativos,
- la inexistencia de jerarquías entre las ciencias,
- la aceptación de que las descripciones científicas incluyen el observador humano y
- el cambio de las certezas por las descripciones aproximadas.

Ahora, en cada palabra, en cada frase, en cada párrafo, en cada texto, los autores tratan de comunicarnos algo. Todo libro espera paciente y silenciosamente un lector,

---

5 Texto frecuentemente citado por quienes aluden a la concepción holística de la ciencia y, en este sentido a la metodología de la investigación holístico, entre ellos puede verse Hurtado de Barrera, Jacqueline (2000). *Metodología de la investigación holística*. 3ª. ed. Caracas: Instituto Universitario de Tecnología Caripito, Servicios y proyecciones para América Latina. 613 p.

y uno de los lugares en los que con calma anhelan ser abiertos para obsequiar su información son las bibliotecas y en ese universo que son las bibliotecas (Borges, 1985, p. 89), observando en cada unidad de análisis lo dicho por Capra y Steindel-Rast, encontramos, por ejemplo, que en ninguna de estas se alude a redes de conocimiento, los autores en general, se ocupan del concepto del ciencia para mostrar la ambigüedad del mismo (Nino, 1991), o para indicar diferentes definiciones del mismo (Martínez y Fernández, 1994). En algunos casos, esto podría explicarse por la fecha de publicación de los textos: Alchourrón y Buligyn (1974), Badenes (1959), Bielsa (1961), Carnelutti (1979) y Hernández Gil (1945), entre otros, que pueden consultarse en el *corpus* reseñado al final de este artículo.

En cuanto a las formas de acceder al conocimiento, los autores estudiados están más preocupados por indicarle al jurista como interpretar el Derecho que por mostrarle diferentes metodologías para investigar o formas de acceder al conocimiento, esto puede apreciarse en Lamprea (1982), Larenz (1994), Hernández Gil (1945), Perelman (1988), entre otros. Los autores que abordaron maneras de investigar lo hicieron reseñando elementos de la investigación bibliográfica, ellos fueron: Azúa (1999), Carvalho (1975), Giraldo (1985), Hernández y López (1995), Perdomo (1996) y Pérez (1999).

Menos aún se refirieron a la necesidad de que se expliciten los métodos usados en los procesos investigativos. Hay que advertir que ese no era el objeto de las obras ni lo que desvelaba a los autores de los cincuenta y seis textos observados en este estudio. Si bien en doce unidades de análisis se aludió a los métodos en los términos entendidos en esta investigación: “un método es una guía, un camino, un modo de aproximación y no un conjunto de certezas apodícticas, ya sea en relación con el conocimiento o las acciones concretas” (Ander-Egg, 1995, p. 42), no se hizo en los términos propuestos por Capra y Steindel-Rast, términos que permitirán que en un futuro, las discusiones y debates en torno a los hallazgos de las investigaciones en Derecho, incluyan la forma como se llegó a los resultados que se presentan y no solamente la opinión de quien investiga.

En lo referente a la inexistencia de jerarquías entre las ciencias, en la subcategoría ubicación del Derecho en las clasificaciones de las ciencias, encontramos que, contrario a lo planteado por Capra y Steindel-Rast, cinco de los diez y seis autores que brindaron información para ésta subcategoría dijeron que <<la metodología de la ciencia jurídica se halla aún en una fase de ‘subdesarrollo’>> (Alchourrón y Bulygin, 1974, p. 21); hay ciencias más maduras que el Derecho (Carnelutti, 1979, pp. VIII, 8) y “la ciencia jurídica comparte con el resto de las ciencias sociales un menor nivel de incertidumbre, comparado con el alto nivel desarrollado en las ciencias *naturales*” (Hernández y López, 1995, p. 24).



Los demás autores, ubican el Derecho como una ciencia independiente de las ciencias exactas (Arango, 1999; Larenz, 1994; Osuna, 1992), una ciencia social (Azúa, 1999; Bielsa, 1991; Ollero, 1989), una ciencia normativa (Kelsen, 1968) y una ciencia que debe seguir los tradicionales patrones de observación y verificación que inspiran a la ciencia empírica (Ross, 1963).

En lo relacionado con la aceptación de que las descripciones científicas incluyen al observador humano, el único autor que aborda el tema es Lamprea (1982, p. 191) y lo hace para advertir acerca del riesgo de la subjetividad en quien responde una encuesta o entrevista, los demás autores no se ocuparon del asunto.

Por último, podemos afirmar que los autores estudiados para la construcción del *Estado del arte en metodología de la investigación jurídica 1999-2003*, tampoco se ocuparon de lo propuesto por Capra y Steindel-Rast en cuanto al cambio de las certezas por las descripciones aproximadas.

### **Algunas consideraciones finales**

En este artículo de manera fundamental queremos presentar dos consideraciones: la primera, es acerca de la pertinencia de reconocer en las investigaciones el olor humano en términos de Jacob o el observador humano en términos de Capra y Steindel-Rast; son estos dos elementos que indudablemente enriquecerán cualquier proceso investigativo y la presentación de sus hallazgos en la medida en que facilitarán los cambios y aprendizajes que acompañan las investigaciones.

La segunda, consiste en resaltar la opción conceptual (Capra y Steindel-Rast, 1994) desde la cual se expone en este artículo un análisis de la información recolectada para el *Estado del arte en metodología de la investigación jurídica 1999-2003*, como una oportunidad para incluir en los debates en torno a la investigación en el Derecho, los elementos propuestos por estos autores.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Ander-Egg, Ezequiel (1995). *Técnicas de investigación social*. 24ª. ed. Buenos Aires: Lumen. 424 p.
- Asociación de Trabajo Interdisciplinario, Corporación Juan Bosco, Instituto Popular de Capacitación de Medellín, Programa de Desarrollo y Paz del Magdalena Medio (2003). *Estado del arte Conflicto urbano y jóvenes. Medellín, Bogotá, Cali, Barrancabermeja. 1990-2002*. Bogotá: Civis. 335 p.
- Aristóteles, A. (1944). *Metafísica*. Madrid: Espasa Calpe. 312 p.

- Borges, Jorge (1985). *Ficciones*. 13<sup>a</sup>. ed. Buenos Aires: Alianza Editorial. 204 p.
- Capra, Fritjof y Steindl-Rast, David (1994). *Pertenecer al universo: encuentros entre ciencia y espiritualidad*. Barcelona: EDAF. 251 p.
- Cifuentes Patiño, María Rocío; Osorio Giraldo, Fanny y Morales Londoño, Martha Inés (1993). *Una perspectiva hermenéutica para la construcción de estados del arte*. Manizales: Universidad de Caldas. pp. 7-19.
- Colciencias (1993). *Historia Social de la ciencia en Colombia. Fundamentos teórico metodológicos*. Bogotá: Tercer Mundo Editores. V 1.
- Colciencias (1993). *Historia Social de la ciencia en Colombia. Ciencias Sociales*. Bogotá: Tercer Mundo Editores. V 9.
- Descartes, René (1968). *El discurso del método*. Madrid: Bruquera. 88 p.
- Dogan, Matei y Pahre, Robert (1993). *Las nuevas ciencias sociales: la marginalidad creadora*. México: Grijalbo. 293 p.
- Feyerabend, Paul (1987). *Contra el método*. 2<sup>a</sup>. ed. Barcelona: Ariel. 187 p.
- Feynman, Richard (1999) *Qué significa todo eso*. Barcelona: Drakontos. 147 p.
- Galeano Marín, María Eumelia y Vélez Restrepo, Olga Lucía (2000). *Investigación cualitativa. Estado del arte*. Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas. 88 p.
- Hoyos Botero, Consuelo (2000). *Un modelo para Investigación documental. Guía Teórico-Práctica sobre Construcción de Estados del Arte con importantes reflexiones sobre la investigación*. Medellín: Señal Editora. 105 p.
- Hurtado de Barrera, Jacqueline (2000). *Metodología de la investigación holística*. 3<sup>a</sup>. ed. Caracas: Instituto universitario de Tecnología Caripito, Servicios y proyecciones para América Latina. 613 p.
- Jacob, Francois (1998). *El ratón la mosca y el hombre*. Barcelona: Drakontos. 206 p.
- Jañez Barrio, Tarcisio (1996). *El trabajo de investigación en derecho: Una orientación metodológica*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello. p. 208.
- Mardones, Jesús (1991). *Filosofía de las ciencias humanas y sociales*. Barcelona: Antropos. 415 p.
- Mejía de Camargo, Sonia (1997). *Investigación sobre el maltrato infantil en Colombia 1985-1996. Estado del arte*. Bogotá: ICBF, Fundación Barco. Tomo I.
- Morin, Edgar (1993). *El Método. La naturaleza de la naturaleza*. 3<sup>a</sup>. ed. Madrid: Cátedra. pp. 21-39.
- Pérez Tamayo, Ruy (1990). *¿Existe el método científico?* México: Fondo de Cultura Económica. 297 p.
- Soriano, Raul (1992). *El proceso de investigación científica*. México: Trillas. 151 p.

- Strauss Anselm y Corbin Juliet (2002). Bases de la investigación cualitativa. Técnicas y procedimiento para desarrollar la teoría fundamentada. Traducción de Eva Zimmerman. Medellín: Universidad de Antioquia. 447 p.
- Tamayo y Tamayo, Mario (1996). *El proceso de la investigación científica*. Bogotá: Limusa. 231 p.
- Van Dijk, Teun. (1998). “Análisis esotérico del discurso”. En: *Lingüística y Literatura*. Medellín. Año 19. N° 33. Ene-Jun. pp. 106-108.
- Zea, Adelaida Ángela (1995). “La crisis de la justicia en Colombia. Causas y soluciones; una visión universitaria”. En: *La importancia de los estudios de derecho frente al siglo XXI*. Santafé de Bogotá: Editorial Uninorte. pp. 66-90.

### CORPUS

Nº	Reseña bibliográfica
1	AARNIO, Aulis (1991). <i>Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica</i> . Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 313 p.
2	ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio (1974). <i>Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales</i> . Buenos Aires: Astrea de Rodolfo Depalma y Hermanos S.C.A. 136 p.
3	ALEXI, Robert (1995). <i>Teoría del discurso y derechos humanos</i> . Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 136 p.
4	ALEXI, Robert (1997). <i>El concepto de validez del derecho y otros ensayos</i> . 2ª. ed. Barcelona: Gedisa. 208 p.
5	ARANGO, Rodolfo (1999). <i>¿Hay respuestas correctas en derecho?</i> Bogotá: Uniandes. 177 p.
6	ATIENZA, Manuel (2001). <i>Derecho y argumentación</i> . Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 138 p.
7	ATIENZA, Manuel (1997). <i>Las razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica</i> . Madrid: Centro de estudios constitucionales.
8	AZÚA, Sergio T. (1999). <i>Metodología y técnicas de la investigación Jurídicas</i> . 3ª. ed. México: Porrúa. 121 p.
9	BADENES, Ramón (1959). <i>Metodología del derecho</i> . Barcelona: Bosch. 457 p.
10	BAQUERO, Julia M. y PARDO, José Felipe (1997). <i>La Argumentación en el texto jurídico: un instrumento para su comprensión</i> . Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho. 332 p.
11	BIELSA, Rafael (1961). <i>Metodología Jurídica</i> . Buenos Aires: Castelvi.S.A. 680 p.

Nº	Reseña bibliográfica
12	CAPELLA, Juan Ramón (1968). <i>Derecho como lenguaje: un análisis lógico</i> . Barcelona: Ariel, 1968. 317 p.
13	CAPELLA, Juan Ramón (1995). <i>El Aprendizaje del aprendizaje</i> . Madrid: Trotta. 114 p.
14	CARNELUTTI, Francesco (1979). <i>Metodología del derecho</i> . 3ª. Ed. Bogotá: Colombia Nueva Ltda. 78p.
15	CARVALHO, Iván Darío (1975). <i>Como elaborar una tesis de Derecho</i> . Bogotá: D.E.S. 212 p.
16	CONTRERAS, Laureano (1976). <i>Iniciación a la teoría de la metodología del Derecho</i> . Medellín, 68 p. Trabajo de grado. (Doctor en Derecho y Ciencias Políticas). Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
17	DE CASTRO, Juan Francisco (1829). <i>Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes</i> . 2ª. ed. Madrid: Imprenta de aguado. 2 V. 397 p.
18	DÍAZ, Elías (1992). <i>Sociología y filosofía del derecho</i> . 7ª. Reimpresión. Madrid: Taurus humanidades. 439 p.
19	ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA (1988). <i>Hermenéutica jurídica</i> . Bogotá: Señal Editora. 418 p.
20	FIERRO, Heliodoro (1999). <i>Metodología de la investigación para la ciencia jurídica</i> . Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. 162 p.
21	FINCH John (1977). <i>Introducción a la teoría del derecho</i> . Barcelona: Labor. 259 p.
22	FIX, Hector (1984). <i>Metodología, docencia e investigación jurídica</i> . México: Porrúa. 432 p.
23	GADAMER, Hans Georg (1998). <i>Arte y verdad de la Palabra</i> . Barcelona: Paidós. 157 p.
24	GADAMER, Hans Georg (2001). <i>El giro hermenéutico</i> . 2ª. ed. Madrid: Cátedra. 238 p.
25	GADAMER, Hans Georg (1998). <i>Verdad y método</i> . 6ª. ed. Salamanca: Sígueme. Tomo I. Pp. 378-414
26	GARCIA, Juan Antonio (1997). <i>Filosofía del derecho de Habermas a Luhmann</i> . Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho Nro 5. 203 p.
27	GIRALDO, Jaime (1985). <i>Metodología y técnica de la investigación jurídica</i> . 3ª. ed. Bogotá: Librería del Profesional. 382 p.

Nº	Reseña bibliografica
28	HART, H.L.A. (1963). <i>El concepto del derecho</i> . 2ª. Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perot. 332 p.
29	HERNÁNDEZ GIL, Antonio (1945). <i>Metodología del Derecho</i> . Madrid: Revista de Derecho Privado. 399 p.
30	HERNÁNDEZ GIL, Antonio (1973). <i>Metodología de la ciencia del derecho: III Nueva evolución de las posiciones y direcciones metodológicas. La tensión formalismo-antiformalismo. Pluralismos</i> . Madrid: Crecet. 479 p.
31	HERNÁNDEZ, Sandra y LÓPEZ, Rosalío (1995). <i>Técnicas de investigación Jurídica</i> . México: Harla. 121 p.
32	KAHN, Paul (2001). <i>El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos</i> . Barcelona: Gedisa. 205 p.
33	KELSEN, Hans (1968). <i>Teoría pura del derecho Introducción a la ciencia del derecho</i> . 7ª. ed. Buenos Aires: EUDEBA. 245 p.
34	LAMPREA, Pedro Antonio (1982). <i>Metodología del Derecho</i> . Bogotá: Librería del Profesional 421 p.
35	LARENZ, Karl (1994). <i>Metodología de la ciencia del Derecho</i> . Barcelona: Ariel. 387 p.
36	LATORRE, Ángel (1976). <i>Introducción al Derecho</i> . Barcelona: Ariel. 235 p.
37	LEGAZ Y LACAMBRA, Luis (1975). <i>Filosofía del Derecho</i> . 4ª. ed. Barcelona. Bosch. 868 p.
38	LINDAHL ELLIOT, Hans (1985). <i>El Sentido del Derecho: elementos para una teoría de la interpretación jurídica constituida en filosofía del derecho</i> Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 488 p.
39	MARTÍNEZ, Luis y FERNÁNDEZ, Jesús (1994). <i>Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica</i> . Barcelona: Ariel. 305 p.
40	NINO, Carlos (1999). <i>Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica</i> . 3ª. México: Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. 113 p.
41	NINO, Carlos (1991). <i>Introducción al análisis del Derecho</i> . 4ª. Ed. Barcelona: Ariel. 477 p.
42	OLLERO, Andrés (1989). <i>Derechos humanos y Metodología jurídica</i> . Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 324 p.
43	OSUNA, Antonio (1992). <i>La hermenéutica de Hans-Georg Gadamer</i> . Valladolid: Universidad de Valladolid. 138 p.
44	PERDOMO, Rómulo (1996). <i>Metodología de la investigación jurídica</i> . 2ª. ed. Mérida: Universidad de los Andes. 233 p.

Nº	Reseña bibliográfica
45	PERDOMO, Rómulo (1988). <i>Metodología pragmática de la investigación con aplicaciones en las ciencias jurídicas</i> . Mérida: Universidad de los Andes. 189 p.
46	PERELMAN, Chaim (1988). <i>La lógica jurídica y la nueva retórica</i> . Madrid: Civitas. S.A. 249 p.
47	PÉREZ, Jacobo (1999). <i>Metodología y técnica de la investigación jurídica</i> . 3ª ed. Bogotá: Temis. 223 p.
48	PETEV, Valentín (1996). <i>Metodología y ciencia jurídica en el umbral del siglo XXI</i> . Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 156 p.
49	QUINTERO, Beatriz (1999). <i>La racionalidad jurídica habermasiana: una tercera alternativa en la modernidad</i> . Medellín: (s.n.). 191 p.
50	ROSS, Alf. (1963). <i>Sobre el derecho y la justicia</i> . 3ª ed. Buenos Aires: EUDEBA. 375 p.
51	SAVIGNY VON, Friedrich (1979). <i>Metodología jurídica</i> . Buenos Aires: Editorial Depalma, 89 p.
52	SUÁREZ, Alberto (1995). <i>Metodología y hermenéutica para el éxito</i> . Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 305 p.
53	VATTIMO, Gianni (1995). <i>Más allá de la interpretación</i> . Barcelona: Paidós. 161 p.
54	VERDESOTO, Luis (1967). <i>Investigación científica en el área jurídica</i> . Ecuador: Universitaria. 283 p.
55	VILLORO, Miguel (1946). <i>Apuntes para una Metodología del Derecho</i> . México D. F.: (s.n.). 124 p.
56	WITKER, Jorge (1991). <i>Cómo elaborar una tesis en Derecho</i> . Madrid: Civitas. 148 p.



Autor: Verónica Molina Mesa  
Título: Sin señal  
Técnica: óleo-pastel sobre papel  
Dimensiones: 21,6 cm x 14 cm

## ***VALORACIÓN DE LA VALIDEZ Y DE LA EFICACIA DE LA PRUEBA. ASPECTOS EPISTEMOLÓGICOS Y FILOSÓFICO-POLÍTICOS\****

\* Este artículo es parte de los resultados del trabajo de investigación terminado y denominado “*El derecho constitucional a la prueba, análisis de la jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia*”. Inscrito en el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia. En este proyecto actuó como investigador principal Luis Bernardo Ruiz Jaramillo. Estudiantes en formación: Adriana María Ruiz Gutiérrez y Lesney Katherine González Prada. Estudiantes auxiliares: Nidia Cristina Montoya, María Eugenia Naranjo y Dary Luz Restrepo. El informe final de esta investigación se presentó el 25 de septiembre de 2006 en el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. Luego de su evaluación por los jurados respectivos fue, finalmente, aprobado el 7 de diciembre de 2007.

Fecha de recepción: Septiembre 26 de 2008

Fecha de aprobación: Noviembre 6 de 2008

## VALORACIÓN DE LA VALIDEZ Y DE LA EFICACIA DE LA PRUEBA. ASPECTOS EPISTEMOLÓGICOS Y FILOSÓFICO-POLÍTICOS

*Luis Bernardo Ruiz Jaramillo\*\**

### RESUMEN

En este artículo se plantea la importancia de las reflexiones que de la filosofía política y la epistemología se hagan sobre la prueba judicial. Se abordan los dos aspectos principales de la valoración de la prueba, la validez y la eficacia. La validez es una temática que lleva a estudiar, principalmente, desde la filosofía política, la relación entre el individuo y el Estado ya que la prueba judicial en su obtención y valoración tiene la potencialidad de afectar a la persona en todos los aspectos de su vida existencial: el corporal, el psicológico y el social; lo cual también puede implicar la vulneración de los derechos fundamentales. De otro lado, la valoración de la eficacia conlleva, principalmente, a reflexiones epistemológicas de la verdad sobre los hechos. Se analiza la verdad por correspondencia como el ideal. También se estudian las concepciones de verdad consensuales, coherencistas y pragmatistas que han sido enarboladas como negación de aquélla.

**Palabras clave:** prueba, valoración, validez, eficacia, debido proceso, derechos fundamentales, verdad procesal, verdad como correspondencia, verdad pragmática, cognoscitismo, estándar de prueba.

### EVALUATION OF VALIDITY\*\*\* AND CREDIBLE EVIDENCE OF THE PROOF. EPISTEMOLOGICAL AND PHILOSOPHICAL-POLITICAL ASPECTS

### ABSTRACT

This article raises the importance of the thoughts made about the proof from philosophical-political and epistemological perspectives. Also raises the two main aspects of the evaluation evidence: validity and credible. Validity is a topic that leads to study, mainly from the political philosophy, the relationship between the individual and the State because the proof since its obtaining and evaluation have the potential to affect the person in all his life aspects: physical, psychological and social, so a wrong method on the obtaining and evaluation may lead to harm fundamental rights. In the other hand, the credible evaluation involves, mainly, epistemological reflections about the truth of the facts. We analyze the truth by correspondence as *the ideal*. Also, we study the concept of consensual, coherence and pragmatist truth, wich are theories that have been used to deny, precisely, the truth.

**Key words:** proof, evaluation evidence, validity evidence, credible evidence, due process, fundamental rights, procedural truth, truth by correspondence, pragmatic truth, cognitivism, standard of proof.

---

\*\* Docente ocasional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de las asignaturas en Derecho Probatorio y Teoría General del Proceso.

\*\*\* Exclusionary rules: "Validity" is taken in the legal sense of the word. It means, as the consistency of procedural activity with the law and the Constitution. It is similar to the rules of evidence admissibility.



# VALORACIÓN DE LA VALIDEZ Y DE LA EFICACIA DE LA PRUEBA. ASPECTOS EPISTEMOLÓGICOS Y FILOSÓFICO-POLÍTICOS

## INTRODUCCIÓN

La prueba judicial presenta una configuración intelectual más compleja de lo que aparenta ser. En la prueba judicial confluyen asuntos relacionados con la validez y la eficacia de la misma. La validez, desde un punto de vista filosófico jurídico conlleva a hacer reflexiones del orden político por los retos que plantea con respecto a la legitimidad de la misma cuando en la obtención de la prueba se afectan derechos fundamentales. Por su parte, la eficacia tiene otro mundo muy diferente ya que tiene un importante componente epistemológico o de teoría del conocimiento aunque con implicaciones políticas, como se verá luego.

En efecto, la valoración de la prueba recae sobre dos aspectos fundamentales de la misma: la validez y la eficacia. Además, existe un tercer elemento, la regla de la carga de la prueba, la cual opera en forma residual ante la ausencia o la duda probatoria. No obstante, este último aspecto no se abordará en esta oportunidad.

En este artículo se presentarán las teorías que de alguna manera han abordado los problemas de validez y de eficacia de la prueba. Aunque son temas que tienen dos mundos teóricos diferentes no obstante tienen un tema en común, la prueba judicial. El más importante reto que se plantea sobre la validez de la prueba es el de la legitimidad de la obtención de la prueba cuando se encuentran en juego los derechos fundamentales de las personas; no debe olvidarse que la actividad probatoria tiene incidencia en el individuo en todas las esferas de su existencia, en su cuerpo, su psiquis y su vida social. Con respecto a la eficacia, se cuestiona sobre si es posible obtener la verdad sobre los hechos y bajo qué condiciones; la prueba judicial participa, en este campo, de la misma problemática de la verificación de los hechos en las ciencias y en la vida social.

En relación con la validez se presentará la discusión teórica con la posición de dos autores, Luigi Ferrajoli y Robert Alexy. Se advierte que estos autores no se han pronunciado en forma expresa y sistemática sobre esta problemática; no obstante, sí

tienen dos teorías diversas sobre los derechos fundamentales que es bueno evaluar con respecto a sus consecuencias últimas en esta temática de la prueba judicial.

En cuanto a la eficacia de la prueba, se aborda nuevamente el pensamiento de Ferrajoli como también de Michele Tarufo y Marina Gascón Abellán. Asimismo, sobre esta temática se profundiza un poco más sobre lo que ocurre en los códigos procesales penal, civil y administrativo.

Es de anotar que los teóricos clásicos de la filosofía del derecho no se han ocupado de estos asuntos de la prueba judicial. En realidad esta temática de la prueba judicial ha sido considerada como un saber “práctico” de menor importancia teórica o filosófica. Sólo en la década de los noventa comienza una importante reflexión por la filosofía del derecho en estos aspectos. Precisamente, con este artículo se quiere mostrar cómo se ha planteado en el ámbito filosófico-jurídico.

## 1. LA VALIDEZ DE LA PRUEBA JUDICIAL

### 1.1 El debido proceso en la valoración de la prueba

En su obtención, la validez de la prueba se relaciona con el debido proceso. Existe una validez formal que se refiere a los condicionamientos de órganos legítimos y a las formalidades de tiempo, lugar y modo de obtención del acto procesal probatorio y la validez material, la cual se relaciona con la conformidad de los contenidos de la decisión judicial en materia probatoria respecto a los contenidos constitucionales; este último se refiere básicamente a que la decisión del juez respete el principio de proporcionalidad lo mismo que el de racionalidad en su argumentación sobre los hechos como condición de legitimidad de la decisión.

El debido proceso se entiende en dos sentidos, uno formal y otro sustancial.<sup>1</sup> El criterio de distinción alude simplemente a que el formal se refiere a los condicionamientos de validez (formal y material) que brindan las garantías legales y

---

<sup>1</sup> A propósito de la interpretación del art. 29 de la Constitución sobre el debido proceso por la Corte Constitucional (sentencia SU-159 de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, Cons. 4.2.2) preceptúa: “(...) es necesario considerar el alcance del concepto de debido proceso al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el secreto profesional y la libertad de conciencia. En Colombia, se ha dicho que el concepto de debido proceso es sustancial, esto es, comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades, tanto en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo como, además, frente a cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales”.

constitucionales para los actos procesales-probatorios de admisión, práctica y valoración de la prueba dentro del proceso. En cambio, el sustancial se refiere a que la restricción de los derechos fundamentales sustanciales tanto en el ámbito extraprocésal como en el intraprocésal cumpla con los presupuestos constitucionales de validez (formal y material).

Al momento de la valoración, las partes o los intervinientes, en virtud del derecho a la prueba, tienen la posición iusfundamental de exigir que la prueba relacionada con su interés material tenga validez y que después el juez establezca su capacidad demostrativa. No obstante, a la parte que se ve afectada en su interés material o en general en sus derechos fundamentales con alguna prueba, en virtud del debido proceso constitucional, le asiste el derecho de invocar los mecanismos procesales de exclusión de la prueba que no cumpla con los presupuestos de validez.

Debe precisarse que la valoración de la validez de la prueba depende del motivo de la irregularidad probatoria. Si se trata de la ausencia de un requisito relacionado con la práctica de la prueba en el ámbito del proceso, y por tanto del debido proceso formal, ordinariamente son irregularidades subsanables o que pueden convalidarse con la conducta de la parte dentro del proceso; excepto que se trate de fallas estructurales relacionadas con el derecho de defensa en la vinculación de la parte al proceso. En este evento, si se anula el acto procesal de la vinculación de la parte, por efecto reflejo, la prueba también se considera viciada de nulidad. Lo mismo ocurre cuando la falla estructural del proceso se relaciona con los períodos probatorios o con las oportunidades para solicitar pruebas. La omisión de estas fases del proceso conlleva a la nulidad procesal y a la afección como consecuencia de las pruebas allí obtenidas. El debido proceso también se conculca al momento de la sentencia por ausencia o insuficiencia en la motivación de la prueba para establecer la verdad procesal. Quitarle una oportunidad de prueba a la parte en razón de la extemporaneidad de la petición puede afectar la validez material de la posición iusfundamental de la parte a la luz del principio de proporcionalidad y, por ende, es posible la nulidad procesal por violación al debido proceso sustancial.

En los eventos en que se trata de pruebas obtenidas como consecuencia de la violación de un derecho fundamental sustantivo debe analizarse el cumplimiento de los presupuestos constitucionales que del debido proceso constitucional y sustantivo se desprenden para la restricción de los derechos fundamentales en la obtención de la prueba. Si se presenta incumplimiento de estos presupuestos el juez debe aplicar la nulidad de pleno derecho de que trata el inciso final de artículo 29 de la Constitución Política. Entre estos presupuestos existen unos de carácter formal (ley previa, orden del juez, motivación, personal autorizado para la práctica de la medida) y otros de naturaleza estrictamente material, el uno jurídico, que es el

juicio de proporcionalidad y el otro fáctico que se denomina principio de la prueba mínima para intervenir, el cual se basa en los elementos probatorios existentes al momento de realizar la medida de obtención de prueba.

Como se observa, la validez constitucional tanto de las fuentes como de los medios de prueba tiene un importante nivel de complejidad, ya que implica realizar juicios jurídicos de carácter procedimental así como de valores y principios constitucionales; lo mismo que juicios de carácter probatorio los cuales se refieren a la capacidad demostrativa de los elementos de conocimiento disponibles en un momento determinado y permiten apuntalar la decisión en cuestión. Estos juicios valorativos se realizan tanto al momento de la sentencia, como en otros momentos procesales en los cuales debe valorarse la prueba. En especial en materia procesal penal los realiza el juez de garantías cuando enjuicia los actos de investigación con miras a ordenarlos o rechazarlos a solicitud del fiscal delegado; o cuando realiza el control posterior sobre actos que hayan sido previamente ordenados por la fiscalía. Ese control posterior es en realidad poco serio, porque se realiza sobre actas o documentos y con el efecto psicológico que producen los hallazgos positivos. A continuación se analizará cómo los juicios con base en los valores y principios constitucionales llevan a discusiones del ámbito filosófico-jurídico.

## 1.2 El problema de la restringibilidad de los derechos fundamentales

Las personas poseen derechos fundamentales en virtud de la posición jurídica que crean las normas constitucionales y el orden legal que les permiten exigir de otros individuos o del Estado una prestación o la obligación de no hacer o afectar. Asimismo, los derechos fundamentales establecen obligaciones de las personas frente a otros y al Estado.

La Constitución colombiana y, en general, las constituciones contemporáneas, frente a la regulación de los derechos fundamentales tiene como particularidad que, en algunos casos, al mismo tenor que establece el derecho también crea su restringibilidad. De esta forma, por ejemplo, el art. 15 establece el derecho a la intimidad personal y familiar, lo mismo que el derecho al *hábeas data* y la inviolabilidad de las comunicaciones; no obstante, a renglón seguido, autoriza al legislador con el fin de disponer las formalidades para interceptar las comunicaciones; además, establece que los documentos privados y la contabilidad pueden intervenir en los términos que establece el legislador. El art. 16 establece el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin embargo, admite las limitaciones que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. El art. 24 establece la libertad de locomoción, aunque al mismo tiempo faculta a la ley para su limitación. El art. 28 determina el derecho a la libertad, a no ser molestado en su persona lo mismo que

la inviolabilidad del domicilio, pero al mismo tiempo faculta al legislador para la limitación de los mismos.

El gran reto que plantea esta regulación constitucional es cómo entender que para la misma Constitución primen los derechos inalienables de las personas dentro del Estado y, al mismo tiempo, establezca y proteja la prevalencia del interés general y, en concreto, el monopolio de la justicia que ejerce el Estado. Se plantea, en la misma Constitución, un conflicto entre el interés individual que se desprende de los derechos fundamentales y el concepto de interés general, que seguramente también incluye el respeto a los derechos fundamentales, pero también otros elementos de más difícil delimitación que pueden desembocar en el concepto de razones de Estado.

Sin duda alguna, existe cierta esquizofrenia en la regulación que la Constitución hace de los derechos fundamentales, pues en la misma norma que establece la libertad aparece la restricción: al mismo tiempo que busca proteger los derechos fundamentales los restringe en aras de la realización de la justicia estatal. La cual para poderse realizar en forma efectiva requiere del aseguramiento de la prueba, y éste, dado que la prueba se encuentra en los ámbitos íntimos y públicos de la persona humana, para hacerse efectivo requiere afectarlos. La afectación de estas esferas de la persona por el aparato de justicia corre el riesgo de arrasar con el sistema de garantías del individuo; sin embargo, no hacerlo en pos de la realización de la justicia llevaría al absurdo de que los derechos mismos de las personas no pudieran justificarse o quedarán a la merced del criminal que utiliza los ámbitos íntimos o sociales propios o ajenos para producir daño.

Frente a lo anterior, existen dos planteamientos diversos que pueden ejemplificarse en igual número de teóricos contemporáneos (aunque se trata de corrientes del pensamiento clásico). De un lado, Ferrajoli caracteriza los derechos fundamentales como de universales y de indisponibles, y deriva este último carácter del primero.<sup>2</sup> Incluso, frente al carácter de la indisponibilidad dicho autor<sup>3</sup> sustenta la tesis del deber de la indisposición del derecho por parte de la persona titular misma y con mayor razón para el Estado.

Del otro, Robert Alexy<sup>4</sup> plantea una tesis que coincide con la misma Constitución, porque establece la disponibilidad del legislador de esos derechos bajo ciertos re-

<sup>2</sup> Luigi Ferrajoli. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, pp. 20, 160, 161, 291, 292.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>4</sup> R. Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 268.

quisitos; y es la tesis que acogen abiertamente la Corte Constitucional y los distintos tribunales colombianos. Hay que advertir que esta tesis la acogen estos tribunales de justicia colombianos con algunas particularidades que no se encuentran en la original. La particularidad de los tribunales de justicia colombianos, básicamente, plantea que deben hacerse compatibles los derechos fundamentales con los colectivos, como el del interés general o el de hacer justicia.

En esta discusión, de fondo, existe un conflicto entre el individuo y el Estado; en última instancia, la posición que se tome depende de la concepción de Estado de la cual se parta: si el Estado se concibe como una herramienta de protección de los derechos de las personas, no cabe pensar que en protección de ese fin se afecten los derechos de otros; y si se concibe como un ente que tiene un carácter sustancialmente más importante que el individuo este se ve limitado por aquél. Al respecto López Barja de Quiroga<sup>5</sup> reseña la historia de la relación individuo Estado y señala que en Aristóteles el Estado se encuentra naturalmente por encima del individuo; en la antigua Roma en la época del imperio se hacía valer la *res pública* como argumento para ignorar la ley y perseguir al conspirador. En contraste, los estoicos planteaban la dignidad del hombre en tanto que hombre, y su libertad no puede ser arrebatada por ningún tirano. En el pensamiento de Agustín, el gobernante por haber sido creado por Dios no puede tener límites; en el pensamiento de Tomás de Aquino es Estado, es creación natural y como tal tiene límites. En la época moderna aparecen los derechos humanos colocando al Estado como instrumento para el cumplimiento de los mismos. Por su parte, Max Weber asume: el Estado se compone de una relación de dominación del Hombre sobre el Hombre, fundada sobre la violencia legítima (es decir, sobre la violencia considerada legítima). El Estado no puede sino existir a condición de que los Hombres dominados se sometan a la autoridad reivindicada por los dominadores. Entonces, se plantean las cuestiones: ¿En qué condiciones se someten y por qué? ¿En qué justificaciones internas y en qué medios externos se apoya esta dominación?

En el presente trabajo se asume que existen unos elementos ineludibles de la realidad: la prueba se encuentra en los ámbitos íntimos y públicos de la persona; esto es, en su cuerpo, su psiquis y en las cosas que usa, en los lugares públicos por los que se desplaza, etc. También es una realidad que la afectación de los derechos, sean o no fundamentales, puede ocurrir en ámbitos íntimos o públicos de la vida de las personas. Asimismo, usualmente algunos individuos, empresas o instituciones utilizan sus ámbitos íntimos o privados para afectar a otras personas. Por tanto, si no fuera posible interferir en el ámbito íntimo de las personas en la obtención de la

<sup>5</sup> J. López Barja de Quiroga. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid: Akal, 1989, *op. cit.*, pp 10 y ss.

prueba sería como dejar este ámbito a la ley del más fuerte. Sin duda, es necesario elaborar toda una teoría sobre el aseguramiento de la prueba de tal suerte que se permita la realización del bien justicia.

En Colombia el problema lo representa la legitimidad del aparato de justicia y en general del Estado para el desempeño de la justicia. Históricamente las ignominias realizadas por el Estado en nombre de la justicia han sido más graves que las efectuadas por unos individuos contra otros. Por tanto, en Colombia no estamos simplemente ante un problema técnico de dogmática constitucional, el cual de por sí aún no se ha abordado en profundidad, también es un problema político de legitimidad de sus instituciones.

La teoría de Ferrajoli de la universalidad y la indisponibilidad de los derechos fundamentales debe ubicarse con carácter prescriptivo o del deber ser. Este autor ha tenido una constante preocupación en su obra que consiste en fundamentar la legitimidad del Estado en unos principios políticos o morales de carácter extra-sistemático, como un modelo que permite realizar una crítica a un sistema legal que incluya su Constitución Política. Ferrajoli en su texto *Los fundamentos de los derechos fundamentales* no trata de describir el estado de los derechos fundamentales sino que se preocupa por crear una teoría formal e ideal que sirva de modelo universal de los derechos y establece los condicionamientos para que se cumplan en serio. El problema de este modelo teórico es que no tiene presente los elementos de la realidad que se describen antes. Por ello, se llega a una paradoja: en la búsqueda de la protección estricta de los derechos fundamentales termina desprotegiéndolos al no permitirse el aseguramiento de la prueba para poder propender por su realización ante la justicia.

El planteamiento de Alexy al menos parte de una realidad, la imposibilidad de una teoría absoluta de los derechos fundamentales. No obstante, se llega al extremo en nuestro sistema judicial de aprovechar esta teoría para fundamentar, de forma indebida, el relativismo de los derechos fundamentales, los cuales se ven prácticamente diluidos al socaire del principio de proporcionalidad. La aplicación de éste sin premisas ni supuestos empíricos termina por arrasar con los derechos fundamentales, que constituyen las conquistas liberales más importantes de la época moderna y aún de la contemporánea.

Existe, entonces, una relación inversamente proporcional entre el interés general o público de obtener la verdad y las libertades de las personas. La maximización del interés general en la consecución de la verdad reduce o anula el autogobierno de la persona sobre su cuerpo, su psiquis y su vida social o moral. La consideración de derechos irrenunciables o absolutos de los derechos fundamentales sustantivos en el contexto del aseguramiento de la prueba afecta la obtención efectiva de los

bienes de las personas en muchos casos vinculados con su condición existencial misma. Precisamente, uno de los aciertos importantes del constituyente colombiano es que vincula el debido proceso tanto a la decisión política del legislador como a la jurídica del juez, con el fin de graduar esta relación inversamente proporcional entre el interés general y las libertades negativas para la obtención de la prueba.

En materia procesal probatoria aludir a un debido proceso sustantivo significa que el debido proceso no sólo se refiere a las formas propias de cada juicio sino que disciplina el juicio de ponderación entre el interés general y las libertades de las personas al momento de decidir sobre una medida imperativa o coactiva, lo mismo que el juicio de razonabilidad que hace el juez al momento de decidir sobre el grado de convicción que genera la prueba. El debido proceso sustantivo regula estos espacios abiertos para evitar que en la jurisdicción se entronice el arbitrio o el capricho judicial. Así, el debido proceso dentro del Estado constitucional de derecho le otorga supremacía a la razón jurídica sobre la de Estado así como al derecho sobre la política o la moral.

De conformidad con lo anterior, desde el punto de vista constitucional la verdad sobre los hechos que se busca en los procesos judiciales es la mínima posible, pues se trata de una verdad que se obtiene dentro de los límites de los derechos fundamentales.<sup>6</sup> Una verdad relativa porque depende de los datos de que dispone el juez en un momento determinado dentro del proceso, proscribiéndole fundar la decisión sobre su conocimiento privado o sobre verdades sustanciales de tipo político o religioso. De acuerdo con el esquema constitucional colombiano, se brinda primacía a los derechos inalienables de la persona; sin embargo, debe tenerse presente que la realización del interés general de hacer justicia debe ser el mínimo posible que permita la máxima eficacia de los derechos fundamentales.

Respecto a las medidas de aseguramiento de la prueba debe tenerse presente su fin exclusivo que propende por la protección de la verdad mínima sobre los hechos, por eso, de manera alguna poseen la naturaleza de prevención del delito, ni de preservación de la moral y las buenas costumbres, ni de protección a las víctimas de los crímenes, ni mucho menos son medidas retributivas del perjuicio del delito, ni de prevención especial (inocuidación o resocialización social) para el criminal. Como consecuencia de lo anterior, tales medidas tienen un límite máximo en la gradación de la afectación de los derechos fundamentales, lo cual consiste en que de ninguna manera pueden afectar los derechos a la vida y la prohibición de tratos crueles,

<sup>6</sup> En términos de C. Roxin (*Derecho procesal penal*, 25ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 191) “la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado [...] No es un principio de la *StPO* que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio”.



inhumanos y degradantes, pues su afectación los desnaturaliza convirtiéndoles en medidas de castigos, de prevención general o especial del crimen. La muerte y la afectación de la salud física y psíquica de las personas son medidas propias de castigo, de inocuidad o se usan para generar temor persuasivo a la comunidad.

## 2. LA VALORACIÓN DE LA EFICACIA DE LA PRUEBA

### 2.1 El derecho a la valoración racional de la prueba

Es el derecho de las partes en el proceso a que las afirmaciones que hayan realizado se declaren oportunamente y se den a conocer mediante providencia escrita y con argumentación racional, como verdaderas, falsas o en duda con base en la prueba en el proceso.

Debe precisarse que la valoración de la prueba puede darse en muchos eventos distintos dentro y fuera del ámbito del proceso. En materia procesal penal se toman muchas decisiones de probabilidad de verdad, tanto en el ámbito extraprocesal como en el procesal. Se requiere de una aproximación de verdad probatoria en los siguientes eventos: para decidir sobre medidas restrictivas a los derechos fundamentales sustantivos en aras de la obtención de la prueba; para resolver sobre medidas de aseguramiento o cautelares sobre los bienes y, desde luego, para establecer la prueba mínima necesaria que concurra con la aceptación de cargos del procesado para emitir una sentencia condenatoria producto de un preacuerdo con la Fiscalía General de la Nación. Todas las decisiones que se relacionan con estos eventos tienen como condicionamiento de validez material una valoración racional de los datos probatorios.

Incluso, en materia procesal civil, así la normatividad no lo exprese, se requiere de una verdad aproximativa de la obligación sustancial y de su incumplimiento para poder legítimamente sustentarse una medida cautelar sobre un bien del demandado.

El derecho a la prueba para la Corte Constitucional,<sup>7</sup>

“(…) incluye no solamente la certidumbre de que, habiendo sido decretada, se practique y evalúe, sino la de que tenga incidencia lógica y jurídica, proporcional a su importancia dentro del conjunto probatorio, en la decisión que el juez adopte”.

<sup>7</sup> Sentencia T-555 de 1999, MP: José Gregorio Hernández Galindo.

Dice además esta misma providencia Sentencia T-555 de 1999, MP: José Gregorio Hernández Galindo:

“[La vía de hecho puede] consistir, entre otros factores, en el desconocimiento absoluto del material probatorio, en la vulneración del debido proceso dentro del incidente, en la falta de conexidad entre lo probado y lo deducido por el juez, o en el desconocimiento del derecho de cualquiera de las partes a la prueba, tanto en el plano de su práctica como de su evaluación, y en el de las inferencias que haga el fallador”.

Uno de los principios fundamentales de toda la actividad jurisdiccional del Estado de derecho lo constituye la racionalidad de las decisiones, la cual se relaciona con la conexidad lógica, con la coherencia interna, es decir, es un fenómeno estructural, expresa el ejercicio de la razón como regla y medida de los actos humanos; es, simplemente, producto de la esencia racional del ser humano. Por ello, se erige como un elemento esencial de la jurisdicción sin la cual se desnaturaliza el acto jurisdiccional y aparece la llamada vía de hecho o el acto material.<sup>8</sup> En materia de la valoración probatoria la racionalidad supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, responsables y serios.

“[Por ello,] no se adecua a este desiderátum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente”.<sup>9</sup>

Así, las partes no sólo tienen el derecho subjetivo a que el juez valore la prueba, sino que también lo haga en forma racional; vale decir, que las inferencias que realice con base en las pruebas sí sean posibles desde un punto de vista epistemológico. Debe existir conexión entre lo probado y lo decidido por el juez. De esta manera, el derecho a la prueba implica una posibilidad de exigencia de la parte hacia el juez de un determinado contenido en la valoración. Al fin y al cabo, si la parte en su pretensión o en su defensa le exige al juez el reconocimiento de un derecho o de algún interés material en concreto, igualmente le exige que le reconozca un determinado contenido de verdad que le sea favorable para acceder a aquél; las partes buscan que el juez declare como verdad en el proceso los presupuestos fácticos del interés material perseguido con el proceso. Por tanto, la valoración consiste en la

<sup>8</sup> Corte Constitucional, sentencias, C-543 de 1992 (MP: José Gregorio Hernández Galindo), C-530 de 1993 (MP: Alejandro Martínez Caballero); T-336 de 1993 (MP: Alejandro Martínez Caballero), T-442 de 1994 (MP: Antonio Barrera Carbonell).

<sup>9</sup> Corte Constitucional, sentencia T-442 de 1994, MP: Antonio Barrera Carbonell.

evaluación que realiza el juez para determinar si las afirmaciones introducidas en el proceso a través de los medios de prueba pueden aceptarse como verdaderas.

La irracionalidad en la valoración de la prueba atenta contra el debido proceso y el derecho de defensa. La racionalidad de la actividad jurisdiccional emerge del axioma constitucional del imperio de la ley (artículo 230 de la Constitución Política) que da sentido a la independencia de la función de la justicia frente a los demás órganos de poder del Estado y de las manifestaciones sociales de poder (cfr. artículo 228, *ibíd.*). Así, el derecho al acceso a la justicia (véase artículo 229, *ibíd.*) contiene la garantía de que la decisión judicial se basa en el mandato del legislador y no en el arbitrio del juzgador, ni a las influencias externas (políticas, morales, etc.).

## **2.2 Concepto y características de la verdad procesal**

La verdad judicial es la decisión del juez respecto a las afirmaciones de los hechos que hacen las partes a partir de argumentos de convicción basados en la prueba obtenida con legalidad en el proceso y, sucedáneamente, si no se conforma un grado de certeza en su intelecto, la declara mediante la respectiva regla de la carga de la prueba que señale la ley según el tipo de proceso.

De esta definición operacional de verdad procesal se establecen varias características de la misma de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales sobre el derecho probatorio.

### **2.2.1 El cognoscitivismo como modelo de verdad**

Según este modelo, la verdad se conforma en el intelecto del juez con base en las pruebas que existen en el proceso. Cuando el juez declara la verdad acepta una de las hipótesis de las partes en competencia sobre los hechos como la que está acorde con los argumentos de convicción que se desprenden de las pruebas, pues encuentra la debida justificación en razón de la calidad de los argumentos probatorios que la sustentan y porque tiene mayor capacidad explicativa de los hechos analizados en su conjunto. Por tanto, la verdad no constituye algo que esté previamente dado por la autoridad divina, del legislador, del sacerdote o druida, ni es la aprehensión mecánica de algo que haya existido en forma pura en algún sector de la realidad ni tampoco es producto del consenso.

La concepción de verdad de la cual se parte en un orden jurídico es determinante en la calidad de la justicia que se imparte. A su vez, esta concepción depende en gran medida del modelo constitucional de justicia y jurisdicción. En este sentido, de conformidad con los valores constitucionales de la justicia, el conocimiento, la

libertad y la igualdad, el modelo de justicia del Estado debe ser en alguna manera con verdad; vale decir, juicios con predominio cognoscitivo y reconocitivo y sujetos a verificación empírica. El carácter empírico de la ley y del proceso judicial permiten, al menos la tendencia, que la persona tenga certeza del ámbito de libertad que le admite la ley y de que no será objeto de discriminación alguna. Por tanto, del lenguaje que utilice el legislador para establecer las conductas desviadas o en general de los deberes e incluso de los derechos depende la aplicación efectiva de las garantías procesales, en especial, de la prueba.<sup>10</sup>

En contraste, cuando en materia penal, por ejemplo, la conducta desviada establecida en la ley no tiene carácter empírico sino que en sus supuestos existen contenidos ontológicos, es decir, morales, políticos, éticos, religiosos o referidos a la naturaleza, se prefigura la persecución de las personas, no por los hechos que realicen sino por su modo de ser o por su postura política, religiosa, moral o ética; lo anterior conlleva a que el proceso se convierta en una inquisición sobre la personalidad, la posición política o moral de la persona; lo cual genera inseguridad para las personas porque no tienen certeza sobre el ámbito de su libertad y porque resultan discriminadas en razón de su opción política, religiosa o raza.

De lo anterior se perfilan dos clases de verdades en los procesos judiciales, la que se desprende de la Constitución Política, de carácter cognoscitivista o empírica que se construye en el intelecto del juez a través de la prueba; y la otra, de carácter sustancialista, absoluta o fundamentalista que constituye anticipadamente el carácter de desviado por la calidad moral, política o natural de la persona. Esta última verdad se encuentra preconstituida (antes del juicio) en la conciencia política o moral del juez o por sus preferencias de raza o modo de ser de otras personas; por ello, no se construye en el intelecto del juez en el proceso. Esta verdad es propia del derecho premoderno, del modelo inquisitivo de proceso que se caracteriza por la persecución de las personas en razón de su opción política o religiosa; se trata de una verdad apodíctica y, por tanto, incontrovertible. Por su lado, el modelo cognoscitivista de la verdad permite la contradicción de las hipótesis en competencia porque dado su carácter empírico son susceptibles de falsabilidad o contrastabilidad.

---

<sup>10</sup> Luigi Ferrajoli (*Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Madrid: Trotta, 1995, p. 37) se refiere a un modelo cognoscitivista de la jurisdicción y uno convencionalista y empírico de la legalidad; y precisa que en la medida en que el lenguaje legal sea empírico, con la debida denotación, los supuestos de hecho de la conducta desviada son objeto de prueba y de confutación. En este sentido, el juicio es de carácter reconocitivo del derecho y cognoscitivo de los hechos si el lenguaje legal con el que se construye la desviación punible tiene un carácter empírico. Así, la concepción cognoscitivista de la jurisdicción y la convencionalista y empírica de la legalidad aseguran: la certeza y la separación entre derecho y moral y entre derecho y naturaleza; en otras palabras, permite que en efecto se aplique el derecho y se preserve el ámbito de libertades de las personas.

En la época contemporánea la mayor manifestación del modelo sustancialista de verdad se encuentra en la cada vez más usual técnica legislativa de los tipos penales abiertos, la cual no describe la conducta punible con un lenguaje empírico sino mediante connotaciones del autor como terrorista o subversivo o mediante el establecimiento de diversas modalidades de conciertos o asociaciones para delinquir que borran toda diferencia entre las formas de imputación. Este lenguaje valorativo y metafísico del legislador no contiene supuestos de hecho que sean susceptibles de prueba y, por tanto, el juicio no versa meramente sobre hechos sino también sobre connotaciones morales o políticas de las personas que en última instancia se someten al arbitrio del juez. En estos casos, si se habla estrictamente, el juez no aplica la ley sino sus propias valoraciones o prejuicios y el derecho a probar se vuelve insulso o de poca importancia.

Otro modelo de verdad anticognoscitivista, propio de las épocas primitivas, corresponde a las pruebas mágicas, en las cuales el resultado de una prueba física (lucha entre los contendientes) o el signo de la naturaleza se considera por una norma como prueba o como signo suficiente de culpabilidad o de inocencia. Se trata de un sistema irracional en el que no existe la prueba ni la investigación; la decisión se supedita a la intervención divina, que interpreta un sacerdote o un druida a favor de uno de los contendientes. Una manifestación contemporánea de este fenómeno se encuentra en la valoración potestativa en la que el juzgador cree estar autorizado para utilizar diversos signos como el intuicionismo o el sexto sentido y algunas circunstancias libradas a la suerte o al azar se interpretan como voluntad divina.

Igualmente, resulta irracional el sistema de las pruebas legales en las cuales una norma preestablece que una determinada cantidad de prueba le confiere pleno valor probatorio para dar por establecido un hecho. Este sistema que excluye la investigación de la verdad y la libre apreciación del juez sobre la prueba, imperó en la época de la inquisición ya que constituía el perfecto acompañante de la tortura; esta última, a su vez, operaba como una forma de ordalía, de un juicio de dios (prueba mágica), en la que se consideraba que si el torturado sucumbía ante la misma era signo de culpabilidad, y si resistía, de inocencia.<sup>11</sup>

En el siglo XVIII, en Europa el modelo cognoscitivista reaparece con la recuperación de la tradición greco-romana del proceso, que conservan los ingleses como *ars disputando*. En ella prevalece la libertad de contradecir, la igualdad y paridad entre los disputantes en cuanto a las condiciones de discusión y de investigación y tolerancia frente a las hipótesis en conflicto; imparcialidad e independencia del juez y la libre convicción del mismo. No obstante, por diversos factores en la pos-

<sup>11</sup> L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, op. cit., pp. 135, 136.

tilustración la libre apreciación se entendía como una valoración potestativa del juez, eludiendo el problema de la justificación de la inducción; de hecho la libre convicción se convirtió en todo lo contrario a su ideario inicial, en una forma de negación de las pruebas.<sup>12</sup>

En la actualidad también se presenta una importante corriente filosófica y jurídica de la verdad concebida como consenso, la cual aparece con mucha fuerza ante teorías que reniegan del concepto de verdad por correspondencia. Este modelo de verdad es el que subyace en la concepción cognoscitivista de verdad. Como se aborda más adelante, el modelo consensual de verdad es también anticognoscitivista.

### 2.2.2 Características de la verdad procesal

La verdad procesal es subjetiva, formal y relativa. Subjetiva en el sentido de que la misma se conforma en el intelecto del juez. Por tanto, la verdad sobre los hechos se forma en un sujeto, en una persona. Precisamente, el aspecto más característico del derecho a la prueba lo constituye la posibilidad de las personas de convencer al juez sobre la verdad de los presupuestos de hecho del interés material perseguido. El poder de decisión del juez sobre la verdad resulta inevitablemente subjetivo. Es pertinente advertir que esto no significa que se trate de una mera actividad de arbitrio o de poder, sino que la legitimidad de la decisión se encuentra en directa relación con la racionalidad de la misma; vale decir, la determinación de la verdad a partir de las pruebas debe seguir el razonamiento inductivo y los elementos que lo corrigen o lo controlan como la lógica, la aplicación de las máximas de experiencia, algunas reglas epistemológicas y las garantías procesales, como se ve después.

Asimismo, la verdad procesal es formal y relativa ya que se obtiene mediante reglas precisas y se restringe o reduce a los meros hechos o circunstancias perfilados como procesalmente pertinentes. Esta verdad la condicionan los procedimientos y garantías de acceso al proceso y la defensa; no se obtiene mediante indagaciones inquisitivas ajenas al objeto procesal. Esta verdad se reduce en su contenido en cuatro sentidos: 1) se circunscribe al *thema probandum* de cada proceso en particular; 2) debe corroborarse por pruebas obtenidas con las técnicas preestablecidas; 3) es una verdad probable, opinable; y 4) ante la duda o falta de prueba ritualmente formada se aplica la carga de la prueba que sea pertinente según la clase de proceso de que se trate.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Al respecto, L. Ferrajoli (*ibid.*, p. 139) dice que esto último se ha constituido en una de las “páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales”.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 45.

Se habla de verdad relativa en el sentido de que sólo es obtenible dentro del contexto del proceso con sus reglas y limitaciones temporales, espaciales y modales. Los procesos judiciales establecen una configuración legal de los medios de prueba, la pretensión procesal limita el objeto de la misma, los derechos fundamentales restringen los medios y los objetos de conocimiento, las cargas procesales restringen las oportunidades procesales, las formas y los procedimientos confinan los momentos y los tiempos para los actos de investigación, y las cargas procesales, lo mismo que las presunciones, crean artificios en relación con la existencia de los hechos, etc.

### 2.2.3 El carácter mínimo de la verdad procesal

La única verdad posible en los procesos jurisdiccionales es una verdad mínima. Con este término se quiere significar que se trata de una verdad que se obtiene con unas reglas de imperativo cumplimiento que limitan la adquisición de la prueba. Se trata de una verdad que se restringe a lo empíricamente verificable; en esencia no contiene valoraciones morales o políticas (separación derecho de la moral y derecho de la política). Se diferencia este modelo del de la verdad máxima en los procesos inquisitivos premodernos en los que el juez no tenía límites para la adquisición de la prueba y realizaba todas las tareas relacionadas con la prueba, recogía, indagaba, interrogaba y valoraba. En un modelo de verdad máxima no existe división de funciones en la actividad probatoria y, por tanto, no hay controles en su obtención.

La verdad mínima entendida en su carácter esencialmente cognoscitivo y limitada respecto de los derechos fundamentales y a las formas y garantías procesales se constituye en una fuente de legitimación específica de la jurisdicción en un Estado de derecho.<sup>14</sup>

### 2.3 La verdad como correspondencia

El derecho penal cuando prescribe mediante ley abstracta y general conductas como desviadas, pretende, luego, mediante el derecho procesal, verificarlas dentro del proceso para someterlas a la refutación o contradicción por el presunto infractor, e imponer la sanción correspondiente como consecuencia de la declaración por parte del juez de la responsabilidad del sujeto en cuestión. Lo mismo ocurre cuando el legislador en el Código Civil o de Comercio establece derechos u obligaciones y en el Código de Procedimiento Civil crea los órganos, ritos y formas de verificar los presupuestos fácticos de aquellos para efectos de su reconocimiento o rechazo

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 542.

en un caso concreto. Este esquema legal, que funciona desde la antigüedad con muchas variaciones, parte de la idea según la cual las proposiciones legales se relacionan biunívocamente o, por lo menos, como reflejo de la realidad. Por lo tanto, el derecho da por supuesto que es posible la verdad por correspondencia.

Debe advertirse que la idea de la verdad como correspondencia en el derecho para que pueda cumplirse, al menos tendencialmente, exige dos condiciones de carácter metalegal: la una, se refiere al lenguaje que utilice el legislador al momento de definir las conductas o derechos y, la otra, también depende del lenguaje que utilice la pretensión al momento de afirmar los hechos sobre aquellas. La exigencia para uno y otro caso es que las proposiciones, tanto del legislador al momento de definir la conducta desviada o el derecho, como las del pretendiente al señalar el marco jurídico y fáctico del proceso, sean verificables empíricamente de tal suerte que sean contrastables o falseables. De este condicionamiento del lenguaje, como se ha visto, depende el cumplimiento en serio de las garantías procesales. En caso de que estos condicionamientos no se efectúen, tales garantías tampoco se cumplen; y en este caso, el proceso no logra su cometido de castigar al culpable y al mismo tiempo protege al inocente o le adjudica el derecho a quien en realidad lo merece.

Históricamente este modelo no siempre ha funcionado tal como se presenta. Sólo en algunas épocas de la historia se han dado las condiciones para que el mismo funcione. En los procesos penales de algunas épocas el lenguaje de la definición del delito ha hecho imposible su funcionamiento porque contenía connotaciones que no se referían a la prueba. En La Ilustración se pretendió estructurar sistemas procesales con la definición de la conducta desviada con perfecta correspondencia con los fenómenos de la realidad material. No obstante, se incurrió en la ingenuidad epistemológica de considerar al juez como la boca de la ley. En la época contemporánea también han aparecido importantes cuestionamientos a la verdad como correspondencia y se han formulado alternativas como la de las concepciones subjetivistas de la verdad y la verdad por consenso.

### **2.3.1 La verdad como correspondencia y los criterios de verdad**

Este trabajo propone el objetivismo crítico, el cual constituye la tesis central de los trabajos de Ferrajoli y Gascón Abellán, y consiste en la aceptación del concepto de verdad como correspondencia con los complementos de los criterios de la coherencia, la aceptabilidad justificada y los correctivos provenientes de las reglas epistemológicas y las garantías procesales. Se trata de asumir una perspectiva prescriptiva aunque la realidad funcione hacia el pragmatismo y el consensualismo. Representa una puesta de fe en el derecho para superar la fuerza y la violencia.



La verdad como correspondencia se toma como un ideal, como un principio regulativo, el cual le indica al juez que su conocimiento sobre los hechos debe adecuarse con los eventos del mundo real sobre los que recae su decisión. Este modelo ideal se entiende como un principio regulativo en la jurisdicción.<sup>15</sup> Debe precisarse que la verdad se caracteriza por ser formal, relativa, lo mismo que probabilística o aproximativa. Pese a tal caracterización de la verdad procesal, ésta puede lograrse en el proceso mediante la adopción de un modelo epistemológico de corte racionalista, es decir, de un criterio de análisis que permita desechar el escepticismo sobre la verdad de los hechos en el proceso y determinar en el plano procesal, de manera racional, la justicia de la decisión.

La importancia de acoger la verdad como correspondencia alude al hecho de que la administración de justicia recrea dentro del proceso fenómenos de la vida real, en ningún caso sueños ni productos imaginarios; resulta innegable que el litigio se gana o se pierde con fundamento en la efectiva demostración de la realidad de los hechos, además de una adecuada interpretación normativa, de esta manera introduce dentro del contexto procesal la exigencia de que exista una correspondencia entre la determinación judicial y la realidad a la que se refiere la decisión.<sup>16</sup>

Debe advertirse que es imposible una verdad absoluta, así como un estado de certeza total, incuestionable, fuera de toda duda.<sup>17</sup> Sostener una verdad objetiva o absolutamente cierta es “una ingenuidad epistemológica que las doctrinas jurídicas ilustradas del juicio como aplicación mecánica de la ley comparten con el realismo gnoseológico vulgar”. Aseverar una verdad cierta es un escepticismo tan noble como estéril que conlleva el bloqueo y limitación de toda aspiración de proyecto de postulados racionales con respecto a la información sobre las modalidades del mundo. Una jurisdicción completamente sin verdad equivale a un sistema de arbitrariedad, y *contrario sensu*, una jurisdicción con verdad completa constituye una utopía; caer en el extremo de renunciar a la verdad conlleva a la estructuración de sistemas procesales sustancialistas o decisionistas de carácter totalitario.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> L. Ferrajoli. Derecho y razón, *op. cit.*, p. 50.

<sup>16</sup> Michele Taruffo. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002, p. 171.

<sup>17</sup> Al respecto, Marina Gascón Abellán (*Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 47 y ss.) agrupa estas características sobre la verdad dentro del paradigma epistemológico denominado “objetivismo crítico”, que constituye la base de un modelo cognoscitivista de la prueba judicial.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 50. L. Ferrajoli dice: “Esta teoría de la verdad como correspondencia es ciertamente valiosa, pues permite emplear el término sin implicaciones de tipo subjetivista o realista-metafísico, superando así la idea de que el conocimiento humano sobre el mundo debe basarse sobre bases empíricas objetivas, fuera de toda duda”.

Debe mencionarse que el proceso no constituye una empresa filosófica ni científica y como tal no necesita de verdades absolutas, pudiéndose conformar con mucho menos, con verdades relativas, siempre y cuando ofrezcan una base sólida y suficiente para fundar en ellas la decisión. Dicho de otra manera: si las verdades absolutas fuesen posibles no serían necesarias al proceso, a la vez, si ellas fueran imposibles no interesarían a los efectos que no son necesarios en el mismo.<sup>19</sup>

Aceptar el concepto relativista y aproximativo de la verdad procesal, respecto a la verdad como correspondencia, conlleva a dilucidar que existen grados o medidas de conocimiento que necesariamente se sitúan a lo largo de una escala en la cual se pueden ordenar, distinguir y comparar. En un extremo se halla el desconocimiento y en el extremo opuesto, la verdad absoluta, pero se considera que este último constituye un valor de referencia, un valor tendencial que no puede alcanzarse, pero que sirve para orientar y concretar los valores *relativos concretos* que se sitúan entre los dos extremos de la escala. Un grado de conocimiento constituye un *grado* en la medida en que se ubica en un punto intermedio entre el desconocimiento y la verdad absoluta de algo.<sup>20</sup>

La razón para que la verdad de los hechos dentro del proceso judicial sea probabilística es que el razonamiento hecho a partir de las pruebas es inductivo, porque se trata de hacer inferencias basándose en premisas que no son seguras ni ciertas, puesto que de forma regular admiten varias explicaciones alternativas y en que su verdad no está demostrada ni deducida desde la lógica de las premisas sino sólo probada como posible o razonablemente plausible de acuerdo con unos o varios principios de inducción.<sup>21</sup> Por eso, el conocimiento que proporcionan las pruebas en el proceso admite grados, según la mayor aproximación a la verdad, la cual se determina a partir de los criterios de verdad.

De lo anterior surge la necesidad de distinguir entre la verdad como correspondencia y los criterios de verdad (la coherencia y la aceptabilidad justificada), el primero, como se ha visto, es el modelo límite o regulativo o ideal al que debe llegarse en los procesos judiciales, y los segundos indican los criterios de aceptación de una hipótesis fáctica a ese modelo regulativo. Estos criterios se consideran como subjetivos toda vez que hacen referencia a la aceptación por parte del juez de una proposición fáctica como verdadera.<sup>22</sup> De esto se deduce que el grado máximo de verdad al cual puede aspirarse en un proceso judicial es el de la certeza subjetiva.

<sup>19</sup> M. Taruffo. *La prueba de los hechos*, op. cit., p. 177.

<sup>20</sup> *Ibid.*, pp. 179, 180.

<sup>21</sup> L. Ferrajoli. *Derecho y razón*, op. cit., p. 53.

<sup>22</sup> *Ibid.*, pp. 65-69.

Asimismo, el máximo grado al que puede llegar el juez en la valoración de la prueba es el de la certeza subjetiva, rechazando, por tanto, la posibilidad de llegar a una certeza objetiva. Para esta conclusión se parte de la diferencia que existe entre la probabilidad objetiva y la subjetiva, pero se aclara que lo posible es la valoración subjetiva de la probabilidad que realiza el juez en relación con las pruebas y los indicios disponibles concretamente. *Verdad objetiva* significa probabilidad o verdad probable y la *verdad subjetiva* es el criterio de la aceptación de una hipótesis como probable o probablemente verdadera.<sup>23</sup>

Se busca no renunciar a la verdad material, así se tenga como un ideal nunca alcanzable plenamente, pero al mismo tiempo considerar que la coherencia interna de las proposiciones sobre los hechos resulta indispensable lo mismo que el criterio pragmático de la aceptabilidad justificada. Este último resulta útil en la valoración de los hechos en los eventos en los que el juez se encuentre con dos hipótesis frente a las cuales existan argumentos de prueba que la sustentan y que cumplen con el criterio de la coherencia; el juez en estos casos tiene que decidirse por una de ellas dando por verdadera la tesis que sea prevaleciente o preponderante en virtud de la mayor calidad en las pruebas que la sustentan y en la capacidad explicativa de los hechos. En todo caso, la hipótesis prevaleciente o preponderante debe superar el estado de duda probatoria llegando a darle al juez certeza sobre los hechos.

La racionalidad refuerza mucho más la idea de que la intervención de la prueba en el proceso hace del mismo un sistema tendencialmente cognoscitivo y reduce de forma substancial el decisionismo; por tanto, hace más democrático el proceso y menos autoritario. Es una exigencia para el juez al momento de valorar la capacidad demostrativa de la prueba disponible en el proceso, cuando utiliza su conocimiento privado y recurre a herramientas del saber como las de las ciencias y a la exigencia de excluir al máximo sus prejuicios morales o políticos.

Debe advertirse, lo que se prueba no son los hechos en sí mismos sino las proposiciones que sobre los mismos se construyan en el ámbito del proceso judicial. Por tanto, en la sentencia lo que el juez declara como verdadero son los enunciados que sobre los hechos le han presentado los distintos sujetos procesales que intervienen legítimamente en el proceso. De esta forma, el juez al momento de emitir una sentencia debe pronunciarse y declarar la verdad sobre las hipótesis fácticas que le presentan las partes durante el proceso. Para estos efectos, el juez realiza razonamientos de carácter inductivo basándose en las pruebas para establecer la verdad de tales hipótesis. Por ello, son útiles los llamados criterios subjetivos de verdad en aras de establecer la elección de la hipótesis que se tenga como verdadera.

---

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 149.

Se aclara que estos criterios difieren de la teoría semántica de la verdad como correspondencia, la cual alude al significado de la palabra verdad,<sup>24</sup> mientras aquellos son criterios de decisión de la verdad.

Ambos criterios de decisión de la verdad (coherencia y aceptabilidad justificada) constituyen criterios conforme a los cuales el juzgador evalúa y decide sobre la verdad o fiabilidad de las premisas probatorias de la inducción de hecho. Éstos son pues necesarios para establecer la verdad en el plano sintáctico y pragmático, pues en el plano semántico se alude a la correspondencia “sólo por lo que sabemos y sólo de forma aproximativa”. La coherencia apunta a las teorías sintácticas de la verdad que imponen considerar falsa a una proposición si está en contradicción con otra reputada verdadera o si es derivable de ella otra reputada falsa, y considerarla verdadera si se deriva de otra reputada verdadera o si está en contradicción con otra reputada falsa; y, finalmente, la aceptabilidad justificada se refiere a las teorías pragmatistas de la verdad, las cuales indican que un enunciado es verdadero porque sirve a algún fin o porque es aceptado, versión instrumentalista y consensualista respectivamente. En suma, un enunciado es verdadero porque está justificado y no está justificado porque sea verdadero.<sup>25</sup> Por ello, Ferrajoli advierte, siguiendo a Popper:

[Lo que] llamamos ordinariamente como “verdad” es la correspondencia con los hechos, más bien, que a la coherencia o a la utilidad práctica. “El juez que exhorta al testigo a que diga la verdad y nada más que la verdad”, no le exhorta a decir lo que considera útil, sea para sí mismo, sea para alguien más. El juez exhorta al testigo a decir la verdad y nada más que la verdad, pero no dice ‘lo que queremos de usted es que no incurra en contradicciones’, que es lo que debería decirse si se creyera en la teoría de la coherencia. En otras palabras, no cabe duda de que es la correspondencia el sentido ordinario de verdad tal como se emplea en el juzgado.<sup>26</sup>

Después de los temas analizados en el presente texto, cabe cuestionarse sobre la posibilidad de tener algún estándar mediante el cual pueda darse por probada una proposición sobre los hechos. Al respecto, Ferrajoli plantea:<sup>27</sup> se parte de que ninguna prueba es suficiente para suministrar una justificación absoluta de la in-

<sup>24</sup> Al respecto L. Ferrajoli (*ibid.*, p. 66) dice: “Este criterio es el único que indica el significado de la palabra “verdadero”, como también de los términos de “fiable”, “probable”, “verosímil”, “plausible” o similares, indicando la correspondencia argumentada y aproximativa de las proposiciones de las que se predica con la realidad objetiva, previo análisis de las hechos juzgados.”

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 89. En este mismo sentido, M. Gascón Abellán. *Los hechos en el derecho*, op. cit., p. 64.

<sup>27</sup> L. Ferrajoli. *Derecho y razón*, op. cit., p. 147.

ducción judicial, por ello se pregunta: ¿cuáles son las pruebas y las contrapruebas necesarias que permite su justificación, aunque sólo sea relativa? ¿Cuáles son las condiciones en presencia de las cuales una o varias pruebas son adecuadas o convincentes y en ausencia de cuales no lo son? La respuesta a esto se identifica con las garantías procesales cuya satisfacción justifica la libre convicción del juez, esto es, su decisión sobre la verdad fáctica en el proceso. Tema éste que se aborda más adelante en este mismo trabajo.

### 2.3.2 Teorías que cuestionan la verdad por correspondencia

- *Las coherencistas y pragmáticas de la verdad:* entre las concepciones subjetivistas de la verdad se encuentra la teoría sintáctica de la verdad, la cual parte de la idea según la cual ante la imposibilidad de establecer una verdad objetiva para los procesos judiciales, en la sentencia sólo puede exigírsele al juez que sea coherente o lógico al momento de realizar sus inferencias a partir de la prueba. Por tanto, no puede pretenderse que su decisión corresponda con la realidad objetiva. La coherencia es una consecuencia de la aplicación de la lógica en la argumentación del juez a partir de las pruebas.

Las teorías pragmáticas tienen dos planteamientos básicos, el denominado criterio de la aceptabilidad justificada y la verdad por consenso. La aceptabilidad justificada se refiere a un problema que no pueden resolver las teorías coherencistas, y ocurre en la práctica judicial con la existencia en muchos casos de dos o más hipótesis contradictorias y que son posibles ya que se basan ambas en pruebas. En este caso se considera que la hipótesis con mayor capacidad explicativa de los hechos, lo mismo que la que tenga mejores elementos probatorios que la sustenten, debe predominar o prevalecer en la decisión del juez. De la verdad por consenso se hace referencia más adelante.

La teoría coherencista y la aceptabilidad justificada se denominan teorías subjetivas de la verdad, pues las mismas prescindieren de la verdad objetiva de los hechos. Una de las manifestaciones más importantes de esta concepción de la verdad la constituye la que se denomina *teoría de la disminución del estándar de prueba* que aplica en la actualidad la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad médica. Según esta teoría, como no puede obtenerse la verdad objetiva de la relación de causalidad en la imputación de la responsabilidad por el daño a la salud o muerte por la práctica médica en consideración a la multiplicidad de factores que inciden, entonces no es exigible el estándar de prueba de la certeza sino el de la probabilidad prevaleciente o preponderante.

Para esta teoría, en los eventos sobre responsabilidad médica en que existan dos o más hipótesis verosímiles sobre la relación de causalidad por el resultado daño ante la práctica médica, el usuario de la salud o sus herederos no tienen la carga probatoria para establecer tal causalidad con el estándar de certeza sino que sólo basta con una probabilidad o verosimilitud preponderante. Vale decir, basta con que el demandante de la responsabilidad médica demuestre la probabilidad de la relación de causalidad para que se le reconozca la indemnización que por el daño resultado se deriva de la responsabilidad médica.<sup>28</sup>

Lo cuestionable de esta jurisprudencia del Consejo de Estado que aplica la disminución del módulo o estándar de prueba radica en el hecho de que esta solución se revierte en una disminución en las garantías constitucionales procesales, en especial el derecho a la prueba, toda vez que el enunciado fáctico que el juez declara como verdadero no resiste las garantías de la verdad o las reglas epistemológicas de la contrastación, necesidad de prueba y la refutación, que se instauraron precisamente como cautela contra el arbitrio judicial. Se abandona con esta línea jurisprudencial el sentido de verdad como correspondencia o como principio regulativo de la jurisdicción para acoger los principios de coherencia o aceptabilidad justificada que son criterios de decisión sobre la verdad, pero que no son la verdad misma. Asimismo, el hecho de que el enunciado fáctico que el juez declara como verdadero no resista un examen crítico de racionalidad conlleva a soslayar la valoración racional de la prueba, porque la decisión judicial en realidad no se basa en pruebas que generen convicción cierta sobre los hechos sino en ficciones de verdad creadas por el juz-

---

<sup>28</sup> Véase sentencia del 3 de mayo 1999 (sección tercera, radicado 11169, Consejero Ponente (CP): Ricardo Hoyos Duque), trata sobre una menor de edad que ingresó a una institución de salud en búsqueda de un diagnóstico en relación con una masa dorso-lumbar que presentaba, los médicos optaron por practicarle una biopsia, sin ordenar otros análisis previos; durante la intervención resultó que la menor no padecía de un tumor sino de una hemangioma, y sufrió una hemorragia que obligó a los médicos a aplicar sobre las vértebras “cera ósea” para salvar su vida, posteriormente, la paciente resultó con paraplejía flácida e incontinencia de esfínteres. En este caso el Consejo de Estado, aunque existía duda sobre la causa del resultado daño, decidió favorecer con la sentencia a la parte demandante, pues si bien no logró probar el nexo causal con certeza probatoria, no obstante, ante la imposibilidad práctica de hacerlo decidió que bastaba para declarar la responsabilidad una probabilidad preponderante.

Otro caso lo trata esta misma corporación en la sentencia del 22 de marzo de 2001 (sección tercera, CP: Ricardo Hoyos Duque, radicado 13284) se trata de una recién nacida que muere por bronco-aspiración, no obstante, se discute si la causa se debió a la falta de asistencia oportuna en la institución de salud en la cual se encontraba luego del parto de la madre o por causas atribuibles a una regurgitación de la leche que se le había suministrado a la bebé dado que se encontraron residuos de leche en sus vías respiratorias. En este evento también se decidió favorecer a la parte demandante pese a la duda probatoria en consideración a que sólo es exigible en virtud de las circunstancias una probabilidad preponderante.

Otras jurisprudencias en este mismo sentido: sentencia del 10 de febrero de 2000 (radicado 11.878, MP: Alier Eduardo Hernández Enríquez), sentencia del 21 de febrero de 2002 (radicado 13166, CP: Alier E. Hernández Enríquez).

gador. En este caso el juez no aplica en sentido estricto el derecho sino su propio criterio de autoridad.<sup>29</sup>

Debe advertirse que la probabilidad es un concepto que trasciende al derecho y hace parte de las ciencias empíricas. En el campo científico, en la epidemiología, por ejemplo, se habla de factores de riesgo con el fin de establecer dentro de un posible conjunto de causas de un fenómeno cuáles son las determinantes, pero de ninguna manera se habla de certeza sino de probabilidad. En el campo del derecho sustancial, en especial desde la teoría de la imputación objetiva en el derecho penal, se habla de la teoría del riesgo cuando en la realización de un fenómeno concurren múltiples factores causales; esta teoría parte de la idea según la cual la responsabilidad por el daño se asigna al agente que puso el factor que haya creado el riesgo no permitido. Por tanto, el nexo causal se considera acreditado por el hecho de que se pruebe que el agente creó el riesgo quedando a salvo el derecho de desvirtuarlo por parte del contradictor; entonces, para acreditar la responsabilidad no hay que reducir el módulo de prueba, sino que se establece con certeza probatoria cuál fue el agente que puso el factor de riesgo desaprobado. En estos casos responde el prestador del servicio de salud si se comprueba con certeza que puso el factor de riesgo determinante y jurídicamente desaprobado para producir el daño. Aquí se trata de examinar el factor que con probabilidad preponderante conllevó al resultado. En estos casos el riesgo puesto por el prestador del servicio de salud puede tratarse, por ejemplo, omitir la realización de un adecuado diagnóstico que confirme el estado real del paciente, previo al procedimiento quirúrgico.

De lo anterior se concluye que la teoría de la disminución del estándar de prueba además de que implica una reducción significativa en las garantías procesales resulta innecesaria dado que existen otras soluciones que desde el campo sustantivo solucionan el mismo problema, sin acudir a desestructurar el sistema de garantías.

En la práctica judicial, aunque no se conoce estudio empírico al respecto, es muy común que los jueces civiles fallen con base en los criterios subjetivos de verdad de la coherencia y la aceptabilidad justificada. Vale decir, los jueces civiles optan declarar como verdad entre las hipótesis en disputa en el proceso aquella que sea coherente, además probable y preponderante así exista duda probatoria, en vez de aplicar la carga de la prueba. Debe aceptarse que en muchos casos la aplicación de la carga de la prueba puede verse como una solución más injusta que disminuir

---

<sup>29</sup> Adriana María Gutiérrez y otros. "Valoración de la prueba en la responsabilidad por la actividad médica, concepto de probabilidad y garantías procesales". *Debates*, N.º 43, Medellín: Universidad de Antioquia, 2006, pp. 30, 31. Trabajo dirigido por Luis Bernardo Ruiz Jaramillo y coordinado por Rosmery Velásquez. Semillero de investigación en derecho procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

el estándar de prueba con el fin de adjudicar el derecho aun con duda probatoria siempre que se trate de la hipótesis probable pero prevaleciente en el proceso.

Al respecto, el procesalista Gerhard Walter<sup>30</sup> hace un extenso estudio sobre la aplicación de la doctrina de la disminución del módulo de prueba en los años setenta; él propone esta teoría tanto para los casos de causalidad hipotética y en ciertos eventos para la real; también la propone para algunas situaciones de responsabilidad extracontractual y del derecho laboral. De ninguna manera esta solución práctica puede prescribirse como regla general para solucionar todos los problemas en materia civil y laboral, puesto que esto implicaría un desbarajuste de las garantías constitucionales del proceso. Queda claro que en materia procesal penal esta teoría resulta inaplicable; pues en esta materia cuando se presente la duda probatoria hay que absolver. La verdad por correspondencia en materia penal es imprescindible puesto que las dificultades probatorias no puede soportarlas el ciudadano inocente con su libertad o sus bienes.

- *La teoría consensual de la verdad:* en la legislación colombiana, en los últimos años, incursionaron las teorías pragmáticas del consenso con todos los mecanismos alternativos de solución de conflictos, entre ellas la de mayor impacto la constituye la conciliación procesal y la extraprocesal en los distintos órdenes jurídicos. Los mecanismos alternativos de solución de conflictos tienen como base la idea según la cual al derecho en muchos eventos le resulta imposible la obtención de la verdad de los hechos. Por tal razón, se renuncia a ella y se mira hacia el consenso dentro de una determinada comunidad jurídica y de personas insertas en un conflicto.

Para la concepción de la verdad la finalidad del proceso no es la verdad sino la solución al conflicto. El problema de esta proyección del proceso consiste en que desnaturaliza a la jurisdicción concediéndole funciones propias de la actividad administrativa.

En el campo de los derechos patrimoniales y, en general, de los disponibles puede justificarse plenamente la conciliación y los demás métodos de autocomposición o de heterocomposición de conflictos. Sin embargo, cuando se trata de bienes fun-

---

<sup>30</sup> Un estudio completo sobre la teoría de la disminución del estándar de prueba véase Gerhard Walter (*Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*. Bogotá: Temis, 1985, pp. 229 y ss.). La posición de este autor la ilustran los siguientes casos en que aplica la disminución del estándar de prueba: en las enfermedades profesionales o accidentes de trabajo, se plantea en muchas ocasiones si la incertidumbre sobre la relación causal es insalvable, como la situación de la persona a la cual un accidente le deja un brazo paralizado. No obstante, existe la posibilidad de que la causa haya sido la práctica de un deporte y no el trabajo. Exigir el grado de certeza en estas situaciones es hacer nugatorio el derecho material de las personas dentro de una comunidad, que tiene por objetivo la realización del Estado social; por tanto, basta como prueba una “verosimilitud rayana con la certeza”.



damentales no disponibles como la libertad de las personas, estos métodos, de *lege ferenda*, no son aplicables, máxime cuando están incentivados con premios.

En materia procesal civil estas formas consensuales de definir los litigios tienen cierto grado de “validez” desde el punto de vista de la racionalidad con que se llega a los acuerdos. Al menos se trata de un trámite en el que el legislador no establece ningún elemento que interfiera en la voluntad de los intervinientes al momento de expresar su voluntad; no se ofrecen premios para las partes, ni existen presiones con pruebas ocultas o con algún elemento que distorsione esa voluntad. Quizá lo crítico de estos consensos lo constituye la omisión del legislador en la previsión de situaciones en las que exista una desigualdad material entre los intervinientes, lo cual puede llevar a que una de las partes aproveche su condición dominante desde lo económico o de otra índole para imponer sus fórmulas de arreglo afectando el interés material de la parte más débil; esto crea más injusticia que la que existiría si el proceso jurisdiccional se realizara con todas sus fases.

— *Consenso y eficientismo procesal penal en Colombia*: de acuerdo con García Inda,<sup>31</sup> el derecho posmoderno se caracteriza por su multiplicidad (plurales objetos y fuentes), por su versatilidad o ductibilidad dado que ya no es la ley la que determina el derecho sino los principios y valores deónticos que se desprenden de los derechos fundamentales los que por interpretación racional llevan a establecer qué es derecho en cada caso en particular. Se presenta la flexibilidad ya que a medida que aparecen nuevos fenómenos su estructura soporta que se le acomoden nuevos conceptos, nuevas instituciones. Asimismo, puede verse que el crecimiento de la alegalidad y la ilegalidad ha llevado a que los conceptos fundamentales del derecho se diluyan cada día más.

En fin, la complejidad del orden jurídico, su ductilidad y su desbordamiento ante nuevos fenómenos de delincuencia han producido en el derecho un revolcón en sus principios básicos, en especial para la legalidad, la publicidad y el control como postulados básicos de cualquier sistema. Es pertinente analizar la adaptación del nuevo sistema procesal de inspiración angloamericana que se estrena actualmente en Colombia a todos los nuevos fenómenos globales. En este campo existe al menos una figura de por sí suficiente muestra del espíritu de la época, es la llamada *plea bargaining*.

Precisamente, una de las características de la globalización contemporánea la constituye la extensión de la cultura estadounidense a todos los países del mundo y con mayor razón a los países latinoamericanos. El derecho de Italia, España,

<sup>31</sup> Andrés García Inda. “Cinco apuntes sobre derecho y posmodernidad”, *Doxa*, (en línea) 24, 2001. Acceso: noviembre de 2006. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/doxa/>

Alemania y de muchos otros países del mundo ha recibido influencia, de la mano de la industria de la televisión y el cine, del sistema procesal penal de justicia de Estados Unidos, como un propósito del imperio de globalizar un sistema procesal que unifique las formas de persecución punitiva estatales. Entre las figuras más influyentes de este sistema penal angloamericano se encuentra el *plea bargaining*, que se conoce en Colombia y España con los nombres de *negociación de penas*, *preacuerdos*, *principio de oportunidad*, *suspensión a prueba o conformidad*.

Esta figura jurídica obedece en mucho a la corriente del pensamiento angloamericano del pragmatismo ya que se basa en el consenso como criterio de verdad; parte de la idea según la cual deben utilizarse todas las herramientas posibles que tengan resultados prácticos. No obstante, esta institución en el derecho tiene un resultado en la legitimidad política de la jurisdicción, la cual es a todas luces rechazable, pues de manera alguna contribuye al afianzamiento de la libertad de las personas, sino que por el contrario se convierte en un mecanismo discriminatorio y aberrante, aunque muy eficiente.

Esta figura constituye una respuesta eficientista del Estado ante la delincuencia que desborda la capacidad de éste de utilizar las herramientas procesales de inspiración iluminista, como la exigencia de pruebas como presupuesto de la sentencia, la prohibición de utilizar al sindicado como objeto de conocimiento, la igualdad de armas entre acusación y defensa, la total libertad del procesado para confesar los hechos, la inmediación del juez en todos los actos procesales, la presunción de inocencia. El *plea bargaining* busca que el sindicado acepte, bajo la promesa de un premio, los delitos que se le imputen antes de que se inicie un proceso con el fin de imponerle una pena. Por tanto, el Estado cambia con el sindicado las garantías de éste por una rebaja en la pena. Se renuncia a las garantías del juicio oral: el juez, la prueba, la defensa a cambio de una rebaja de pena.

Se produce como efecto práctico un ahorro para el Estado, la celeridad en la investigación y el establecimiento de la culpabilidad. Este último aspecto se hace en forma consensuada con el sindicado y los demás sujetos que hacen parte de la comunidad legal que interviene en el caso penal en concreto.

El neopragmatismo y, en general, posmodernos rechazan los postulados metafísicos de justicia, libertad o de lo bueno, así como los conceptos de verdad empírica de los hechos. Para estas corrientes del pensamiento no existen principios metafísicos universales que puedan establecerse a partir de la razón, como en su momento lo propuso Kant y el iluminismo en general; tampoco es posible para el ser humano conocer la realidad material, porque la realidad no existe. Es tan absurdo pensar en términos metafísicos como de realidad. No hay hechos ni principios universales lo que existen son interpretaciones que hace la gente en su interacción con el lenguaje.

Pero las interpretaciones son contextuales y varían en cada época en particular. Para el neopragmatismo, la única verdad posible es consensuada mediante las reglas de la argumentación retórica.<sup>32</sup>

En cambio, en el proceso típico estructurado a partir del siglo XVIII con el iluminismo penal debe obedecerse a los postulados jurídicos de la necesidad de prueba (valga decir, correspondencia con la realidad), la contradicción (posibilidad de refutar y defenderse), juez (todos los actos deben ocurrir en audiencia pública ante un juez); y a su vez estos postulados pertenecen extra sistemáticamente a unos principios racionales axiológicos, leyes naturales, universales, irrenunciables, inenajenables. Desde esta perspectiva, resulta imposible que pueda renunciarse a garantías procesales con fundamento en el consenso o de celeridad o economía; mucho menos aún cuando estas renunciaciones se provocan mediante premios. No se trata de un acto seriamente libre sino que se incita, instiga o persuade mediante diversos mecanismos de presión como rebaja de penas, la conveniencia ante el costo de un proceso y la posibilidad de obtener el doble de la pena.

Aquí se presenta como fenómeno político que el poder del Estado termina por estructurar sistemas de justicia que, aunque obedecen al consenso y a los fines económicos, borran todas las garantías penales procesales, que en últimas son las que salvaguardan la libertad de las personas. En este caso la culpabilidad se establece en forma secreta en un acuerdo entre el acusador y el sindicado, por tanto, no existe control y se presta para la corrupción y la ilegalidad. Mediante este sistema muchas personas inocentes, al menos relativamente inocentes, aceptan culpas para evitarse procesos costosos y desgastantes; además crean una evidente injusticia frente al verdadero criminal a quien se castiga con benevolencia si acepta su responsabilidad. Un sistema cruel para quien es inocente y no se acoge al sistema de rebaja de pena y al final se le condena a penas en extremo altas.

En la historia de los sistemas punitivos se observa un fenómeno de circularidad, puesto que con este método consensual de justicia se retrocede a sistemas premodernos que se fundamentaban en la confesión o aceptación del imputado de los cargos. La diferencia radica en que antes la tortura era física, y ahora consiste en una presión psicológica. Se retrocede en cuanto a las garantías de la publicidad y del control de los actos judiciales, puesto que con el *plea bargaining* se entronizan negociaciones secretas, incluso fuera de las sedes propias de la jurisdicción ya que pueden desplazarse hacia otros espacios, como las políticas o de negocios; y la pérdida de publicidad conlleva de por sí a la pérdida de controles. La inquisición

---

<sup>32</sup> Véase, Suárez Molano, Olimpo. *Richard Rorty, El neopragmatismo norteamericano*. Medellín: Universidad de Antioquia, 2005, p. 231.

también se caracterizó por una relajación o ausencia de legalidad, por el secreto y el arbitrio de los funcionarios que actuaban sin control. Se pasa de una verdad relativa, contextual, propia del garantismo, a una verdad absoluta que se obtiene sin límites morales, éticos o políticos. Este constituye el resultado paradójico de las posturas que niegan el valor de la verdad en la justicia, puesto que terminan en última instancia inspirando sistemas, aunque sin proponérselo, de una verdad absoluta sin límites y sin controles.

Como para el consensualismo la verdad objetiva o como correspondencia no existe, entonces, todo es negociable. En Colombia el clímax del escepticismo sobre la verdad y la confianza en la negociación llegó a un extremo inconcebible con la ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005), que se dirige nominalmente a grupos armados organizados al margen de la ley, pero que desde la perspectiva política sólo tiene en la mira a los grupos paramilitares. Para su aplicación se crean tribunales especiales de justicia, condiciones particulares para quienes se sometan a ella, sobre todo de la pena de prisión hasta límites simbólicos, aunque se trata de los delitos más atroces cometidos en el mundo en las dos últimas décadas. La verdad en este caso no resulta de un contradictorio de hipótesis que ayudan a la conformación de la convicción del juez, sino que consiste en una creación unilateral del delincuente en otros escenarios diferentes al del proceso y se dirige estratégicamente para obtener el respectivo beneficio en la rebaja de la pena.

De lo anterior se concluye que el consenso en materia procesal penal tiene una alta dosis de irracionalidad y, por ende, desde esta perspectiva carece de “validez”. Estos acuerdos no son “válidos”, porque en gran medida se imponen mediante diversos mecanismos, a tal punto que el trámite de los mismos se parece más a las ordalías premodernas que a los consensos racionales que reclaman las actuales teorías pragmáticas sobre la verdad.

- *El pragmatismo en materia procesal civil*: la aplicación por el juez al momento de la sentencia de las cargas procesales como los indicios, la confesión ficta, la presunción de autenticidad y el reconocimiento ficto de documentos convierten la prueba más en un artificio que en un constructo racional. Puede decirse que en un alto porcentaje las decisiones judiciales del juez civil se basan en las ficciones legales que se desprenden de tales cargas. Por tanto, en estos casos la declaración de la verdad no se basa propiamente en pruebas sino en el valor legal que le asigna el legislador al comportamiento de la parte dentro del proceso. Valor legal que el juez de manera alguna puede soslayar so pena de incurrir en prevaricato. Toda vez que se presente el comportamiento procesal de parte, el juez se encuentra en el deber legal de aplicar el desfavorecimiento probatorio.

De esta forma, en materia procesal civil la verdad por correspondencia que representa el ideal propio de la jurisdicción se sustituye legalmente en gran medida por ficciones legales en la declaración legal de la verdad procesal. En buena medida, se explica porque las decisiones en materia civil la mayoría de las veces responden a una verdad formal fundada en criterios subjetivos de verdad, lo mismo que en ficciones más que al ideal de verdad por correspondencia.

### CONCLUSIONES

1. Las reflexiones sobre la validez de la prueba judicial conllevan a plantear los grandes problemas de filosofía política que subyacen en la obtención de la prueba; ya que en esta actividad es necesario resolver sobre la intervención en todos los ámbitos de la persona humana, en su cuerpo, en su psiquis y vida social. Aspecto este que conlleva a plantear la relación misma entre el individuo y Estado. Dependiendo de la respuesta que se dé a esta relación se plantea la validez de tales intervenciones. Esto conlleva a hacer estudios de los valores y derechos fundamentales constitucionales y por ende a reflexiones con incidencia en la filosofía del derecho y en las teorías jurídicas.
2. En la valoración racional de la prueba se tienen entre sus componentes primordiales la epistemología y las teorías del conocimiento. En este campo se examina cómo la verdad por correspondencia se encuentra en franca retirada en el derecho contemporáneo por teorías consensuales de la verdad, lo mismo que con las coherencistas. En materia penal el consensualismo ha llevado a estructurar procesos judiciales basados en la confesión obtenida con diversos procedimientos entre ellos los premios o diversas ventajas para el procesado; procesos en los que no interesa la verdad sino extraer el alma criminal del cuestionado. Procedimientos estos que afectan las garantías procesales.
3. En materia contencioso administrativa también el ideal de correspondencia se ha cuestionado por la jurisprudencia y se han propuesto modelos en los cuales se disminuye el estándar de prueba necesario para dictar sentencia, aceptando la mera probabilidad o verosimilitud preponderante de la hipótesis fáctica que sobre la relación de causalidad entre el daño y la responsabilidad plantea el demandante en un proceso de responsabilidad médica. Esta teoría es cuestionable porque afecta las garantías procesales del demandado, tales como la necesidad de prueba y la contradicción.
4. En materia procesal civil con todos los mecanismos imperativos como las cargas procesales hay una importante tendencia hacia un sistema procesal que

prefiere el pragmatismo. Lo que interesa en estos sistemas es la conducta de la persona ante el proceso antes que la verdad misma. De la conducta del litigante se establece por ficción la verdad que interesa para el proceso. Este el caso de los desfavorecimientos probatorios por el no ejercicio de un derecho subjetivo procesal.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Consejo de Estado, sentencia del 10 de febrero de 2000, radicado 11.878, MP: Alier Eduardo Hernández Enríquez
- Consejo de Estado, sentencia del 3 de mayo 1999, sección tercera, radicado 11169, Consejero Ponente (CP): Ricardo Hoyos Duque
- Consejo de Estado, sentencia del 21 de febrero de 2002, radicado 13166, CP: Alier E. Hernández Enríquez
- Consejo de Estado, sentencia del 22 de marzo de 2001, sección tercera, CP: Ricardo Hoyos Duque, radicado 13284
- Corte Constitucional, Sentencia C-530 de 1993, MP: Alejandro Martínez Caballero
- Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992, MP: José Gregorio Hernández Galindo
- Corte Constitucional, Sentencia SU-159 de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa
- Corte Constitucional, Sentencia T-336 de 1993, MP: Alejandro Martínez Caballero
- Corte Constitucional, Sentencia T-442 de 1994, MP: Antonio Barrera Carbonell
- Corte Constitucional, Sentencia T-442 de 1994, MP: Antonio Barrera Carbonell
- Corte Constitucional, Sentencia T-555 de 1999, MP: José Gregorio Hernández Galindo
- Ferrajoli, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001.
- . Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Madrid: Trotta, 1995.
- García Inda, Andrés. “Cinco apuntes sobre derecho y posmodernidad”, Doxa, (en línea) 24, 2001. Acceso: noviembre de 2006. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/doxa/>
- Gascón Abellán, Marina. Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- Gerhard, Walter. Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial. Bogotá: Temis, 1985.

- Gutiérrez, Adriana María y otros. “Valoración de la prueba en la responsabilidad por la actividad médica, concepto de probabilidad y garantías procesales”. Debates, N° 43, Medellín: Universidad de Antioquia, 2006.
- López Barja de Quiroga, Jacobo. Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida. Madrid: Akal, 1989.
- Roxin, Claus. Derecho procesal penal, 25ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.
- Suárez Molano, Olimpo. Richard Rorty, El neopragmatismo norteamericano. Medellín: Universidad de Antioquia, 2005.
- Taruffo, Michele. La prueba de los hechos. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002.



Autor: Verónica Molina Mesa

Título: Llamada

Técnica: acrílico sobre cartón

Dimensiones: 60 cm x 45 cm

## ***SUBSISTENCIA DE LAS COMUNIDADES LOCALES EN COLOMBIA. DE UN CONCEPTO LEGAL A UN DERECHO FUNDAMENTAL\****

---

\* Artículo de investigación terminada. Se enmarca dentro del proyecto “*Caracterización normativa y bases para una política de explotación y gestión adecuadas del ecosistema de ciénagas y sus recursos hidrobiológicos –Caso piloto Ciénaga de Ayapel– Colombia*”, propuesto por el Grupo de Investigación “Derecho y Sociedad”, Línea “Vida, Derecho y Ética”, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Inscrito ante el Sistema de Investigación de la Universidad de Antioquia CODI. En igual medida hace parte de la macro investigación: *Análisis de la relación río-ciénaga y su efecto sobre la producción pesquera en el sistema cenagoso de Ayapel*, presentado por el Grupo de Investigación en Gestión y Modelación Ambiental (GAIA) de la Universidad de Antioquia, con la participación del Grupo de Ingeniería y Gestión Ambiental (GIGA) de la Universidad de Antioquia y el Grupo del Posgrado en Recursos Hidráulicos de la Universidad Nacional Sede Medellín..

Fecha de recepción: Septiembre 24 de 2008

Fecha de aprobación: Noviembre 4 de 2008



# SUBSISTENCIA DE LAS COMUNIDADES LOCALES EN COLOMBIA. DE UN CONCEPTO LEGAL A UN DERECHO FUNDAMENTAL: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

*Patricia González Sánchez\*\**

*Sandra Patricia Duque Quintero\*\*\**

## RESUMEN

En este artículo se desarrolla la línea jurisprudencial sobre la subsistencia de las comunidades locales en Colombia, utilizando el método de análisis dinámico del precedente, propuesto por el profesor Diego López Medina, en el cual, mediante una “ingeniería de reversa”, se determinan las sentencias hito, las sentencias fundadoras y confirmadoras de jurisprudencia, buscando describir cómo los jueces, y especialmente la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han respondido en torno a la protección del derecho de subsistencia de las comunidades locales: indígenas, afrocolombianos y campesinos, teniendo en cuenta la estrecha relación de estas con el medio natural en el que habitan. Además se problematiza el concepto legal de subsistencia, planteando su transformación al pasar de una mera enunciación legal a convertirse en un derecho fundamental, por interpretación constitucional, para estas comunidades.

**Palabras clave:** comunidades locales, subsistencia, Corte Constitucional, Consejo de Estado, análisis dinámico de sentencias, precedente constitucional.

## SUBSISTENCE OF LOCAL COMMUNITIES IN COLOMBIA. FROM A LEGAL STATEMENT TO FUNDAMENTAL RIGHT: JURISPRUDENCE ANALYSIS

### ABSTRACT

This article develops the line of case law on the livelihoods of local communities in Colombia. We use the method for dynamic analysis of precedent, proposed by Professor Diego Lopez Medina, in which, through a “reverse engineering”, defines the “*Landmark Decisions, Founders Decisions and Confirmation Decisions*”\*\*\*\*, seeking to describe how the judges, and especially the Constitutional Court and the Council of State\*\*\*\*, have responded on the protection of the right of subsistence for local communities: indigenous, Afro-Colombian and peasants, bearing in mind the close relationship of these with the natural environment in which they live. In addition, it is problematized about the legal concept of subsistence, when it becomes from a mere legal statement into a fundamental right, by constitutional interpretation.

**Key words:** local communities, livelihoods, Constitutional Court, Council of State, dynamic analysis of decisions, constitutional precedent.

---

\*\* Candidata a Doctora en Historia. Magister en Historia y Abogada de la Universidad de Antioquia. Profesora investigadora vinculada a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Coordinadora del Grupo de Investigación “Derecho y Sociedad”, Categoría A en COLCIENCIAS.

\*\*\* Candidata a Doctora en Educación. Magister en Derecho. Especialista en Gestión ambiental y Abogada de la Universidad de Antioquia. Profesora investigadora vinculada a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Coordinadora de la Línea de investigación “Derecho Laboral y de la Seguridad Social” del Grupo de Investigación “Derecho y Sociedad”, Categoría A en COLCIENCIAS.

\*\*\*\* These three names are a kind of Opinions and Judgments Decisions issued by the Colombian high courts, particularly the Constitutional Court. They are called, respectively, “Sentencias Hito”, “Sentencias Fundadoras” and “Sentencias Confirmadoras” on the doctrine of our legal system, which have no exact translation into Anglo-Saxon legal systems but that they can be assimilated into some type of judicial precedents.

\*\*\*\*\* This is the name that receives one of the high courts in Colombia, serving as a judicial and advisory body. It assists the executive and the civilians with legal advice and is the supreme court for administrative justice and public administration, which does not exist in most of the Anglo-Saxon legal systems because this is a typical judicial organ of the Roman-Germanic and republic legal systems.

**SUBSISTENCIA DE LAS COMUNIDADES LOCALES  
EN COLOMBIA.  
DE UN CONCEPTO LEGAL A UN DERECHO FUNDAMENTAL:  
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

**INTRODUCCIÓN**

Dentro de las transformaciones recientes de la justicia colombiana que tienen una relación más estrecha con la función garantista del derecho se destacan la introducción de la acción de tutela y de otros mecanismos judiciales de protección de los derechos constitucionales, como las acciones populares y de grupo. Las primeras pueden ser conocidas por cualquier juez de la República y es la Corte Constitucional quien tiene el recurso de revisión de los fallos emitidos en primera o segunda instancia. El segundo tipo de acciones son conocidas por el Tribunal Contencioso Administrativo y van al Consejo de Estado, mediante recurso de apelación, quien conoce la segunda instancia de estas acciones.

En esta medida, se realizará un análisis jurisprudencial que muestre la forma en que los jueces y especialmente la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han respondido en torno a la protección de los derechos de subsistencia de las comunidades locales: indígenas, afrocolombianos y campesinos, para lo cual se construirá una línea jurisprudencial,<sup>1</sup> utilizando el método de análisis dinámico del

---

<sup>1</sup> Expresa López Medina. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, UNIANDES, 2000, Capítulo 3: Puesta sobre un gráfico, una línea de jurisprudencia es una pregunta o problema jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas. Este espacio abierto, con todas las posibles respuestas a la pregunta planteada, es una estrategia conveniente para graficar las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema y para reconocer, si existe, un patrón de desarrollo decisional. El campo abierto que generan las dos respuestas extremas posibles hace que la línea sea, en sus extremos, bipolar. Por cuanto la principal característica del derecho de origen jurisprudencial es que tiende a ser, para el autor, de “desarrollo incremental”, la utilidad de dicha línea jurisprudencial radica en la posibilidad de identificar el lugar del “balance constitucional” dentro de los dos extremos posibles, mediando el análisis diacrónico y estructural de varias sentencias que se relacionan entre sí. A nota López Medina: La incrementalidad del derecho jurisprudencial, determinada por la resolución de problemas jurídicos caso a caso, tiene la tendencia a ser desestructurada, y a veces caótica. La determinación de la sub-regla jurisprudencial sólo será posible entonces si el intérprete construye, para cada línea, una teoría jurídica integral (una narración) de las interrelaciones de varios pronunciamientos judiciales relevantes. Los problemas que esta exigencia plantea son variados: por una parte es necesario identificar las sentencias “relevantes” dentro de la línea y, segundo, es necesario construir teorías estructurales que permitan establecer la relación entre esos varios pronunciamientos jurisprudenciales.

precedente,<sup>2</sup> propuesto por el profesor Diego López Medina, en el cual desde una “ingeniería de reversa de la línea”, se determinan las sentencias hito, las sentencias fundadoras y las sentencias confirmadoras de jurisprudencia. Una vez realizado este reordenamiento y hallada la información acerca de cuáles son las principales providencias, se estudiarán los años 1992-2006, analizando las principales consideraciones de manera que se vea claramente la posición de ambos Tribunales sobre la problemática por desarrollar.

## 1. LA SUBSISTENCIA DE LAS COMUNIDADES LOCALES EN LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EN EL CONSEJO DE ESTADO

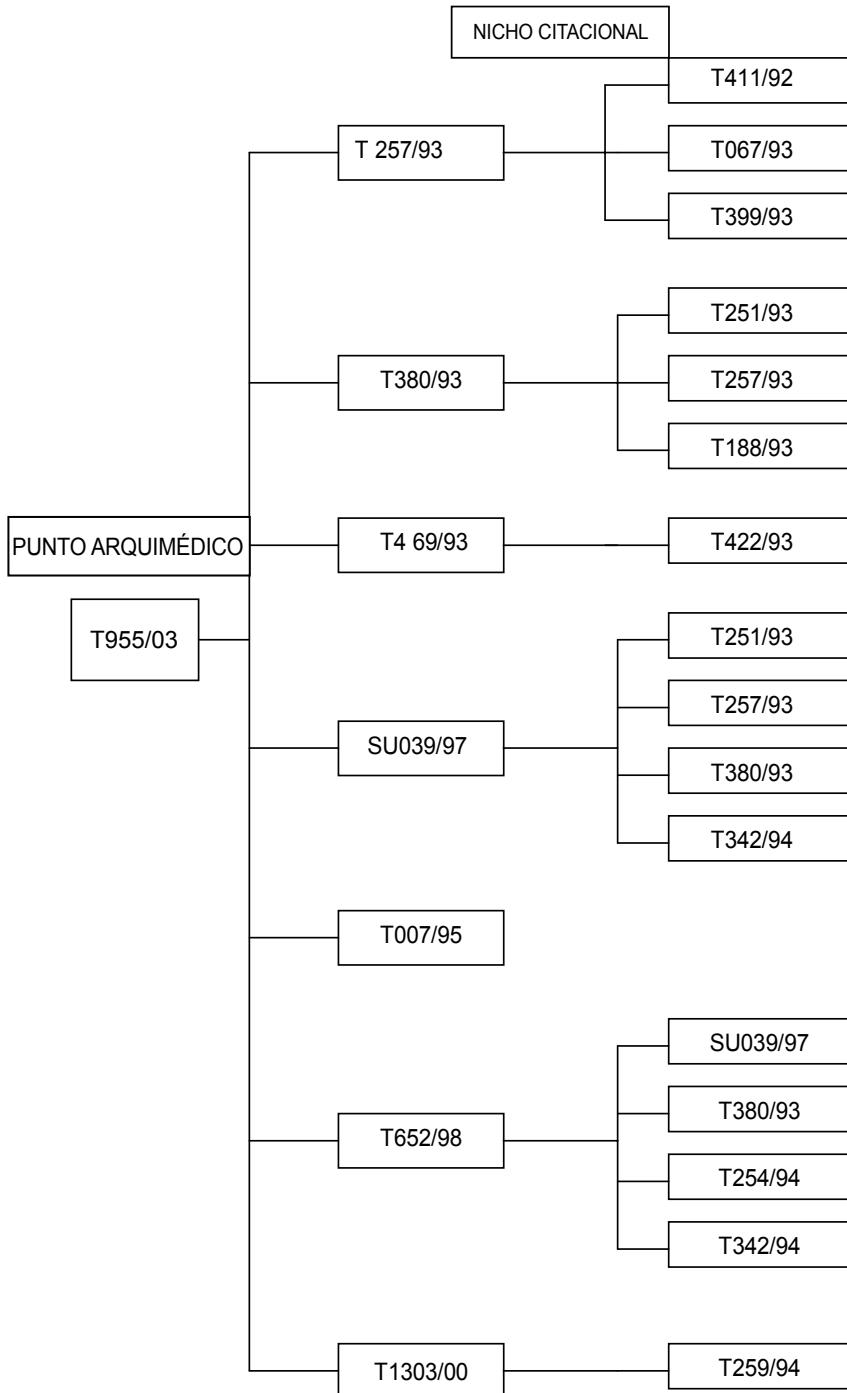
### 1.1 Línea jurisprudencial de la Corte Constitucional

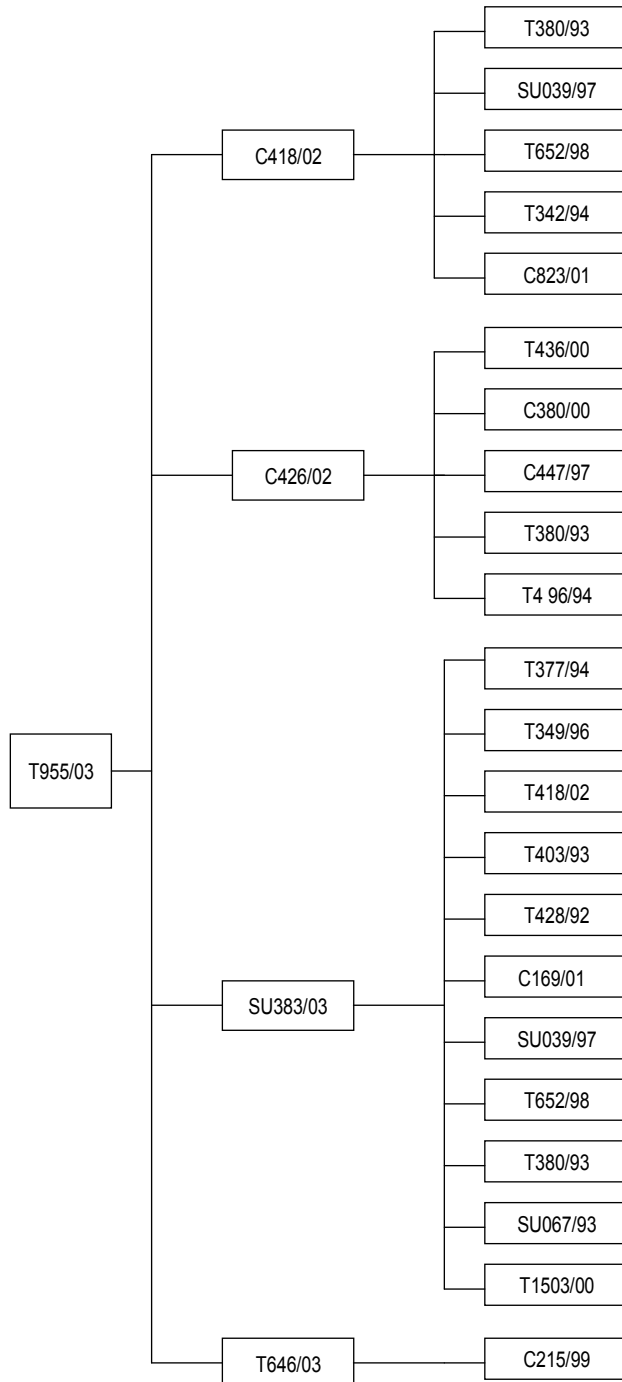
**PROBLEMA JURÍDICO:** ¿Es la subsistencia de las comunidades locales indígenas, campesinas y afrocolombianas un derecho que debe ser protegido por el Estado Colombiano?

No debe ser considerado derecho ni objeto de protección	¿Es la subsistencia de las comunidades locales indígenas, campesinas y afrocolombianas un derecho que debe ser protegido por el Estado Colombiano?	Es considerado objeto de protección y derecho fundamental de estas comunidades
---	--	--

Se grafica la línea jurisprudencial, identificando punto arquimédico y nicho citacional, de la siguiente manera:

<sup>2</sup> Los elementos del análisis dinámico de precedentes señalados por López Medina son los siguientes: a) Planteamiento del problema jurídico. Corresponde a la formulación adecuada del encabezamiento de la línea cuidándose de incurrir en una excesiva generalidad o conceptualismo. b) Apertura de un espacio entre las dos opciones polares de respuesta a la anterior pregunta. c) Actitud del intérprete. En otras palabras, responsabilidad frente a la labor reconstructiva y hermenéutica del operador jurídico. Bien lo advierte López Medina: El intérprete será responsable por el sentido de su argumento, pero debería ofrecer posiciones que aclaren e iluminen las líneas jurisprudenciales existentes. La línea, no pre-determina de manera mecánica el resultado. Hay posibilidades de variar el balance constitucional, moderada o radicalmente, a “izquierda” o “derecha”. Allega el autor otros importantes conceptos inherentes a la técnica de construcción de líneas de precedentes como las “clases de sentencias” existentes en la jurisprudencia constitucional colombiana, que desde el punto de vista de su importancia estructural dentro de la línea, la metodología reduce a tres tipos: a) Sentencias fundadoras de línea; b) Sentencias hito; c) Sentencias que meramente confirman la doctrina. Con la metodología de la línea jurisprudencial se debe tratar de identificar las sentencias hitos agrupadas en torno a problemas jurídicos bien definidos. Al respecto, es importante tener en cuenta tres pasos propuestos por el autor: El primer paso es identificar el punto arquimédico de apoyo: con la jurisprudencia el punto arquimédico es una sentencia con la que el investigador tratará de desenredar las relaciones estructurales entre varias sentencias. Su propósito fundamental será el de ayudar a la identificación de las sentencias hito de la línea y en su sistematización en un gráfico de línea. El segundo, aplicar ingeniería de reversa, consistente en el estudio de la estructura de citas del punto arquimédico y, finalmente, estudiar el nicho citacional que se ha formado mediante el análisis de las sentencias y los puntos nodales en las mismas, que coinciden con las sentencias hito de la línea. LÓPEZ MEDINA. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, UNIANDES, 2000, Capítulo 3.





### 1.1.1 Primera etapa del problema jurídico: sentencia fundadora de línea: T-380 de 1993

La sentencia con la cual se funda la línea en cuestión es la T-380 de 1993. En esta sentencia, la Organización Indígena de Antioquia en calidad de agente oficioso de la Comunidad Indígena EMBERÁ-KATÍO de Chajeradó, interpuso acción de tutela contra la Corporación Nacional de Desarrollo del Chocó (CODECHOCÓ) y la Compañía de Maderas del Darién (MADARIÉN), por considerar que la omisión de la primera y la acción de la segunda vulneran y amenazan los derechos fundamentales de la comunidad indígena, entre ellos los derechos a la subsistencia, a la integridad étnica-cultural y territorial.

Los hechos que se invocan como causa de la vulneración y amenaza de los derechos fundamentales se refieren a la explotación forestal llevada a cabo en Chajeradó, Municipio de Murindó (Ant.) y las omisiones de CODECHOCÓ, relacionadas con la explotación maderera.<sup>3</sup>

En primera instancia el juez ante quien se interpuso la tutela la concedió protegiendo los derechos fundamentales a la vida e integridad personal, al trabajo, la propiedad, la protección especial y la integridad étnica de la comunidad Emberá-Katío del Resguardo Indígena del río Chajeradó, y condenó a MADARIÉN y a CODECHOCÓ a pagar los costos del estudio de impacto ambiental y obligó el cumplimiento del plan de manejo respectivo. El fallador estructura la decisión sobre la apreciación según la cual pese a que el daño por la destrucción del bosque húmedo tropical del Resguardo Indígena de Chajeradó se encuentra consumado, existen otros daños o perjuicios potenciales que, de no evitarse, serían irremediables. Se refiere en especial a la contaminación ambiental, la sedimentación y obstrucción del cauce de los ríos debido a la deforestación, la disminución de la riqueza piscícola, la desaparición de los animales de monte y de la flora silvestre, situaciones que constituyen amenaza a los derechos fundamentales, a la vida y a la subsistencia de la comunidad.

Sin embargo, la Compañía Maderas del Darién S.A., interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, cuestionando la procedencia de la acción de tutela en el presente caso y esgrimiendo argumentos que apuntan a desvirtuar la titularidad de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados.

Así las cosas, la Sala Agraria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, revocó el fallo impugnado, denegó la tutela impetrada por improcedente y previno al señor Reinerio Palacios, a la Corporación Nacional para el desarrollo del Chocó, a la Compañía Maderas del Darién y al Cabildo del Resguardo Indígena

<sup>3</sup> Cf. Corte Constitucional. Sentencia T-380-93.

de Chajeradó para que en lo sucesivo se abstuvieran de incurrir en las acciones u omisiones que dieron lugar al presente proceso.

De esta manera, la sala de revisión de tutelas de la Corte Constitucional, centra su análisis en dar respuesta a dos interrogantes: el primero relativo a la manera cómo se resuelve, a la luz de la Constitución, el conflicto entre la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas y la protección especial que el Estado debe prestar para que las comunidades étnicas conserven su identidad cultural, social y económica y, el segundo, respecto a la procedencia de la tutela en el caso concreto.

De esta manera la Corte señala:

La explotación de recursos naturales en territorios indígenas plantea un problema constitucional que involucra la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades que sobre ellas se asientan. La tensión existente entre razón económica y razón cultural se agudiza aún más en zonas de reserva forestal, donde las características de la fauna y la flora imponen un aprovechamiento de los recursos naturales que garantice su desarrollo sostenible, su conservación, restitución o sustitución (Art. 80 CP). La relación entre estos extremos debe ser, por tanto, de equilibrio.<sup>4</sup>

En este punto señala la Corte que las externalidades del sistema económico capitalista, quebrantan el equilibrio en los ecosistemas y desconocen la fragilidad de los ecosistemas y la subsistencia de diferentes grupos étnicos que habitan en los territorios, razón por la cual el Constituyente condicionó la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas a que ésta se realizara sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas (Art. 330 CP) y que por lo tanto, la explotación maderera indiscriminada, con o sin autorización estatal, atenta contra el ecosistema, agota los recursos primarios propios de una economía de subsistencia de las comunidades étnicas en las que priman los valores de uso y simbólico, sobre el valor de cambio y destruye el estrecho vínculo de los indígenas con la naturaleza.

Al respecto señala la Corte Constitucional en esta providencia:

La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser “sujeto” de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presu-

<sup>4</sup> Cf. Corte Constitucional. Sentencia T-380-93.

puesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a “la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (Arts. 1 y 7 CP).<sup>5</sup>

Así las cosas, considera la Corte que las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política de 1991:

La cultura de las comunidades indígenas, en efecto, corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido –y a ello puede llegarse si su medio ambiente sufre un deterioro severo–, induce a la desestabilización y a su eventual extinción. El régimen político democrático, participativo y pluralista, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, el deber estatal de proteger las riquezas culturales y naturales, son principios fundamentales que representan un obligado marco de referencia en la interpretación de las normas constitucionales. El contenido y los alcances de estos principios tienen importantes consecuencias en materia económica y de medio ambiente.

La Constitución no acoge un determinado sistema económico cuando consagra la libertad económica y de iniciativa privada o regula la propiedad (Arts. 333 y 58 CP). Por el contrario, el ordenamiento constitucional admite diversos modelos económicos gracias al reconocimiento de la diversidad cultural. Es este el caso de las economías de subsistencia de las comunidades indígenas que habitan el bosque húmedo tropical colombiano, en contraste con la economía capitalista. Uno y otro modelo de actividad económica están garantizados dentro de los límites del bien común, sin desatender que la propiedad es una función social a la que le es inherente una función ecológica.<sup>6</sup>

Es importante anotar que para la Corte la evidente relación entre ecosistema equilibrado y sobrevivencia de las comunidades requiere de una especial protección del Estado (Art. 13 CP):

La inacción estatal, con posterioridad a la causación de un grave daño al medio ambiente de un grupo étnico, dada la interdependencia biológica del ecosistema, puede contribuir pasivamente a la perpetración de un etnocidio, consistente en la desaparición forzada de una etnia (Art. 12 CP) por la destrucción de sus condiciones de vida y su sistema de creencias. Bajo la perspectiva constitucional, la omisión del deber de restauración de los recursos naturales (Art. 80 CP) por parte de las entidades oficiales que tienen a su cargo funciones de vigilancia y restauración del medio ambiente –CODECHOCÓ mediante Decreto 760 de 1968– constituye una amenaza directa contra los derechos

<sup>5</sup> Cf. Corte Constitucional. Sentencia T-380-93.

<sup>6</sup> *Ibidem*.



fundamentales a la vida y a la no desaparición forzada de la comunidad indígena Emberá-Katío.<sup>7</sup>

Concluye la Corte Constitucional que con el objeto de hacer cesar de manera inmediata la amenaza que se cierne sobre este grupo étnico, entre otros motivos por la omisión estatal del deber de restauración de los recursos naturales, se concede la tutela solicitada y en consecuencia la Corte ordena al Representante Legal de la Corporación Nacional para el Desarrollo del Chocó iniciar las actuaciones necesarias para restaurar los recursos naturales afectados por el aprovechamiento forestal ilícito que tuvo lugar en el resguardo de la comunidad indígena Emberá-Katío.

En este orden de ideas, es posible atribuir carácter de fundadora a esta sentencia, por medio de la cual se considera la subsistencia como un derecho fundamental de las comunidades locales (en el caso concreto indígenas) y la necesidad de una verdadera protección de los recursos naturales, elemento que dentro de la cosmogonía de estas comunidades es un elemento indisoluble de su cultura y sus vidas.

### 1.1.2 Segunda etapa: sentencia hito<sup>8</sup>: SU -039/97

Mediante esta sentencia unificadora de jurisprudencia la Corte Constitucional reitera que la conservación y utilización de los recursos naturales en el país, debe ser armónica y consultar los intereses de las comunidades que dependen directamente de los recursos, de esta manera, el Estado debe propender por la integridad del entorno natural, social, cultural y económico de las comunidades locales (en el caso concreto indígenas U'wa), integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada directamente con su subsistencia.

El Defensor del Pueblo en representación del pueblo U'wa presentó acción de tutela contra el Ministerio del Medio Ambiente y la Sociedad Occidental de Colombia, Inc., con fundamento en que dicha sociedad, con base en un contrato de asociación celebrado con Ecopetrol para la explotación de hidrocarburos dentro del territorio en el cual se encontraban resguardos indígenas y parques naturales, violan los derechos constitucionales al territorio, a la autodeterminación, a la lengua, a la cultura étnica, al derecho a seguir viviendo y el derecho a la participación social.

---

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> Las sentencias hito son aquellas en las que la Corte trata de definir con autoridad una sub-regla de derecho constitucional. Un ejemplo de ellas son las de unificación jurisprudencial. López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, UNIANDES, 2000, p. 68.

En cuanto a la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas y la protección del Estado a la identidad, integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas, la Corte considera que en este punto, y como lo expresa en la sentencia T-380/93<sup>9</sup> en los siguientes términos:

(...) la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que éstos no sólo se predicen de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace “a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”. Además, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución.<sup>10</sup>

Concluye sobre este punto la Corte que la explotación de los recursos naturales hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (Art. 80 CP), y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que ocupan dichos territorios, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que son el sustrato para su subsistencia.

Es decir, que debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación de dichos recursos y la preservación de dicha integridad que es condición para la subsistencia del grupo humano indígena.

De esta manera y teniendo en cuenta que la explotación de recursos naturales en los territorios tradicionalmente habitados por las comunidades indígenas origina fuertes impactos en su modo de vida, la Corte unificó la doctrina constitucional relativa a la protección que debe el Estado a tales pueblos, y de manera muy especial consideró que en esos casos, su derecho a la subsistencia tiene carácter de fundamental.

### **Salvamento de voto a la Sentencia SU-039/97**

Se considera en este salvamento de voto que si bien debe buscarse la conciliación entre la necesidad de la explotación de los recursos naturales y el respeto de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, esa difícil

<sup>9</sup> M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>10</sup> Cf. Corte Constitucional. Sentencia SU-039/97.

conciliación debe obtenerse por medio de la actuación gubernamental que debe propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades en las decisiones al respecto, por lo cual, el gobierno es el llamado a considerar cuál puede ser el desenlace final del procedimiento administrativo de explotación de los recursos naturales.

### 1.1.3 Tercera etapa: sentencias confirmadoras de principio<sup>11</sup>: T-652/98, C-418/02, SU-383/03 y T-955/03

#### Sentencia T-652-98

En esta providencia, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, procede a revisar las acciones de tutela interpuestas contra el Presidente de la República, los Ministros del Interior, Agricultura, Medio Ambiente, Minas y Energía, la Alcaldía Municipal de Tierralta (Córdoba) y la Empresa Multipropósito Urrá S.A. - E. S. P., por violación de los derechos fundamentales del pueblo Emberá-Katío del Alto Sinú a la integridad territorial y al dominio sobre el resguardo, y su relación con el derecho fundamental a la supervivencia, la explotación de recursos naturales en sus territorios y a la protección que debe el Estado a la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de dichas comunidades.

Considera la Corte en esta sentencia que en diversos pronunciamientos ha reiterado el carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios, no sólo por lo que significa para la supervivencia de los pueblos indígenas y raizales, el derecho de dominio sobre el territorio que habitan, sino porque él hace parte de las cosmogonías amerindias y es substrato material necesario para el desarrollo de sus formas culturales características.

Sobre la protección constitucional de la diversidad étnica y cultural, sostiene la Corte que existe una doctrina muy amplia al respecto, de la cual debe destacarse para la revisión de este caso, la relacionada con el deber del Estado de garantizar el derecho a la subsistencia de dichas comunidades. Sin esta protección a las colectividades, tampoco se podría ejercer el derecho a la integridad cultural, social y económica que el Constituyente consagró a su favor.

---

<sup>11</sup> Las sentencias confirmadoras de principio son aquellas que se ven a sí mismas como puras y simples aplicaciones, a un caso nuevo, del principio o ratio contenido en una sentencia anterior. Con este tipo de sentencias los jueces confirman su deber de obediencia al precedente. López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, UNIANDES, 2000, p. 68.

Teniendo en cuenta que la explotación de recursos naturales en los territorios tradicionalmente habitados por las comunidades indígenas origina fuertes impactos en su modo de vida, la Corte unificó la doctrina constitucional relativa a la protección que debe el Estado a tales pueblos, y de manera muy especial consideró que en esos casos, su derecho a ser previamente consultados tiene carácter de fundamental.

En este orden de ideas, la Corte estima que el procedimiento para la expedición de la licencia ambiental que permitió la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I se cumplió en forma irregular, y con violación de los derechos fundamentales del pueblo Emberá-Katío del Alto Sinú, pues se omitió la consulta que formal y sustancialmente debió hacerse.

Por tanto, se ordena revocar las sentencias proferidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Córdoba y la Corte Suprema de Justicia, y tutelar los derechos fundamentales a la supervivencia, a la integridad étnica, cultural, social y económica, a la participación y al debido proceso del pueblo Emberá-Katío del Alto Sinú.

### **Sentencia C-418/02**

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, se demandó el artículo 122 de la Ley 685 de 2001 “por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”, por considerar que la norma enjuiciada vulnera el derecho que tienen las minorías étnicas para determinar, en concierto con la administración, las zonas dentro de sus territorios que deben tener la calificación de zonas mineras, como quiera que dispone que el Ministerio de Minas y Energía –autoridad minera– señalará y delimitará unilateralmente dichas áreas dentro del territorio indígena.

Considera la Corte que en aras de garantizar los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, es indispensable incorporar al contenido de la disposición acusada las previsiones de la Constitución Política en relación con el derecho fundamental de consulta y precaver de esta manera contra un alcance restrictivo de la participación de las comunidades en las decisiones relacionadas con la explotación de recursos en sus territorios, razón por la cual se declara exequible el inciso primero del Artículo 122 de la Ley 685 de 2001 “Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones” bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al parágrafo del Artículo 330 de la Constitución y al Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991.

**Sentencia SU 383-03**

En esta providencia, la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC interpuso acción de tutela para que le fueran protegidos los derechos a la vida, a la existencia comunitaria, al medio ambiente sano, al libre desarrollo de la personalidad, al debido proceso y a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan, tutela que impetran con motivo de la fumigación de cultivos ilegales en los territorios que ellos habitan.

En esta providencia, se decidió por la Corte revocar parcialmente los fallos proferidos por el Juzgado 15 Civil del Circuito de Bogotá y por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá fechados el 3 de agosto y el 12 de septiembre de 2001 y, en su lugar, se decidió tutelar los derechos fundamentales a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la participación y al libre desarrollo de la personalidad de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales de la amazonía colombiana.

Así mismo, se ordenó a las autoridades con respecto a quienes se interpuso la acción de tutela mencionada, que consultaran de manera efectiva y eficiente a los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía Colombiana sobre las decisiones atinentes al Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos que se adelantaran en sus territorios, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, con plena observancia de los principios y reglas contenidos en el Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991.

**Salvamento parcial de voto a la Sentencia SU-383/03**

Consideran los magistrados que salvaron el voto porque no era claro cómo ante las disposiciones constitucionales que protegen la subsistencia e integridad cultural de las comunidades indígenas, y haciendo caso omiso de la legislación vigente y de convenios internacionales suscritos por Colombia, en esta acción de tutela no se haya impartido la orden de suspensión inmediata de la fumigación aérea de los denominados cultivos ilícitos en la Amazonía Colombiana, pese a la existencia de abundantes pruebas, que en la propia sentencia se mencionan y analizan, según las cuales no se encuentra demostrado que el glifosato no causa daño a los seres humanos, ni a la vida animal, ni a la vida vegetal, ni a los recursos hídricos.

**Sentencia T-955/03**

En esta sentencia de tutela la Corte protege la subsistencia e identidad cultural de las comunidades afrocolombianas, específicamente las aledañas a la cuenca del río Caricara.

En dicha providencia, se demanda el amparo de sus derechos fundamentales a la integridad étnica, social, económica y cultural, a la subsistencia, a no ser sometidos a desaparición forzada, a la participación y al debido proceso, derechos que aducen están siendo vulnerados por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, la Corporación Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó, y Maderas del Darién S.A., debido a que los primeros toleran y permiten que la entidad privada Maderas Darién, adelante explotación ilegal de maderas en sus territorios colectivos.

Es claro para la Sala que el derecho de las comunidades negras sobre su territorio colectivo se funda en la Carta Política y en el Convenio 169 de la OIT y que el derecho de propiedad colectiva en comento comprende, y siempre comprendió, la facultad de las comunidades negras de usar, gozar y disponer de los recursos naturales renovables existentes en sus territorios, con criterios de sustentabilidad, de tal manera que son éstas las únicas propietarias de la flora existente en sus territorios, y quienes pueden extraer y aprovechar los productos de sus bosques.

Por consiguiente las autoridades de la República, en especial las ambientales, están en el deber i) de apoyar a las comunidades negras en las acciones que emprendan para impedir el uso de la tierra y la explotación de sus recursos naturales por personas ajenas, y ii) sancionar a quienes se aprovechen de los productos de los suelos y bosques de sus territorios colectivos.

En suma, para la Corte, las entidades accionadas quebrantaban el derecho fundamental de las comunidades negras a la propiedad colectiva y a su subsistencia, conculcando en consecuencia las bases del Estado social de derecho, dado que toleran, permiten y autorizan las explotaciones de sus bosques, sin reparar en que estas prácticas desconocen sus derechos territoriales y entorpecen su proceso comunitario y sus prácticas tradicionales de producción. De esta manera la Corte ordena la suspensión de la extracción maderera, en orden a que son dichas comunidades las propietarias del recurso y por tanto las beneficiarias directas de la explotación.

Se grafica la línea de decisión de la siguiente manera:

No debe ser considerado derecho ni objeto de protección.	¿Es la subsistencia de las comunidades locales indígenas, campesinas y afrocolombianas un derecho que debe ser protegido por el Estado Colombiano?	Es considerado objeto de protección y derecho fundamental de estas comunidades
	<p style="text-align: center;">●● T- 380/93</p> <p>●● SU-039/97 Salvamento de voto</p> <p style="text-align: center;">●● SU-039/97</p> <p style="text-align: center;">●● T-652/98</p> <p style="text-align: center;">●● T-418/02</p> <p>●● SU-383/03</p> <p style="text-align: center;">●● SU-383/03 Salvamento de voto</p> <p style="text-align: center;">●● T-755/03</p>	

#### 1.1.4 ¿Existe una línea jurisprudencial en la Corte Constitucional sobre protección al derecho de subsistencia de las comunidades locales?

Se concluye en este punto que existe una línea clara de decisión por parte de la Corte Constitucional en cuanto a la protección del derecho fundamental a la subsistencia del cual son titulares las comunidades locales, el que se deduce directamente del

derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política de 1991 y a la integridad cultural de estas comunidades.

Se toma como punto de partida en el análisis que la cultura de las comunidades locales corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos que de ser cancelados o suprimidos -y a ello puede llegarse si su medio ambiente y los recursos naturales sufren un deterioro severo-, induce a la desestabilización y a su eventual extinción. La prohibición de toda forma de desaparición forzada (Art. 12 CP) también se predica de las comunidades locales, quienes tienen un derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social. En este punto la Corte habla del derecho fundamental a la subsistencia en estrecha relación con la integridad cultural de las comunidades.

Las comunidades locales constituyen un recurso natural humano que es parte integral del ambiente, éstas ocupan territorios con ecosistemas de excepcionales características y valores ecológicos que deben conservarse como parte integrante que son del patrimonio natural y cultural de la Nación. De esta manera, las comunidades locales y su entorno natural se constituyen en un sistema o universo merecedor de la protección integral del Estado.

La explotación de recursos naturales en los territorios tradicionalmente habitados por las comunidades locales (especialmente en los casos estudiados para los indígenas y afrocolombianos) origina fuertes impactos en su modo de vida, por esto, la Corte ha tenido unificada la doctrina constitucional relativa a la protección que debe el Estado a tales comunidades, tal y como se observó en la línea construida. El concepto de subsistencia, se convierte en un derecho que debe ser protegido.

## **1.2 Análisis jurisprudencial en el Consejo de Estado**

Antes de iniciar el análisis jurisprudencial, es importante anotar que se realizó un intento por utilizar la metodología del precedente dinámico, en la jurisprudencia del Consejo de Estado, sin embargo, esta corporación no cuenta con una base de datos por medio de la cual sea fácil estudiar los diferentes pronunciamientos, además, resultan problemáticos sus criterios de argumentación, ya que unas veces sigue la línea de precedente sentado por la Corte Constitucional y en otras elabora su criterio y se aparta de la doctrina Constitucional, lo que lleva a la conclusión del poco criterio jurisprudencial que se puede llevar a cabo con el método de investigación propuesto por López Medina.



En este punto es importante referenciar un poco el manejo de la jurisprudencia como elemento de argumentación por parte del Consejo de Estado, que tiene que ver con la forma de citación usada por este tribunal, para lo cual Escobar Martínez<sup>12</sup> señala:

“**Citas de presunción.** En esta clase de cita, el órgano enuncia que existe jurisprudencia anterior sobre el tema que se está tratando, pero en ningún caso hace referencia expresa a la providencia, ni a las razones expuestas en el fallo citado. Esta forma de citarse a sí mismo, condena, por así decirlo, de alguna forma la sustentación del argumento que se esboza, en la medida en que es para el ponente verdad sabida la línea de decisiones de la corporación, y al citarse de esta manera, pone en aprietos al lector y detiene abruptamente un posible estudio jurisprudencial en materia de líneas de decisión sobre un determinado asunto, o bien manejar otro tipo de análisis en materia del precedente judicial.

**Cita directa.** Es aquella en la que el mismo órgano se cita directamente, haciendo referencia a la sentencia que toma para el pronunciamiento, transcribiendo el aparte respectivo, para luego aplicar y reforzar los argumentos utilizados, al caso concreto. Así por ejemplo, en sentencia de 1966, el Consejo de Estado se cita a sí mismo y transcribe el aparte de la sentencia referida que interesa, pero no hace análisis de la jurisprudencia que cita, más bien, la aplica y refuerza con ello su decisión. Este tipo de citas, si bien ubican al lector y transcriben el aparte de interés a la sentencia que se motiva, se limitan simplemente a lo descrito, es decir, citar y transcribir como una forma de sustentación del argumento que se esgrime en el resuelve, ya que no se hace uno propio para el fallo. Esto denota un seguimiento de decisión por parte de la corporación y parece ser suficiente para determinar que ante un caso nuevo, con similares situaciones a uno fallado, aquél será decidido de la misma forma del primero. Lo único discutible de esta posición, es que no se argumenta en debida forma teniendo en cuenta argumentos constitucionales, que son en definitiva los que deben primar en cuanto decisiones de nulidad por inconstitucionalidad”.

En esta medida, en el presente trabajo y partiendo de algunas consideraciones del Consejo de Estado en materia de protección a los recursos naturales y la subsistencia de las comunidades locales en el país, se realiza una descripción de los fallos más relevantes con el fin de reconstruir los criterios ofrecidos por la doctrina del Consejo de Estado, entre los años 1992-2006:

---

<sup>12</sup> Clasificación realizada por la profesora Lina Marcela Escobar Martínez en su artículo “LA ACTIVIDAD CONSTITUCIONAL DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO”, publicado en la Revista Universitas. No. 111: 65-94, enero-junio de 2006, Bogotá.

### 1.2.1 Procedimiento para el desarrollo legal de la consulta previa a las comunidades U'WA sobre proyecto de interés nacional en área de resguardo

#### Sala de Consulta y Servicio Civil

#### Radicado 170 del 2 de febrero de 2006

En este acto, se resuelve la consulta elevada por el Ministro del Interior y de Justicia, sobre el procedimiento legal aplicable por el gobierno colombiano para desarrollar un proyecto de exploración de hidrocarburos en territorio del Resguardo U'WA, cuando dicha comunidad rechaza el proyecto y rehúsa participar en el proceso de consulta.

Con el fin de absolver la consulta formulada, cita el Consejo de Estado diferentes sentencias de la Corte Constitucional en donde se establece que la consulta a las diferentes comunidades es un mandato constitucional y que por tanto se debía adelantar bajo las siguientes bases:

“(…) A. Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en su territorio. B. Que la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos pueden afectarlos social, ambiental, cultural, económica y políticamente. C. Que la comunidad y sus representantes libremente y sin interferencias puedan analizar y valorar las ventajas y desventajas del proyecto; garantizándosele que sean oídas sus inquietudes y pretensiones respecto del proyecto, buscando que la decisión que se tome en lo posible sea acordada o concertada y que finalmente la decisión de la autoridad, esté desprovista de arbitrariedad o autoritarismo, es decir, sea objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana (T-380/93, C-489/94, T-007/95 y SU-039/97)”<sup>13</sup>

Sin embargo, pese a todas estas enunciaciones de sentencias de la Corte Constitucional en torno a la protección de las comunidades locales debido a su relación con su entorno natural y que de este dependen sus derechos a la subsistencia e integridad cultural, la sala del Consejo de Estado decide que la no existencia de acuerdo entre el Gobierno y las comunidades afectadas o la renuencia injustificada de éstas a participar en el proceso de consulta previa, **no afectaba la legalidad de la iniciación del proyecto petrolero**, lo cual va en contra vía de los preceptos constitucionales de protección a estas comunidades, tales como su derecho a par-

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Expediente 170 de 2 de febrero de 2006. Sala de Consulta y Servicio Civil.

ticipar en las decisiones que pueden afectar su entorno natural, del cual derivan su subsistencia e integridad cultural.

### **1.2.2 Protección de comunidad por afectación de los recursos naturales mediante los cuales derivan su subsistencia**

#### **SECCION TERCERA**

**Consejero Ponente: RICARDO HOYOS DUQUE**

**Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil cuatro (2004)**

**Radicación número: AG-520012331000200200226-01**

**Actor: HAROLD HERNÁNDEZ SANTACRUZ Y OTROS**

**Demandado: MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE y ECOPETROL**

**Referencia: Acción de grupo**

En esta acción de grupo, interpuesta por agricultores y pescadores artesanales del municipio de Tumaco, se buscó que la Sala declarara responsables de los daños causados a los recursos de flora, fauna, agricultura y el ecosistema fluvial al Ministerio del Medio Ambiente y ECOPETROL por un derrame de crudo en la zona, y además, que indemnizara a los afectados que en su gran mayoría eran padres de familia dedicados a la agricultura de pan coger y a la pesca de subsistencia fluvial pues con tal desastre quedaron en la ruina física, moral y económica ante la intoxicación masiva de sus tierras, aguas, cultivos y peces.

Considera la Sala que de acuerdo con los criterios jurisprudenciales y las pruebas reseñadas, la acción de grupo interpuesta es procedente y en orden a los fundamentos de hecho y de derecho, declara responsable a ECOPETROL de los perjuicios materiales sufridos por los demandantes con el derramamiento de crudo que dejó las comunidades sin recursos naturales para subsistir y en consecuencia condena a la empresa al pago de una indemnización colectiva.

### **1.2.3 Protección de la diversidad étnica y cultural de la comunidad Wayúu/ ASOCIACIÓN WAYA WAYÚU - Procedencia de transferencia de propiedad accionaria a su nombre. Protección de comunidad indígena**

**Sala de consulta y servicio civil**

**Radicado 1540 de 3 de junio de 2004**

El Viceministro de Desarrollo Empresarial consulta a la Sala si es viable que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, una vez constituida la sociedad de que trata el artículo 1° de la ley 773 del 2002, transfiera su participación accionaria –sin

contraprestación económica y en condiciones de igualdad- a la Comunidad Wayúu asentada en territorio adyacente a la zona de explotación salinífera de Manaure.

Señala la Sala que existe una protección constitucional a las comunidades indígenas en relación específica con los recursos naturales existentes en sus territorios, con respecto a lo cual señala:

(...) La jurisprudencia ha determinado que la protección a la subsistencia e identidad cultural de las comunidades indígenas es un derecho fundamental, cuyo reconocimiento está orientado a lograr la preservación de tales culturas. Del anterior derecho se desprende el de participación de la comunidad indígena en la adopción de las decisiones que les conciernen y en especial en las relativas a la explotación de los recursos naturales ubicados en sus territorios, como expresamente lo prescribe el parágrafo del artículo 330 de la Constitución. Este derecho de participación, por la particular influencia que el medio ambiente tiene en la definición de los rasgos de las culturas indígenas, ha sido estimado también por la jurisprudencia constitucional como un derecho fundamental (...) <sup>14</sup>

En consecuencia, la Sala con una visión proteccionista encuentra procedente la transferencia de la participación accionaria que se analiza por cuanto considera que este asunto no es una mera liberalidad del Estado, sino el cumplimiento de un deber constitucional, como lo es el reconocimiento a la subsistencia y protección de la diversidad étnica y cultural de la comunidad indígena Wayúu, asociada por años a la explotación de la sal en su territorio como medio de subsistencia.

#### **1.2.4 Sacrificio de chigüiros genera impacto ambiental considerable. Protección de la fauna y el equilibrio ecológico**

### **SECCIÓN QUINTA**

Consejero ponente: DARÍO QUIÑONES PINILLA

**Bogotá, D.C., nueve (9) de noviembre de dos mil uno (2001).**

**Radicación número: 85001-23-31-000-2001-0413-01(AP-194)**

**Actor: RODOLFO PUENTES SUÁREZ Y OTROS**

**Demandado: MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE**

**Referencia: Acción Popular**

En la presente sentencia se promovió la acción popular contra el Ministerio del Medio Ambiente ya que a pesar de que el Chigüiro es una especie silvestre de

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Expediente 1540 3 de junio de 2004. Sala de Consulta y Servicio Civil.

incalculable valor por su importancia cultural, estética y económica y por su carácter irremplazable en el ecosistema de la Orinoquia, viene siendo objeto de caza indiscriminada por parte de personas extrañas a la comunidad, lo cual constituye un aprovechamiento irracional de esa especie que impide su conservación, restauración y desarrollo sostenible.

Ante las razones de la demanda, el Consejo de Estado considera que la defensa de la fauna y de los recursos naturales renovables involucra la protección de los derechos de las comunidades al disfrute de los mismos, y máxime en una región como el Orinoco donde sus comunidades viven en estrecha relación con los recursos naturales, en consecuencia, considera que la protección de la especie animal *Hydrochaeris hydrochaeris* (chigüiro) contra su aprovechamiento irracional, la omisión de conservación y preservación, puede efectuarse por medio de la acción popular, en tanto que involucra la defensa de derechos colectivos.

Además considera la Sala que una de las condiciones humanas más elementales debe ser el respeto en su relación con la naturaleza y su capacidad para aprovecharse racionalmente de esta, pues los recursos naturales le brindan posibilidades de subsistencia a las comunidades asentadas en zonas de alta biodiversidad y otorgan perspectivas comerciales de gran importancia.

### **1.2.5 Vulneración de derechos colectivos por contaminación de ciénaga**

#### **SECCIÓN QUINTA**

**Consejero ponente: MARIO ALARIO MÉNDEZ**

**Bogotá, D. C., veintitrés (23) de febrero de dos mil uno (2.001).**

**Radicación número: 68001-23-15-000-1999-2121-01(AP-14)**

En esta providencia se analiza la acción popular interpuesta ante el Tribunal de Santander, por campesinos de la ciénaga Miramar, en donde fue construida la refinería de Barrancabermeja y que con el tiempo sus ampliaciones abarcaron las orillas norte y occidente de la misma. Argumenta la comunidad que la ciénaga ha recibido toda clase de contaminantes, que los pocos peces que aún subsisten, son pescados por personas que los utilizan como alimento, por lo cual se producen daños y enfermedades a quienes los consumen; y que una de las soluciones ha sido prohibir la pesca cuando lo que debiera hacerse es prevenir la contaminación.

En testimonio recibido en audiencia pública realizada el 24 de abril de 2000 en el Tribunal Administrativo de Santander, el señor Enoc Campo Polanco, pescador de la zona, dijo:

(...) los peces que salen de la ciénaga Miramar tienen sabor a petróleo, el agua que se consume en el caño San Silvestre tiene sabor a petróleo, de la boca del caño Miramar hacia abajo, de ahí sale la contaminación. En cualquier sitio del caño hacia arriba del Miramar se tira una atarraya y sale untada de petróleo, sale con residuos de petróleo, el agua huele a petróleo, quien se bañe ahí le toca bañarse bien después. En la vía a Termobarranca ECOPEPETROL taponó el caño en forma de dique para evitar que el crudo directo fuera hacia el caño San Silvestre, pero el sabor no se queda el sabor se pasa. Este caño se convirtió en un lago de petróleo, he pescado en la Miramar y es imposible comer ese pez barbudo, comelón, mojarra, bocachico y arenque solo existen estas especies las otras murieron, desaparecieron de la fauna. En muchos sitios de la ciénaga donde una manta se tira y sale untada de crudo, le llamamos crudo porque no le sabemos el nombre exacto. El año pasado hubo una gran muerte de mojarras en la ciénaga, pero no hubo una entidad que lo denunciara, hoy queremos que esto cambie, que esta agua debería consumirse en Barrancabermeja porque ese lago es muy importante para nosotros, los que han pescado ahí lo hacen por necesidad (...)<sup>15</sup>

En consecuencia, el Tribunal aduciendo la importancia que comporta la ciénaga para estas comunidades, ordenó a ECOPEPETROL, realizar urgentemente trabajos de descontaminación, manteniendo el monitoreo físico-químico de los afluentes y caños que afectaban la ciénaga, medidas tendientes a la preservación del ecosistema y realización de programas de reforestación y campañas de educación ambiental con la comunidad. El Consejo de Estado encuentra que es acertada la decisión del Tribunal y confirma dicha sentencia.

### **1.2.6 Consulta del Ministerio de Minas y Energía relacionada con indemnización a comunidades afectadas por daños al medio ambiente**

#### **SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL**

#### **CONSEJERO PONENTE: DOCTOR ROBERTO SUÁREZ FRANCO**

**Veintitrés (23) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994)**

**Radicación No. 582**

**Referencia: Consulta del Ministerio de Minas y Energía**

El Ministro de Minas y Energía formula consulta a la Sala sobre los factores y circunstancias que deben tenerse en cuenta para determinar el alcance de las indemnizaciones provenientes de la ejecución del proyecto de generación y transmisión de energía eléctrica Urrá I, declarado de utilidad pública o interés social, en el área

<sup>15</sup> Consejo de Estado. Expediente 68001-23-15-000-1999-2121-01(AP-14) de 23 de febrero de 2001, Sección Quinta. MP: MARIO ALARIO MÉNDEZ.

de influencia directa del proyecto que se ubica en la zona rural del municipio de Tierralta y afecta total o parcialmente 18 veredas, de las cuales 4 núcleos poblacionales son de campesinos e indígenas.

Para dar respuesta a esta consulta, la Sala considera que los predios y demás mejoras relacionadas con el proyecto Urrá I se pueden adquirir mediante negociación directa cuando haya acuerdo entre las partes interesadas y en la eventualidad de no llegarse a ningún acuerdo se procedería a la expropiación acudiendo a los procedimientos señalados en la Constitución y en las leyes que la desarrollan, pero, desde luego, bajo el supuesto de reconocerse la indemnización correspondiente.

Considera además la Sala que los predios habitados por los indígenas Emberá, a los que se hace referencia en la consulta, no constituyen “territorios indígenas” en los términos previstos en la Carta Política, por cuanto no han sido objeto de reglamentación legal que precise sus alcances y tampoco son propiamente resguardos, por cuanto no se deduce que sean territorios de propiedad de las comunidades explotados por éstas y tratándose de indígenas cuya entidad territorial aún no ha sido delimitada por la ley tal como lo ordena la Constitución, por tanto, les es aplicable la expropiación de sus tierras.

Con esta providencia olvidó el Consejo de Estado que no puede negarse la existencia de los asentamientos o territorios indígenas por falta de ley que los desarrolle, ya que la Constitución desde su promulgación, los protege y les garantiza su inviolabilidad (artículos 7, 8, 63, 286, 329 y 330 CP).

### **Salvamento de voto**

Considera el Magistrado Mora Osejo que la Sala, con fundamento en principios constitucionales como la subsistencia e integridad étnica y cultural, debió responder que no era posible destruir los territorios indígenas ni dañar el medio ambiente para construir la hidroeléctrica Urrá I y que el servicio de energía podría prestarse sin causar daños irreparables e infringir de modo manifiesto la Constitución Nacional.

En síntesis, es importante anotar que dentro de las sentencias analizadas se da un uso de la jurisprudencia por parte del Consejo de Estado en donde en ocasiones se reconoce el precedente judicial de otras corporaciones como la Corte Constitucional en el sentido de protección de los derechos colectivos de las comunidades locales en el país, y en otras, se limita a reiterar citas de algunas de sus sentencias y niega la protección invocada, obviando el precedente desarrollado por la Corte Constitucional.

### 1.3 A MODO DE CONCLUSIÓN: del concepto de subsistencia al derecho de subsistencia

El hábitat natural colombiano posee riqueza de recursos naturales que están en constante interacción con las comunidades locales, bien sea indígenas, afrocolombianos o campesinos, los cuales poseen un conjunto de prácticas, innovaciones y relaciones armónicas con la biodiversidad, a tal punto que ésta se considera como uno de los elementos propios de su cultura. Esta categorización plantea luchas para fortalecer dentro de su patrimonio cultural, los sistemas de saberes, sus formas simbólicas de percepción, significación y relación con la naturaleza, y sus normas culturales y de organización social. En este sentido, las comunidades locales se configuran como nuevos sujetos sociales y políticos.

El papel de la biodiversidad como sostén de los medios de subsistencia para las comunidades indígenas, campesinas y afrocolombianas, es una realidad que el derecho no puede invisibilizar. La regulación jurídica reconoce las culturas locales como fuentes de conocimiento sobre el ambiente, que deja entrever la relación existente entre la diversidad biológica y la diversidad étnica y cultural. Sin embargo, se debe articular la existencia de los recursos con las condiciones de vida de sus pobladores, en especial de aquellos que requieren de la explotación de determinados recursos para su subsistencia y cultura.

En este sentido, la problematización del concepto legal de subsistencia, permite plantear que existe una transformación del concepto, lo que genera una dinámica entre concepto y sociedad. De esta forma, un concepto se llena de valores y contenidos, se analiza más que como una enunciación legal, como un derecho fundamental. Lo que genera la articulación entre las comunidades y los recursos naturales y su protección. Al respecto señala la Corte Constitucional:

“Es de anotar, que con anterioridad la Corte en la sentencia T-380/93 había considerado que la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que éstos no sólo se predicaban de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”. Además, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución”.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU 039/97.



La estrecha relación entre subsistencia y diversidad étnica y cultural de las comunidades indígenas, campesinas y afrocolombianas, que resalta la Corte Constitucional, implica hablar del componente intangible de la biodiversidad como el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural que está en armonía con la conservación, preservación y restauración del hábitat y sus recursos naturales. Las comunidades hacen parte del hábitat e interactúan con los recursos, por tanto, la triada comunidad-hábitat-recursos debe conservarse en el hoy por parte del Estado colombiano. El reconocimiento de la diversidad permite que se aplique y logren derechos fundamentales que son inherentes a las personas y que hacen parte de las comunidades.

Así las cosas, se requiere una configuración de estas realidades en el ordenamiento jurídico colombiano. La Corte Constitucional vierte de contenido este concepto y señala que las comunidades tienen plena disposición y posibilidad de utilizar los recursos naturales y subsistir de ellos; de esta manera, y sin desconocer las particularidades de cada comunidad, se pasa del concepto al derecho fundamental de subsistir.

Frente a las dinámicas económicas caracterizadas como homogeneizantes e inequitativas frente a la distribución de los recursos, es necesario que las comunidades locales colombianas de indígenas, afrocolombianos y campesinos, tengan en cuenta las dinámicas ambientales para impulsar y legitimar nuevos derechos ambientales, culturales y colectivos. Entre estos tenemos el derecho a la subsistencia, en este sentido, se expresa:

(...) nuevos derechos emergen de la crisis ambiental, del grito de la naturaleza y de las luchas sociales que reivindican las formas culturales del ser humano. Esta crisis ambiental marca los límites de la racionalidad fundante de la modernidad, de la racionalidad económica, jurídica y científica que establecen el lugar de la verdad, los puntos de observación para indagar al mundo y los dispositivos de poder en el saber para apropiarse la naturaleza. La emergencia de los nuevos derechos humanos –derechos ciudadanos, derechos indígenas– es ante todo el derecho a ser, lo que implica el reconocimiento del derecho del ser humano –individual y colectivo– a darse sus propias normas de vida, es decir, a su autonomía. Y esa autonomía –el soporte de la vida y el sentido de la existencia– se plasma en un contexto social, sobre bases ecológicas y soportes territoriales donde se configuran las identidades como formas de ser, y que se dan siempre en relación con un mundo que es su referente, su soporte, su cuerpo. Territorio habitado por un ser. Los derechos ambientales, culturales y colectivos, no sólo se definen como derechos de la naturaleza, sino como derechos humanos hacia la naturaleza, incluyendo los derechos de propiedad y apropiación de la naturaleza. Los derechos ambientales se definen en relación con las identidades étnicas que se han configurado a lo largo de la historia

en su relación con su entorno ecológico, más que en relación con una norma jurídica que responde a la lógica del mercado o a una razón de Estado.<sup>17</sup>

En este punto, es importante anotar que en materia ambiental la problemática de los conceptos no se trata:

(...) de un problema de traducción, sino del sentido político que adquieren los conceptos que plasman las estrategias discursivas del ambientalismo, que rompen con la idea de un sentido único de los términos, fijados para siempre en discursos cerrados, como garantes de la verdad absoluta, eterna e inamovible del poder establecido. En este sentido, las luchas por los derechos ambientales, culturales y colectivos dislocan el lugar de la verdad, resignifican los conceptos y transforman las formas jurídicas que ordenan las relaciones de poder en la apropiación del mundo y de la naturaleza. Hoy en día las luchas indígenas no se reducen al derecho a hablar una lengua, a preservar sus prácticas, usos y costumbres, sino que reivindican su derecho a (...) sus formas de habitar su territorio y de usufructuar su patrimonio de recursos naturales; su derecho a definir un estilo de vida (...)<sup>18</sup>

El problema de la construcción del nuevo derecho de subsistencia e integridad cultural en materia ambiental no es fundamentalmente ni tan sólo el problema de traducir en lenguaje jurídico los principios que se expresan en el discurso oficial de la sustentabilidad. Más allá de ese problema, el saber jurídico debe reconocer que los nuevos derechos entrañan la legitimación a través de la ley. Más allá del propósito de la conservación de la naturaleza, estos derechos deben orientarse a recuperar y revalorizar las relaciones entre cultura y naturaleza, a reabrir y multiplicar las diversas y heterogéneas formas de relación y explotación de los recursos naturales que quedaron reducidas y truncadas por el proceso de homogeneización económica y jurídica:

En la racionalidad de la modernidad, el derecho del hombre hacia la naturaleza es un derecho privado, individual, de dominio sobre la naturaleza, donde los valores de la conservación quedan entrampados, sin encontrar expresión ni defensa. Es por ello que los derechos colectivos aparecen como un grito que no alcanza a plasmarse de manera consistente en las leyes primarias y secundarias de la legislación ambiental o las relativas a los derechos de los pueblos.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Daly, Herman E. (ed.) *Economía, ecología y ética*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 176.

<sup>18</sup> *Ibidem.*, p. 67.

<sup>19</sup> Ángel, Augusto. *La fragilidad ambiental de la cultura*. IDEA. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1995.

En este orden de ideas, el derecho ambiental<sup>20</sup>, en particular el derecho de subsistencia e integridad cultural, se debe construir como un derecho que atraviesa a todo el sistema jurídico, tanto en su racionalidad formal como en sus bases materiales, en sus principios axiológicos y en sus instrumentos normativos. Razón por la cual, es apremiante la necesidad de abordar “el concepto” como derecho de subsistencia e integridad cultural, superando la palabra y su significado y mostrando las realidades y necesidades de las comunidades. Se trata de un proceso abierto al juego de valores e intereses sobre la conservación, uso y transformación de la naturaleza y de resaltar el rol que cumplen las comunidades con respecto a sus recursos naturales.

Es decir, el derecho ambiental no es sólo el conjunto de normas que aseguran el uso controlado de la naturaleza, sino que regula los intereses en conflicto en torno a las estrategias diferenciadas de apropiación de los recursos donde se inscriben los derechos territoriales y culturales de las comunidades y donde el derecho a la subsistencia es un pilar fundamental:

Una política del ser subyace al clamor por el reconocimiento de los derechos a la supervivencia, a la diversidad cultural y la calidad de vida de los pueblos; es una política del devenir y la transformación, que valoriza el significado de la utopía como el derecho de cada comunidad para forjar su propio futuro. Los territorios culturales están siendo fertilizados por un tiempo pleno de significados. No es sólo la reivindicación de los derechos culturales que incluyen la preservación de los usos y costumbres de sus lenguas autóctonas y sus prácticas tradicionales, sino una política cultural para la reconstrucción de las relaciones sociales y productivas con la naturaleza en la perspectiva de la sustentabilidad del desarrollo.<sup>21</sup>

Las condiciones de vida actuales de las comunidades locales y los aspectos que tienen que ver con su subsistencia e integridad cultural requieren e implican el concurso de pensamientos críticos no sólo de lo jurídico, sino también de otros saberes. En este proyecto de investigación, el interactuar con las necesidades de los pescadores de la Ciénaga de Ayapel, permitió ver cómo la subsistencia requiere de una reivindicación actual y futura que tiene que ver con la construcción y consolidación de lo público, lo colectivo y lo comunitario. Nada más alejado

<sup>20</sup> En palabras de la Dra. Rosangela Calle: “El derecho ambiental ha significado para el derecho un nuevo reto en cuanto lo ha obligado a definir nuevas formas jurídicas relacionadas con la naturaleza jurídica de los bienes ambientales, una de ellas ha sido determinar la propiedad, uso y aprovechamiento de los recursos naturales y ha definido la necesidad de clarificar estructuras arraigadas en los derechos de propiedad individual sobre los mismos”. Calle Vásquez, Rosangela. *El conocimiento tradicional y la propiedad intelectual*. Gestión y Ambiente, No. 2, agosto de 1999, p. 53.

<sup>21</sup> Leff, E. *¿De quién es la Naturaleza? Sobre la reapropiación social de los Recursos Naturales*. Gaceta Ecológica, No. 37, México, INE-SEMARNAP, 1995, p. 58-64.

de la realidad, en la perspectiva de protección de los derechos humanos y de concreción de los mismos, que pensar que los derechos de subsistencia e integridad cultural, no poseen un objeto de protección jurídica y social.

El derecho de subsistencia e integridad cultural y su relación con las comunidades locales, hace que este derecho redunde en el componente intangible de la biodiversidad en Colombia, es decir, se rescata no sólo lo material o tangible, se le da también valor a la mirada que las comunidades poseen sobre sus recursos y se permite que surjan las comunidades locales como sujetos activos de su práctica, y por ende, la transformación del concepto de subsistencia a derecho de subsistencia permite nuevas herramientas de interpretación al derecho ambiental.

## BIBLIOGRAFÍA

- Calle Vásquez, Rosangela. *El conocimiento tradicional y la propiedad intelectual*. Gestión y Ambiente, No. 2, agosto de 1999, p. 53.
- Consejo de Estado. Expediente 1540 3 de junio de 2004. Sala de Consulta y Servicio Civil
- Consejo de Estado. Expediente 170 de 2 de febrero de 2006. Sala de Consulta y Servicio Civil.
- Consejo de Estado. Expediente 68001-23-15-000-1999-2121-01(AP-14) de 23 de febrero de 2001. Sección Quinta.
- Consejo de Estado. Expediente 85001-23-31-000-2001-0413-01(AP-194) de 9 de noviembre de 2001. Sección Quinta.
- Constitución Política de 1991.
- Convenio sobre Diversidad Biológica, 1994.
- Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 1992.
- Corte Constitucional. Sentencia T-067 de 1993.
- Corte Constitucional. Sentencia T-257 de 1993.
- Corte Constitucional. Sentencia T-380 de 1993.
- Corte Constitucional. Sentencia T-399 de 1993.
- Corte Constitucional. Sentencia T-188 de 1993.
- Corte Constitucional. Sentencia T-342 de 1994.
- Corte Constitucional. Sentencia C-519 de 1994.
- Corte Constitucional. Sentencia C-137 de 1996.
- Corte Constitucional. Sentencia T-652 de 1998.

- Corte Constitucional. Sentencia T-259 de 1999.
- Corte Constitucional. Sentencia T-436 de 2000.
- Corte Constitucional. Sentencia T-1303 de 2000.
- Corte Constitucional. Sentencia T-1503 de 2000.
- Corte Constitucional. Sentencia T-418 de 2002.
- Corte Constitucional. Sentencia C-071 de 2003.
- Corte Constitucional. Sentencia T-646 de 2003.
- Corte Constitucional. Sentencia T-955 de 2003.
- Decisión 345 de 1993. Régimen Común de Protección a los derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales.
- Decisión 391 de 1996. Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos en los Países Andinos.
- Decreto 2811 de 1974.
- Departamento Nacional de Planeación, Instituto Humboldt, Ministerio del Medio Ambiente, 1997. "Política Nacional de Biodiversidad".
- Departamento Nacional de Planeación, Ministerio del Medio Ambiente, 1996. "Política de Bosques", CONPES 2834.
- Escobar Martínez, Lina Marcela. *La actividad constitucional del Consejo de Estado Colombiano*, Revista Universitas. No. 111, Bogotá, 2006. p.65-94.
- Gaviria, Diana. *Una Mirada Retrospectiva con lecciones para el presente*. En: Revista Planeación y Desarrollo, Vol. XXVII, No. 2, Abril-Junio, 1996.
- Gollin M. *Marco legal de los derechos de propiedad intelectual para la prospección de la Biodiversidad*. En: *Prospección de la Biodiversidad*, World Resources Institute, 1993. p. 9-18.
- Gómez Isaza, Cristina. *La función del juez en un Estado Social de Derecho*. Berbiquí, No. 13, Mayo de 1999. p. 8-22.
- Grain. *Hacia un régimen de derechos comunitarios sobre biodiversidad*. En: *Biodiversidad: sustento y cultura*, octubre de 1996, p.74.
- Leff, E. *¿De quién es la Naturaleza? Sobre la reapropiación social de los recursos naturales*. Gaceta Ecológica, No. 37, México, INE-SEMARNAP, 1995. p. 58-64.
- Ley 165 de 1994.
- Ley 191 de 1995.
- Ley 243 de 1995.
- Ley 99 de 1993.
- López Gutiérrez, William. *Sobre el objeto de los estudios Jurídicos: discusión preliminar*. Convergencia, Vol. 8, No. 25. Mayo-agosto, 2001, p. 66.

- López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, UNIANDES, 2000, p. 245.
- Márquez Calle, Germán. *De la abundancia a la escasez: la transformación de ecosistemas en Colombia*. Bogotá, FEN Colombia, 1996, p. 98.
- Morcillo Méndez, Pedro Pablo. *La legislación ambiental de Colombia: Operancia y aplicabilidad*. Cali: Universidad del Valle, 1994, p. 361.
- Negri, Antonio. *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Madrid: Libertarias, 1999, p. 111.
- Nemogá S. Gabriel. *Globalización y transformación de las formas jurídicas: apropiación del material genético*. Pensamiento Jurídico. No.1, 1994, p. 132-148.
- Patiño Posse, Miguel. *Derecho Ambiental Colombiano*. Bogotá: Legis Editores, 1999, p. 352.
- Pizzorusso, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Tomo I. Capítulo XIII. p. 1983-1984. Citado en: Sentencia No. T-02 de la Corte Constitucional. Mayo 8 de 1992, p. 8 y 9.
- Ramírez, J. M. *Políticas Ambientales en Colombia: Un modelo de equilibrio general*. En: Revista Planeación y Desarrollo, Vol. XXVII, No. 2, abril-junio de 1996.
- Rodríguez, Libardo. *Derecho administrativo*. Bogotá: TEMIS, 1996, p. 512.
- Sáchica, Luis Carlos. *Nuevo constitucionalismo colombiano*. Décima edición. Bogotá: Temis, 1992, p. 453.
- Tejerina, Baudilio. *Los movimientos sociales y la acción colectiva. De la producción simbólica al cambio de valores*. Madrid: Trotta, 1998, p. 352.
- [www.minambiente.gov.co](http://www.minambiente.gov.co)
- [www.servinet.com.co/laguacharaca/ayapel.htm](http://www.servinet.com.co/laguacharaca/ayapel.htm)



Autor: Verónica Molina Mesa  
Título: Despertador  
Técnica: tinta sobre papel  
Dimensiones: 21,6 cm x 14 cm

***DERECHO Y DESARROLLO  
EN EL SISTEMA MULTILATERAL  
DE COMERCIO: LAS NORMAS  
REFERENTES AL TRATO ESPECIAL  
Y DIFERENCIADO EN LAS  
NEGOCIACIONES COMERCIALES  
MULTILATERALES: ¿FLEXIBILIDADES U  
OBSTÁCULOS PARA EL DESARROLLO?\****

---

\* Artículo resultado de la investigación terminada “*Gestión del conocimiento con aplicaciones comerciales en las universidades: patentes y licencias*”, desarrollada por el grupo GESTOR de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Antioquia y financiada por el por el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia, por la Universidad del País Vasco, por Conicyt y por Colciencias. La investigación terminó en el mes de junio de 2006.

Fecha de recepción: Septiembre 30 de 2008

Fecha de aprobación: Noviembre 10 de 2008

# DERECHO Y DESARROLLO EN EL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO: LAS NORMAS REFERENTES AL TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO EN LAS NEGOCIACIONES COMERCIALES MULTILATERALES: ¿FLEXIBILIDADES U OBSTÁCULOS PARA EL DESARROLLO?

*Griselda C. Llorente\*\**

*Leonor Hidalgo Ciro\*\*\**

## RESUMEN

La participación en el SMC y en el proceso de liberalización comercial por parte de los PMA y los PED y las evidentes desigualdades (económicas, financieras y tecnológicas) entre éstos y los Países Desarrollados (PD) hizo necesaria la toma de medidas desde el derecho tendientes a posibilitar la inserción de los PMA y PED al SMC, medidas que se conocen como TED. El TED ha degenerado en instrumento meramente de ajuste y ha perdido su vocación de mecanismo creador de condiciones igualitarias, para convertirse en canal de adaptación de las economías subdesarrolladas a las exigencias del libre comercio. Con el ánimo de contrarrestar este fenómeno, en la Declaración Ministerial de Doha se adoptaron disposiciones para revitalizar el TED; sin embargo, dichas medidas se han quedado en consideraciones de tipo formal, olvidando que la liberalización comercial no debe ser un fin sino un medio para el desarrollo económico.

**Palabras clave:** Sistema Multilateral de Comercio (SMC), Países En Desarrollo (PED), Países Menos Adelantados (PMA), Trato Especial y Diferenciado (TED), Organización Mundial del Comercio (OMC), Declaración Ministerial de Doha.

## LAW AND DEVELOPMENT IN THE MULTILATERAL TRADING SYSTEM: THE RULES RELATING TO SPECIAL AND DIFFERENTIAL TREATMENT IN MULTILATERAL TRADE NEGOTIATIONS: FLEXIBILITIES OR OBSTACLES FOR DEVELOPMENT?

## ABSTRACT

The participation on the MTS and in the process of commercial liberation by the LDC and the DC, and the glaring inequalities (economical, financial and technological) between them and the developed countries, made necessary to take measures from the law, wich allows the insertion of the LDC and DC into the MTS, measures known as SDT. The SDT has been degenerated just in a adjust instrument and has lost the vocation of being a mechanism to create equality conditions, to become in the adaptation way of the underdeveloped economies to the free trade demands. To counteract this phenomenon in the Doha Ministerial Declaration, dispositions were adopted to revitalize the SDT; however, such measures stays as formal considerations, forgetting that the commercial liberation should not be an end, but a way to the economic development.

**Key words:** Multilateral Trade System (MTS), Developing Countries (DC), Least Developing Countries (LDC), Special and Differential Treatment (SDT), World Trade Organization (WTO), Doha Ministerial Declaration.

---

\*\* Abogada de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Litigante y consultora independiente en Argentina. Investigadora en temas de derecho del comercio internacional y propiedad intelectual.

\*\*\* Profesora de Cátedra de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Integrante del Grupo de Investigación GESTOR, categoría B de Conciencias, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Antioquia. Directora Jurídica de la Corporación Tecnova UEE.



# **DERECHO Y DESARROLLO EN EL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO: LAS NORMAS REFERENTES AL TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO EN LAS NEGOCIACIONES COMERCIALES MULTILATERALES: ¿FLEXIBILIDADES U OBSTÁCULOS PARA EL DESARROLLO?**

*La utopía está en el horizonte. Camino dos pasos,  
ella se aleja dos pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá.  
¿Entonces para qué sirve la utopía?  
Para eso, sirve para caminar.*

Eduardo Galeano

## **1. INTRODUCCIÓN: EL POR QUÉ DE LAS DIFERENCIAS**

Desde la celebración de la Conferencia de La Habana la preocupación por la cuestión del desarrollo se encontraba latente. Las desigualdades económicas, financieras y tecnológicas de las economías participantes exigían un trato necesariamente diferenciado en pos de la liberalización comercial y el desarrollo. En este sentido, se torna esencial la disminución de las asimetrías entre los participantes del Sistema Multilateral de Comercio (SMC). Asumir compromisos y obligaciones a nivel multilateral exigía necesariamente reconocer esas diferencias a fin de otorgar herramientas que coadyuven a lograr su implementación, y en virtud de ello se decide otorgar a los Países en Desarrollo (PED) y Países Menos Adelantados (PMA) ventajas especiales y ciertas condiciones de flexibilidad con el fin de poder establecer políticas nacionales acordes a las nuevas normas vigentes en el SMC. Si bien desde la literatura tradicional se las ha considerado excepciones, estas normas son un medio para lograr la liberalización.... ¿Pero necesariamente conllevan al desarrollo? ¿O en realidad lo obstaculizan?

Actualmente, el conjunto de las disposiciones sobre Trato Especial y Diferenciado (TED) así como en general los temas referentes al desarrollo son los principales obstáculos en las negociaciones de Doha. En este trabajo analizaremos en qué medida el mandato establecido en Doha se ha transformado en una traba para el desarrollo.

## 2. LAS NORMAS EN LOS ACUERDOS ABARCADOS: SU CONTENIDO

Las necesidades económicas de los PED se verían en parte paliadas por un aumento de la participación en el comercio internacional, y para que ello ocurra es necesario realizar esfuerzos positivos en este sentido, cuestión que ya era reconocida antes de la Ronda Uruguay. Las disposiciones TED se encontraban presentes a través de:

- *Art. XVIII del GATT, Sección B*: Permite a los PED aplicar restricciones cuantitativas por motivos de balanza de pagos.
- *UNCTAD*: Se crea el Comité de Comercio y Desarrollo del GATT 1964.
- *Parte IV GATT*: No reciprocidad en las reducciones arancelarias y Sistemas Generalizados de Preferencia.
- *Cláusula de Habilitación 1979*: Con este hito se revela la importancia del TED. Los Países Desarrollados (PD) reconocen la necesidad de este tratamiento a fin de incorporar a los PED al sistema.

El fundamento del TED surge del reconocimiento de los PD de que la inserción para los PED en el SMC era difícil e imposible sin que el Derecho estableciera herramientas que coadyuven a igualar las condiciones. Consecuentemente, el contenido del TED se basa fundamentalmente en 3 pilares:

- 1) acceso a los mercados para las exportaciones procedentes de PED (se impulsa el desarrollo en su faceta económica);
- 2) obligaciones morigeradas a fin de flexibilizar la práctica de las normas emergentes del SMC;
- 3) expectativas de menor nivel para la aplicación de los acuerdos abarcados.<sup>1</sup>

Tras la creación de la OMC el panorama varía: se reconocen sólo los problemas referentes a la aplicación de los acuerdos<sup>2</sup>, por lo cual:

- 1) el nivel de desarrollo ya no guarda relación con el nivel de los derechos y obligaciones adquiridos en el SMC;
- 2) se aplican las mismas políticas para países con distinto grados de desarrollo, concediéndoles periodos de transición y asistencia técnica;

<sup>1</sup> Se vislumbra que el principio rector de dichas disposiciones es aceptar la inobservancia de la norma de reciprocidad para los PED.

<sup>2</sup> Postura reflejada en el Informe del Grupo Africano (WT/GC/W/442).

- 3) Los PED tuvieron que adherirse a todos los acuerdos por la regla del *single undertaking*.

Para ese entonces el TED ya se había menoscabado. Pero los acuerdos abarcados sobrepasan las fronteras y se inmiscuyen en las políticas nacionales, agregando la exigencia de cumplimiento de la normativa OMC a través de un mecanismo de solución de diferendos.

En este sentido, varias cuestiones forman la piedra angular a la hora de debatir los temas TED, entre ellas el problema de categorización de los países en cuanto a su nivel de desarrollo<sup>3</sup>, pero dicha clasificación se realiza con base en pautas ambiguas, dejando de lado en algunos casos las normas TED solo a los PMA. En consecuencia, se corre el riesgo de dividir a los PED, lo cual desde un punto de vista estratégico es un escollo para avanzar en la inserción multilateral.

Por otro lado, es imperiosa la necesidad de modernización de los instrumentos TED, como instrumentos positivos para facilitar la liberalización, dado que los mismos nacieron para introducir más equidad y compensar en forma parcial el desequilibrio de las relaciones económicas, basándose en las diferencias en los niveles de desarrollo. El contexto, hoy en día, se encuentra impregnado de la concepción de que cuanto más rápido se eliminan las distorsiones, más rápido se alcanzará el desarrollo, ¿pero es esta concepción verídica?

### 3. LAS DESVIACIONES

El TED ha pasado de ser un instrumento de desarrollo para convertirse en un instrumento de ajuste (en el marco de las normas OMC)<sup>4</sup>, se dejan de lado las medidas de fomento de acceso a mercado para traducirse en periodos de transición y aprovisionamiento de asistencia técnica. Empero, se evidencia una total ausencia de mecanismos para la implementación de las 145 disposiciones sobre TED que hoy día los acuerdos abarcados contemplan. Estamos frente a una mutación del fundamento primero del TED, ya no para crear condiciones igualitarias para los participantes del SMC y queda demostrado que dichas disposiciones han tenido una involución paulatina.

Cualquier propuesta en esta línea debe contemplar el establecimiento de un régimen de TED concreto y vinculante que responda verdaderamente a las necesidades

<sup>3</sup> El estatuto de PED es autodefinido por cada país y no es otorgado automáticamente ya que forma parte de las negociaciones para la adhesión OMC.

<sup>4</sup> UNCTAD.

de los PED, que fomente las oportunidades de acceso a los mercados, y políticas de desbloqueo de crecimiento. En este sentido se debe partir de la base de que la liberalización comercial no es un fin en sí mismo sino un medio para el desarrollo económico. Asimismo se debe tener en claro que los diferentes niveles de desarrollo se deben reflejar en diferentes políticas para lograrlo, reconociendo el hecho de que en definitiva la prosperidad de los PD depende del desarrollo de los PED. El sistema, a través de las normas, debe garantizar la igualdad de participación, motivo por el cual la aplicación de los TED debe trascender el ámbito de los aspectos técnicos, estableciendo modalidades para su funcionamiento.

Si la supuesta flexibilidad que es otorgada a través de los diversos acuerdos abarcados no se traduce en una real generación de oportunidades deben modificarse para facilitar el desarrollo, estableciendo políticas adecuadas como medios y no como fin, y en parte de esto depende la credibilidad de la OMC como institución misma.

Los hechos reflejan que las normas sobre TED se han circunscrito al otorgamiento de plazos mayores a los PED y PMA para que puedan aplicar los acuerdos que se adoptan en el ámbito multilateral. Con las exenciones permitidas bajo ese mecanismo no se ha buscado del SMC a las necesidades del desarrollo, sino más bien la adaptación de las economías subdesarrolladas al libre comercio bajo la creencia de que la liberalización comercial conduciría inexorablemente al desarrollo.

Las últimas tendencias ponen en riesgo la aplicación de las normas TED tal cual han sido formuladas como herramienta para paliar el impacto del compromiso único en el marco OMC. En este sentido se han manifestado dos tendencias:

- 1) *Un enfoque situacional del TED*: que propugna supeditar el otorgamiento a la aprobación caso por caso de todos los Miembros, cuando los países demuestren determinadas situaciones que todos consideren que justifican un trato diferenciado, pero no se obtuvo el consenso<sup>5</sup>.
- 2) *Programa de asistencia técnica*: el mismo ha sido ideado para apoyar a las delegaciones en Ginebra. Pero en esencia, persigue sujetar a los PED a una especie de mecanismo de examen de política comercial para poder recibir un trato especial y diferenciado.

El problema esencial radica en que estas disposiciones no generan obligaciones específicas para los Estados, sino que son solo declaraciones de principios cuya implementación en definitiva queda supeditada a la buena voluntad de los países.

---

<sup>5</sup> ICTSD, 2003.

### 3.1 Las Categorías

La OMC ha identificado 6 categorías de TED, cada una de las cuales tiene su correlato en dificultades de implementación:

1. Disposiciones destinadas a incrementar las oportunidades de comercio.
2. Disposiciones que permiten salvaguardar los intereses de los PED.
3. Flexibilidad en los compromisos, acciones y uso de instrumentos de política.
4. Periodos de transición, que en definitiva no garantizan que se alcancen los objetivos.
5. Asistencia técnica, que requiere recursos financieros y humanos (más allá del financiamiento de la OMC) debe asegurarse que responda a las necesidades de los beneficiarios y no a los intereses de los PD.
6. Disposiciones para PMA.

Los instrumentos que implementaban TED no evolucionaron a la par de la agenda. Cuando la agenda se limitaba a medidas de reducción de barreras de frontera, el TED facilitaba medidas positivas destinadas a apoyar las políticas nacionales de desarrollo. Cuando se evoluciona a medidas que implican la limitación de las políticas nacionales, se transforman en medidas negativas tales como excepciones temporales.

Al introducir el compromiso único, el conjunto de normas multilaterales es el mismo para todos los miembros OMC cualquiera sea su nivel de desarrollo. Una excepción significativa en este aspecto está dada por la lista positiva del AGCS, una manera innovadora y equitativa de abrirse al mercado. En este sentido, la falta de capacidad institucional y económica aparece como un escollo para la implementación.

## 4. EL MANDATO DE DOHA

En la Declaración Ministerial de Doha se evidencia un nuevo enfoque del comercio destinado a promover el desarrollo por medio del reforzamiento de la cooperación técnica, la creación de capacidades y la revitalización del concepto de TED a través de un mandato explícito. Sin embargo, aunque esta nueva percepción parecía estar encaminada a fomentar de manera directa el desarrollo y la participación en las negociaciones, las reglas constituyen un freno para alcanzar ese propósito.

El párrafo 44 dice:

Reafirmamos que las disposiciones sobre trato especial y diferenciado son parte integrante de los Acuerdos de la OMC. Tomamos nota de las preocupaciones expresadas con respecto a su funcionamiento a la hora de hacer frente a las limitaciones específicas con que tropiezan los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados. En relación con ello también tomamos nota de que algunos Miembros han propuesto un acuerdo marco sobre trato especial y diferenciado (WT/GC/W/442). Por consiguiente, convenimos en que se examinarán todas las disposiciones sobre trato especial y diferenciado con miras a reforzarlas y hacerlas más precisas, eficaces y operativas. A este respecto, respaldamos el programa de trabajo sobre trato especial y diferenciado establecido en la Decisión sobre las cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación.<sup>6</sup>

Tras las propuestas arriba descritas el mandato de Doha se ve debilitado porque en definitiva se trata de que la concesión/beneficio no sea concedida de manera automática a los PED por tener esa condición, sino que tengan que probar las condiciones por las cuales se justificaría ese tratamiento más flexible.

La tendencia de minimizar el alcance TED fue revertido en Doha: por medio de la implementación del párrafo 44. Comenzaron las sesiones extraordinarias del Comité de Comercio y Desarrollo, y se vislumbraron las preocupaciones expresadas junto con los problemas de implementación. En consecuencia se identificaron problemas concretos:

- 1) La necesidad de garantizar la práctica de las cláusulas de buena voluntad.
- 2) Armar una estrategia a los fines de aplicar las normas TED acorde a su naturaleza.

Este reconocimiento del trato especial y diferenciado como parte integrante de los Acuerdos sobre la OMC responde a las iniciativas de los PED y PMA. Divergentes opiniones surgieron sobre el alcance del mandato establecido en Doha. Además en la “*Decisión sobre cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación*” las disposiciones TED cobran un importante rol, ya que se prevé una revisión exhaustiva de sus disposiciones.<sup>7</sup> Es a partir de Doha que no se discute más sobre la necesidad de fortalecer las normas. El primer paso será identificarlas, para luego examinar su operatividad y finalmente incorporarlas a los acuerdos OMC.

<sup>6</sup> WT/MIN(01)/DEC/1 Parr. 44.

<sup>7</sup> Párrafo 12.

## 5. TRAS DOHA, LAS NEGOCIACIONES: PROPUESTAS Y GRUPOS DE TRABAJO

Los PED consideraban que estas disposiciones ya no atendían a las necesidades del desarrollo y debían ser reformadas. En virtud de ello, comienzan a emitir Declaraciones y Comunicaciones<sup>8</sup> plasmando la necesidad de modificación. La iniciativa de creación de un Acuerdo Marco sobre TED aparece con el fin de revisar el concepto de las normas TED para establecer un régimen concreto y vinculante que respondiera a las necesidades de desarrollo.<sup>9</sup>

Ya no se tratarían las normas TED acuerdo por acuerdo. Pero la propuesta peca de ser demasiado ambiciosa dado que los acuerdos deberían ser reformados si las disposiciones TED no se adecuaban a las prescripciones del acuerdo marco. Es esencial, en este sentido, la reforma material en este punto sobre las normas TED hacia una reorientación, bregando a los fines de que pasen a ser obligatorias y jurídicamente vinculantes en virtud del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC.

Otros de los puntos centrales es el establecimiento de un mecanismo para la evaluación de los aspectos de desarrollo, así como de las repercusiones de cualquier acuerdo futuro. Los periodos de transición se deberán establecer en función de criterios objetivos de tipo económico y social, y en consecuencia la aplicación del *single undertaking* a los PED no debe ser automática.

En este sentido “Para institucionalizar y racionalizar la adopción y aplicación de disposiciones sobre TED en los diversos Acuerdos de la OMC, los Miembros propusieron preparar un acuerdo marco sobre trato especial y diferenciado cuyas disposiciones respondan a los objetivos y principios de ese trato para los países en desarrollo. La Conferencia Ministerial de Doha debe reconocer la importancia de esa cuestión y convenir en la negociación de tal acuerdo “marco” sobre trato especial y diferenciado. De hecho, algunos miembros han propuesto una lista de elementos que podrían formar parte del acuerdo sobre trato especial y diferenciado<sup>10</sup>:

- El trato especial y diferenciado deberá ser obligatorio y jurídicamente vinculante en virtud del sistema de solución de diferencias de la OMC (con inclusión de prescripciones en materia de notificación y consignación de los compromisos correspondientes en las listas de los países).

<sup>8</sup> WT/MIN(01)/ST/10; WT/MIN(01)/ST/39; WT/MIN(01)/ST/114; WT/MIN(01)/ST/62; GC/W/451; JOB(01)/140/Rev. 1; WT/GC/W/454; WT/L/412; WT/L/423; WT/L/424; WT/L/430.

<sup>9</sup> WT/GC/W/442.

<sup>10</sup> Ver en este sentido WEB/CDP/BKGD/16.

- En cualquier acuerdo futuro que los Miembros puedan concertar se establecerá un mecanismo para la evaluación de los aspectos de desarrollo. Esa evaluación deberá comprender la forma en que tal acuerdo facilite el logro de las metas de desarrollo.<sup>11</sup>
- Los Miembros realizarán una evaluación de las repercusiones de cualquier acuerdo futuro en los costos de aplicación, expresados en términos de ayuda económica, para el desarrollo de la capacidad y técnica, etc.
- Los períodos de transición se establecerán en función de criterios objetivos de tipo económico<sup>12</sup> y social.<sup>13</sup>
- No se prohibirán políticas que fomenten el crecimiento y el desarrollo en los países en desarrollo sin antes evaluar si una política industrial tiene un efecto adverso demostrable en el comercio.
- La aplicación del concepto de "todo único" a los países en desarrollo no deberá ser automática.”

En marzo de 2002 se comienza a tratar el tema en las Sesiones Extraordinarias del Comité de Comercio y Desarrollo. Se presenta como un punto focal el refuerzo de las cláusulas de buena voluntad, transformando el soft law en hard law, dado que hasta la fecha no ha habido esfuerzos para clarificar como deberían implementarse. Los debates comienzan a girar en torno a tres cuestiones:

- 1) *Propuestas sobre el fortalecimiento de las disposiciones TED*: Reformar las normas implicaría cambios en los acuerdos, ya sea por vía de la enmienda (art. X del Acuerdo sobre la OMC), Algo que se vislumbra improbable dado que nunca se ha utilizado. O se podría realizar una interpretación autorizada (conforme lo establece el art. IX.2 del Acuerdo sobre la OMC), pero no podría transformar las disposiciones no obligatorias en obligatorias porque menoscabaría el mecanismo de la enmienda.<sup>14</sup>
- 2) *Propuestas sobre el establecimiento de un mecanismo de seguimiento*: El control reforzaría sin lugar a dudas las disposiciones, asegurando su efectiva aplicación.

---

<sup>11</sup> Por ejemplo, las metas establecidas en la Declaración del Milenio.

<sup>12</sup> En este sentido se toma en cuenta la cuantía de la deuda, el nivel de desarrollo industrial, el índice de desarrollo humano, entre otros factores.

<sup>13</sup> En la faceta social, la alfabetización y la esperanza de vida son dos de los factores determinantes al respecto.

<sup>14</sup> Ver en este sentido la nota de la Secretaría de la OMC respecto del Asunto Canadá - Medidas que afectan la exportación de aeronaves civiles, WT/COMTD/W/77/Rev.1/Add.3.



- 3) *Propuestas sobre graduación, definición de países beneficiarios y posterior clasificación*: Se debe superar el mecanismo de auto selección de los PED. En este sentido los PD están dispuestos a replantear las disposiciones TED pues se reduciría el número de beneficiarios. Sus propuestas giran en torno a la reclasificación de los PED, graduando la aplicación de las normas TED. En este sentido, Suiza y la UE comparten su postura “*deberían considerarse medidas para los países específicos más que para grupos de países*”. “*La multiplicidad de categorías nos conduce inexorablemente a una graduación en la aplicación del TED*”<sup>15</sup> La vigencia de las disposiciones TED serían puramente temporales en función de las necesidades concretas del momento.<sup>16</sup>

La realidad es que el TED debe ir mas allá de las consideraciones formales que se evidencian en la adopción de ligaciones de este tipo en otros acuerdos, partiendo desde la base de que no es suficiente con la asistencia técnica, la creación de capacidades ni la progresividad en la aplicación de lo acordado.

## 6. MARCO LEGAL

Las sesiones especiales del comité de comercio y desarrollo se centraron en establecer un mecanismo de monitoreo, logrando un consenso tentativo en este aspecto.

Sobre la propuesta del Grupo Africano, se trabajó sobre este tema en Julio de 2002. El mandato del mecanismo sería la evaluación de la utilización y la efectividad de las disposiciones TED. El énfasis está puesto en la “utilización” y no en el mejoramiento de las normas preexistentes, además de identificar nuevos instrumentos necesarios a fin de garantizar la participación efectiva de los PED en el SMC. El punto focal es examinar cómo utilizan las normas TED los PED, y no qué necesitan para usarlas efectivamente, lo que iría un escalón más. Tampoco se abocó el tema referente a la elaboración de indicadores de desarrollo a fin de encaminar la evaluación del impacto económico de las disposiciones TED. Si bien un vasto número de miembros se pronunció a favor del fortalecimiento de las normas TED como tarea primordial del mecanismo, no se prestaron sugerencias de cómo lograr dicho fortalecimiento. El debate giraba en torno a si se necesitaba enmendar las normas

<sup>15</sup> MANERO SALVADOR, Ana. “*OMC y Desarrollo: Evolución y perspectivas del trato desigual en el derecho del Comercio Internacional*”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

<sup>16</sup> Sin embargo, los PED se resisten a la reclasificación y graduación.

existentes o añadir nuevas normas. Las negociaciones sobre el fortalecimiento siguen abiertas y se deben identificar los medios operativos para lograrlo.<sup>17</sup>

El mecanismo de seguimiento de implementación sería la base, pero antes es necesario definir ciertas cuestiones previas:

- 1) Identificar los problemas del desarrollo.
- 2) Verificar si las disposiciones TED responden a esos requerimientos de desarrollo.
- 3) Identificar qué tipo de mecanismo sería apto para evaluarlo.
- 4) Establecer un procedimiento de notificación de cumplimiento de obligaciones TED, estableciendo un registro para el caso de incumplimiento.
- 5) Fomentar un vínculo entre el Comité de Comercio y Desarrollo y los dos Grupos de Trabajo sobre Comercio, deuda y financiamiento; y comercio y transferencia de tecnología.
- 6) Establecer fehacientemente la posibilidad de que el mecanismo intervenga en la formulación de nuevas disposiciones TED, identificando las normas faltantes.

Aún es muy largo el camino por recorrer, falta ampliar la capacidad de los PED a fin de lograr adoptar dichas medidas, pero el seguimiento se convierte en la única forma de compensar las “Cláusulas de Buena Voluntad” y la escasa capacidad de garantizar la implementación de dichas cláusulas.

Si bien no existe una línea uniforme, y las propuestas varían entre los PED en cuanto a su contenido, éstos mantienen una estrategia en común. Su participación ha sido muy activa en las sesiones extraordinarias del Comité de Comercio y desarrollo y se han clasificado a las propuestas en tres categorías:

Los PD afirman que “*el objetivo primordial es la inclusión, no la exclusión*”<sup>18</sup> y comparten la ideología de que las disposiciones TED constituyen una herramienta de ajuste al sistema. Empero, cuestionan el sentido atribuido al mandato, afirmando que “*en algunos casos, hacer obligatorias las disposiciones no contribuirá a alcanzar el objetivo general*”<sup>19</sup>. La conversión de las normas TED en exenciones permanentes o prórrogas automáticas no favorecerá al desarrollo, transformando el sistema en uno de compromisos dobles.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> WEB/CDP/BKG/16.

<sup>18</sup> TN/CTD/W/21.

<sup>19</sup> TN/CTD/W/13.

<sup>20</sup> TN/CTD/W/13.

Los PED enfocan sus propuestas en el cometido del mandato, atendiendo a las especificidades propias de la variedad de disposiciones TED. Simultáneamente, los PMA destacan varios elementos a ser seguidos en el marco general.

### 6.1. El mecanismo de seguimiento

En el medio del gran “*spaghetti bowl*” ésta parece ser la única cuestión sobre la que existe un consenso. En este sentido, la propuesta de EE.U.U es analizar el grado de utilización por parte de los PED de las disposiciones TED, estudiando las causas por las cuales se dejaron de aplicar, enfocándose principalmente en los plazos de transición, constatando si los mismos ya han transcurrido<sup>21</sup>.

Suiza pretende que el mecanismo desempeñe una tarea de asistencia técnica que facilite la aplicación de disposiciones TED.<sup>22</sup> En este sentido, sería la única manera de compensar la aplicación de las cláusulas de buena voluntad y la escasa capacidad de los PED de aplicar estas disposiciones.

Los PED manifiestan que el mecanismo de seguimiento no debe transformarse en un mecanismo de control, sino que propone que el mismo sea un órgano subsidiario del Comité, de modo que facilite la aplicación de la normativa en pos del desarrollo. Siguiendo este lineamiento, el mismo se encargaría de darle carácter operativo. En esta línea el Grupo Africano propone diversas funciones, aún en debate.

## 7. ESTADO ACTUAL

La propuesta de un acuerdo marco se torna hoy en día inviable, ya que sería necesario la modificación de los acuerdos y el replanteamiento material del tratamiento, como ha sido tratado ut supra.

La cruel realidad nos demuestra que las negociaciones se estancaron, a pesar del breve impulso del denominado paquete de julio<sup>23</sup>, motivo por el cual no se vislumbra una solución mutuamente convenida en este ámbito, al menos a corto plazo.

Las posturas de los PED y los PD son totalmente opuestas y lograr un equilibrio en tal sentido parece ser una utopía. La creación de un mecanismo de seguimiento parece ser la única herramienta para seguir negociando un cambio en las normas

---

<sup>21</sup> TN/CTD/W/19.

<sup>22</sup> TN/CTD/W/14.

<sup>23</sup> WT/L/579. Decisión adoptada por el Consejo general el 01/08/04 con el fin de reactivar las negociaciones.

TED. Aún mismo dentro del relativo consenso, en este tema, queda pendiente definir cual sería la competencia de dicho órgano, y otra vez toda posible solución cae en la nebulosa eterna de las negociaciones que abrogan por graduar los diversos niveles de desarrollo, aún cuando se realice dicha tarea excediéndose del mandato.

El fomento del desarrollo se vislumbra como un objetivo final pero lejos está de serlo, dado que los intereses creados subyacen en cada avance que se logra en este sentido. El final puede ser predecible: si se sigue el camino de la graduación con base en los diferentes niveles de desarrollo, se reduciría considerablemente el número de beneficiarios de las normas TED, quizás de esa manera se logre un funcionamiento efectivo del mecanismo de seguimiento, en pos del desarrollo. En definitiva, la historia siempre se repite: si ello sucede, los PED siguen realizando concesiones a cambio de una pequeña victoria, que finalmente, terminará afectándolos a largo plazo, obstaculizando el desarrollo.

## BIBLIOGRAFÍA

ANNAN, Kofi, "El derecho al desarrollo": [www.un.org](http://www.un.org), 1999.

CEARA, Miguel, "OMC y trato especial y diferenciado", AEC, 1 de febrero del 2002: [www.acs-aec.org.columna.index21](http://www.acs-aec.org.columna.index21).

CHAKRAVARTHI, Raghavan, ¿Empantanamiento en temas de aplicación y trato especial y diferenciado?: [www.puntofocal.gov.ar](http://www.puntofocal.gov.ar).

CUBA, "Cómo llevar a la práctica el trato especial y diferenciado para los países en desarrollo, en el derecho y la política de competencia", Comunicación en el marco de la quinta conferencia de las naciones unidas encargada de examinar todos los aspectos del conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las practicas comerciales restrictivas, Antalya (Turquía), 14 a 18 de noviembre de 2005.

GC/W/451.

ICTSD, "El trato especial y diferenciado se trata durante una sesión positiva", En: Puentes quincenal, Vol. 1, N° 5.

JOB(01)/140/Rev.1.

MANERO SALVADOR, Ana, "OMC y Desarrollo: Evolución y perspectivas del trato desigual en el derecho del Comercio Internacional", Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

MICHALOPOULOS, Constantine, "Trato especial y diferenciado de los países en desarrollo en el comercio de productos agropecuarios", En: La Mesa Redonda de la FAO sobre

el trato especial y diferenciado en el contexto de las negociaciones de la OMC sobre la agricultura, Ginebra, 1º de febrero de 2002.

Notas informativas varias en el sitio OMC: [www.wto.org](http://www.wto.org).

TN/CTD/W/13.

TN/CTD/W/14.

TN/CTD/W/19.

TN/CTD/W/21.

TORTORA, Manuela, "Trato especial y diferenciado en las negociaciones comerciales multilaterales: El esqueleto en el closet", Ginebra, febrero de 2003.

WEB/CDP/BKG/16.

WT/COMTD/W/77/Rev.1/Add.3.

WT/GC/W/442.

WT/GC/W/454.

WT/L/412.

WT/L/423.

WT/L/424.

WT/L/430.

WT/L/579.

WT/MIN(01)/DEC/1 Parr.44.

WT/MIN(01)/ST/10.

WT/MIN(01)/ST/114.

WT/MIN(01)/ST/39.

WT/MIN(01)/ST/62.

[www.analdex.org](http://www.analdex.org).



Autor: Verónica Molina Mesa  
Título: Lámpara I  
Técnica: técnica mixta sobre papel  
Dimensiones: 21,6 cm x 35,6 cm

## ***DE “LO MISMO” Y “LO OTRO”: LA SOCIEDAD CIVIL EN LA BIOPOLÍTICA DEL LIBERALISMO***

---

\* Texto de la ponencia que obtuvo el primer lugar en la convocatoria realizada en el marco del Congreso “*JAIME SANÍN GREIFFENSTEIN*” *Post-globalización: Del fin de los derechos humanos a la guerra infinita*, llevado a cabo en la ciudad de Medellín, Universidad de Antioquia, los días 10, 11 y 12 de julio de 2008. En el evento se contó con la participación de autores como Costas Douzinas (Grecia/GB), Slavoj Žižek (Eslovenia), William Rasch (USA), Ken McMullen (Gran Bretaña), Yulia Kovas (Rusia), Marcus Rediker (USA), Óscar Guardiola-Rivera (Colombia/GB), Fabio Giraldo (Colombia), Julio González (Colombia), Ricardo Sanín (Colombia) y Juan Felipe García (Colombia).

Fecha de recepción: Septiembre 24 de 2008

Fecha de aprobación: Noviembre 4 de 2008

## DE “LO MISMO” Y “LO OTRO”: LA SOCIEDAD CIVIL EN LA BIOPOLÍTICA DEL LIBERALISMO

*Diana Patricia Higuera Peña*\*\*

### RESUMEN

La sociedad civil es el concepto formulado por el pensamiento liberal para contraponer la esfera de libertades individuales a los abusos del poder estatal. La reinterpretación de sus contenidos, a través de una biopolítica propia del liberalismo, fue posible mediante la gestión económica de lo social y la reivindicación soberana de lo individual, que luego permitió acentuar las pretensiones de universalización del modelo de organización política liberal. Se trata, entonces, de verificar en las prácticas político-sociales contemporáneas semejante alineación totalitaria que segrega toda suerte de entendimiento de lo diferente mediante un “racismo” que, podemos decir, se ha incorporado en la cotidianidad.

**Palabras clave:** tecnologías de poder, biopolítica, sociedad civil, liberalismo, democracia, totalitarismo, racismo, guerra de razas.

## OF “THE SAME” AND “THE OTHER”: CIVIL SOCIETY IN LIBERALISM BIOPOLITICS

### ABSTRACT

Civil society is the concept formulated by the liberal thought in order to oppose the sphere of individual liberties to the state power abuses. The reinterpretation of its content through a typical liberal biopolitics was possible by the economical management of the social and the individual sovereign claims. Later, such reinterpretation led to an homogenization attempt of its political model. We try to examine in the contemporary political and social practices such totalitarian alignment, which irrigates every understanding of the different through a racism already incorporated, besides, in everyday life.

**Key words:** technology of power, biopolitics, civil society, liberalism, democracy, totalitarianism, racism, war of races.

---

\*\* Estudiante del pregrado de Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

# DE “LO MISMO” Y “LO OTRO”: LA SOCIEDAD CIVIL EN LA BIOPOLÍTICA DEL LIBERALISMO

## INTRODUCCION

Los estudios sobre el poder han sufrido serios y contundentes reveses luego de las formulaciones teóricas sugeridas por Michel Foucault. Resulta paradigmática su fórmula de análisis asentada sobre lo que ha descrito como el tránsito y superposición del poder de soberanía al poder disciplinario y de éste a las sociedades de control. Sin embargo, las reflexiones que aquí siguen pretenden verificar las implicaciones de las nuevas configuraciones del poder sobre un concepto en el que se fundan los gobiernos liberales: la sociedad civil. Se trata no tanto de sugerir su desaparición –como lo indican algunos– cuanto de establecer la necesaria reformulación de su uso y contenido. Sólo a través de la adaptación del concepto de sociedad civil a las dinámicas sociales contemporáneas puede el liberalismo gestionar las poblaciones a partir del establecimiento de un gobierno económico y la reivindicación de la soberanía individual: ésta es su biopolítica, diferente de la relativa a los Estados totalitarios y de aquella correspondiente a los Estados policía.

Sin embargo, el intento de homogeneización y universalización del modelo de sociedad civil liberal en todas las culturas nacionales, ha conducido a una suerte de totalitarismo respaldado por su propia ideología. Con lo anterior, se procura la continuación del discurso de luchas raciales inaugurado en el siglo XVI, pues el cometido conjunto de este tipo de enunciados es el de continuar desde el aparato discursivo con una forma de organización política de la sociedad caracterizada por su composición jerárquica y la pretensión de exclusión definitiva del enemigo “racial” (no sólo entendido en sentido biológico). El discurso se ampara, en su integridad, en razones de supervivencia, aspiraciones de verdad universal que combaten la diferencia, realizaciones de ideales míticos de “raza” y esperanzas mesiánicas de salvación. Resulta entonces que este complejo enunciativo sirve ahora como amplio espectro sobre el que se asientan todos los intentos de perversión del pensamiento de la “unidad” a través de la universalización de la mentalidad de “lo mismo”. Se produce, por contera, la negación de “lo otro” y sobre estas mismas coordenadas se verifican sus características de exclusión en las prácticas modernas contra poblacio-



nes vulnerables: rechazo a inmigrantes, refugiados, minorías étnicas, desplazados. Se trata de nuevas prácticas totalitarias de uni-formación social, asentadas sobre métodos de segregación racial.

## 1. TECNOLOGÍA BIOPOLÍTICA

Foucault, en lo extenso de su obra, recaba suficientemente sobre la conveniencia de abandonar un estudio del poder insistente en el modelo del *Leviatán* o, mejor, la insuficiencia del análisis negativo del poder, a cuyo respecto afirma la conveniencia, más que de efectuar investigaciones del lado del edificio jurídico de la soberanía y de las instituciones y aparatos del Estado<sup>1</sup>, el análisis del poder del lado de *la dominación, los operadores materiales, las formas de sometimiento y, por fin hacia los dispositivos de saber*<sup>2</sup>.

De acuerdo al estudio sugerido, se lee sobre las coordenadas teóricas de Foucault que entre los siglos XVII y XVIII surge –o mejor, se inventa– una nueva mecánica de poder cuyos instrumentos y procedimientos resultan novedosos aunque superpuestos a las relaciones establecidas a partir del poder de soberanía<sup>3</sup>: se trata del poder disciplinario y del biopoder. El *poder disciplinario*<sup>4</sup> –cuya mesa de disecciones la constituye el cuerpo, su tiempo y su trabajo (cuerpo del individuo), más que la tierra, sus bienes y riqueza (“cuerpo” del soberano)–, “[e]s un tipo de poder que se ejerce continuamente mediante la vigilancia, (...) que supone una apretada cuadrícula de coerciones materiales más que la existencia física de un soberano y define una nueva economía de poder cuyo principio es que se deben incrementar,

<sup>1</sup> El arquetipo jurídico de las sociedades occidentales –y esto desde la Edad Media y el resurgimiento del derecho romano– se construyó alrededor de la teoría jurídico política de la soberanía (en torno al problema de la monarquía), a la que Foucault atribuye cuatro funciones: en primer término, la referencia a un poder específico, cual es el poder efectivo de la monarquía feudal; segundo, su utilización para la justificación y constitución de las monarquías administrativas; luego, como pieza de anclaje de las luchas políticas y teóricas alrededor de los sistemas de poder de los siglos XVI y XVII ora para limitar, ora para fortalecer el poder real; y, por último, como reactivación del derecho romano en la obra de Rousseau y sus contemporáneos como modelo de democracia parlamentaria frente a los excesos de las monarquías administrativas, autoritarias o absolutas. Cfr. FOUCAULT, Michel. “Clase del 14 de Enero de 1976”. En: *Defender la sociedad: Curso en el Collège de France (1975-1976)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 42-43. El mismo texto también fue traducido bajo el título de *Genealogía del racismo*, el cual es citado en este escrito. De ambos se realiza la cita respectiva de acuerdo a la lectura originalmente efectuada.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Obsérvese lo siguiente: no es que el Estado deje de ser soberano (se trata de los siglos XVII y XVIII) ni que el ejercicio de su poder deje de serlo sino que, además, el análisis del poder que se invoca acoge los conductos de las tecnologías disciplinarias y del biopoder.

<sup>4</sup> Michel Foucault, Cfr. en Op. Cit., p. 43-44.

a la vez, las fuerzas sometidas y la fuerza y eficacia de quien las somete”<sup>5</sup>. Así, se constata la aparición de técnicas ajustadas a la distribución espacial de los cuerpos individuales, “su separación, alineamiento, puesta en serie y bajo vigilancia”, la organización de un sistema periférico, de todo un campo de visibilidad que permitía su supervisión y el incremento de su fuerza útil mediante un ejercicio de racionalización económica del poder y el logro del adiestramiento individual mediante técnicas de vigilancia, inspección, jerarquía, escrituras, informes.<sup>6</sup>

Con todo, en la segunda mitad del siglo XVIII entra en escena una nueva tecnología de poder no disciplinaria, que no procura la exclusión de esta última sino que la captura, la engloba y logra emplazarse en otro nivel, con otra superficie de sustentación e instrumentos meridianamente disímiles<sup>7</sup>.

A diferencia de la disciplina, que se dirige al cuerpo, esta nueva técnica de poder no disciplinario se aplica a la vida de los hombres e, incluso, se destina, por así decirlo, no al hombre/cuerpo sino al hombre vivo, al hombre ser viviente; en el límite, si lo prefieren, al hombre/especie (...). (L)a nueva tecnología introducida está destinada a la multiplicidad de los hombres, pero no en cuanto se resumen en cuerpos individuales sino en la medida en que forma, al contrario, una masa global, afectada por procesos de conjunto que son propios de la vida, como el nacimiento, la muerte, la producción, la enfermedad(...) Luego de la anatomopolítica del cuerpo humano, introducida durante el siglo XVIII, vemos aparecer, a finales de éste, algo que (...) yo llamaría una biopolítica de la especie humana.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>6</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 219.

<sup>7</sup> Si se quiere, lo que al respecto se afirma de las sociedades organizadas en torno al esquema biopolítico sólo es la descripción de sus trazos meridianos. Y no podría ser más que su enunciación, pues baste referir la crítica que es hecha a Foucault por Michael Donnelly en tanto resulta inacabada la indagación genealógica de aquél, suspendida por argumentos *epocales*, y lo que aquí se dice de las disciplinas puede hacerse extensivo al asunto biopolítico de que se trata, así:

*[E]l problema sobre el cual quieren llamar la atención estas observaciones es el de la irreductible diferencia que hay entre los argumentos genealógicos y los argumentos ‘epocales’ de Foucault; de ahí la ambigüedad que nace desde el momento en que Foucault pasa de una línea de argumentación a la otra. Las indagaciones genealógicas son, por su naturaleza, históricamente específicas, localizadas y detalladas. En cuanto al enfoque ‘epocal’, describe los efectos globales de las disciplinas una vez que uno ha postulado, para decirlo con las palabras de Foucault, que ellas programan ‘el funcionamiento básico de una sociedad penetrada toda por los mecanismos disciplinarios’. Entre el surgimiento histórico de las técnicas disciplinarias y los efectos en cadena que ellas producen finalmente en la sociedad, Foucault no establece un nexo convincente. A la cuestión de saber cómo la sociedad carcelaria se formó, Foucault no tiene ninguna respuesta satisfactoria que proponer; tampoco logra llevar a buen fin, hasta la época presente, sus argumentos genealógicos, sino que los sustituye por argumentos ‘epocales’ más débiles”. DONNELLY, Michel. “Sobre los diversos usos de la noción de biopoder”. En: *Michel Foucault, filósofo*, Barcelona: Gedisa Editorial, 1999, p. 197.*

<sup>8</sup> Michel Foucault, *Op. cit.*, p. 220.

Sobre ella conviene decir una serie de cosas importantes: lo primero sería afirmar que se introduce un nuevo *cuerpo dócil*<sup>9</sup>, cual es la *población*: “cuerpo múltiple, de muchas cabezas, si no infinito, al menos necesariamente innumerable”. Aparece la idea de *población* como problema político y científico, es decir, como asunto que se incrusta en las urgencias biológicas y a la vez de poder. Como segundo, los fenómenos de los que se ocupa sólo se deben considerar en el nivel colectivo, en últimas, fenómenos de serie y de duración; por lo que el nivel de intervención política viene dado en la determinación de los fenómenos generales.

(...) [S]e trata, sobre todo, de establecer mecanismos reguladores que (...) puedan fijar un equilibrio, mantener un promedio, establecer una especie de homeóstasis, asegurar compensaciones (...), optimizar, si ustedes quieren, un estado de vida; (...) en síntesis, de tomar en cuenta la vida, los procesos biológicos del hombre/especie y asegurar en ellos no una disciplina sino una regularización (...),<sup>10</sup> con lo que, si se revisa detenidamente el esquema, aparece un *poder sabio* y nuevo, que es el poder de hacer vivir.

De estos primeros recorridos sobre las tecnologías de poder, podríamos concluir de una buena vez y sin reparos, que la denotada referencia al esquema organizativo de la *soberanía* para dirigir los fenómenos del cuerpo político y económico se hizo inoperante en una sociedad creciente en niveles de industrialización y ampliación demográfica. Variados elementos escapaban “tanto por arriba como por abajo, en el nivel del detalle y en el de la masa” (Foucault). Frente a esto último se procuró la adaptación de los mecanismos de poder al cuerpo individual, lo que hasta ahora se ha identificado como disciplina, y a continuación se siguió con los procesos globales, de la población o biosociológicos de las masas humanas, “[a]daptación mucho más difícil porque implicaba, desde luego, órganos complejos de coordinación y centralización”.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> En verdad, el concepto de cuerpo dócil se aplica con mejor especificidad al tipo de sociedad disciplinaria, donde su función es la de constitución de un sujeto que mientras más es sometido, más produce, y tanto más produce, más es sometido. Se trata del espacio donde se fabrica la individualidad, el cuerpo-“sujeto” de las relaciones de disciplina. (FOUCAULT, Michel. “Los cuerpos dóciles”, Primer capítulo de “Disciplina” (Tercera Parte). En: *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión* (París, 1975), Buenos Aires: Siglo XXI, 1976, p.139-174). Lo que ahora se pretende denominar *cuerpo dócil de la biopolítica* sólo quiere significar, *mutatis mutandis*, que se trata del dominio correspondiente a esta nueva tecnología de poder, el escenario de su gestación.

<sup>10</sup> Michel Foucault, *Defender la sociedad*, Op. cit., p.223.

<sup>11</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 226.

Ahora bien, luego de señalar las líneas gruesas de las *tecnologías* de poder, que- pa referirse seguidamente a las *técnicas* (“técnicas de poder”, según Foucault)<sup>12</sup> orientadas al gobierno de los individuos y destinadas a su dirección continua y permanente, en un primer momento, y a su vinculación posterior al poder totalizador del Estado.<sup>13</sup>

## 2. PODER PASTORAL, RAZÓN DE ESTADO Y GOBIERNO LIBERAL<sup>14</sup>

Según Foucault, la racionalidad del poder se caracteriza en las sociedades occidentales modernas por una notable bifurcación que resulta inevitable: individualización y totalización. La primera tendría su asiento en una suerte de *poder pastoral* (idea cristiana que Foucault hace remontar hasta las sociedades antiguas del oriente cercano) cuyo propósito se fundará en el intento de salvación de un pueblo procurando ajustarse paciente y firmemente a cada individuo sin desconocer que el amparo del “pastor” debe encargarse a su vez de la salvación de *todos*. La otra vertiente de esa racionalidad (totalización) se encontraría en la idea de razón de Estado (aparecida en el siglo XVI) y que se desarrolló como el principio racional que tendía a reforzar el poder estatal. Estas dos tendencias vendrían a articularse (en el siglo XVIII) en la teoría del *Estado de policía*, es decir, un Estado que tiende –aunque resulte una

<sup>12</sup> La diferencia entre *tecnologías* y *técnicas de poder* aparece aquí de modo poco ortodoxo si se quiere. Por la primera se entendería un intento de aprehensión de la racionalidad que conduce a fijaciones específicas del poder (biopoder o biopolítica, a los que Foucault por lo menos en principio trata indiferentemente; disciplina; soberanía y sus mecanismos fundamentalmente jurídicos). Así, el mismo autor confirma que la historia de las tecnologías es una “(...) historia mucho más global pero desde luego mucho más vaga, de las correlaciones y los sistemas de (sic) dominantes que hacen que, en una sociedad dada y para tal o cual sector específico (...), se introduzca, por ejemplo, una tecnología de seguridad (...)”, disciplinaria o jurídica, las que, a su vez, puede apropiarse, pone en funcionamiento, superponerlas e incluso multiplicarlas. Por lo demás, la técnica se refiere a los instrumentos concretos con los que el poder lleva a cabo la empresa de configurar esa racionalidad específica (de lo que constituyen ejemplo la técnica disciplinaria ocupada de la técnica celular, reclusión en la celda; o la técnica de la seguridad cuyo modelo en el plano de la penalidad la constituye, por ejemplo, la técnica de la estadística criminal). Cfr. FOUCAULT, Michel. “Clase del 11 de Enero de 1977”. En: *Seguridad, territorio, población: Curso en el Collège de France (1977-1978)*. Trad. Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 15 y ss.

<sup>13</sup> FOUCAULT, Michel. “*Omnēs et singulātīm*: hacia una crítica de la razón política”. En: *La vida de los hombres infames*, Trad. Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, La Plata (Argentina): Editorial Altamira, 1996, p. 181.

<sup>14</sup> El siguiente aparte corresponde a una serie de variaciones alrededor de notas elaboradas por el profesor Luis Antonio Ramírez para el curso de Control Social dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, a ello se suman observaciones sobre otras lecturas adicionales y apreciaciones personales. Por lo demás, debo a Jaime L. Zapata –estudiante del mismo claustro universitario– buena parte de las conclusiones que en el presente apartado se siguen, gracias a diversas discusiones con él trabadas en el escenario académico.

afirmación paradójica— a *acrecentar su poder* procurando de una manera meticulosa y minuciosa el *bienestar de sus sujetos* (velar por un hombre vivo, activo y productivo), en tanto la policía en su sentido original aparece como una administración que dirige el Estado, que engloba todo y que bien podría ser calificada de *totalitaria*. Esto, fundamentalmente, es lo que impide oponer de modo tan apresurado el *Estado* al *individuo*, puesto que basta con observar su primer proyecto de Estado policía para verificar en él sus líneas individualizantes y totalitarias.

La utilización de las técnicas pastorales en el cuadro del aparato estatal es para Foucault la matriz de la razón política moderna que transforma a los individuos en sujetos —súbditos, sometidos a— y los inserta en unas estrategias globales de gestión de las poblaciones. Él propone llamar “gubernamentalidad” a este proceso que habría conducido de la pastoral cristiana al Estado de policía, prolongándose hasta las sociedades contemporáneas a través del bio-poder.<sup>15</sup>

Ahora bien, el liberalismo desarrollado en el siglo XVIII no puede ser interpretado unilateralmente como la construcción de una serie de mecanismos disciplinarios cuyos blancos principales son los comportamientos individuales. Por lo que a él se refiere, se trata de un cierto juego que corresponde a la denominada *biopolítica*, esto es, control y seguridad, que encuentran en la *vida* su valor principal, pero también su límite. El control que se ejerce sobre una población sólo tiene sentido en tanto se obedece a dicha población en aras de garantizar su seguridad. El liberalismo corresponde aquí a este nuevo juego de mecanismos de poder fijados por el control y la seguridad de una población.

Como pudo observarse, el Estado policía y su forma de administración preocupada a cada tanto por todo lo que atañe al *bienestar* de la sociedad (todo lo viviente: la moral, preservación de comodidades y placeres de la vida) no se corresponde con el Estado liberal: mientras en el primero el principio que rige es el de “nunca se gobierna demasiado” (hay muchas cosas que se escapan al control administrativo), en el segundo el principio reza “siempre se gobierna demasiado”. Aparece la pregunta: ¿Cómo gobernar entonces si siempre se gobierna demasiado? Esto es lo que hace del liberalismo una forma original de gobierno vinculada en su funcionamiento a la crítica permanente de sí mismo y, paradójicamente, mientras intenta exorcizar toda suerte de dominación excesiva parece hacer al tiempo más posible su extensión.

<sup>15</sup> RAMÍREZ, Luis Antonio, *ibid.*

Así, en igual sentido advierte Mitchell Dean<sup>16</sup> que las formas liberales y democráticas de gobierno despliegan instrumentos para limitar los imperativos de gobierno excesivo del biopoder –“no gobernar demasiado”– obteniendo sus recursos de la economía política y la soberanía misma –afirmación de la soberanía del individuo–, en los “procesos cuasinaturales del mercado” y los intercambios de la sociedad en general ajenos al gobierno. Se procura *gobernar económicamente*, lo que quiere decir, *gobernar mediante procesos económicos y sociales externos al gobierno y también gobernar de manera eficiente, y en una relación costo-beneficio*. Al “gobernar a través de la libertad y en relación con la libertad, las democracias liberales avanzadas son capaces de diferenciar su biopolítica de aquella de modernos Estados totalitarios y de la propia de antiguos Estados policía”. No obstante,

(...) Hay un problema con el punto de vista que afirma que el liberalismo puede actuar para limitar la administración totalitaria de la vida. Ambos medios (economía y soberanía del individuo) por los que se espera que lo haga se refieren principalmente a ninguna otra cosa que a la simple existencia. Por un lado, la racionalidad económica que provee un límite al gobierno se refiere ante todo a los medios de sostenimiento de la vida. Por el otro, el individuo soberano tiene derechos, especialmente en la era de los derechos humanos internacionales, simplemente en virtud del hecho mismo de vivir. “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” dice el primer artículo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (...). [C]uanto más el liberalismo y los modernos movimientos por los derechos buscan defendernos de los peligros del biopoder, parecería, más hacen posible su extensión.<sup>17</sup>

### 3. ¿LA DESAPARICIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL?

Ahora bien, de acuerdo a las observaciones teóricas elaboradas a partir del análisis foucaultiano de la racionalidad del poder –una visión de sus tecnologías y las técnicas de las que se sirve–, quisiera sugerir las diferentes y sugestivas implicaciones que de ahí se siguen si se trata ahora del gobierno de un *nuevo cuerpo social múltiple –poblaciones–*, entendido como complejidad biológica y de poder. Las relaciones entre seres humanos se comprenden bajo estas coordenadas como vínculos entre *especies vivientes* al interior de un *ambiente de existencia* y los dilemas tienden ahora a plantearse al nivel de la masa, actuando por medio de

<sup>16</sup> Cfr. DEAN, Mitchell. “Four Theses on the Powers of Life and Death”. En: *Contretemps: An Online Journal of Philosophy*, N°5, Diciembre, 2004, p. 16-29. Traducción Libre. Puede consultarse en: <http://aaaarg.org/mitchell-dean-dean-four-theses-on-the-powers-of-life-and-death> O en <http://www.usyd.edu.au/contretemps/5december2004/dean.pdf>

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 20-22.

mecanismos globales (previsiones, estadísticas, intervención sobre morbilidad, natalidad, mortalidad...) para obtener estados de equilibrio y regularidad totales: el problema es tomar en cuestión la vida, los procesos biológicos del hombre-especie y asegurar su normalización.<sup>18</sup>

Queda entonces por resolver el modo adecuado de interpretar esa nueva y compleja esfera social de la masa, la población, esto es, su identificación o distanciamiento del concepto de “sociedad civil” y las implicaciones de su reinterpretación como agregado biológico susceptible de engendrar distinciones políticas en su seno. Por lo pronto, quepan algunas consideraciones sobre la caracterización de este último concepto y su función en los Estados modernos.

Tradicionalmente se ha elaborado en teoría política la contraposición entre estado de naturaleza y sociedad civil. No obstante este dualismo originario, la distinción formulada por Hegel pretende introducir un giro significativo en la materia en tanto los ejes del antagonismo pasan ahora a ser la sociedad civil y la sociedad política o, mejor, el Estado, sin que por lo anterior se quieran abortar los elementos característicos del estado de naturaleza y sus implicaciones en el nuevo dualismo. Se produce, en consecuencia, una tripartición: naturaleza, sociedad civil y Estado; tres ámbitos que operan del siguiente modo: *naturaleza* como dominio de las necesidades y búsqueda del propio interés; *sociedad civil* (o “sistema de necesidades” en Hegel), que comparte con el estadio anterior la búsqueda del interés particular aunque con un aditamento característico cual es la dimensión formativa o de educación, cuyo ejercicio a través de las instituciones sociales hace posible la construcción del tercer ámbito de que se trata, el *Estado*, donde se hace efectiva la reconciliación del individuo con la universalidad, la negación de lo particular que ahora se integra a la unidad de la comunidad política. En estos términos, se pueden observar dos rasgos distintivos de la sociedad civil: el primero, que es el ámbito económico en el cual se desarrolla –y que resulta similar a los dominios del estado de naturaleza en tanto se reconoce la primacía del interés egoísta subjetivo–, y uno segundo que es su carácter educativo. Mediante la combinación de los aspectos pedagógico y económico de la sociedad civil en el discurso hegeliano se logra constituir una *sociedad de la organización del trabajo abstracto* –pues de modo semejante el trabajo produce y educa– donde ocurre la satisfacción de las necesidades individuales y *el egoísmo subjetivo se transforma en una contribución*

<sup>18</sup> Cfr. FOUCAULT, Michel. “Del poder de soberanía al poder de la vida. Clase del 17 de marzo de 1976”. En: *Genealogía del racismo*, Trad. Alfredo Tzveibel, La Palta (Argentina): Editorial Altamira, 1996, p. 198-200.

a la satisfacción de las necesidades de todos (Hardt).<sup>19</sup> Se observa al cabo que la sociedad civil (o sociedad del trabajo) hace tránsito hacia lo universal mediante la educación y formación a través de instituciones y corporaciones sociales donde el Estado resulta ser la superación de las contradicciones y limitaciones de su pobre individualismo.

Algunos autores, sin embargo, han objetado a la distinción entre sociedad civil y Estado<sup>20</sup> su proyección hacia fines autoritarios y nada “demócratas”, distinción que a propósito, cabe decirlo, es medular para el liberalismo, en tanto permite oponer los intereses del individuo a los desmanes estatales reivindicando derechos y sus garantías. Baste llanamente referir el modo como Foucault ha señalado el proceder de las instituciones o estructuras cerradas de la sociedad civil –iglesia, escuela, prisión, sindicato, familia, etc.– que constituyen el escenario nunca mejor dispuesto para el emplazamiento disciplinal de la sociedad moderna produciendo sujetos normalizados que continúan con la línea de deseos fabricada por el Estado. Así, tratado el mismo asunto con un lenguaje antagónico, Foucault también afirma una suerte de *pedagogía* o educación del ámbito civil de la sociedad través de la *governabilidad del Estado*, con que se verifica la inexactitud de la oposición entre Sociedad-Comunidad política que se quiere. El nuevo “arte de gobernar” tiene que responder por la introducción de la economía en el modo de tratar adecuadamente al individuo, los bienes, la riqueza. “La sociedad civil, desde esta perspectiva, es el lugar productivo de la moderna economía (economía entendida en sentido extenso); en otras palabras, es el lugar de la *producción* [–y repárese que no es sólo control o adiestramiento–] de bienes, deseos, identidades individuales y colectivas, etc.”<sup>21</sup> No es posible, entonces, a lomo de estas consideraciones y siguiendo las

<sup>19</sup> Cfr. HARDT, Michael. “La desaparición de la sociedad civil”. En: *Nova et Vetera (Boletín del Instituto de Investigaciones de la ESAP, Grupo de Derechos humanos)*. Santa Fe de Bogotá, No. 49, octubre-diciembre, 2002, p. 33-51.

<sup>20</sup> Aunque Hegel sea el iniciador de la distinción tratada, incluso en él se pueden leer algunas líneas críticas de su propia formulación en cuanto a las consecuencias de la producción capitalista. La sociedad del trabajo en el mundo industrial ha producido una suerte de especialización y estandarización que termina por dividir, al tiempo que desplazar a los hombres, esto es, el *sistema de trabajo e intercambio se hace fuente de lo humano, pero al tiempo, de la marginación y pobreza* con lo que se anticipa a los afanes que inspiran las objeciones de Marx y Foucault al respecto. Debo las anteriores observaciones al Profesor John Rojas Castillo, quien decidió facilitarme su texto “Antagonismo y formación ético política en la sociedad civil hegeliana”, para claridad de este punto y demás aspectos de la sociedad civil en el pensamiento hegeliano. El escrito citado fue una ponencia presentada en el marco del III Congreso Iberoamericano de Filosofía realizado en la Universidad de Antioquia (Medellín) del 1 al 5 de julio de 2008. Consultar memorias.

<sup>21</sup> Michael Hardt, Op. cit., p. 39-40. Nótese que se intenta sugerir la identificación entre sociedad disciplinal (Foucault) y sociedad civil (Hegel) en tanto su aspecto pedagógico o educativo. Aunque, después de todo, se advierte que el trabajo del primero es decididamente no- hegeliano.



interpretaciones de Michael Hardt, efectuar la contraposición entre el Estado y la sociedad civil.<sup>22</sup>

La insuficiencia explicativa que en las sociedades modernas atraviesa la formulación teórica de la sociedad civil, ha sido recompuesta con el paso a una nueva configuración provocada por los cambios de la organización social en sus aparatos, dispositivos y estructuras: de la sociedad disciplinal a la sociedad de control —de las que en un comienzo se han establecido sus caracterizaciones—. Deleuze, en palabras de Hardt, insiste en decir que

(...) las estructuras cerradas o las instituciones sociales están hoy por todas partes en crisis. Se puede interpretar la crisis de la fábrica, de la familia, de la iglesia y de otras estructuras sociales como la progresiva demolición de muchos muros sociales cuyo resultado es el vacío social (...) [Sin embargo,] es más adecuado comprender el derrumbamiento de los muros constituidos por las instituciones cerradas no como un tipo de desescombro social sino como la generalización de lógicas que anteriormente funcionaron dentro de los dominios limitados en medio de la sociedad entera, y que ahora se difunden como un virus.<sup>23</sup>

En suma, el espacio social, más que vaciarse de las instituciones del aparato disciplinario ha sido colmado de las *modulaciones del control* (Hardt), el que las ha reproducido o hipersegmentado, las ha hecho anónimas, móviles, flexibles y operativas sobre la base de la “qualquieridad” (sobre todos y sin distinción).

Y aunque estos últimos fenómenos de las sociedades contemporáneas puedan ser con mucho acertados (sociedades abiertas, prolongación de las instituciones cerradas de la sociedad disciplinaria, controles complejos, técnicas de monitoreo...), con todo, trataré de “complejizar” el asunto apartándome de la tesis señalada de

<sup>22</sup> La banalidad de esta distinción se explica fundamentalmente porque la afirmación que indica la ubicuidad del poder, su posición en cada intersticio social hace que se constituya no en una materia privilegiada de los “dominadores” —tal y como lo ha controvertido Foucault— y, en consecuencia, haga impropio todo intento de separación entre ambas esferas. Por el contrario, el poder, en efecto, se extiende por los canales de la sociedad civil lo que no implica de suyo la subvaloración de las relaciones que se surtan entre ella (subordinada) y el Estado (ordenador) —por lo contrario, son relaciones del todo posibles e inexorables que se aplican en buena medida a las tecnologías disciplinarias— pero no únicas ni excluyentes, y lo más importante, ni siquiera satisfactorias cuando se trata de abandonar el modelo analítico de la soberanía.

<sup>23</sup> Michael Hardt, *Op. cit.*, p. 43 (Negrilla fuera del texto). Se subraya el siguiente aspecto: la afirmación anterior debe ser atribuida especialmente a Gilles Deleuze y no propiamente a Foucault, quien considera que la sociedad de normalización no es “una especie de sociedad disciplinaria generalizada, cuyas instituciones (...) se habrían difundido hasta recubrir todo el espacio disponible. Esta es sólo una primera interpretación, e insuficiente de la idea de normalización” (Foucault, *Genealogía del racismo*, *Op. cit.*, p. 204). Lo que en ella ocurre es un entrecruzamiento, una articulación ortogonal entre ambas, un doble juego de tecnologías de la disciplina y tecnologías de la regulación, como se advirtió en el primer apartado de este escrito.

la desaparición de la sociedad civil inscrita en los mecanismos de la tecnología biopolítica y de las sociedades normalizadoras para advertir otra interpretación que considero más adecuada: y aunque, verdaderamente, el análisis del cuerpo social requiera de la adaptación a los fenómenos sociales indicados, su respuesta no debe ser una afirmación que procure eliminar los conceptos de los que se sirve el liberalismo (especialmente el de sociedad civil, eje de lo que ahora se trata), los que parecen cada vez más naturalizados y comedidos con los eventos sociales a que asistimos. Decididamente el liberalismo se ha adaptado a las nuevas formas de la biopolítica, no oscureciendo su distinción fundamental Sociedad civil-Estado sino asumiendo la gestión de las poblaciones sobre el paradigma de la economía política y la soberanía individual<sup>24</sup> y homogeneizando, de otro lado, la forma de organización social construida también por el liberalismo.

Si se tiene en cuenta que las descripciones precedentes no corresponden sino a un intento de aprehensión de la racionalidad sobre la que se constituyen las sociedades modernas y sus gobiernos, queda entonces por desvelar cómo se identifica esta suerte de generalización del control y de normalización “masificante” del conjunto poblacional, frente a lo cual afirmo que las formas de establecimiento de lo político en las mecánicas de gobierno y organización política contemporáneas son, o por lo menos semejan, una nota característica de la extensión de los atributos de la “ideología totalitaria”. Luego, si afirmo esta adjetivación totalitaria, quisiera exponer ahora las razones que a ello me conducen, indicando que hasta este punto no ha quedado resuelto si semejante esquema atina a recibir su calificativo por lo democrático o por lo liberal: y a esto respondo que por ambas vías se llega a diversas caracterizaciones de lo totalitario.

Así, *grosso modo*, y por lo que corresponde al primer aspecto, si se comprende que por definición las democracias tienden a la mayor participación ciudadana en los procesos relevantes de construcción social y la democratización –activa en casi la totalidad de los Estados modernos– consiste en la ampliación de las distintas sedes de la política en las que se ejercen los derechos, cualquier proximidad entre la decisión colectiva y la decisión política es mayormente democrática entre más se ajuste esta grieta que las divide. O lo que es lo mismo, en palabras de Jacques Julliard: “El totalitarismo es, quizá, la democracia menos el sistema liberal representativo”.<sup>25</sup> De

<sup>24</sup> Y aquí recuerdo la intervención de Mitchell Dean sobre el gobierno eficiente asentado sobre el dualismo costo-beneficio, citado con antelación, y donde a su vez el autor distinguió el esquema biopolítico típicamente liberal de aquellos otros totalitarios y del Estado policía, pero que continúa con su asiento en las modelaciones de la ideología liberal de limitaciones al aparato del Estado. Por eso continúa siendo estratégica la distinción sociedad civil-Estado.

<sup>25</sup> Citado en: BENOIST, Alain de. “A propósito del totalitarismo”. Texto tomado de *La Nouvelle Revue d'histoire*, 2004, Consultado en [http://www.alaindebenoist.com/pdf/a\\_proposito\\_del\\_totalitarismo.pdf](http://www.alaindebenoist.com/pdf/a_proposito_del_totalitarismo.pdf)

esta suerte, no queda duda de que al reconstruir los tránsitos de los totalitarismos, son las democracias el camino menos frágil para su realización. Se establece entonces la relación entre democracia, Estado totalitario y biopolítica totalitaria.

De otro lado, y por lo que cuenta al liberalismo, queda indicada la tendencia de homogeneización del modelo de organización política y su esquema de gestión de los asuntos sociales bajo su administración tecnoeconómica. Se trata entonces de totalización como homogeneización, Estado liberal y biopolítica liberal.

La cuestión de los totalitarismos, tan visceral y útil –y útil por lo visceral, quepa decirlo– en buenas ocasiones, parece, no obstante, ser más comprensible en tanto y en cuanto no se olvide examinar la mentalidad que la sostiene y la identificación de sus aspiraciones sobre una constelación bien identificada: la *pasión de lo mismo*.<sup>26</sup>

#### 4. LA “PASIÓN DE LO MISMO”

No se diría nada en absoluto si sólo se afirmara la escala a la que los totalitarismos han operado y la tamaño desproporción de sus masacres. No es precisamente *el placer* lo que conduce al exterminio de multitud de hombres (no se trata aquí de la psicologización de la guerra) aunque su eliminación sea un proceder inevitable en el trazo de sus operaciones.

Por lo que ahora corresponde, la línea que sugieren varios autores denota un análisis que incluso se retrotrae a las máximas cristianas de la igualdad entre los hombres y a los postulados profanos de su igualdad terrenal por sobre cualquier diferencia material. El asunto consiste en una enunciación bifurcada de un mismo propósito que, más que encontrarse en *asonancias consonantes*, *consonancias disonantes* o *simples disonancias* (León de Greiff), parece mejor conducir a resultados congruentes: la supresión de cualquier diferencia y la no menos importante alineación del cuerpo social bajo un modelo único reivindicado como el mejor. Alain de Benoist advierte, dictando las líneas gruesas de la racionalidad totalitaria, que

[p]ara definir esta voluntad por uniformar podríamos aludir a la ideología de lo Mismo y trazar su genealogía. Hace mucho, dicha ideología se limitaba a establecer que los hombres –más allá de lo que los distinguía en su existencia concreta– eran portadores de un alma que los ponía en una relación de igualdad ante Dios. Pero en la era moderna esta idea fue rebajada a la esfera profana. A la idea de que todos los hombres son fundamentalmente los mismos se suma la convicción de que también lo debían ser aquí abajo, al precio de

<sup>26</sup> Cfr. *Ibid.*

suprimir las diferencias. En suma, se trata de hacer siempre a los hombres más semejantes. Es lo que los regímenes totalitarios han intentado hacer, sólo que con mayor brutalidad.<sup>27</sup>

Admitidas estas observaciones, las marcas protuberantes dejadas por las prácticas totalitarias abandonan su posición privilegiada –cansada de las quisquillosas objeciones humanitarias por la vindicación del pasado– para asentarse en un nuevo despliegue analítico: si los totalitarismos se identifican por su intención y finalidad más que por sus métodos, ¿su tránsito por las sociedades modernas fue sólo un *intermezzo* en la configuración de los órdenes liberales o sus aparatos aún permanecen? Definitivamente los métodos empleados para producir violencia pueden generar mayor desagrado a cada tanto pues a nadie se pregunta por el dolor que quiera soportar: si de violencia y crueldad se trata, podemos ahora ser más violentos. Pero en esto no consisten los acometidos totalitarios que puedan verificarse en las sociedades contemporáneas: también es cuestión de civilizar los aparatos de la crueldad permanentemente y saber ser crueles cuando los límites de las circunstancias requieran reacción contra amenazas externas e internas si es preciso. De acuerdo con Benoist,

la ideología de lo Mismo se encuentra más que nunca en marcha. El irresistible movimiento de globalización, de esencia tecnoeconómica y financiera, cada día tiende más a desarraigar a los pueblos y las culturas, a las identidades colectivas y los modos de vida diferenciados. Los poderes públicos disponen además, hoy en día, de medios de control que los antiguos regímenes totalitarios apenas pudieron soñar.<sup>28</sup>

Agregaría a ésta su intención de hacer transitar por los mismos continentes los sistemas contemporáneos de organización social y las “nuevas formas de totalitarismo”, lo que ya en líneas anteriores había advertido: este tipo de univocidad de lo social corresponde con el despliegue liberal que completa su biopolítica mediante la masificación del modelo de sociedad civil por ella fabricado: toda otra forma, toda suerte de diferencia tiende a difuminarse con la expansión controlada, eficiente y precisa de la gestión economizante de la *vida social*.

## 5. DISCURSOS DE LUCHAS RACIALES O SOBRE EL ENTENDIMIENTO DE “LO OTRO”

Con todo, los modos de pensar “la mismidad” suponen a su vez la fabricación de las constelaciones de “la diferencia” o la denominación contrario-asimétrica del

---

<sup>27</sup> *Ibíd.*

<sup>28</sup> *Ibíd.*

“otro”.<sup>29</sup> Continuando las coordenadas hermenéuticas trazadas por Reinhart Koselleck, la maximización política de los conceptos contrarios se halla en su utilización por unidades sociales o políticas de acción, instituciones, grupos, los cuales suelen adaptar *conceptos generales* “a la singularidad para determinarse y concebirse a sí mismas”. Es decir, si bien una unidad de acción puede autodenominarse como *polis*, *pueblo*, *iglesia*, sin que de suyo sea un impedimento para que *lo excluido* adopte paritariamente el mismo concepto general (uso transferible), es sólo a través de la singularización que se construye la asimetría en tanto se rechaza toda posible comparación y se reclama la generalidad de forma exclusiva pretendiendo “universalidad”, esto es, para el católico “la Iglesia” sólo puede ser la suya, “el Partido” es sólo el suyo para el comunista, “La Nation” sólo la suya para los franceses. Deriva entonces de semejante fijación de sí la determinación del “otro”, lo que constituye para este último una privación e incluso fácticamente un despojo; es el caso de los *bárbaros* para la cultura helénica, los *paganos* para el cristianismo tardío o “abandonar el partido comunista [que] no significa cambiar de partido sino *algo así como abandonar la vida, excluirse de la humanidad*” (J. Kuczynski).<sup>30</sup>

Sin embargo, la obstinada radicalidad con que oponen de los fenómenos totalitarios más representativos del siglo XX (comunismo y nazismo), la designación contraria y por demás polémica de sus proposiciones, impiden verificar también en ellos sus protuberantes coincidencias, el tronco común de sus luchas raciales e incluso las circunstancias paradójicas sobre las que se construye cada uno de ellos: ¿Cómo es que al racismo nacionalsocialista se responde con la doctrina de la Raza Elegida?<sup>31</sup>, ¿Cómo es que se tratan de amorales tales regímenes cuando sus pretensiones consistían en establecer otra moral? ¿Cómo es que se le oponen los regímenes democráticos entendidos como un “estar-juntos” cuando nadie deseó tanto como Hitler el estar juntos de los alemanes? ¿Designarlos como “males absolutos” no supone ignorar que la racionalidad con la que operaron fue la misma

<sup>29</sup> Se advierte aquí el que los conceptos de “alteridad” u “otredad” pueden reemplazarse en el texto si se condiciona en su utilización al abandono de toda suerte de psicologización de las categorías o la ya frecuentemente utilización de cierto tipo de filosofías por de pronto altruistas que pretender reivindicar, bien sea por propósitos éticos o artilugios bastante bien logrados de la filosofía, la imagen de lo “ajeno” o diferente. De otro lado, la denominación de categorías “contrario asimétricas” corresponde a una semántica histórico-política de la que hace caso Koselleck, traída aquí bajo meros propósitos denominativos de una situación específica considerada en el presente apartado.

<sup>30</sup> Cfr. KOSELLECK, Reinhart. “Sobre la semántica histórico-política de los conceptos contrarios asimétricos”. En: *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos* (Frankfurt, 1979), Barcelona: Paidós, 1993, p.205-211.

<sup>31</sup> Aquí intento parafrasear a Borges una observación hecha con notable acierto en “Dos libros”, de *Otras Inquisiciones*.

y, en ese sentido, se estaría repitiendo el equívoco que se le objeta, ingresando en su misma escuela?<sup>32</sup>

A continuación, brevemente se señalarán las formas como las disputas raciales han encontrado asiento en Occidente y la impropiedad de reducir el elemento racial a un contenido biológico como frecuentemente se efectúa; ésta es sólo una de sus fases y quién sabe si la más desafortunada y perniciosa.

De acuerdo con el profesor Benigno Mantilla, la superioridad racial de los griegos vociferada por Aristóteles en su '*Política*' fue prontamente eclipsada por el cosmopolitismo de Alejandro Magno<sup>33</sup> y de los estoicos, así como por la fraternidad humana del cristianismo incipiente. En la Edad media las disputas giraban en torno al eje religioso, que no racial.

“No obstante los precedentes de la antigüedad clásica, el problema racial es un resultado de la evolución histórica y de las luchas políticas de los pueblos occidentales modernos. La “prehistoria del racismo” resulta anodina en comparación de la historia del mismo fenómeno sociocultural (...)”<sup>34</sup>

En efecto, el primer discurso de lucha racial se inicia con las conquistas y las colonizaciones de los ingleses y españoles, aunque su primera enunciación histórico-política –que también es distinta a la tradicional filosófico-jurídica–, haya tomado en Europa, tres formas:

i) El primer sistema de enunciados de lucha racial tuvo su apogeo entre el XVI y el XVII alcanzando, como apunta Benedict, los inicios del XVIII<sup>35</sup>, luego de las guerras religiosas. Este discurso, señala Mantilla, “(...) tomaba un cariz dialéctico. Surgía enardecido de la contienda política y del conflicto de clases. La primera

<sup>32</sup> Son bien sugestivas las reflexiones realizadas por Alain de Benoist en su texto “Comunismo y Nazismo: 25 reflexiones sobre el totalitarismo en el siglo XX (1917-1989)” (Trad. de José Javier Esparza y Javier Ruiz Portella. Versión electrónica del texto publicado en Buenos Aires, 2006, Consultado en la página [http://www.alaindebenoist.com/pdf/comunismo\\_y\\_nazismo.pdf](http://www.alaindebenoist.com/pdf/comunismo_y_nazismo.pdf)) donde lee ambos regímenes totalitarios y sugiere lo mismo que aquí se plantea –y que también otro autor como Foucault afirmó– de la coincidencia entre ambos mediante la formulación de unos propósitos semejantes, incluso –por más que pese a muchos–, la superioridad devastadora de la práctica y doctrina del comunismo. El texto de George Orwell “1984”, también nos impide olvidar las fronteras de ese incipiente socialismo y sus prácticas, aunque luego comprendiéramos que tampoco ese modelo confronta el de las sociedades capitalistas.

<sup>33</sup> Sin embargo, puede interpretarse contrariamente el mismo suceso histórico. Así, señala Koselleck que la fórmula de Eurípides, Aristóteles y otros notables convencidos de la superioridad por naturaleza de la cultura helénica es leída expansivamente en la política exterior, provocando a Alejandro Magno la sumisión de los persas. Cfr. Koselleck, *op. cit.*, p. 213.

<sup>34</sup> MANTILLA PINEDA, Benigno. *Manual de Sociología*. Medellín: Editorial Bedout S.A., 1976, p. 105.

<sup>35</sup> Para esto último, cfr. Benedict, Ruth, citada en Mantilla, *ibid.*, p. 106.

declaración del racismo estuvo dirigida contra la monarquía”.<sup>36</sup> En Inglaterra se trató de unos enunciados de rebelión de la clase burguesa, pequeño burguesa, y en cierta medida incluso de las clases populares, contra la monarquía absoluta. En Francia en cambio, fue un discurso de la aristocracia contra el establecimiento de la soberanía absoluta.

ii) El siguiente sistema enunciativo de guerra racial tuvo su despliegue a fines del XVIII y fue ante todo la usurpación del discurso que anteriormente la aristocracia había esgrimido contra la monarquía: la lucha era ahora entre una burguesía ascendente –encubierta tras la muchedumbre sublevada– contra una nobleza ya hace mucho en decadencia. En aquel racismo incipiente se trataba, de acuerdo con Mantilla, de una verdadera “arma de dos filos: El populacho, menospreciado por los nobles, aceptó el reto y esgrimió la misma arma contra la nobleza”.<sup>37</sup> De esta manera Sieyès llegó a decir:

Muy bien, nosotros, los plebeyos galo-romanos, conquistaremos ahora la nobleza, expulsándolos y exterminándolos. Nuestros derechos se sobrepondrán a los suyos, fundándose en el mismo principio que ellos invocan.<sup>38</sup>

iii) La última formulación del discurso racial tuvo su asiento en categorías pseudo-científicas hacia finales del siglo XIX con la publicación del *Ensayo sobre la desigualdad de las razas humanas*, del conde de Gobineau, en cuyo prólogo se afirma:

Me he convencido gradualmente de que la raza anula los demás problemas de la historia, que tiene la clave de todos, y que la desigualdad de la gente de la que surge un pueblo basta para explicar todo el curso de su destino. Me he convencido al fin de que todo lo grande, lo noble y lo fecundo en la obra del hombre sobre la tierra y en la civilización, procede de un solo punto de partida; se debe a una sola familia cuyas distintas ramas han reinado en las naciones civilizadas del universo.<sup>39</sup>

Sin duda era evidente para Gobineau la superioridad de la raza blanca por lo que atribuye la decadencia de la civilización a la mezcla de la raza aria –blancos puros– con otras razas “y a la aceptación de factores de disolución como las ideas democráticas e igualitarias (*sic*)” (Mantilla).

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> Sieyès, Emmanuel, citado en Benigno Mantilla, *Ibid.*

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 106-107.

Houston Stewart Chamberlain continuó la enunciación pseudo-científica del racismo y aunque no habló propiamente de pureza racial, sí admitió la existencia de mezclas afortunadas que producen tipos superiores y de otras no tan prósperas que perpetúan los tipos inferiores. Tanto Gobineau como Chamberlain trabajaron sobre el hechizo de una tremenda aberración científica, “confundieron [aunque, creo, haya operado no tanto una confusión cuanto una utilización salvífica de sus intereses] conceptos antropológicos con conceptos lingüísticos”. En consonancia con esta postura actuó la escuela antropométrica, en la cual figuran el francés G. Vacher de Lapouge y el alemán Otto Ammon. Al primero de ellos sólo hay que abonarle su poderosa intuición para predecir la primera guerra mundial. “Estoy convencido, digo, de que en el próximo siglo millones de hombres se matarán unos a otros por uno o dos grados más o menos de índice cefálico”.<sup>40</sup> Linneo, Buffon, Blumenbach, Cuvier, y otros, contribuyeron, si bien no en sentido segregativo, a la clasificación de las razas humanas.

Ahora bien, resulta conveniente precisar la ocurrencia histórica en la que se proyecta la intervención radical y prístina del *racismo biológico*, que coincide por demás con la formulación del discurso pseudo-científico de razas. Se ha mencionado ya suficientemente sobre las tecnologías de poder que se fraguaron en el siglo XVIII, baste ahora con recordar lo que antes se ha referido del poder disciplinario y el poder de regularización. Y en este punto hay que trazar líneas que comuniquen la historia, no dando cuenta de una ilusoria secuencia sino de las superposiciones, tratos y vínculos entre hechos que no ocurren por generación espontánea. Foucault, al dar cuenta de ello, señala:

Sin duda, fue el surgimiento del biopoder lo que inscribió el racismo en los mecanismos de Estado (...) En efecto, ¿qué es el racismo? En primer lugar, el medio de introducir por fin un corte en el ámbito de la vida que el poder tomó a su cargo: el corte entre lo que debe vivir y lo que debe morir. En el continuum biológico de la especie humana, la aparición de las razas, su distinción, su jerarquía, la calificación de algunas como inferiores, todo esto va a ser una manera de fragmentar el campo de lo biológico que el poder tomó a su cargo (...)

Por otro lado, el racismo tendrá su segunda función: su papel consistirá en permitir establecer una relación (...) del tipo: ‘cuanto más mates, más harás morir’ o ‘cuanto más dejes morir, más, por eso mismo, vivirás’. Yo diría que, después de todo, ni el racismo ni el Estado moderno inventaron esta relación (...) Es la relación bélica: ‘para vivir, es ineludible que masacres a tus enemigos’. Pero el racismo, justamente, pone en funcionamiento, en juego,

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 107.



esta relación de tipo guerrero (...) de una manera decididamente compatible con el ejercicio del biopoder. Por una parte, en efecto el racismo permitirá establecer entre mi vida y la muerte del otro, una relación que no es militar y guerrera de enfrentamiento sino de tipo biológico (...) La muerte del otro no es simplemente mi vida, considerada como mi seguridad personal; la muerte del otro, la muerte de la mala raza, de la raza inferior (o del degenerado o el anormal), es lo que va a hacer que la vida en general sea más sana; más sana y más pura.<sup>41</sup>

La especificidad del racismo para Foucault se encuentra, más que del lado del odio recíproco entre razas o de la enemistad ideológica entre Estados para luchar contra un adversario mítico, de una tecnología de poder que busca servirse de la raza (de su eliminación y purificación) para el ejercicio del poder soberano del aparato estatal.<sup>42</sup> Podremos concluir en este punto que lo que se procuró e incluso se pudo verificar en el paroxismo totalitario de la primera mitad del siglo XX –y de ello son ejemplo el régimen nacionalsocialista, el fascismo, el régimen de la Rusia comunista y los primeros brotes socialistas en Europa–, no fue sino el juego entre “*el soberano derecho de matar y los mecanismos del biopoder. Pero este juego está inscripto efectivamente en el funcionamiento de todos los Estados*” (Foucault).

## 6. TOTALITARISMO COTIDIANO

Bien se ha creído –por muchos e incluso ahora– en el glorioso distanciamiento de las prácticas totalitarias y la formación política de los Estados contemporáneos luego de la desafortunada experiencia del siglo XX, afirmación sostenida en la fantasía perniciosa, ora del “hombre conciente” incapaz de repetir su desastrosa historia, ora de su “humanización” luego del sufrido trance.

Y aunque traer pruebas de la versión política totalitaria en el curso de la historia pueda resultar superfluo, no lo sea quizá el enunciar algún breve apartado sobre las configuraciones contemporáneas del racismo, así su manifestación cotidiana como su constante estructural.

Van Dijk sugiere del siguiente modo la comprensión de las segregaciones contemporáneas. Se trata de diferenciar de acuerdo a sitios de procedencia, nacionalidad, color:

<sup>41</sup> Cfr. FOUCAULT, Michel, “Clase del 17 de Marzo de 1976”. En: *Defender la sociedad*, Op. cit., p. 230-231.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 233.

Nuestro análisis del racismo se centra en su modalidad contemporánea blanca o europea, tal como se dirigen contra los del sur y, en especial, contra las diversas minorías étnicas, las gentes nativas de color en Europa, América del Norte, Sudáfrica, Australia y Nueva Zelanda. Este histórico y específico tipo de racismo puede acuñarse como euroracismo (...) [el cual] integra actitudes e ideologías de apoyo, que se han desarrollado en un escenario histórico de esclavitud, de segregación y de colonización, y en un contexto más actual, de migraciones sur-norte de mano de obra y de refugiados.

(...)

La segregación de hecho, una tasa de desempleo alta, la mala escolarización, el alojamiento de segunda clase y la migración cultural siguen siendo, entre otros, los rasgos estructurales que caracterizan la situación de las minorías (...) [y que se] corresponden con muchas formas sutiles de la práctica del racismo cotidiano.<sup>43</sup>

## 7. CONCLUSIONES

- (i) El nuevo cuerpo social sobre el que se asientan las relaciones de poder es la *población*. De acuerdo a ella y los sucesivos tratamientos que desde las técnicas de poder se efectúan, es posible verificar un viraje de los fenómenos a que se enfrentan los análisis del poder. Así, a lomo de esta nueva figura surge el imperativo de reelaborar el concepto de sociedad civil, tan caro al pensamiento liberal.
- (ii) El liberalismo no se ocupa de eliminar de su panorama teórico el concepto de sociedad civil sino que a través de su postulado de *siempre se gobierna demasiado*, procura la invención de nuevas técnicas que cumplan con el cometido de no intervenir decididamente en la esfera de lo individual. Se trata, entonces, de la utilización de la fórmula biopolítica del liberalismo: la gestión económica del gobierno y su diseminación en todo el aparato social.
- (iii) Los intentos de homogeneización de la sociedad civil pensada y administrada de modo liberal son a su vez un entendimiento singular de una suerte de *totalitarismo* propio: la universalización de la mentalidad de “lo Mismo” se incrusta ahora en las prácticas y relaciones de la sociedad y todo intento de diferencia o apartamiento significa con mucho su exclusión. La fórmula racista –en sentido amplio– es la mejor llamada a describir las tendencias modernas, más acentuadas y con características cada vez más estructurales de segregación.

<sup>43</sup> VAN DIJK, Teun A. *Racismo y discurso de las élites*, Barcelona: Gedisa Editorial, 2003, p. 23-27.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- BENOIST, Alain de. "A propósito del totalitarismo". Texto tomado de La Nouvelle Revue d'histoire, 2004, Consultado en [http://www.alaindebenoist.com/pdf/a\\_proposito\\_del\\_totalitarismo.pdf](http://www.alaindebenoist.com/pdf/a_proposito_del_totalitarismo.pdf)
- \_\_\_\_\_. "Comunismo y Nazismo: 25 reflexiones sobre el totalitarismo en el siglo XX (1917-1989)" (Trad. de José Javier Esparza y Javier Ruiz Portella). Versión electrónica del texto publicado en Buenos Aires, 2006, Consultado en la página [http://www.alaindebenoist.com/pdf/comunismo\\_y\\_nazismo.pdf](http://www.alaindebenoist.com/pdf/comunismo_y_nazismo.pdf)
- BORGES, Jorge Luis, en "Dos libros", de Otras Inquisiciones.
- CASTILLO, John Rojas. "Antagonismo y formación ético política en la sociedad civil hegeliana". Ponencia presentada en el III Congreso Iberoamericano de Filosofía realizado en la Universidad de Antioquia (Medellín) del 1 al 5 de julio de 2008. Consultar memorias.
- DEAN, Mitchell. "Four Theses on the Powers of Life and Death". En: *Contretemps: An Online Journal of Philosophy*, N°5, Diciembre, 2004, p. 16-29. Traducción Libre. Puede consultarse en:  
<http://aaaarg.org/mitchell-dean-dean-four-theses-on-the-powers-of-life-and-death>  
 O en <http://www.usyd.edu.au/contretemps/5december2004/dean.pdf>
- DONNELLY, Michel. "Sobre los diversos usos de la noción de biopoder". En: *Michel Foucault, filósofo*, Barcelona: Gedisa Editorial, 1999.
- FOUCAULT, Michel. "Clase del 14 de Enero de 1976". En: *Defender la sociedad: Curso en el Collège de France (1975-1976)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- \_\_\_\_\_. "Del poder de soberanía al poder de la vida. Clase del 17 de marzo de 1976". En: *Genealogía del racismo*, Trad. Alfredo Tzveibel, La Plata: Altamira, 1996.
- \_\_\_\_\_. "Clase del 11 de Enero de 1977". En *Seguridad, territorio, población: Curso en el Collège de France (1977-1978)*. Trad. Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- \_\_\_\_\_. "Omnes et singulatim: hacia una crítica de la razón política". En: *La vida de los hombres infames*, Trad. Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, La Plata: Altamira, 1996.
- \_\_\_\_\_. FOUCAULT, Michel. "Los cuerpos dóciles", Primer capítulo de "Disciplina" (Tercera Parte). En: *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión* (París, 1975), Buenos Aires: Siglo XXI, 1976.
- HARDT, Michael. "La desaparición de la sociedad civil". En: *Nova et Vetera (Boletín del Instituto de Investigaciones de la ESAP, Grupo de Derechos humanos)*. Santa Fe de Bogotá. N° 49 (octubre- diciembre, 2002).

KOSELLECK, Reinhart. “Sobre la semántica histórico-política de los conceptos contrarios asimétricos”. En: *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos* (Francfort, 1979), Barcelona: Paidós, 1993.

MANTILLA PINEDA, Benigno. *Manual de Sociología*. Medellín: Bedout, 1976.

RAMÍREZ, Luis Antonio, Anotaciones para Curso de Control social, Universidad de Antioquia (Semestre 2007-I).

VAN DIJK, Teun A. *Racismo y discurso de las élites*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2003.



Autor: Verónica Molina Mesa  
Título: Lámpara II  
Técnica: técnica mixta sobre papel  
Dimensiones: 21,6 cm x 35,6 cm

## ***RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS***



## RONALD DWORKIN CONTRA LA CORTE ROBERTS\*

*Miguel CARBONELL\*\**

Ronald Dworkin es uno de los intelectuales más influyentes del mundo en materia de filosofía jurídica. Su trabajo desde los años 70 del siglo XX se ha caracterizado por sus sólidas construcciones conceptuales, pero también por su constante atención a los trabajos de la Suprema Corte de los Estados Unidos, que en alguna medida han sido ejemplares dentro y fuera de su país.

Dworkin nos ofrece en su más reciente obra un repaso fenomenal de las patologías de la Corte y nos ilustra sobre los peligros de nombrar a jueces que privilegian su postura ideológica por encima de los razonamientos jurídicos. La reflexión viene al caso por la agenda conservadora y retrógrada que están imponiendo algunos integrantes de la Suprema Corte estadounidense (SC, en adelante) desde hace unos años, a partir de los nombramientos de su nuevo presidente, John Roberts, y del juez Samuel Alito.

Desde la introducción del libro Dworkin plantea la urgencia de atender los más recientes acontecimientos alrededor de la SC, dado el cambio en su composición. Los miembros de la Corte no habían variado desde 1994, cuando el Presidente Bill Clinton nombró al juez Stephen Breyer, hasta 2005, cuando el *Chief Justice* William Rehnquist muere ocupando todavía el cargo (como le ha sucedido, en épocas anteriores, a otros presidentes de la SC, como por ejemplo John Marshall en 1835, el más famoso de todos los jueces que han pasado por la Corte).

De sus actuales 9 jueces, solamente 2 han sido nombrados por un presidente del Partido Demócrata (Breyer y Ruth Bader Ginsburg, ambos nombrados por Clinton). De los nombrados por presidentes republicanos, dos han mantenido credenciales

---

\* Comentario a Dworkin, Ronald, *The Supreme Court phalanx. The court's new right-wing bloc*, New York Review books, Nueva York, 2008.

\*\* Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de la Facultad de Derecho e investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Fecha de recepción: Octubre 3 de 2008

claramente progresistas (John Paul Stevens, el decano actual de la Corte, y David Souter) y dos se han mantenido en el centro de la Corte, sirviendo muchas veces como factor de equilibrio entre el bloque liberal y el bloque conservador (Sandra Day O'Connor, mientras estuvo en el cargo, y Anthony Kennedy, que ahora se ha convertido en el *swing vote* de la Corte, como lo veremos más adelante). Dos jueces más, nombrados por presidente republicanos, sí que se han mantenido fieles a una ideología y casi a una agenda partidista (Antonin Scalia y Clarence Thomas, nombrados por los presidentes Ronald Reagan y George Bush padre, respectivamente)<sup>1</sup>. Esto demuestra que el origen en el nombramiento no se verá siempre y necesariamente reflejado en el comportamiento posterior de un juez.

El nombramiento de personajes como Roberts y Alito por parte de la administración republicana que ha gobernado los Estados Unidos desde el año 2000 era previsible. Dworkin recuerda que cuando todavía era candidato a la presidencia de los Estados Unidos en el año 2000, a George Bush hijo le preguntaron sobre los jueces de la SC que eran sus favoritos y mencionó a Scalia y Thomas.

John Roberts fue nombrado como nuevo presidente de la Corte el 29 de septiembre de 2005, mientras que Samuel Alito obtuvo su ratificación senatorial el 31 de enero de 2006.

El nombramiento de un solo juez puede inclinar la balanza de muchas decisiones importantes dentro de la Corte, de ahí la relevancia que cobra cada propuesta y la atención que suscita en la opinión pública. Tomemos en cuenta que durante el periodo de sesiones 2006-2007 el 35% de las sentencias de la Corte fueron por una votación de 5-4 (en ellas los jueces liberales votaron juntos en un 80% de las veces, aunque solamente fueron mayoría en el 31% de las decisiones).

La tesis del libro es anunciada por su autor desde la introducción: los jueces Scalia, Thomas, Alito y Roberts han construido una falange conservadora que tiene por única misión destruir todo el entramado institucional construido durante décadas por sus antecesores desde la Segunda Guerra Mundial, y reemplazarlo con otros principios que limiten o eliminen los derechos al aborto, que prohíban el uso de criterios raciales para revertir fenómenos históricos de discriminación, que bloqueen cualquier intento de reducir el poder del dinero en la política norteamericana y que le permitan al poder ejecutivo contar con poderes cuasi-dictatoriales en su llamada

---

<sup>1</sup> Un análisis de las posturas de cada uno de los jueces de la SC, hasta antes de los nombramientos de Roberts y Alito, puede verse en Tushnet, Mark, *A Court divided. The Rehnquist court and the future of constitutional law*, W. W. Norton and Company, Nueva York, 2005. Un punto de vista distinto puede encontrarse en Garbus Martin, *The next 25 years. The new Supreme Court and what it means for Americans*, Seven Stories Press, Nueva York, 2007.



“guerra” contra el terrorismo. La falange conservadora, además, pretende dejar atrás valiosos precedentes judiciales a veces de forma expresa, pero casi siempre negando que los está derogando, haciéndolo de manera subrepticia, si bien con muy malos argumentos, a juicio de Dworkin.

El libro se compone de cuatro capítulos: el primero se dedica a examinar el proceso de ratificación de John Roberts, el segundo se refiere al mismo tema pero para el caso de Samuel Alito, el tercero trata sobre una decisión de la SC en temas de aborto y el cuarto es una reflexión de conjunto sobre el impacto que está teniendo en la jurisprudencia constitucional norteamericana la “falange conservadora” integrada por Scalia, Thomas, Roberts y Alito.

El proceso de ratificación de Roberts suscitó gran atención por parte de la opinión pública. Se dieron a conocer y se analizaron muchos documentos sobre su desempeño previo, tanto como juez federal, como en el ámbito de la asesoría jurídica al gobierno y el de su práctica privada como abogado. A partir de tales investigaciones se puede saber, como lo señala Dworkin en su libro, que Roberts se opuso a garantizar el derecho de voto para las minorías, que se expresó denigratoriamente sobre los esfuerzos de grupos de mujeres legisladoras que querían reducir la desigualdad de género en los puestos de trabajo, que redactó informes sugiriendo a la SC que abandonará el criterio sobre el derecho al aborto plasmado en el famoso precedente de *Roe versus Wade* y consideró indefendible la decisión de la Corte en que declaraba inconstitucional un momento de silencio utilizado para orar en las escuelas públicas. Es decir, Roberts mantuvo a lo largo de su carrera las posturas que se esperan de un jurista muy tradicional y conservador.

Durante las audiencias ante el Senado con motivo de su ratificación, Roberts sostuvo que muchas de esas opiniones se habían dado por su ejercicio profesional como abogado y que representaban más los criterios de sus clientes y jefes que el suyo propio. En las mismas audiencias dijo que, si llegaba a ocupar el cargo de Presidente de la SC, sus decisiones estarían guiadas por los principios del Estado de derecho (*the rule of law*) y que su trabajo sería como el de un “umpire” en los juegos de béisbol, cantando las bolas y los strikes, pero no pichando ni bateando.

El Senador Joe Biden le dijo que los “umpires” no determinan la zona del strike (ya que eso está prefijado por las reglas del béisbol), pero que los jueces de la SC no tienen esas limitaciones. Es decir, Biden puso de manifiesto que la idea de decidir de acuerdo con los principios del Estado de derecho que defendía Roberts era un tanto ingenua, ya que en realidad eran los propios jueces los que determinaban cuáles eran tales reglas.

Dworkin nos recuerda en su libro que los jueces constitucionales deben dictar sus sentencias con base en un lenguaje sumamente abstracto y general, que es el lenguaje propio de los textos constitucionales, por lo que no pueden dejar de guiarse por cierta visión de lo que es una deseable y funcional forma de democracia que subyace a la estructura completa de la Constitución.

Además de su falaz argumento sobre los principios del Estado de derecho, Roberts adujo en sus comparecencias que no podía emitir ninguna opinión sobre ciertos precedentes importantes (por ejemplo en materia de aborto, tortura de detenidos, federalismo o libertad religiosa), debido a que si lo hacía estaría de alguna forma prejuzgando sobre casos que seguramente le tocaría resolver en la SC. Le parecía que dar una opinión sin tener a la vista los argumentos de las partes, las circunstancias del caso concreto, los criterios de los demás jueces, era una falta de respeto a su investidura y a los ciudadanos de los Estados Unidos, que esperan que cada caso sea escuchado por sus jueces sin tener una postura fijada con anticipación.

El argumento es muy inteligente y a Roberts le funcionó muy bien ante el Senado, pero Dworkin lo critica diciendo que la etapa de ratificación sirve precisamente para conocer la filosofía judicial de los candidatos y para poder suponer cómo será su desempeño si llegan a ocupar el cargo. Ese es el trabajo del Senado, que debe hacerlo en nombre de sus representados, quienes tienen derecho a saber si una persona merece o no la confianza de ser nombrado para un cargo que desempeñará de por vida.

Siguiendo el ejemplo de Roberts, Alito utilizó la misma estrategia de evasión ante el Senado y se negó a fijar una postura sobre cierto tipo de temas o sobre precedentes relevantes. Su ratificación fue por un estrecho margen (58 votos a favor y 42 en contra), pero finalmente también pudo integrarse a la Corte, para pasar a formar parte de la “falange conservadora” que suscita tantas críticas de Dworkin.

Nuestro autor recuerda un estudio de Cass Sunstein, el eminente profesor de la facultad de derecho de la Universidad de Chicago, en el que se analiza el comportamiento judicial previo de Alito como juez federal. Los archivos judiciales estudiados por Sunstein demuestran que votó en 84% de las veces en contra de los derechos individuales, incluso pese a que otros jueces conservadores votaron a favor de tales derechos; votó conforme a la parte acusadora en el 90% de casos penales; con el gobierno en el 86% de los casos sobre migrantes y en 78% en contra de los reclamantes que alegaban discriminación por raza, edad, sexo o discapacidad. Tales porcentajes evidencian el carácter ultraconservador de Alito, pues superan con mucho los porcentajes que tienen otros jueces nombrados por gobiernos republicanos.

Dworkin nos recuerda que en un momento de las comparencias de Alito, el senador republicano John Cornyn tuvo un lapsus y lo llamó “Juez Scalito”, anticipando que sería muy parecido en su desempeño a lo que ha sido el juez Scalia, considerado como un juez ultra-conservador en los Estados Unidos y defensor de una visión retrógrada de la interpretación constitucional (el llamado “originalismo”<sup>2</sup>).

Las reflexiones de Dworkin sobre los procesos de ratificación de Roberts y de Alito son de gran interés para México, ya que el Senado de la República tradicionalmente ha tenido un papel poco destacado en el nombramiento de los Ministros de la Suprema Corte. Los senadores mexicanos todavía no han aprendido a realizar adecuadamente su papel y con frecuencia han dejado de analizar la capacidad y la filosofía judicial de los integrantes de las ternas que les hace llegar el Presidente de la República. Por eso es que a veces no se ha nombrado al mejor integrante de una terna, sino todo lo contrario, como lo ilustra un caso más o menos reciente muy conocido y comentado en los círculos jurídicos nacionales.

El Senado mexicano debería aprender del seguimiento puntual que se hace a los candidatos en los Estados Unidos y de la amplia ronda de comparencias que se dan antes de proceder a una ratificación. Leer el libro de Dworkin puede ser un buen inicio para tal efecto.

En el último capítulo nuestro autor se pregunta por el alcance de la “revolución conservadora” que están llevando a cabo Scalia, Thomas, Roberts y Alito. Destaca el papel de Anthony Kennedy, quien se ha convertido en el verdadero fiel de la balanza al interior de la SC. De los 24 casos que fueron decididos por una votación de 5-4 en el periodo 2006-2007, Kennedy estuvo en la mayoría en el 100% de ellos. Muchos abogados, en sus alegatos ante la Corte, procuran dirigirse a Kennedy y convencerlo de sus argumentos, pues saben que se ha convertido en el juez más influyente y poderoso. Un lector mexicano de la obra de Dworkin seguramente se preguntaría si alguno de los Ministros de la Suprema Corte de México tiene en la actualidad o puede llegar a tener un papel tan destacado.

Lo importante del libro de Dworkin es que nos ofrece varias claves para comprender el presente y el futuro de una Corte que es modélica a nivel mundial y que suscita gran interés alrededor del mundo. Finalmente, se trata de una institución que ha tenido un peso fundamental en la construcción histórica de la democracia norteamericana y cuya influencia se extiende más allá de las fronteras de su país. Por eso es que debemos estar atentos a su actuación y al papel de cada uno de sus miembros.

---

<sup>2</sup> Ver el compendio de su forma de entender la interpretación constitucional en Scalia, Antonin, *A matter of interpretation. Federal courts and the law*, Princeton University Press, 1997, en el que se incluyen réplicas de destacados profesores como Laurence Tribe y el propio Ronald Dworkin.

## LOS DERECHOS EN UN MUNDO POSTMETAFÍSICO\*

*Una lectura del texto de Rodolfo Arango*  
**Mauricio Andrés GALLO CALLEJAS\*\***

Es para mí un motivo de orgullo tener la oportunidad de presentarles el texto del profesor Rodolfo Arango *Los derechos humanos como límites a la democracia. Análisis de la Ley de Justicia y Paz*. Por lo reducido del espacio voy a limitar esta presentación a lo siguiente: en primer lugar, describiré la estructura del texto. En segundo lugar mostraré el ámbito y el sentido de la reflexión que nos propone. Luego intentaré sintetizar la tesis defendida por el autor, para, finalmente, concentrarme en las razones con base en las cuales aquella es construida. Voy a detenerme en tales razones en tanto ofrecen una opción hasta ahora poco explorada, al menos por los juristas colombianos, para seguir creyendo y *teniendo fe* en el discurso de los derechos. Inicio con lo primero.

El texto está dividido en tres partes. La primera es denominada por el autor como *La reflexión* y en ella se recopilan ocho ensayos académicos en los que nos ofrece su análisis de la Ley de Justicia y Paz. La segunda parte la denomina *La opinión* y en ella se recogen 19 artículos publicados en diferentes medios, como “*un testimonio personal de la marcha de los sucesos a lo largo de los dos últimos años*” (Arango, 2008:16). La tercera y última, es la parte de los anexos, en la que se incluye el material empírico que sirve de base para sus reflexiones –extractos de la LJP, extractos de sentencias emitidas por la Corte Constitucional, la CSJ y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos–. Paso a lo segundo.

---

\* Una versión de la reseña fue presentada en el III Congreso Iberoamericano de Filosofía, realizado de julio 1 al 5 de 2008 en Medellín - Colombia, organizado por el Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia y la Sociedad de la Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Agradezco al profesor Rodolfo Arango las observaciones y anotaciones que gentilmente realizó a esta lectura que se propone de su texto.

\*\* Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Especialista en derecho constitucional. Aspirante a Magister de Filosofía en el Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia. Miembro del “Grupo de Investigación en Filosofía Política –Gifp–” del Instituto de Filosofía de la misma universidad.

Fecha de recepción: Octubre 21 de 2008

En las primeras líneas de la introducción, el lector será llevado ante una muestra del grado de crueldad de la que somos capaces los seres humanos:

“no solo diseñaron un método de descuartizar seres humanos, sino que llegaron al extremo de dictar cursos utilizando personas vivas... eran pruebas de coraje... personas de edad que llevaban en camiones, vivas, amarradas... las instrucciones eran quitarles el brazo, la cabeza, descuartizarlas vivas... El uso de motosierra no era práctico porque la motosierra se enreda en la ropa, y por eso prefieren el machete... recibieron un tiro en la cabeza y luego fueron partidos en cada articulación prominente. ¿Por qué descuartizar? Por un pragmatismo macabro: ante la necesidad de correr menos riesgos con jueces de aquí y del mundo por crímenes de lesa humanidad, tenían que enterrarlos. Y para no tener que cavar fosas muy profundas –para ahorrar esfuerzo–, lo mejor era partirlos en pedazos... A la medida del tronco (de la víctima) usted hace el hueco, aunque hondo. Y todas las piezas las mete (...)” (15)

La indignación, el espanto y la vergüenza que producen actos en los que se practica con personas vivas técnicas para asesinar mejor, muestran el reto que tenemos los intelectuales en esta sociedad. Una sociedad que al perder las condiciones elementales de justicia y moralidad, tras años y años de violencia guerrillera y paramilitar, con combatientes que presentan esa ausencia de sentido moral –*lack of moral sense*– que les impide “*reconocerse en la víctima*” (Arango, 2008:16) y con ciudadanos que damos injustificables señales de indiferencia y hasta de asentimiento, se enfrenta a la barbarie, a la monstruosidad, o, a lo que Arendt denominó el *mal radical*. Este reto es asumido por el profesor Arango. En las páginas de su libro nos ofrece un análisis de la LJP, norma que revestida por el manto de legitimidad que confiere el lenguaje democrático, intenta, mediante la utilización de mecanismos de justicia transicional, allanar el camino para la paz y la reconciliación.

El ámbito en el que nos ofrece dicho análisis es el de la reflexión filosófica. Ámbito dentro del cual propone un juicio a la LJP para llenar un vacío en aquello que sólo puede obtenerse de este tipo de reflexión: la teoría como rectora de la praxis, el pensamiento como guía de la acción, las ideas como brújula para evitar extravíos, o en sus palabras, *la construcción de mundos posibles para orientar la acción política* (Arango, 2008:13). Esta reivindicación del vínculo entre pensamiento y praxis, es un capítulo más de un debate nada nuevo en occidente, recuérdese las discusiones entre el filósofo y el jurista hobbesianos, acerca de si la recta razón en el Estado civil es la simple voluntad del soberano o es una razón artificial que, resultado de años y años de reflexión se impone sobre aquella. Se trata del debate acerca de las relaciones entre poder, fuerza, moral y derecho. Y en medio de este debate, el sentido de la reflexión que nos ofrece el profesor Arango hace parte del horizonte de quienes creemos que el derecho se justifica como un instrumento con

el que los hombres podemos escapar de la crueldad, defendernos de la violencia y evitar la guerra de todos contra todos. Qué mejor manera de describir este sentido que con el epígrafe que da inicio al tercero de sus ensayos, evocando a Kant, y *Sobre la paz perpetua*: “*El derecho de los hombres debe mantenerse como cosa sagrada por grandes que sean los sacrificios del poder dominante*”. Esta vez, tal sentido será conducido al problema de las relaciones entre el lenguaje del constitucionalismo liberal y el lenguaje democrático, para afirmar que aquellos –los derechos– se constituyen en el límite y la barrera infranqueable para las decisiones de las mayorías. Paso a lo tercero.

Desde este horizonte resulta posible describir la tesis del autor acudiendo a tres perspectivas en las que la voluntad democrática encuentra un límite en los derechos, la perspectiva de la legitimidad, la de la validez y la de la eficacia. Aunque perspectivas diferenciables hace parte de la tesis del texto señalar que entre ellas existe una conexión necesaria: la conexión derivada de las relaciones poder-moral-derecho. Las razones que generan para el filósofo la ilegitimidad de la LJP, generan para el jurista su invalidez y para el politólogo su ineficacia: la violación de los límites impuestos por los derechos humanos hace que la LJP sea extremadamente injusta, sea una norma inconstitucional y sea inútil para alcanzar los fines de la paz para los que fue creada. Ante tales razones normativas y fácticas, nos dice el autor, *será necesario pensar en alternativas diferentes hacia el futuro* (Arango, 2008:16).

Más allá de un juicio a una norma jurídico positiva, más allá de la LJP, esta tesis nos ofrece algo que tiene que ser resaltado. Las razones con las que ella es construida ofrecen un nuevo camino para seguir creyendo y *teniendo fe* en el discurso de los derechos en una sociedad como la nuestra: nos abren la puerta hacia una fundamentación no metafísica de los derechos desde las emociones morales. La comodidad que me generan tales razones espero sea una excusa suficiente para detenerme en ellas, con lo que doy inicio a la cuarta y última parte de esta presentación.

Para que tenga sentido afirmar que enunciados como los ofrecidos por el lenguaje de los derechos, representan un límite a las decisiones políticas tomadas bajo la regla de las mayorías, resulta necesario hacer posible la idea de que la posición normativa de *a* frente a *b* para exigir *G* no es un asunto abandonado a la voluntad caprichosa del poder de turno, bien sea el poder de las propias mayorías o a la ideología del juez encargado de su adjudicación normativa. La posibilidad de algún grado de independencia del lenguaje de los derechos frente a esa voluntad política, es lo que el autor denominará la objetividad de los derechos, asunto que será abordado principalmente en los dos primeros ensayos.

Defender tal posibilidad en el mundo de hoy no es una tarea fácil. “*Corrientes escépticas (...) han cuestionado renovadamente la objetividad en el derecho (han allanado el camino al análisis del derecho como campo de lucha política (Arango, 2008:54). La fuente de este escepticismo, la fuente de esta puesta en duda de la objetividad en el derecho, está en el rechazo de toda teoría de la verdad como correspondencia. Pero dentro de un mundo como éste, ante la negación de “un mundo “allí afuera” que convalide las proposiciones sobre él (ante) (e)l rechazo a una realidad moral independiente del sujeto” (Arango, 2008:54) surge la gran pregunta “cabe preguntarse si es posible defender la objetividad de los derechos humanos o fundamentales pese a rechazar su fundamentación ontológico-trascendental”*. Ante un mundo en el que tanto dioses como sabios nos han abandonado ¿estamos obligados los hombres a renunciar a la idea de los derechos como límites a la voluntad de las mayorías? ¿el mundo actual es un mundo sin ningún instrumento que nos permita librarnos de la crueldad, salvo implorar para que las mayorías no quieran ser crueles o no quieran justificar prácticas crueles? ¿es este el mundo en el que el más fuerte impone su voluntad utilizando el lenguaje de los derechos?

Mientras que son cada vez mayores las voces de crítica a este lenguaje, para poner sólo algunos ejemplos señalemos (i) el argumento comunitarista que sostiene que en un mundo fragmentado en múltiples sentidos de *lo bueno* y de *lo justo*, creer en los derechos se asemeja a creer en brujas o unicornios; o (ii) el argumento de “neocolonialismo” que ve los derechos como *un instrumento de dominación política y cultural de los Estados capitalistas occidentales en otras sociedades* (Forst:27), o (iii) el argumento de la indeterminación que hace de este, un lenguaje sin una carga política inherente, un lenguaje que fluctúa entre el ir de una indiscutible fuerza emancipatoria y el devenir de un discurso regulador, como *medio para obstruir o cooptar demandas políticas (emancipatorias) radicales* –Wendy Brown– o finalmente (iv) el argumento de *la pérdida de fe* y la invitación a cambiar de lenguaje, derivado de la pérdida de fe en la distinción juez-legislador –Duncan Kennedy-. Ante esta toma de fuerza de las voces que sostienen que el lenguaje de los derechos no sólo es un rezago de la modernidad -caída la metafísica, caídos los derechos- sino que adolece de los mismos defectos y es culpable de las mismas cosas que generaron la crítica contra el proyecto moderno, Arango nos ofrece otra salida. Su texto nos invita a seguir soñando con que a través del lenguaje de los derechos los hombres podemos evitar la guerra, la violencia y librarnos de la crueldad. Su texto nos sugiere una vía en la que parece posible defender la objetividad *postontológica* de los derechos.

Tal defensa está construida en dos pasos: mediante el primero, en contra de las dos tradiciones mencionadas y acudiendo a una visión neopragmática del derecho, más

cercana a Putnam que a Rorty, Arango nos propone un cambio en la noción misma de objetividad, de tal manera que resulte abierta y sensible a aceptar el pluralismo, (superando el *iusnaturalismo*) pero sin caer con ello en el relativismo valorativo (superando el positivismo) (Arango, 2008:34). Mediante el segundo paso, nos propone la formulación de un concepto “*bien desarrollado*” de derecho fundamental, entendido como un derecho subjetivo cuyo otorgamiento es tan importante que no puede quedar en manos de la simple voluntad de las mayorías políticas (Arango, 2005:31).

Como primer paso, el autor nos propone un cambio en la idea misma de *objetividad*. El gran problema de las tradiciones positivista y del derecho natural, está en que su concepción de objetividad se deriva del apego a esa idea metafísica de verdad como correspondencia: objetividad se entiende “*como el resultado de la consonancia del pensamiento con un orden trascendente*” (Arango, 2008:33), objetividad es equiparable con descripción. Si se abandona tal idea, partiendo de la verdad como coherencia y entendiendo la objetividad como resultado de un procedimiento investigativo que permite hacer aseveraciones justificadas, es posible la idea de derechos con algún grado de independencia frente a la voluntad política de los hombres. Estas son sus palabras:

El rechazo de la teoría de la verdad como correspondencia mente-mundo no nos condena a la subjetividad o al relativismo. Por el contrario, una teoría de la verdad como coherencia es suficiente para preservar la objetividad. La objetividad no depende de premisas metafísicas como las asumidas por los realistas morales, a saber, que existe un mundo moral allá afuera. Los argumentos para apoyar la objetividad de nuestras tesis o demandas son válidos solamente si son suficientemente sistemáticos y han sido mutua y recíprocamente examinados.

Es en ese sentido que la objetividad es defendible en el derecho. La objetividad se construye argumentativamente y en forma compartida. Contra el escepticismo valorativo es posible oponer la práctica del derecho, la cual consiste en elevar propuestas de sentido normativo que se convalidan o no como objetivas por medio de la argumentación. La objetividad en el derecho es posible gracias a la coherencia de la teoría que sustenta las respuestas.(...) Carece de sentido, entonces, afirmar que la tortura no está “objetivamente” prohibida porque no existe un mundo allá afuera, independiente de nosotros mismos, en el cual la tortura contraría valores morales existentes. Para afirmar que la tortura está “objetivamente” prohibida bastaría mostrar que la interpretación más coherente e integral de toda la práctica jurídica nuestra prohíbe la tortura. (Arango, 2008:54-5)

Para mostrar el segundo paso, voy a describir la puerta que nos está abriendo el profesor para *recuperar la fe* en el discurso de los derechos, como el resultado



de ir ascendiendo dentro de los diferentes niveles en los que este lenguaje se desarrolla. Cada uno de estos niveles está representado en los diferentes elementos que componen su concepto bien desarrollado de derecho fundamental. Primero describo dicho concepto para después ubicarlo dentro de los niveles de discusión. Un concepto bien desarrollado concibe a los derechos fundamentales como (a) posiciones normativas (b) justificadas con razones válidas y suficientes (c) cuya afectación injustificada genera a su titular un daño individual inminente y (d) cuyo otorgamiento tiene tan alto grado de importancia que no puede quedar sujeto a la simple voluntad de las mayorías políticas. Tanto (a) como (b) pertenecen al primer nivel de discusión. Al segundo nivel pertenece (c) y al último nivel pertenece (d). Paso a mirar cada uno de ellos.

En el primer nivel los derechos son entendidos como (a) posiciones normativas. Entender los derechos fundamentales como posiciones normativas, implica partir de la idea de que estos, lejos de ser entidades fácticas o metafísicas, son “*simples conceptos artificiales o constructos sociales, son hechos institucionales. Los derechos no tienen un correspondiente semántico en la realidad. Representan un juego de lenguaje mediante el cual creamos realidad social*” (Arango, 2008:48).

Pero si los derechos son entendidos así, como simples posiciones normativas, como actos lingüísticos resultado de la voluntad de los hombres, el asunto está en mostrar cómo recuperar la fe en un lenguaje que genera permanentes colisiones entre razones opuestas para posiciones normativas contradictorias del tipo

Está justificado para *a* exigir del Estado la **realización** de *x*  
y a su vez,

Está justificado para *b* exigir del Estado la **no realización** de *x*

La salida está en entender que son posiciones normativas pero (b) **justificadas con razones válidas y suficientes**. En tanto válidas, tanto *a* como *b* cuentan con razones *prima facie* para exigir del Estado la realización y no realización de *x*. Para que sean razones definitivas necesitan, además de su validez, estar justificadas con razones que sean también suficientes. Tal suficiencia puede ser establecida a través de un procedimiento objetivo e intersubjetivamente controlable: la ponderación. Mediante tal procedimiento es posible determinar las circunstancias específicas bajo las cuales existen mejores razones para que *a* ó *b* deban ceder su posición frente al otro.

El profesor Arango enfrenta las críticas dirigidas a negar que la ponderación sea un mecanismo racional y objetivo de adjudicación normativa -remito al lector para esta discusión al quinto ensayo del texto-. El principal argumento en contra de la

ponderación señala que lejos de ser un mecanismo racional, este abre las puertas al subjetivismo y al decisionismo judicial. Prueba de ello es que de su utilización se derivan permanentes antinomias, múltiples y contradictorios resultados. Arango argumenta que tal *escepticismo sólo puede ser enfrentado* si subimos a los siguientes niveles. En el segundo la discusión gira en torno a las concepciones deontológicas y *no-deontológicas* (122) de los derechos. Acudiendo a la segunda opción nos invita a tomar en cuenta las particularidades de cada caso concreto, mediante la idea de que las posiciones normativas justificadas con razones válidas y suficientes, se convierten en derechos subjetivos, siempre y cuando **(c) su no reconocimiento injustificado le ocasione un daño inminente al titular del derecho**. Por eso, estamos frente a una propuesta para la cual no se trata de una objetividad abstracta o universal de los derechos, independiente de la situación, sino que es la *urgencia de la situación concreta*, el criterio decisivo para determinar cuándo una proposición jurídica propia de este lenguaje está objetivamente justificada.

Pero como lo recalcan sus críticos, el autor no niega que “(1) *la ponderación depende en sus resultados de premisas conceptuales ajenas a su control*”. Esto nos muestra que nos hace falta, aún, subir un nivel más. Hace falta avanzar al nivel desde el que se definen los derechos fundamentales como derechos subjetivos **(d) con tan alto grado de importancia que no pueden depender de las decisiones políticas mayoritarias**. Esta característica de los derechos nos conecta con la idea de la dependencia filosófica de la ponderación (Arango, 2008:123). Se trata del nivel de la fundamentación filosófica de los derechos. Se trata del nivel que evidencia la continuidad entre *el derecho, la teoría política y la filosofía moral*.

Aunque en dicho nivel las limitaciones de la ponderación resulten inocultables, en tanto, en nuestro mundo de crítica a la racionalidad el problema de las antinomias no puede ser completamente resuelto, este no es un mecanismo inútil. Así como tales debilidades resultan develadas, la utilidad de la ponderación también resulta evidente: aunque nos hallamos frente a un método que “*no garantiza una única respuesta correcta en cada caso (...) la ponderación excluye respuestas manifiestamente incorrectas* (se trata de un método que nos) *remite a un nivel de tolerancia que no debe ser traspasado*” (Arango, 2008:126).

Son estas las premisas correctas de las que nos habla el autor. Son estas las premisas que justifican en un mundo posmetafísico a los derechos fundamentales como límites a la democracia, en tanto asuntos de la máxima importancia: las emociones morales. Emociones como el rencor, la indignación, la rabia, la envidia, el resentimiento o la vergüenza, resultado de la creciente sensibilidad hacia el sufrimiento humano; resultado de eso que para Judith Shklar caracteriza lo que significa ser liberal, la creencia en que “*la crueldad es la peor cosa que [los hombres] pueden hacer*” (Rorty:92); tales emociones señalan el nivel de tolerancia admisible frente a las

decisiones políticas democráticas. Para explicar en qué consiste este fundamento de los derechos, el autor acude a la fórmula de Gustav Radbruch “*ley extremadamente injusta no es derecho*”. Dicha fórmula, nos dice:

señala un nivel de (in)tolerancia que muestra la relevancia de la emociones para el derecho, en particular para la teoría de los derechos humanos. Lo extremadamente injusto ofende nuestra sensibilidad, rebasa nuestro nivel de tolerancia, nos lesiona y es, por tanto, rechazado. (...) El carácter extremadamente injusto de un acto lo excluye del amparo en la legalidad. Esto porque tanto el estado intencional del agente del acto injusto extremo, como el estado intencional de quien lo juzga inciden en la calificación de la conducta. Es más, la decisión moral o jurídica podría no ser correcta si la emoción moral correspondiente no guiara nuestro juicio. (Arango, 2008:53).

Es por ello que en un mundo postmetafísico la objetividad de los derechos resulta posible. Porque entender los derechos como razones normativas válidas y suficientes cuya adjudicación es posible mediante procedimientos objetivos (primer nivel), vinculados desde una concepción *no-deontológica* con la tesis de la urgencia (segundo nivel), y fundamentados filosóficamente desde las premisas *correctas*, con las emociones morales (tercer nivel), permite concebirlos como aquellas fronteras que limitan las decisiones políticas de las mayorías, “*cuyo criterio de validez es extraído de la experiencia histórica y cultural de aumento en la sensibilidad humana frente a los actos atroces*” (113).

Como lo advierte el autor, esta vía es aún incipiente (Arango, 2008:63). Sin embargo, para aquellos de nosotros que compartimos tal horizonte de sentido, para aquellos que estamos convencidos de que la crueldad es lo peor que podemos hacer los seres humanos; para quienes no aceptamos ninguna justificación de la crueldad, ni la revolución ni la defensa de un estado de cosas; esta vía nos abre una esperanza, una esperanza para que *a pesar de nuestra condición humana, demasiado humana*, sigamos soñando con que el lenguaje de los derechos no sólo nos mueva a todos los hombres hacia la solidaridad, a vernos a todos como parte de un “nosotros”, sino soñado con que en él tenemos una barrera infranqueable para cualquier voluntad política –aún la de las mayorías– que pretenda vulnerar los límites de lo moralmente tolerable.

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

### **CRITERIOS GENERALES**

Pueden participar como autores de artículos de la revista profesores, estudiantes y profesionales del derecho y demás disciplinas o áreas afines, tanto del país como extranjeros.

Se aclara que la recepción de un artículo no implica su publicación, ni compromisos respecto de la fecha de aparición en la revista. El Comité Editorial de la revista se encarga de seleccionar los artículos que ameriten publicación de acuerdo con criterios de evaluación establecidos en su reglamento y al concepto emitido por los pares evaluadores.

### **DERECHOS DE REPRODUCCIÓN**

La revista Estudios de Derecho se reserva todos los derechos legales de reproducción. Los artículos que se reciben deben ser inéditos y originales, no deben haber sido publicados parcial o totalmente.

### **ENVÍO DE ARTÍCULOS**

Los artículos deben ser remitidos a la oficina de la revista o a cualquiera de los miembros del Comité Editorial o Científico. Debe enviarse el texto completo del artículo y una copia disquete. El texto debe digitarse en letra tipo “Times New Roman”, tamaño 12, a doble espacio y sin separar los párrafos.

### **INFORMACIÓN DEL AUTOR**

El autor del artículo debe enviar los datos necesarios para reconocer los créditos como son: nombre completo, número de teléfono, fax o correo electrónico, nombre de la institución en la que labora y cargo que desempeña, información sobre el grado de escolaridad y referencias de otras publicaciones.

## **RESÚMENES Y PALABRAS CLAVE**

El artículo debe contener un título, debe estar acompañado de un resumen en español, este resumen no debe exceder 200 palabras y debe contener las ideas centrales del artículo. Las palabras clave de acuerdo con el contenido del artículo, las cuales no deben ser más de 20.

## **BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

La bibliografía se citará al final del artículo en orden alfabético de acuerdo con los apellidos de los autores. Las referencias bibliográficas son las obras citadas en el texto, deben ir numeradas al pie de cada página en el orden en el que aparecen.

## **ABREVIATURAS Y SIGLAS**

Cuando aparezca por primera vez en el texto una abreviatura o sigla, debe especificarse seguidamente y entre paréntesis el término completo al cual hace referencia, también podrá hacerse con una nota al pie. En lo sucesivo se escribe sólo la sigla o abreviatura correspondiente.

Se terminó de imprimir en la editorial  
L. VIECO E HIJAS LTDA.  
en el mes de diciembre de 2008