

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— Junio de 2009
Volumen LXVI, N° 147

**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 y bases bibliográficas:

Publindex. Categoría C de Colciencias. Colombia

Lexbase. Colombia

Sociological Abstracts (Soc-Abs). Estados Unidos

GALE-CENGAGE Learning. Estados Unidos

International Bibliography of the Social Sciences (IBSS). Inglaterra

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

Latindex. México

Tarifa postal reducida.

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

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

Valor del número sencillo en el país: \$10.000

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

© Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

ISSN 0120-1867

Estud. Derecho

Impreso y hecho en Colombia / Printed and made in Colombia

Diagramación, impresión y terminación: L. Vieco e Hijas, Ltda.

AUTORA DE OBRAS EN SEPARATAS

Paola Gamboa. Artista plástica. Estudios: Instituto de Bellas Artes, Cali, Artes Plásticas, 2002; Instituto de Bellas Artes, Medellín, Artes plásticas, 2003; Universidad de Antioquia, Medellín, Artes plásticas, VIII semestre, 2009. Asimismo, ha realizado y participado en múltiples exposiciones artísticas, entre ellas: Exposición Colectiva “100 Artistas colombianos”, Congreso de la República, Bogotá DC, 2003; Exposición de libros de artista, Feria del libro, Obras únicas, Corferias, Bogotá, 2008; Exposición Colectiva “Amnistía”, Museo de Arte Moderno de Medellín, Medellín, 2009; Exposición individual “¿Habitar?”, Biblioteca de la Universidad de Antioquia, Medellín, 2009.

SOBRE LA OBRA EN LAS SEPARATAS

Esta obra es producto del cuestionamiento sobre la vida, pregunta necesaria cuando somos conscientes de nuestra existencia. Haciendo una semblanza de la vida misma, se encuentra como estructura primigenia el microorganismo, la partícula vital más pequeña producto del sistema vegetal-animal y, como estructura de vida posterior, se encuentra la ciudad, emergiendo como un gran organismo fruto de la racionalidad humana. Este paralelo entre reino animal y reino racional nos lleva a pensar en la vida humana como un proceso de construcción (o destrucción) del espacio en el cual los hombres desarrollan su vida en sociedad. La ciudad emerge como bacteria, las construcciones se extienden sigilosamente ocultando la tierra de donde provienen, el cemento se propaga como una gran enfermedad, la vida natural se reemplaza por la vida artificial. Todo esto producto del homocentrismo expansionista propio del pensamiento moderno.

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

CANJE / EXCHANGE / PERMUTA / AUSTAUSCH VON PUBLIKATIONEM

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

Página web:

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

Apartado aéreo 1226. Medellín, Colombia - Suramérica

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

Correo electrónico: lviecoehijasltada@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

EDITORIAL

<i>Raúl Humberto Ochoa Carvajal</i>	11-12
Facturas comerciales. Comentarios a la ley 1231 de 17 de julio de 2008	
<i>Ramiro Rengifo</i>	
<i>Norma Nieto Nieto</i>	13-33
El derecho de asociación sindical frente a la globalización	
<i>María Rocío Bedoya Bedoya</i>	35-57
El verdadero poder de los derechos humanos	
<i>Amaya Querejazu Escobar</i>	59-73
A una profesión liberal una educación liberal	
<i>Roberth Uribe Álvarez</i>	75-101
El derecho como creencia e imaginación: un acercamiento a los estudios culturales	
<i>Sandra Milena Gómez Santamaría</i>	103-135
Distopías: pesadilla política desde el cine. ¿Fantasía hiperbólica o profecía?	
<i>Leidy Johanna Velásquez Serna</i>	137-149
Usos de las metodologías de investigación en el derecho	
<i>Olga Lucía Lopera Quiroz</i>	151-180
La función social y ecológica de las biofábricas en Colombia	
<i>Gustavo Adolfo García Arango</i>	181-200
La internacionalización del derecho penal como contexto de la política criminal del “lavado de activos”	
<i>Diana Patricia Arias Holguín</i>	201-228

El tratamiento del conflicto a través del proceso de conciliación en el Centro de Conciliación “Luis Fernando Vélez Vélez” de la Universidad de Antioquia. En el foco de la resolución o en la luz de la transformación

Miguel Ángel Montoya Sánchez **229-252**

¿Hay un *corpus juris aquarum ambientalis* aplicable al conflicto entre Argentina y Uruguay por las pasteras instaladas en Fray Bentos?

Griselda Delia Capaldo..... **253-275**

Los derechos humanos en el Estado mexicano y el contexto de su garantía

Enrique Uribe Arzate

Hiram Raul Piña Libien..... **277-302**

Recorrido por las políticas públicas de equidad de género en Colombia y aproximación a la experiencia de participación femenina con miras a la construcción de escenarios locales

Ana Milena Montoya Ruiz **303-319**

EDITORIAL

A DOSCIENTOS VEINTE AÑOS DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA

Los historiadores señalan tres fechas como hitos en la Revolución Francesa. El 14 de julio de 1789, día en que el pueblo en armas se tomó la prisión de la Bastilla. El 9 de Termidor (28 de julio de 1794) cuando fue guillotinado Robespierre, y el 18 de Brumario (8 de noviembre de 1799) cuando asume el poder Napoleón Bonaparte.

La primera fecha ha sido señalada como el día en que se da comienzo a la Revolución. En realidad el asalto a la prisión de la Bastilla, como hecho aislado, es poco representativo, pues se sabe que en esa prisión solo había siete prisioneros. Lo que se destaca es el símbolo que crea el mito. Pues la prisión representaba la ignominia del régimen, y ese día se confrontó directamente por el pueblo enardecido y motivado fundamentalmente por el hambre.

El 9 de Termidor llegó a su fin la vida de un hombre absolutamente propenso a ser mirado desde extremos. Robespierre fue considerado, de una parte, como un fanático, tirano, sangriento, colocado como el más elevado en la escala que Maquiavelo creó como de odio para los hombres públicos. Por otra parte se le ha rescatado como un demócrata a ultranza, el mayor líder y mejor orador de la Revolución, el incorruptible, encarnación de todas las virtudes.

El 18 de Brumario, con la ayuda de Sieyès, entre otros, Napoleón asume el poder. Ese hombre que para Heine fue un dios y para Goethe un semidiós, para Chateaubriand no ha habido un personaje en la historia que haya burlado y explotado a los pueblos como Napoleón. Émerson lo señaló como un hombre carente de virtudes, entre ellas la justicia y la honestidad.

A estas tres fechas podemos agregar una cuarta, con una visión jurídica de la Revolución: el 21 de marzo de 1804, día en que empezó a regir el Código Civil de los franceses, luego llamado el Código de Napoleón, debido a la directa y seria participación de éste en su redacción. Según lo afirma André Maurois en su biografía del general Bonaparte, éste se enorgullecía cuando hablaba del Código y expresaba que sus glorias militares fueron opacadas por la derrota de Waterloo, pero que nadie podía desmentir su verdadera gloria que era el Código Civil.

Durante las diversas etapas de la Revolución se intentó el Código Civil y varias comisiones trabajaron para ello pero fueron intentos fallidos. Sólo vino a fructificar la comisión que trabajó con Napoleón y en la cual brilló con luz propia el abogado Portalís, quien había participado activamente como uno de los juristas de la Revolución. Los revolucionarios sabían de la importancia de un Código que unificara la legislación y ofreciera seguridad jurídica a todos los ciudadanos. Alguna vez Voltaire afirmó que recorriendo el territorio francés, se cambia más fácil de legislación que de posta de caballos. Sabían de la importancia que Rousseau le daba a la ley. Sabían, sobre todo los propietarios, de la importancia de la defensa, a través de la ley, de la propiedad, como un derecho ilimitado y absoluto. No era suficiente con mencionarla en las declaraciones. Napoleón conocía todo esto y se la jugó con el Código. El Código que con justa razón ha sido llamado el Código de los propietarios. Los hermanos Mazeaud, ilustres comentaristas del derecho civil, señalaron que sobre 2228 artículos, solo los primeros 515 no están referidos a la propiedad.

La Revolución Francesa, si hacemos caso a Hannah Arendt, fue impulsada, no por el ansia de libertad, como lo fue la Revolución Americana, sino por las necesidades y miseria que afligían a la mayoría del pueblo francés. Por ello no fue un movimiento tan político como social. En América no había miseria. En Francia sí. El hecho es que La Revolución fracasó en su búsqueda por terminar la miseria, lo que conllevó el fracaso por alcanzar la libertad, pues libertad y pobreza son incompatibles. Con mayor razón fracasó en su ánimo de alcanzar la igualdad, aspiración que se muestra en la Declaración de 1793, más influenciada por las ideas de Rousseau, y en ese intento fallido le abrió las puertas al triunfo de la burguesía. Se consolidaron los propietarios frente a los rezagos feudales y fueron definitivamente bendecidos por el Código Civil más que por la Declaración de los Derechos.

¿Fue una Revolución libertaria o por el contrario fue una Revolución terrorista? ¿Transformó las estructuras sociales en Francia? La Revolución Francesa, y sus principales hombres, pueden ser mirados desde diversas ópticas, como lo insinuamos al comienzo. Hay argumentos a favor y en contra. Sea como fuere, “fue la Revolución que pegó fuego al mundo” y es indiscutible que todas las revoluciones posteriores fueron influidas por ella.

Todo lo dicho explica el por qué la Revista ESTUDIOS DE DERECHO editorializa con ese magno acontecimiento histórico.

RAÚL HUMBERTO OCHOA CARVAJAL
Director



Autora: Paola Gamboa

Título: ¿Habitar?

Técnica: acrílico y carburo de silicio sobre lienzo
(cartografía de Medellín)

Dimensiones: 3.00 x 1.70 m

Año: 2008

FACTURAS COMERCIALES COMENTARIOS A LA LEY 1231 DE 17 DE JULIO DE 2008*

* Artículo resultado del proyecto de investigación “*Literalidad, necesidad, autonomía como principios del derecho cambiario*”, desarrollado en la línea de investigación en “Derecho de la empresa”, adscrita al Grupo de Derecho Privado, de la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit. El proyecto contó con financiación interna, la participación de dos docentes investigadores, un estudiante auxiliar de investigación y un egresado como investigador *ad honorem*.

Fecha de recepción: Marzo 5 de 2009

Fecha de aprobación: Abril 30 de 2009

FACTURAS COMERCIALES COMENTARIOS A LA LEY 1231 DE 17 DE JULIO DE 2008

*Ramiro Rengifo***

*Norma Nieto Nieto****

RESUMEN

Este artículo propone un análisis y comentarios a la Ley 1231 de 2008, “por medio de la cual se unifica la factura como título valor, como mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario, y se dictan otras disposiciones”, desde una perspectiva que reconoce la función económica que cumple el título, los antecedentes históricos de su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico y los principales problemas en la práctica comercial. A su vez, estudia el tratamiento que, en la nueva propuesta del legislador, se da a las dificultades concretas descubiertas durante la vigencia de las normas que regulaban el título en el Código de Comercio.

Palabras clave: facturas comerciales, facturas cambiarias de compraventa, facturas cambiarias de transporte, títulos valores.

COMMERCIAL INVOICES COMMENTS ON THE LAW 1231 OF 17 JULY 2008

ABSTRACT

This article proposes an analysis and commentary on the Law 1231 of 2008, “through which gets unified the invoice as securities for financing micro, small and medium entrepreneurs, among other regulations about it”, from a perspective that recognizes the economic role played by securities, the historical background to its inclusion in our legal system and its main issues in commercial practice. Also, study the process proposed by the legislator for the treatment of difficulties found during the effect and validity of the norms that ruled the securities in the Commercial Code.

Key words: commercial invoices, exchange invoice of sale, bills exchange invoice of transport, securities.

** Docente de medio tiempo e investigador del Grupo de Investigación en Derecho Privado, línea *Derecho de la empresa*, Escuela de Derecho de la Universidad Eafit.

*** Docente de tiempo completo e investigadora Grupo de Investigación en Derecho Privado, directora de la línea *Derecho de la empresa*, Escuela de Derecho de la Universidad Eafit.

FACTURAS COMERCIALES COMENTARIOS A LA LEY 1231 DE 17 DE JULIO DE 2008

1. LOS ANTECEDENTES Y FUNCIÓN ECONÓMICA DE LOS TÍTULOS VALORES DENOMINADOS *FACTURAS*

La factura cambiaria es un título valor creado en Latinoamérica. Sus antecedentes cercanos son la “duplicata”, en Brasil, y la “factura conformada”, en Argentina. Su incorporación en el Código de Comercio vigente en Colombia es el resultado de la adopción del texto del proyecto de Ley Uniforme de Títulos Valores para América Latina, propuesto por el Instituto para la Integración de América Latina (INTAL) ^{3/4}organismo especializado del Banco Interamericano de Desarrollo (BID)^{3/4}, en 1967.

Este proyecto se desarrolló por solicitud del Parlamento Latinoamericano, y su texto fue trasplantado con pocas modificaciones al derecho colombiano, en el Decreto 410 de 1971¹. Para la formulación del proyecto INTAL, los delegados y expertos discutieron el contenido del proyecto del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado, cuya propuesta original fue presentada por el profesor mexicano Raúl Cervantes Ahumada, en 1965², y tenía como principal finalidad facilitar y dar mayor dinamismo a la integración del mercado común centroamericano.

A fines de la década de 1960, época en la que se discutieron y propusieron los contenidos de dichos trabajos, se destacaba la función económica que la “duplicata” cumplía en Brasil, donde estaba reglamentada y gozaba de un amplio uso, incluso

1 Código de Comercio vigente en Colombia.

2 Las siguientes son algunas de las razones contenidas en la exposición de motivos del proyecto de Ley Uniforme Centroamericana de Títulos valores: “La necesidad de una legislación uniforme de títulos valores es urgente debido a que la regulación de los títulos valores en los cinco países es diferente. Algunas legislaciones todavía conservan la forma tradicional de los códigos del siglo XIX que han perdido toda actualidad frente a la técnica legislativa usada por las codificaciones modernas; Guatemala, El Salvador y Nicaragua todavía tienen una regulación tradicionalista inadecuada a las exigencias del tráfico comercial. Costa Rica y Honduras han logrado reformar su legislación, incorporando los principios de la técnica moderna y las teorías más avanzadas, que permiten a estos títulos su mayor eficacia y seguridad en las operaciones mercantiles”. Exposición de motivos del proyecto de Ley Uniforme Centroamericana de Títulos Valores, Instituto Centroamericano de Derecho Comparado (Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, Banco Interamericano para el Desarrollo, 1967, p. 130).

para documentar derechos de crédito provenientes de los contratos de prestación de servicios y del negocio de la construcción, para respaldar el pago del precio por porciones de obra pública o privada entregadas al contratante. En la construcción de edificios y carreteras, el título se emitía en relación con los pisos o kilómetros construidos. La factura estaba regulada en la ley sobre obligaciones y se aplicaba en la práctica. A su vez, en Argentina, existía una legislación para estos títulos, tomada del modelo brasileño, pero no era usada ampliamente por los agentes económicos en el comercio. En algunos países centroamericanos se utilizaba intensivamente, pero no contaban con una regulación adecuada para el título.

2. LAS FACTURAS CAMBIARIAS EN LOS PROYECTOS DEL INSTITUTO CENTROAMERICANO DE DERECHO COMPARADO Y EN EL PROYECTO DE LEY UNIFORME DE TÍTULOS VALORES PARA AMÉRICA LATINA

Para una mejor comprensión de los orígenes de las normas sobre facturas cambiarias en Colombia, es importante enfatizar en las principales características que las definen, en uno y otro proyecto, en lo referente al derecho incorporado, la estructura de la relación cambiaria, las implicaciones y los efectos de la aceptación.

2.1 Las características que definen el título

Ambas propuestas reconocían la naturaleza de título valor a las facturas cambiarias, y las presentaban como documentos de contenido crediticio³, causales y con una función definida para instrumentar un derecho de crédito proveniente de la venta de mercaderías a plazo⁴.

2.2 La estructura de la relación cambiaria

Los dos proyectos incurrieron en el error de dar a entender que la estructura del título es tripartita, cuando, en realidad, sólo dos partes intervienen en la configuración original de la relación cambiaria. En ese sentido, el título en su esencia no incorpora una orden de pago impartida por el vendedor al comprador, sino una promesa de pago del último a favor del primero. La imprecisión referida aparece al decir: “La factura cambiaria es un título valor que en la compraventa de mercaderías,

3 Proyecto centroamericano, artículo 226; INTAL, artículo 225.

4 Proyecto centroamericano, artículo 224; INTAL, artículo 223.

el vendedor podrá librar, y entregar o remitir al comprador”⁵, pues la expresión “librar”, en este contexto, no significa crear y emitir el título en los términos que lo hace el girador de una letra de cambio. De hecho, el vendedor no es un obligado cambiario en el título; es el acreedor del derecho proveniente del negocio causal y, por tanto, beneficiario. Él no firma el título en los términos del artículo 625 del Código de Comercio colombiano, sino que elabora materialmente el documento, el cual, una vez firmado por el comprador, adquiere la naturaleza de título valor; es este último quien realmente libra, emite y crea el título⁶.

2.3 La aceptación

Ahora bien, quizá el aspecto de mayor relevancia que debe concentrar nuestra atención es el problema de la aceptación, pues de ella deriva la eficacia de la obligación cambiaria contenida en el título valor factura, y es uno de los tópicos de mayor inquietud respecto a la nueva ley colombiana, que analizaremos en otro apartado de este escrito. La declaración de voluntad que el comprador exterioriza al aceptar la factura cambiaria da cuenta de que el contrato de compraventa se celebró de acuerdo con el contenido literal; por eso, promete, a su vez, que pagará lo que le adeuda al vendedor, por el importe no pagado del precio. Se cumple, de esta manera, uno de los elementos esenciales para que se produzca la incorporación del derecho al título.

La factura no sólo cumple funciones, en cuanto identifica la mercadería, su calidad, cantidad y precio, sino que constituye un título de crédito que incorpora la obligación de pagar cierta suma de dinero en el plazo determinado, y es perfectamente negociable en el tráfico. Es decir, la factura aceptada cumple dos importantes funciones como documento: en primer lugar, sirve como medio de prueba de la ejecución del contrato de compraventa, y segundo, frente a los terceros de buena fe, es constitutivo del crédito que incorpora.

Respecto a este tema, el proyecto centroamericano considera la aceptación como obligatoria, según se deriva del texto del artículo 224:

Factura cambiaria es el título valor que en la compraventa de mercaderías el vendedor podrá librar y entregar o remitir al comprador.

[...]

El comprador *estará obligado* a devolverle al vendedor, debidamente aceptada, el original de la factura cambiaria, en las condiciones impuestas en el presente capítulo.

5 En las normas anteriormente citadas.

6 Esta imprecisión aparecía, también, en los artículos 772 y 779 del Código de Comercio de Colombia.

[...]

No se podrá librar factura cambiaria a que se refiere este capítulo que no corresponda a una venta efectiva de mercaderías entregadas real o simbólicamente. (Cursivas nuestras)

Lo que implica, en principio, obligar al comprador a declararse deudor por un valor ya recibido. No obstante, la ley contiene cuatro eventos en los cuales el comprador podrá negarse válidamente a aceptar la factura⁷: avería, extravío o no recibir las mercaderías, defectos o vicios en la cantidad o calidad, si la factura no contiene el negocio jurídico convenido y falta de requisitos de existencia del título valor factura cambiaria. Sin embargo, de la negativa a la aceptación no se deriva ninguna consecuencia desfavorable o sanción para el comprador, por lo cual la pretendida obligatoriedad no es cierta.

El proyecto del INTAL, por su parte, acoge la aceptación con un carácter potestativo⁸:

Factura cambiaria es un título valor que en la compraventa de mercaderías, el vendedor podrá librar y entregar o remitir al comprador, para que este devuelva, debidamente aceptado, el original de la factura o una copia de ella. No se podrá librar factura cambiaria a que se refiere este capítulo que no corresponda a una venta efectiva de mercaderías entregadas real o simbólicamente. (Artículo 223)

[...]

Una vez que la factura fuese aceptada⁹ por el comprador, se considerará, frente a terceros de buena fe, que el contrato de compraventa ha sido debidamente ejecutado en la forma expuesta en la misma. (Artículo 224)

7 Proyecto centroamericano, artículo 227.

8 No obstante, la propuesta del profesor Azeredo Santos en el siguiente sentido: “El jurista brasileño consideró bien resumidas las normas atinentes al documento legislado y solamente propuso que, en relación con el artículo 227 que establece ‘la no devolución de la factura cambiaria en un plazo de cinco días a partir de la fecha de su recibo, se entenderá como falta de aceptación’, se aplicará por ley una sanción del 50% por lo menos del importe de la factura, cuando la no devolución de la misma fuese arbitraria. Sin embargo, se entendió que la cuestión quedaba resuelta en virtud de la norma del artículo 228 que establecía la supletoriedad de las normas sobre letra de cambio”. Antecedentes del proyecto de Ley Uniforme Centroamericana de Títulos Valores, Comentario técnico Instituto Centroamericano de Derecho Comparado (Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, Banco Interamericano para el Desarrollo, 1967, p. 83).

9 “Este derecho de crédito incorporado en el título sólo surge si el comprador acepta el instrumento. Si no hay aceptación no hay derecho incorporado. Pero en todo caso el vendedor acreedor no puede constreñir al comprador deudor a aceptar, si este se niega solo le quedará el protesto por falta de aceptación. Tampoco existirá la prueba de la realización del contrato”. Comentario técnico de los debates del proyecto de Ley Uniforme Centroamericana de Títulos Valores, Instituto Centroamericano de Derecho Comparado (Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, Banco Interamericano para el Desarrollo, 1967, p. 83).

Los proyectos son concordantes al prescribir que la falta de devolución de la factura por el comprador en el término de cinco días, contados desde el recibo de ésta, constituye falta de aceptación. A su vez, reconocen como efectos frente a tenedores de buena fe la confirmación de que el contrato de compraventa ha sido ejecutado en la forma propuesta en el documento. Observar este antecedente es importante, por cuanto el Decreto 410 de 1970 toma la institución de la aceptación en las facturas cambiarias con los mismos lineamientos del proyecto INTAL¹⁰; sin embargo, la Ley 1231 de 2008 incluye importantes modificaciones, que analizaremos más adelante, como crear una aceptación presunta ante la falta de devolución de la factura aceptada dentro del plazo de diez días calendario siguientes a su recepción¹¹.

3. LAS FACTURAS CAMBIARIAS EN EL DECRETO 410 DE 1971. CÓDIGO DE COMERCIO DE COLOMBIA

El Código de Comercio incluyó una novedad importante con relación al contenido del proyecto INTAL, pues contempló una regulación específica para la factura cambiaria de transporte¹². Adicionó la posibilidad de utilizar este título para documentar créditos provenientes de la prestación de servicios de transporte, de manera que el precio o flete a favor del transportador que aún no se ha pagado se incorpora en el instrumento o título, el cual, una vez aceptado, cumple funciones probatorias del contrato y constitutivas del derecho de crédito. Es decir, la norma contenida en el artículo 775 crea un título valor causal diferente a la factura cambiaria de compraventa para instrumentar el crédito mencionado.

En lo demás, adhirió a la propuesta del proyecto INTAL: reconoció la naturaleza crediticia de la factura respecto al derecho que incorpora, persistió en la idea de la estructura tripartita en la obligación cambiaria y la causalidad del título¹³, y consideró la aceptación como potestativa, según se evidencia en el texto del artículo 773:

Una vez que la factura cambiaria sea aceptada por el comprador, se considerará, frente a terceros de buena fe exenta de culpa, que el contrato de

10 Artículo 778 del Código de Comercio.

11 Artículo 2, Ley 1231 de 2008.

12 Factura cambiaria de transporte es un título valor que el transportador podrá librar y entregar, o enviar al remitente o cargador. No podrá librarse esta factura si no corresponde a un contrato de transporte efectivamente ejecutado (artículo 775, del Código de Comercio).

13 En efecto, en el artículo 772, el legislador indica: “No podrá librarse factura que no corresponda a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador”. En el mismo sentido, el artículo 774, al enumerar los requisitos de la existencia del título, exige la descripción de la causa de éste.

compraventa ha sido debidamente ejecutado en la forma estipulada en el título. (Artículo 773)

[...]

La no devolución de las facturas cambiarias en un plazo de cinco días a partir de la fecha de su recibo, se entenderá como falta de aceptación. (Artículo 778)

4. LOS PRINCIPALES PROBLEMAS EN LA PRÁCTICA CON LAS FACTURAS CAMBIARIAS DE COMPRAVENTA Y DE TRANSPORTE

Durante la vigencia de los artículos 772 a 779 del Decreto 410 de 1971, del Código de Comercio, los agentes del mercado, comerciantes, personas no comerciantes y aplicadores jurídicos identificaron algunos problemas importantes derivados de la regulación y práctica en las transacciones con facturas cambiarias: la coexistencia de original y copias del título; la imposibilidad de acudir a este documento para instrumentar derechos de crédito provenientes de negocios causales diferentes a la compraventa y el transporte; y dificultades para cobrar facturas “aceptadas” por dependientes del comprador, remitente o destinatario (almacenista, mensajero, secretaria, jefe de compras) no autorizados para obligar a su empleador.

4.1 La coexistencia de original y copias del título

El artículo 619 del Código de Comercio define los títulos valores enfatizando en sus características: literalidad, necesidad, autonomía¹⁴; elementos que la doctrina ha pretendido catalogar como principios o atributos¹⁵. El principio de necesidad¹⁶ implica que sólo mediante la exhibición del documento original, que contiene de forma literal la descripción del derecho en él incorporado, puede exigirse de forma eficaz la prestación cambiaria respectiva. En el caso de las facturas cambiarias, el contenido consiste en un derecho o prestación de dar una suma de dinero correspondiente al precio de la compraventa o el transporte pendiente de pago.

14 No incluimos aquí legitimación e incorporación, por cuanto más que referirse al título mismo, hacen relación, el primero, al sujeto facultado para cobrar el título, y la segunda no es más que la concreción de la estructuración del título valor llevada al papel a partir del cumplimiento de los requisitos formales.

15 “Título de crédito es el documento necesario para ejercer el derecho literal que en él es mencionado” (Vivante, 1896, p. 814).

16 “Creado el título valor (la forma exigida por la ley), él es necesario para ejercitar o reclamar el derecho que en él consta. Se significa con ello que solo a través del título se puede reclamar el derecho, de manera que si el original acreedor lo pierde, pierde en principio el derecho y el deudor puede negárselo legítimamente. Claro está que el legislador le concede al acreedor o, mejor, tenedor, un recurso que buscaba hacer cancelar el título perdido, permitiéndole el ejercicio a través de otro repuesto o mediante una sentencia que ordene la cancelación del título perdido, permitiéndole el ejercicio a través de otro repuesto” (Rengifo, 2008, p. 36).

El reconocimiento del original como único documento de legitimación es refrendado por el legislador, al consagrar los procedimientos de reposición, cancelación y consecuente reposición y reivindicación de títulos valores, en los artículos 802, 803 y 819 del Código de Comercio¹⁷. El derecho cambiario colombiano consagra, también, algunos casos excepcionales, en los cuales, para recuperar la materialidad del título hurtado, no se requiere acudir a los procedimientos mencionados, sino que es posible la expedición de duplicados con los mismos atributos y derechos contenidos en el original. Esta regla debería aplicarse, únicamente, a los títulos valores nominativos¹⁸.

Para cumplir con algunas obligaciones propias de los comerciantes y de los contribuyentes¹⁹, la práctica con las facturas cambiarias originó la expedición de un original y varias copias del título, su tenencia por diferentes sujetos y la posesión material del original, verdadero título valor, en manos del comprador, destinatario o remitente deudores no legitimados para el cobro de los derechos incorporados en el título valor.

Como resultado de la existencia del artículo 617 del Estatuto Tributario, el cual exige que la factura original se entregue al comprador, los vendedores empezaron a tener serios problemas para hacer efectivos los derechos provenientes de las facturas, pues, como tenían que cumplir el Estatuto Tributario, entregaban la factura original al comprador y ellos se quedaban con la copia. Así la copia estuviera firmada, ella

17 Artículo 802. Si un título valor se deteriorare de tal manera que no pueda seguir circulando, o se destruyere en parte, pero de modo que subsistan los datos necesarios para su identificación, el tenedor podrá exigir judicialmente que el título sea repuesto a su costa, si lo devuelve al principal obligado. Igualmente, tendrá derecho a que le firmen el nuevo título los suscriptores del título primitivo a quienes se pruebe que su firma inicial ha sido destruida o tachada.

Artículo 803. Quien haya sufrido el extravío, hurto, robo, destrucción total de un título valor nominativo o a la orden, podrá solicitar la cancelación de éste y, en su caso, la reposición.

Artículo 819. Los títulos valores podrán ser reivindicados en los casos de extravío, robo o algún otro medio de apropiación ilícita.

18 Artículos 402 y 804, del Código de Comercio, y 1.2.4.24 Resolución 400 de 1995, Superintendencia de Valores, sobre acciones, certificado de depósito, bono de prenda y bonos.

19 Una de las exigencias contenidas en el artículo 19 del Código de Comercio, que enumera los deberes del comerciante, conocido también como 'estatuto de los comerciantes', consiste en conservar la correspondencia organizada y demás documentos relacionados con los negocios o actividades, de ahí que surja la necesidad de expedir diferentes copias de las facturas con estos fines; sin embargo, debe resaltarse que éstas ni siquiera son copias del título valor, pues no están firmadas. Por su parte el artículo 617 del Decreto 624 de 1989, Estatuto Tributario, modificado por el artículo 40 de la Ley 223 de 1995, consagra que "para efectos tributarios, la expedición de factura a que se refiere el artículo 615 consiste en entregar *el original* de la misma con el lleno de los siguientes requisitos". Esta norma propició que en la práctica comercial el vendedor o prestador del servicio entregue el original al comprador, remitente o destinatario y conserve una copia con las deficiencias anotadas.

no presta mérito ejecutivo, por lo cual tenían que recurrir a procesos ordinarios o a tratar de darle el carácter de título ejecutivo a ese documento para poder recuperar el derecho incorporado al título valor. Esto, como es obvio, complicó la vida del título y de sus titulares, tanto así que la doctrina y la jurisprudencia²⁰ dedicaron algunos de sus análisis a este problema²¹. La copia no podía hacerse efectiva como título valor, según lo manda el artículo 268 en relación con el 254 del Código de Procedimiento Civil. Ese trámite se realizaba sólo porque el Estatuto Tributario (ET), en el artículo 617, exigía que se entregara al comprador el original de la factura. Nunca se entendió que el original se refería a la factura comercial²², no a la cambiaria.

4.2 La imposibilidad de acudir a las facturas cambiarias para instrumentar derechos de crédito provenientes de negocios causales diferentes a la compraventa y el transporte

Como se dijo, el legislador colombiano reguló la factura cambiaria de compraventa de mercaderías y la única de servicios; esto es, la de transporte. Por tanto, dejó por fuera la posibilidad de documentar en títulos valores el crédito proveniente de otros tipos de servicios, como los públicos domiciliarios, de telefonía móvil, los ofrecidos por las instituciones prestadoras de salud y profesionales liberales; cuyos prestadores reclamaban la posibilidad de acudir a este tipo de documentos para

20 “En Colombia, el original de la factura cambiaria es entregado al comprador para su aceptación y es el vendedor quien usualmente conserva la copia al carbón. A su vez, es el vendedor quien tiene la posibilidad de hacer exigible el derecho en caso de incumplimiento del pago de las mercancías por parte del comprador; es ahí donde surge el dilema: ¿cómo permitir la posibilidad de que el vendedor haga ejercicio de la acción cambiaria si no posee, por costumbre mercantil, el original sino la copia? [...] Es por esto que válidamente dentro de la autonomía y libertad de interpretación otorgada a los jueces por la Constitución y la Ley, hay quienes inclinándose por la estricta aplicación de los principios de los títulos valores, la propenden [sic] por la validez del original para respetar el derecho a hacer exigible la obligación consagrada que tiene únicamente el tenedor de éste y hay otros que han considerado como válida la copia de la factura cambiaria para iniciar el proceso ejecutivo, realizando antes una diligencia de reconocimiento” (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-085 de 2001).

21 Refiriéndose al problema del valor cambiario de las copias de títulos valores, Peña y Ruiz exponen: “Existe un caso especial en Colombia, el de las facturas cambiarias de compraventa y de transporte, en las que su original es entregado por costumbre mercantil al comprador, y al remitente o cargador, según el caso, quedando la copia al carbón en manos del vendedor o el transportador. La copia al carbón ha dado origen a controversia jurídica en el sentido de si es o no idónea para tramitar acción cambiaria en contra de los obligados. La solución es que el legislador consagre para las facturas cambiarias el original con destino al comprador y al remitente o cargador y un duplicado para ser conservado por el vendedor o transportador, el primero sin mérito ejecutivo y el segundo con dicha calidad; solución existente en la Argentina y Brasil” (1997, pp. 22, 23).

22 Artículo 944, del Código de Comercio.

contar con un verdadero título que les permitiera una ágil circulación a partir de su movilización como activos en negocios de *factoring* o de compraventa de cartera²³.

Este vacío obligó al legislador a crear documentos que, sin ser títulos valores, sí prestaran mérito ejecutivo. Tal es el caso de la factura de servicios públicos domiciliarios, creada por el artículo 14.9 de la Ley 142 de 1994²⁴, y la factura de servicios de salud, creada y regulada en la Ley 1122 de 2007 y el Decreto 4447 de 2007²⁵.

4.3 Dificultades para cobrar facturas “aceptadas” por dependientes del comprador, remitente o destinatario

La factura, casi siempre, era firmada por la persona a quien se le entregaba la mercancía. Fuera ésta el almacenista, un vigilante o una secretaria. Al momento de pretender cobrar ejecutivamente, se encontraba que esa firma no era la del representante de la deudora, por lo cual se frustraba o, al menos, se complicaba el cobro. En algunos casos, se alegaba que el documento prestaba, por lo menos, mérito ejecutivo contra el deudor en el negocio causal, mediante el agotamiento previo de la diligencia de reconocimiento de contenido²⁶.

Este problema ponía al tenedor ante un documento carente de eficacia cambiaria para perseguir al comprador, destinatario o remitente; pues, en virtud del artículo 625 del Código de Comercio, esa posibilidad depende de la firma puesta sobre el título valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable. De tal suerte que aunque el tenedor ostentaba el instrumento original firmado, la entrega carecía de intención cambiaria²⁷. Además, el suscriptor no era el deudor de la suma de dinero contenida literalmente en el documento, por lo que podrían emerger excepciones de falta de causa²⁸.

23 “El proyecto INTAL reguló de modo práctico y breve, la factura cambiaria de compraventa. El Código colombiano, además, la factura cambiaria de transporte. Los empresarios de la construcción, los de publicidad, las entidades prestadoras de los servicios de salud, y en general, los que requieren documentar los créditos de dinero derivados de contratos específicos, busca[n], en la medida de su cumplida ejecución, disponer de títulos semejantes” (Lopera Salazar, 1998, p. 203).

24 Ley de servicios públicos domiciliarios.

25 Consagran el manejo de las facturas, glosas, respuestas y devoluciones de facturas en el caso de la prestación de servicios de salud.

26 Artículo 489 Código de Procedimiento Civil

27 Esto da lugar a la excepción contenida en el numeral 11 del artículo 784, del Código de Comercio.

28 Numeral 12, artículo 784, del Código de Comercio.

5. LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 1231 DE 2008

La exposición de motivos que acompaña al proyecto de ley sustenta la necesidad e importancia de propender por la solución de algunos problemas propios de los empresarios colombianos, mediante la expedición de una norma que reconozca el carácter de título valor de contenido crediticio a las facturas comerciales y facilite la movilización de la cartera mediante un instrumento que ofrezca mayor seguridad y celeridad para la transferencia de los créditos y derechos en el contrato de *factoring*. Esta afirmación permite un acercamiento a una de las fuentes de los problemas de técnica legislativa y de coherencia lógica interna de las normas finalmente contenidas en la ley, porque, desde la motivación del proyecto, se propone atribuir el carácter de título valor a un documento que se expide para otras finalidades, y por la exigencia contenida en una norma sobre el contrato de compraventa, y traerlo al ámbito cambiario, con los efectos propios de su naturaleza de título valor. La factura de venta es un documento que surge a partir de la disposición contenida en el artículo 944 del Código de Comercio, a cuyo tenor:

El comprador tiene derecho a exigir del vendedor la formación y entrega de una factura de las mercaderías vendidas con indicación del precio y de su pago total o de la parte que hubiere sido cancelada. No reclamándose contra el contenido de la factura, dentro de los tres días siguientes a la entrega de ella, se tendrá por irrevocablemente aceptada.

La factura de las mercaderías vendidas se expide con independencia del pago del precio, aunque debe dejarse constancia de si se ha concedido crédito total o parcial para su pago; pero, en ambos casos, debe expedirse y entregarse al comprador.

La principal fuente de argumentos citada y referida en la exposición de motivos es el documento Conpes 3484, del 13 de agosto de 2007, según el cual, en la estructura empresarial colombiana, las micro, pequeñas y medianas empresas constituyen la principal fuente de empleo en Colombia. Sin embargo, en la exposición de motivos se aduce que estas formas de organización empresarial encuentran limitado su acceso al sector financiero para obtener liquidez, pues, aunque existen algunos mecanismos como las líneas de redescuento, los productos de Bancoldex, el Fondo Nacional de Garantías y las políticas de la Banca de las Oportunidades, las posibilidades de obtener recursos inmediatos para mejorar sus flujos de caja mediante la movilización de cartera por medio de contratos de *factoring*²⁹ les resulta cada vez más

29 Instrumentos que apoyan nuevas formas de contratación, como el *leasing*, el *factoring* y la franquicia aparecen en las prácticas mercantiles en Colombia, con posterioridad a la expedición del Decreto 410 de 1971.

difícil, debido a la calidad de los documentos donde se encuentran instrumentadas las acreencias a su favor y en contra de sus clientes.

Estos créditos para descontar por las compañías *factoring*, o los establecimientos autorizados para concretar operaciones de compraventa de cartera, pueden estar contenidos en facturas comerciales, que en Colombia no son consideradas títulos valores, de manera que su circulación queda excluida de los beneficios propios del derecho cambiario, en cuanto no pueden transferirse por endoso, sino que debe acudir a la cesión³⁰, con los correspondientes requisitos para su eficacia: notificación al deudor y exhibición del documento, donde conste el traspaso firmado del cedente al cesionario. Estos requisitos enfatizan en formalidades que afectan la rapidez propia de los negocios mercantiles, restan seguridad jurídica a las transacciones e impiden la circulación del crédito, mediante la correspondiente función económica que cumplen los títulos valores.

Las facturas comerciales no aparecen reconocidas en el listado de títulos valores contenidos en el Código de Comercio, aunque, según la exposición de motivos, es innegable que cumplen las siguientes funciones: “Han sido tradicionalmente los instrumentos legales de soporte de transacciones de bienes y servicios”; “su expedición es una obligación clara para todos los comerciantes”; “son el instrumento generalizado de comprobación y soporte de las actividades comerciales convenidas y de las formas de pago de las mismas”.

Para superar estas dificultades, el proyecto propone reconocer en las facturas comerciales la naturaleza de títulos valores de contenido crediticio, para dotarlas de seguridad y eficiencia en su circulación, necesarias para desarrollar y masificar su circulación en el mercado. Al tiempo, se logra reducir: la informalidad en el comercio, las prácticas de elusión y evasión y la negativa, por parte de los deudores, al pago de las facturas que han sido transferidas por *factoring*.

La exposición de motivos no explicitó todos los intereses que concurrieron a la presentación del proyecto, pero si pensamos en algunos de los efectos tributarios para las compañías *factoring* o empresas autorizadas para desarrollar el negocio de compra y venta de cartera; es posible encontrar razones para sustentar que la ley no beneficia sólo a los microempresarios que acuden al factoraje como opción de financiación, sino que las más beneficiadas pueden ser las compañías mencionadas.

30 Artículo 1959 y siguientes del Código Civil.

6. LA LEY 1231 DE 2008³¹

El Código de Comercio de 1971 regula las facturas cambiarias de compraventa y de transporte. Su deficientes regulación y aplicación práctica hicieron difícil la utilización de estos títulos valores, por lo cual se buscó un cambio legislativo, que culminó con la expedición de la Ley 1231 de 2008. Las deficiencias eran las siguientes:

- a. El estatuto comercial refería sólo dos facturas, y la práctica requería una factura general para documentar el precio de la venta de bienes o el suministro de servicios. La nueva ley admite este tipo de factura abierto.
- b. La coexistencia de original y copia del título, teniendo en cuenta que la última quedaba en poder del vendedor o transportador, impedía contar con un título valor que legitimara para el cobro. La ley trata de corregir este proceder, con muy poca eficiencia. El artículo 1 dice que el *emisor*, vendedor del bien o prestador del servicio (de ahora en adelante, vendedor) *emitirá* un original y dos copias de la factura, y agrega que el original firmado por el emisor (ya se indicó que en la factura el vendedor no es emisor; sólo elabora el título. El artículo 1 de la ley, en efecto, usa dos expresiones “librar o entregar”, a diferencia del artículo 772 del Código de Comercio, que utilizaba la expresión “librar y entregar”) y por el obligado será título valor y lo deberá conservar el vendedor. Hasta ahí el texto es claro: el original, firmado por el comprador o beneficiario del servicio (de ahora en adelante, comprador), lo conserva el vendedor, que es el beneficiario del título. Pero el mismo artículo expresa que una de las copias se le entregará al comprador. El artículo 2 deja la impresión de que esa copia es la que se va a aceptar, pues allí se dice que el comprador deberá aceptar de manera expresa el contenido de la factura (una cosa parece ser aceptar el contenido y otra aceptar la obligación cambiaria). Luego, señala que la factura se considerará irrevocablemente aceptada si no se reclamase contra su contenido, bien sea mediante devolución de ésta o por reclamo escrito. Obsérvese que se reclama al devolver la factura, lo cual indica que se había enviado para que se aceptara; por lo tanto, la original no podía estar firmada. Allí, como se ve, hay una contradicción que deja sin resolver el mismo problema que existía antes.
- c. Dificultades para cobrar facturas “aceptadas” por dependientes del comprador, remitente o destinatario. Esta deficiencia fue solucionada por la ley, al establecer que cualquiera que sea la firma no se puede alegar la falta de representación;

31 La Ley 1232 fue expedida el 17 de julio de 2008: “Por la cual se unifica la factura como título valor, como mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario y se dictan otras disposiciones”.

esto es, le da poder vinculante a esas firmas, por supuesto, siempre que correspondan a empleados del deudor.

- d. Aunque nunca fue objeto de mayores observaciones, el artículo 772 del Código de Comercio estructuraba la factura como si en ella intervinieran tres partes, pues hablaba de un librador que libra y entrega o envía al comprador, quien sería el aceptante. En realidad, en la factura sólo hay un promitente y un beneficiario. Así lo aclaraba el artículo 617 del Estatuto Tributario, el cual dice que la factura la elabora (no la libra) el vendedor y la envía al comprador. La Ley 1231 no corrigió del todo esta imprecisión. El artículo 1 indica que la factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá *librar* o entregar. El artículo utiliza varias veces la palabra *emisor*. Incluso, el artículo 2 usa las palabras *aceptar*, *aceptación*, *aceptada*.

Por otro lado, la Ley 1231 se constituye en un esfuerzo frustrado de mejorar la situación de los beneficiarios de las facturas, pues, aunque corrigió algunas deficiencias, creó nuevos problemas, ambigüedades y contradicciones, con resultados muy negativos para la vida de estos títulos y para sus tenedores, como se irá mostrando.

6.1 La importancia de las facturas

Dentro de los propósitos de la Ley 1231 se encontraba regular un título que incluyera el precio por la venta de bienes o de servicios, pero, principalmente, que permitiera a sus titulares obtener financiación, mediante la venta de sus facturas a un tercero; concretamente, a una compradora de cartera; con frecuencia, una compañía *factoring*. Para que ello sea factible, es imprescindible que el adquirente del título reciba un documento que no tenga problemas en cuanto a su naturaleza de título valor o en cuanto al obligado cambiario. Ambos aspectos tienen configuración deficiente.

6.2 Los requisitos formales de las facturas

El artículo 3 de la ley, que modifica el artículo 774 del Código de Comercio, establece los requisitos que la factura deberá reunir para adquirir la naturaleza de título valor. Ellos son los indicados en el artículo 621 del Código de Comercio, los del artículo 617 del Estatuto Tributario, más los enunciados, con poca técnica, en el artículo 3. Se va a realizar una enunciación organizada de dichos requisitos; para ello, se indicará su origen y se agregará que, en forma innecesaria, el legislador ahogó este título en excesiva formalidad.

- a. La mención del derecho que en el título se incorpora. Este requisito referido en el artículo 621 hace mención al nombre del título valor de que se trata; en este caso, factura de venta. Éste se encuentra repetido en el literal *a* del artículo 617, del Estatuto Tributario (ET).
- b. El nombre del vendedor o quien presta el servicio o beneficiario de la factura con su Nit. Este requisito se encuentra tanto en el artículo 621, numeral 1, del Código de Comercio, como en el literal *a* del artículo 617, del ET.
- c. Nombre completo del adquirente y la discriminación del IVA pagado. Este requisito, con la exigencia de la mención del IVA, se encuentra en el literal *c* del artículo 617, del ET.
- d. El número del sistema de numeración consecutiva de facturas. Era exigencia del subrogado artículo 774 del Código de Comercio y ahora lo es del ET.
- e. La descripción de los bienes vendidos o servicios prestados. Lo dice el literal *f* del artículo 617, del ET. Se excluyó en este requisito la exigencia de la constancia de la entrega real y material de los bienes, contenida en el subrogado artículo 774, del Código de Comercio. La Ley 1231, en el artículo 1, reproduce, ampliado, el mismo texto que aparecía en el artículo 772 del Código de Comercio y que hace alusión al negocio causal. El tenor del nuevo texto es el siguiente: “no podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito”. Cuando la constancia del cumplimiento de la obligación del beneficiario de la factura aparece en la factura misma, al obligado cambiario se le cierra el abanico de excepciones causales que podría proponer en el evento de un cobro judicial.
- f. La fecha de expedición. Este requisito se encuentra en el literal *e* del artículo 617, del ET. No se incluyó el lugar de creación, por lo cual habrá que recurrir al artículo 621 del Código de Comercio para suplirlo, pues se trata de un requisito esencial de todo título valor. Lamentablemente, la metodología para suplir el requisito no es adecuada, pues en el texto de la factura no se exige que aparezca el lugar de la entrega, el cual supliría el de la creación.
- g. El valor total de la operación, como lo dice en un lenguaje no del todo afortunado el literal *g*, del artículo 617, del ET, es el precio de los bienes vendidos o servicios prestados, pues las facturas son títulos valores de contenido crediticio.
- h. El nombre o razón social y el Nit del impresor de la factura. Se trata de un requisito que no tiene ninguna relación con el derecho que se incorpora en la factura y que el artículo 617 del ET exige por razones de control.

- i. La indicación de que se es retenedor del impuesto sobre las ventas. Como el requisito anterior, éste no tiene nada que ver con el derecho cambiario. Es una exigencia de carácter fiscal, que se encuentra en el artículo 617 del ET.
- j. La fecha de vencimiento, para lo cual debe tenerse presente que, de acuerdo con el artículo 673 del Código de Comercio, la factura puede crearse pagadera a la vista o a día cierto, o a día cierto después de la fecha, o de la vista, o con vencimientos ciertos sucesivos. Este requisito se encuentra en el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1231. Ésta indica que si no se menciona la fecha de vencimiento, se entiende que éste ocurre treinta días después de la emisión. Claro que, de todos modos, el tenedor del título puede llenarla en cualquier momento, si tuvo autorización para ello.
- k. La fecha de recibo de la factura con indicación del nombre o identificación o firma del encargado de recibirla. Este es un requisito nuevo que aparece en el numeral 2, del artículo 3, de la Ley 1231. Pareciera que el propósito de esta exigencia fuera considerar la firma que refiere el numeral mencionado como aceptación, e impedirle, además, al comprador o beneficiario del servicio, alegar falta de representación “por razón de las personas que reciban las mercancías o el servicio en sus dependencias para efectos de la aceptación del título valor”, como lo dice el artículo 2 de la ley, en un lenguaje algo forzado. El tema de la aceptación será tratado un poco más adelante.
- l. La firma de quien lo crea. Este requisito se encuentra en el artículo 621 del Código de Comercio y se refiere a quien asume el compromiso de pagar el precio. El asunto será ampliado más adelante.

El artículo 3 de la Ley 1231, numerales 3 a 6, incluye otros requisitos; pero, en realidad, no tienen tal categoría y su enunciación es más bien el resultado de las lamentables fallas que tiene la mencionada ley en su redacción. El numeral 3, por ejemplo, dice que el emisor o vendedor o prestador del servicio debe dejar constancia, en el original de la factura, del estado de pago y las condiciones del pago, si fuere el caso, y que a la misma obligación estarán sujetos los terceros a quienes se haya transferido la factura. Si lo que se pretende decir en la primera parte es que se debe indicar la fecha de pago o de exigibilidad, eso ya está en otro numeral. Y si lo que se quiere expresar es que en la factura se debe anotar el pago que se haya hecho, tal anotación no sería requisito del título, sino prueba de que se hizo algún pago a un título ya existente. El siguiente numeral advierte que no tendrá carácter de título valor la factura que no llene los requisitos exigidos. El numeral 5 hace referencia a la potestad que tiene el comprador de pedir una factura no cambiaria y el último numeral advierte que la omisión de requisitos adicionales que establezcan normas distintas a las referidas en el artículo no afectarán la calidad de título valor de la factura.

6.3 Las partes de la factura

Se indicó antes que la factura la elabora –esto es, la produce materialmente– quien va a ser beneficiario de ésta, sin que él propiamente se vincule como librador o girador. De ahí que la factura sea un título valor de estructura bipartita, donde hay un promitente y un beneficiario. En la práctica, la factura es elaborada por el vendedor o prestador del servicio. Dentro de los requisitos menciona el nombre del comprador; éste firma y se obliga cambiariamente. La Ley 1231 (y también el Código de Comercio) entiende que esa es la firma de aceptación, lo cual es un error; técnicamente, el comprador (del bien o servicio) es promitente. Otra cosa es que ese promitente se equipare al aceptante, tal como lo dice el artículo 710 del Código de Comercio.

6.4 El surgimiento de la obligación cambiaria

Para que la factura adquiriera el carácter de título valor es imprescindible que el comprador firme el documento con los requisitos formales ya referidos. En ese momento aparece el obligado a pagar el precio de la factura. Según el artículo 1 de la Ley 1231, el vendedor elabora el original y dos copias de la factura. El original queda en manos del beneficiario, pero todavía no está aceptado. Una de las copias va para el comprador. El artículo 2 de la ley manifiesta que el comprador debe aceptar de manera expresa “el contenido de la factura”³², por escrito, ubicado en el cuerpo de ésta o en documento separado, físico o electrónico.

Aquí la ley evidencia más dificultades en su lectura, porque si al comprador se le envía una copia, esa es la que debe aceptar, y, ya se dijo, las copias no son títulos valores. La ley, además, agrega que se considera aceptada la factura³³ si no se reclama contra su contenido, bien sea mediante devolución de la factura o mediante

32 La expresión “aceptar el contenido” es distinta a aceptar la obligación cambiaria. Se trata de una imprecisión del legislador que proviene del hecho de haber utilizado el texto del artículo 944 del Código de Comercio para estructurar la nueva factura cambiaria. Este artículo se refiere a la factura comercial que siempre se ha elaborado en las transacciones comerciales para documentar el contrato de compraventa. En este artículo se encuentra la expresión “no reclamándose contra el contenido [de la factura] se entenderá como irrevocablemente aceptada”. Esta aceptación, en el contexto del artículo 944, es del contenido del documento. La Ley 1231 no hizo las respectivas adecuaciones del lenguaje.

33 La Ley 1231 tomó una posición opuesta al texto del artículo 778 del Código de Comercio, el cual decía que la no devolución de las facturas cambiarias en un plazo de cinco días a partir de la fecha de recibo se entenderá como falta de aceptación. El texto del Código de Comercio es de mayor sensatez, pues considerar aceptada una factura sin firma no sólo va contra el principio básico del derecho cambiario, contenido en el artículo 625 del Código de Comercio ³4pues éste liga la obligación cambiaria a la firma puesta en el título, seguida de la entrega y de la intención de hacerlo negociable⁴, sino que crea incertidumbres no convenientes en el campo cambiario.

reclamo escrito hecho dentro de los diez días calendario siguientes a su recepción. O sea, considera que hay aceptación tácita, se supone, de una copia que no ha sido devuelta, porque, se repite, la original está en manos del vendedor. Se afirma lo anterior porque no se puede hablar de devolución si antes no hubo envío. Aun suponiendo que se envió la original, nunca podría hablarse de aceptación si ella no es devuelta, pues el beneficiario no tendría un documento para hacer exigible su derecho.

A pesar del intento de la ley por solucionar el problema que existía con las copias, el resultado no ha sido satisfactorio. Tampoco su intento de crear la aceptación tácita. Aunque el lenguaje para ello hubiera sido claro, no es justificable excepcionar el precepto del artículo 625 del Código de Comercio cuando no se logra mayor eficiencia, ni seguridad.

En la práctica, una aplicación adecuada de la ley exige que el vendedor se preocupe por hacer firmar la factura original y tenerla en sus manos para poder hacer efectivo el derecho. Aceptaciones tácitas, sin el documento, no le dan ninguna garantía.

6.5 La factura como título valor causal

De la enunciación de los requisitos formales de la factura se puede colegir que ella es un título valor causal. La causa es la venta de un bien o el suministro de un servicio, que han sido efectivamente dados, pues la ley expresamente dice en su artículo primero que no podrá librarse factura que no corresponda a bienes entregados real y materialmente, o a servicios efectivamente prestados. Por su parte, el artículo 2 indica que una vez la factura sea aceptada, se considerará frente a terceros de buena fe exenta de culpa que el contrato que le dio origen ha sido debidamente ejecutado³⁴. El mismo artículo 2 agrega que al momento de aceptarse la factura, se debe dejar constancia del recibo de la mercancía o del servicio³⁵, aunque la omisión de la constancia no parece tener ningún efecto. Por ser un título causal, cualquier tenedor del título está sujeto a que el deudor le pueda proponer excepciones derivadas del negocio causal que dio origen al título, así él no haya sido parte del contrato.

El artículo 7 de la ley parece querer insistir en tal posibilidad, cuando expresa: “Únicamente para efectos del pago, se entiende que el tercero a quien se le ha endosado la factura, asume la posición del emisor de la misma”. Aunque el texto

34 Los textos citados de los artículos primero y segundo son los mismos de los artículos 772 y 773 del Código de Comercio, ampliados para incluir la prestación de servicios.

35 Dentro de los requisitos de la factura, los artículos 774, numeral 4, y 775, numeral 6, exigían que se dejara constancia de la ejecución del contrato por parte del vendedor del bien o prestador del servicio. La ley eliminó esa constancia como requisito de existencia de la factura.

no es ni técnico ni claro, lo que se puede concluir es que ese endosatario que va a cobrar es tratado como si fuera parte del negocio causal y, por lo tanto, susceptible de ser atacado con las excepciones que tengan que ver con el incumplimiento, pues la constancia del cumplimiento debe aparecer en el título, y la misma ley la presupone. En ese sentido, las excepciones tendrían que referirse a asuntos menos probables, como podrían ser los vicios del negocio.

6.6 La creación de la factura con espacios en blanco

Como regla general, los títulos valores pueden crearse dejando espacios en blanco. Incluso, un documento con la sola firma puede llegar a ser título valor; así lo autoriza el artículo 622 del Código de Comercio. La factura también puede crearse dejando espacios en blanco, pero no con la amplitud del artículo 622, pues el artículo 617 del ET exige que, al momento de crearse, tenga, como mínimo, los requisitos de los literales *a*, *b*, *d*, y *h*, referidos arriba. Se trata de una restricción más de carácter fiscal que cambiaría y difícil de controlar.

6.7 La aplicación de las normas de la letra de cambio a las facturas

El artículo 5 de la ley refrasea el artículo 779 del Código de Comercio y manda aplicar a las facturas las normas relativas a la letra de cambio. Por ello, a las facturas se les aplican las normas sobre pago, transferencia por endoso, pues la ley no parece admitir la factura al portador, prescripción y demás instituciones aplicables a la letra de cambio. Así, resultan repetitivas algunas normas, como la del artículo primero, según el cual la factura original es negociable por endoso³⁶; el artículo cuarto, que permite pactar pagos por cuotas³⁷, y su párrafo, que pide se anoten en la factura los pagos parciales³⁸; el artículo 6, que reitera que la factura se transmite por endoso, y el párrafo del mismo artículo, que por tercera vez menciona la idea del endoso del título a la orden; y el artículo 7, que ordena pagar el título al legitimado por endoso³⁹.

Por otro lado, el último inciso del artículo 7 refiere excepciones a la regla que se viene comentando, pues no permite límites, restricciones o prohibiciones a la libre

36 Véase el artículo 651, del Código de Comercio.

37 Cfr. el artículo 673, del Código de Comercio.

38 El artículo 691 del Código de Comercio admite el pago parcial, y, por supuesto, para respetar el principio de literalidad, en el cuerpo de la letra se deben anotar esos pagos. Por esta razón, se equivoca el párrafo del artículo 4 al aceptar que los pagos parciales no se restrinjan en la factura.

39 El artículo 647 del Código de Comercio establece que es tenedor legítimo del título quien lo posea conforme con su ley de circulación y la factura, a la orden legítima a quien sea endosatario.

circulación de la factura o su aceptación, dentro de las cuales tal vez la única que se puede mencionar es el endoso con la cláusula “no negociable”. En lo que tiene que ver con la prohibición para la aceptación, puede decirse que ella toca un punto fundamental, relacionado con la existencia del título, como se señaló en otra parte de este texto.

BIBLIOGRAFÍA

- Colombia (1989, 30 de marzo). Decreto 624, Por el cual se expide el estatuto tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuesto Nacionales.
- Colombia (2007, 19 de octubre). Exposición de motivos Proyecto de Ley 151 de 2007, Senado, por la cual se fortalecen mecanismos de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario, se crean las facturas comerciales como títulos valores y se dictan otras disposiciones. *Gaceta del Congreso, Senado y Cámara*, 533(XVI).
- Colombia (2008, 17 de julio). Ley 1231 de 2008, por la cual se unifica la factura como título valor como mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, 47053(CXLIV).
- Colombia (2008, 11 de noviembre) Decreto 4270, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1231 del 17 de julio de 2008.
- Colombia, Corte Constitucional (2001). Sentencia T-085 de 2001, por el magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (2008). Proyecto de Decreto Reglamentario de la Ley 1231 de 2008, por el cual se reglamenta la Ley 1231 de 2008, sobre la factura título valor y se dictan otras disposiciones.
- Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, Banco Interamericano para el Desarrollo (1967). Proyecto de Ley Uniforme de Títulos Valores para América Latina. Buenos Aires: Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, Banco Interamericano para el Desarrollo.
- LOPERA SALAZAR, Luis J. *Títulos valores, teoría general y especial*. Medellín: Señal Editora, 1998.
- PEÑA NOSSA, Lisandro y RUIZ RUEDA, Jaime. *Curso de títulos valores*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1997.
- RENGIFO, Ramiro. *Títulos valores*. Medellín: Señal Editora, 2008.
- TRUJILLO CALLE, Bernardo. *De los títulos valores de contenido crediticio*. Bogotá: Temis, 1995
- VIVANTE, César. *Tratado de Derecho Mercantil*. Madrid: Editorial Reus S.A, 1932.



Autora: Paola Gamboa

Título: ¿Habitar?

Técnica: acrílico y carburo de silicio sobre lienzo

Dimensiones: 4.00 x 1.70 m

Año: 2008

EL DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL FRENTE A LA GLOBALIZACIÓN*

* Artículo producto final de la investigación terminada “*Efectos de la globalización en el Derecho de Asociación Sindical*”. Financiada por el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia e inscrita en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la misma universidad. El informe final de la investigación fue aprobado en el Acta No. 04 del 15 de abril de 2009, emitida por el Comité Técnico de Investigaciones.

Fecha de recepción: Marzo 31 de 2009

Fecha de aprobación: Abril 24 de 2009

EL DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL FRENTE A LA GLOBALIZACIÓN

*María Rocío Bedoya Bedoya***

RESUMEN

El proceso de globalización económica plantea cambios significativos en las tradicionales formas de regulación y organización del trabajo que se explican por la inversión de la relación establecida entre el derecho, la política y la economía. En este trabajo se analiza la relación del proceso de globalización con la configuración estructural del sistema jurídico-laboral y su modo de regular las relaciones de trabajo y de impactar el derecho de asociación y negociación colectiva, señalando los riesgos que supone la mundialización, así como los retos y oportunidades del movimiento sindical en su dimensión internacional.

Palabras clave: globalización, regulación global de las relaciones de trabajo, dimensión internacional de los sindicatos, estándares internacionales sociales, negociación colectiva supranacional, derecho de asociación sindical.

THE RIGHT OF ASSOCIATION FOR TRADE UNION CONFRONTED TO GLOBALIZATION

ABSTRACT

The process of economic globalization brings significant changes in traditional forms of regulation and organization of work which can be explained by the reversal of the relationship between law, politics and economics. This paper examines the relationship of globalization with the structural configuration of the labor legal system and its way of dealing with labor relations and how it impacts to the right of association and collective bargaining, pointing not only the risks of globalization but also the challenges and opportunities of the trade union movement in its international dimension.

Key words: globalization, global regulation of labor relations, international trade unions, social international standards, supranational collective bargaining, right of association for trade union.

** Investigadora principal de la investigación referida. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Candidata a doctora en Gobierno y Administración Pública del Instituto Ortega y Gasset adscrito a la Universidad Complutense de Madrid. Magíster en Ciencia Política de la Universidad de Antioquia y Especialista en Derecho Laboral de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Colombia.

EL DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL FRENTE A LA GLOBALIZACIÓN

INTRODUCCIÓN

El Derecho de Asociación Sindical ha sufrido profundas transformaciones e impactos en el marco de la globalización. La asimetría entre un espacio de poder supranacional y la situación nacional del sindicalismo nos plantea problemas de eficacia y función de la acción sindical, lo que nos lleva a pensar en la necesidad de una “revolución cultural e institucional” en el sindicalismo mundial, capaz de ganar esa “nueva frontera” en su actuación a partir de la construcción de estrategias y estructuras organizativas que le permitan el despliegue necesario de la acción sindical en el plano supranacional.

En este artículo realizaremos en primer lugar una aproximación a la globalización económica con el fin de identificar los elementos adecuados para el análisis de la relación del proceso de globalización con la configuración estructural del sistema jurídico laboral y su modo de regular las relaciones de trabajo. En esta perspectiva, examinaremos en segundo lugar la incidencia de la globalización en el derecho de asociación sindical, enfatizando los elementos que en Colombia impiden el ejercicio de las libertades sindicales.

Y en tercer lugar, plantearemos los retos y oportunidades de los sindicatos colombianos en el espacio de la globalización, tomando como punto de partida la experiencia de los sindicatos en Europa.

1. APROXIMACIÓN A LA GLOBALIZACIÓN

Aunque existen diversos enfoques acerca de la globalización, nos interesa la noción que alude a una trama compleja de procesos multicausales (Ulrich Beck, 1998: 28)¹

1 Beck le atribuye a la globalización múltiples causas, queriéndola diferenciar de la noción de *globalismo* “según la cual el mercado mundial desaloja o sustituye el quehacer político; es decir, la ideología del dominio del mercado mundial o la ideología del liberalismo. Ésta procede de manera monocausal y economicista y reduce la pluridimensionalidad de la globalización a una sola dimensión, la económica” mientras que la noción de *globalismo* deja de lado las globalizaciones ecológica, cultural, política y social, imperando una visión del imperialismo de lo económico, que considera la sociedad como una empresa.

y crecientes que actúan de manera contradictoria o antagónica (Anthony Giddens, 2000: 25), y no como un único proceso armónico. Se trata de “procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios” (Ulrich Beck, 1998) que desde el ámbito económico suponen una internacionalización a escala planetaria del sistema económico capitalista, sin desconocer su evidente multidimensionalidad que se expresa en los ámbitos social, cultural y político.

En este sentido, la globalización implica una combinación de procesos económicos, sociales, políticos, ideológicos y culturales con acelerada extensión e intensificación de las relaciones sociales capitalistas y hace referencia fundamentalmente al surgimiento de “regiones supranacionales” que buscan constituirse en nuevos polos de poder económico y político como ocurre con la Comunidad Económica Europea, la Cuenca del Pacífico y Mercosur. Esa forma de estructuración mundial se caracteriza por la intensificación en la dinámica mundial de los capitales, las tecnologías, las comunicaciones, las mercancías y la mano de obra, integrándose en un mercado de escala internacional (Beltrán y Cardona, 2005: 46).

La versión económica de la globalización es la que más interesa a los juristas del trabajo en tanto pone de relieve la relación entre los mecanismos de circulación del capital, los sistemas financieros y la mundialización de los mercados con la regulación de los sistemas productivos y las formas de organización del trabajo que desemboca en una crisis de las tradicionales formas de regulación de las relaciones laborales (Baylos, 1999: 20), provocando de un lado, una drástica disminución del control de los Estados respecto de la regulación nacional de la economía, y de otro lado, un replanteamiento de las relaciones internacionales clásicas, por cuanto trascienden la regulación sólo a través de los tratados internacionales (Lyón-Caen, 1994: 102-103).

Evidentemente este proceso globalizador no afecta de igual forma a todos los países, regiones y ciudades.² Por ejemplo la competencia internacional entre países, regiones y ciudades, ha traído ventajas a aquellos países desarrollados –los del norte-, que llegan a la globalización con mayores conocimientos, mejores condiciones

2 En este sentido, se pronuncia Aldo Ferrer, para quien la globalización ha ejercido siempre una extraordinaria influencia sobre América Latina. “No es, probablemente, exagerado sostener que, en los cinco siglos transcurridos desde las epopeyas de Colón y Vasco de Gama hasta la actualidad, América Latina es la región del mundo en que la globalización ha impactado más profundamente. La persistencia del subdesarrollo latinoamericano y la situación de nuestros países a fines del siglo XX sugieren que, en el largo plazo, han prevalecido las malas sobre las buenas respuestas al dilema del desarrollo en el mundo global”. En: América Latina y la Globalización. Revista de la CEPAL Número Extraordinario, Universidad de Buenos Aires, Octubre 1998, p.156.

tecnológicas y trabajadores con altos niveles educativos, en contraposición con los países en desarrollo –los del sur y los del este-, cuyos conocimientos y condiciones tecnológicas y educativas son menores para competir en el escenario internacional; lo que ha contribuido a incrementar las desigualdades y la desintegración social, limitando las posibilidades de un desarrollo sustentable en condiciones de justicia y equidad.

Algunas dinámicas mundiales de la globalización económica que afectan directamente a los trabajadores y a sus organizaciones sindicales son:

- La creciente concentración más allá de mercados y espacios, que genera una dependencia mutua de la actuación económica y de la supresión de límites de sistemas nacionales políticos, económicos y sociales. Significa que cada vez más las economías dependen de los flujos de capital global, como sucedió con las crisis consecutivas de las bolsas en Asia, Rusia, posteriormente New York y actualmente en el mundo, que desestabilizan el precio de los productos en el mercado, cayendo el dólar y el euro, quebrando varias empresas y afectando a todos los países en el globo. En este contexto el papel de los estados nacionales tiende a no ser hegemónico, cediendo terreno al mercado.
- La progresiva movilidad de los factores de producción, por las crecientes posibilidades de la comunicación, información y transporte. La libertad de circulación del capital financiero y de inversiones aumenta; los preceptos legales e impositivos nacionales se armonizan en perspectiva de generar una “convergencia internacional”. Así, con los avances tecnológicos y comunicacionales los costos de producción se reducen, los capitales viajan de un lugar a otro (capitales golondrina), en donde mejores ganancias obtengan. En esta dirección, las grandes empresas comienzan su ciclo de especulación financiera vendiendo sus productos en tiempo real sin que necesariamente hayan sido producidos, poniendo el dinero a circular en el mercado mucho antes que la producción.
- La producción se globaliza, imponiéndose la figura de la ‘fábrica global’, que transforma formal o realmente todas las otras formas de organización social y técnica del trabajo, de la producción y la reproducción ampliada del capital. Toda economía nacional se vuelve provincia de la economía global. El modo capitalista de producción entra en una época propiamente global, y no internacional o multinacional (Octavio Ianni, 1996: 6-7), lo que significa que las empresas se vuelven “jugadores globales”, que mediante compras, empresas comunes y fusiones descentralizan su producción; así, cada parte de un producto se realiza en un lado distinto del globo, garantizando con esto, reducción de costes en mano de obra, de infraestructura y de carga tributaria.

De otro lado, la internacionalización de los mercados de trabajo produce además flujos migratorios intensos,³ en los que se han apreciado, especialmente en los países del tercer mundo, relaciones estrechas entre los mercados de trabajo locales sub-nacionales y los mercados de trabajo regionales supra-nacionales, con la consiguiente repercusión en la clásica unidad nación (Estado) / mercado laboral (Thomas, 1995:16-17).

En estas condiciones, es clave diferenciar el proceso de cambio estructural a escala mundial o global y el proceso de globalización selectiva o hegemónica que tiene por epicentro a EE.UU y los acuerdos del “Consenso de Washington” de mediados de la década del 80, conceptos en los cuales se inspiran los organismos internacionales de crédito y los “programas de ajuste” que se aplican en América Latina y en otras regiones del mundo (Barbosa y Grippo, 2000: 2).

Así las cosas, se puede afirmar que existe consenso en que la globalización no está evolucionando equitativamente, “y de ninguna manera es totalmente benigna en sus consecuencias” (Giddens, 2000: 27), como se evidencia en los procesos de integración económica, financiera y comercial en el plano mundial, los cuales llevan consigo la desregulación y re-regulación de las estructuras productivas, para que éstas puedan responder a un proceso global de competencia, siempre más exigente en términos de competitividad en los costes laborales.

El “sistema mundo” (I. Wallerstein, 1999)⁴ y “la economía-mundo” (F. Braudel, 1985: 126)⁵ en cuanto forma unitaria de capitalismo con perspectiva geohistórica, sociológica y antropológica, entiende la economía en el mercado de todo el universo, que en la fase de la globalización neoliberal genera la modificación del marco nor-

3 En el marco de la reciente historia migratoria de Colombia el éxodo de colombianos entre 1999 y 2004 no tiene precedentes. EEUU, España, Venezuela y Ecuador son en ese momento los principales destinos de los emigrantes colombianos. (Libro Blanco, 2008, AESCO, España). Los datos aportados en las distintas investigaciones revelan cifras aproximadas del fenómeno migratorio. Los registros de entradas y salidas del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) muestran que en 1999 hubo una salida neta de 224.000 colombianos y en 2000 y 2001 de 282.000 colombianos cada año. Según cálculos de Cárdenas y Mejía (2006), entre 1996 y 2005 emigraron 1.900.000 colombianos al extranjero, para una cifra de casi 4 millones de colombianos en los últimos diez años, lo que genera fuertes impactos tanto en el país de origen como en el de destino.

4 El sociólogo e historiador estadounidense Immanuel Wallerstein (1930) influido por los trabajos de F. Braudel desarrolló el concepto de economía-mundo capitalista, en el cual argumenta la necesidad de considerar al capitalismo de forma unitaria y con perspectiva histórica, es decir, de analizar las relaciones entre centro, periferia y semiperiferia como componentes de un único sistema mundial y la división del trabajo entre países explotadores, explotados e intermedios.

5 Refiriéndose a la globalización, Braudel propuso una especie de teoría general geohistórica que contempla las más diversas configuraciones de economías mundo, bajo el influjo del funcionalismo de Durkheim y combinando disciplinas como la historia, la sociología, la geografía, la antropología y otras. Entendió el concepto de economía mundial como la economía del mundo globalmente considerado o el mercado de todo el universo.

mativo de las relaciones laborales en un país determinado, a través de las políticas de flexibilidad que modifican el cuadro legal y de valores que rigen las relaciones entre los actores sociales, como un proceso de “desvalorización competitiva” de las políticas sociales nacionales (Perulli, 1999: XII).

Colombia ha sufrido fuertes impactos con la globalización, sobre los cuales volveremos más adelante. Dichos impactos se encuentran asociados a la estructura económica, al comportamiento del mercado de trabajo y a la propia sostenibilidad del crecimiento, que se materializan en la tercerización del sector comercio y financiero y de los servicios, en un mercado laboral flexibilizado e informalizado, en un aumento de los índices del subempleo y en unas reformas legislativas en materia comercial y laboral durante la década del 90, que ligaron directamente “la progresiva internacionalización de la economía” y la “competencia mundial de países hasta ahora alejados del escenario económico” con la necesidad de extender y profundizar la “flexibilidad” en la gestión de la empresa y en el manejo de la relación laboral, modificando de manera significativa la normatividad laboral y los valores.

En el mismo sentido, se ha señalado que las reformas legislativas impulsadas en los cuatro países del Mercosur que comparten la “flexibilidad” laboral como paradigma, justifican ese “Derecho del Trabajo Minimalista” en las exigencias de competitividad a escala global (Barreto, 1998: 21 ss.) e igual ocurre en el caso de la integración europea con las propuestas de recorte del gasto social, de mayor flexibilidad laboral y de reducción de los costes laborales, que vienen justificadas por imperativos de la unidad monetaria y de recuperación de competitividad en los mercados internacionales (Aparicio, 1997: 59; Lettieri, 1997: 48 ss.).

Pero más allá de estos derroteros, lo que la globalización plantea, de modo general, es una evidente inversión en la relación establecida entre el derecho, la política y la economía de mercado en las democracias surgidas de la segunda post-guerra mundial, donde adquiere prevalencia la economía sobre la política, afectando profundamente el compromiso constitucional y el principio de autorregulación social dirigido a la gradual remoción de las desigualdades materiales, aun manteniendo el sistema de libre empresa como base de la creación de riqueza y de acumulación (Baylos, 1999: 22).

2. LA GLOBALIZACIÓN Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO LABORAL

El siglo XIX fue escenario de la lucha de los trabajadores y los sindicatos por la unificación internacional de la legislación laboral. Por muchos es conocida la consigna marxista, adoptada también como bandera de lucha y ampliamente ge-

neralizada “proletarios de todos los países uníos” (Manifiesto Comunista (1848), citado por Ramírez, 2005). Este importante antecedente histórico, lo mismo que los convenios internacionales del trabajo de la OIT, constituyen intentos importantes de internacionalizar los derechos laborales; pero con la globalización el sentido de esta internacionalización varía, dado que la economía de mercado coloca las relaciones internacionales por encima de la normatividad laboral nacional de los Estados.

La globalización y la lógica del mercado ponen en riesgo a todos los actores sociales y económicos, y particularmente a los trabajadores al enfrentarlos a una supervivencia sin futuro asegurado; el riesgo convoca a la competencia desenfrenada para buscar puertos más seguros y desplazar a los competidores que nos lo imponen; así, compiten los individuos, las empresas, las ciudades y los países para posicionarse en algún lugar de la sociedad o del planeta.

La apertura económica también pone en riesgo la posibilidad de autodeterminación de las naciones, obligadas a abrir sus fronteras sin ninguna contraprestación, más allá de inscribirse a las leyes del mercado, de ser competitivas. Este riesgo se convierte en amenaza, ante la ausencia de un proyecto político nacional que lo encause en condiciones distintas en el escenario de la competencia global.

Ante estos riesgos, los trabajadores buscan conectarse de manera directa al mercado internacional, renunciando a sus antiguas reivindicaciones, reconvirtiendo su tradición de lucha frente al capital, y aún más, transformando su sentido de clase para adecuarse a los conceptos de mercado y de globalización que exigen una nueva mentalidad. Se han generado así, importantes transformaciones en el mundo del trabajo, entre las que se destaca la fractura del movimiento sindical y de sus derechos laborales, entre los cuales sobresale la afectación del derecho de asociación a causa de los fuertes procesos de desregulación y flexibilización laboral que han dado al traste con el contrato de trabajo a término indefinido y han venido generalizando los contratos de trabajo a término fijo o las formas de contratación desprovistas de regulación laboral.

En Colombia, como se enunció anteriormente, tenemos claros ejemplos en los últimos años asociados a la estructura económica, al comportamiento del mercado de trabajo y a la propia sostenibilidad del crecimiento que permiten dar cuenta de los cambios en el mundo del trabajo y de la situación de los derechos de los trabajadores en Colombia, en el marco de una profunda violencia, impunidad y violación a los derechos laborales y sindicales.

La estructura de la economía colombiana presenta una tendencia hacia la tercerización del comercio, del sector financiero y de los servicios gubernamentales, lo que revela una clara tendencia hacia una economía de servicios, en detrimento

de una base productiva que genere valor agregado y contribuya a generar empleo productivo y a mejorar el nivel de vida de la población y, en relación con el mercado laboral, se registra que el aumento del producto es superior al crecimiento de los puestos de trabajo a término indefinido, generándose un aumento del trabajo temporal después de la recesión de los años 98 y 99 (Sanín, 2007: 2).

De igual modo, se mantienen altos índices de subempleo que refuerzan la afirmación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Colombia en cuanto admite un crecimiento económico con salarios de baja calidad. También la Inversión Extranjera Directa (IED) ha impactado de manera negativa el derecho al trabajo y el derecho de asociación sindical en Colombia por cuanto la IED en la industria extractiva utiliza poca mano de obra y refleja unas cifras más bien bajas de sindicalización si las comparamos con otros países latinoamericanos como Brasil, que son grandes receptores de IED (Sanín, 2007: 3-5).

Otros factores que explican los bajos niveles de empleo y sindicalización en Colombia tienen que ver con la violación de los derechos laborales, fundamentalmente por parte de empresas nacionales y transnacionales como Avianca, Telecom, Dole Fresh, Flowers, Banco Santander, Bavaria (hoy filial de SAB Miller), Chiquita Brands (sancionada en el 2007 por financiar grupos paramilitares para cometer crímenes de lesa humanidad en el Urabá antioqueño), Drummond Mining⁶, entre otras, lo que pone en cuestión el comportamiento moral y laboral de estas multinacionales en territorio colombiano.

Así mismo, se observa una profunda precariedad de las condiciones de trabajo a consecuencia de las estrategias empresariales de desregulación. Las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA) son claro ejemplo de ello en cuanto formas de evadir los derechos laborales mínimos, contribuyendo a deteriorar la calidad del empleo en Colombia mediante la afectación del contrato de trabajo y de la convención colectiva.⁷ La OIT en la 97 Conferencia de junio de 2008, a través de la Comisión de Aplicación de Normas instó al Estado colombiano a adoptar sin demora disposiciones legislativas para asegurar que los contratos de servicio o de otro tipo y las cooperativas u otras medidas no sean utilizadas como medios para menoscabar los derechos sindicales y la negociación colectiva.

6 La Drummond Mining fue llamada a responder ante las cortes norteamericanas por su complicidad en el asesinato de tres dirigentes sindicales del sindicato Sintraminergética por orden del líder paramilitar Jorge 40, en momentos en que la organización sindical estaba en conflicto laboral con la empresa.

7 Según el Banco de Datos de la Escuela Nacional Sindical de Medellín, entre el año 2000 y 2005 se presenta un crecimiento desbordado en el conjunto del sector cooperativo del país, para un total de 2980 cooperativas con 378.933 asociados, estrategia empresarial que se ha implementado en distintos sectores económicos y que ha entrado en conflicto con el movimiento sindical, por cuanto afecta sus organizaciones y su capacidad de respuesta.

Y como si fuera poco, se ejerce una violencia sistemática, permanente y selectiva contra el sindicalismo colombiano, en un contexto general de impunidad⁸ que corrobora la fragilidad de nuestra democracia y la distancia que existe entre ese país formal que consagra el derecho fundamental a la asociación sindical y el país real donde se violan permanentemente los derechos de los sindicatos (Sanín, 2007: 11).

En este contexto, el Estado-nación, como mayor escenario de representación de los diferentes intereses políticos, se encuentra en una situación de debilitamiento e inestabilidad, haciéndose menos atractivo como espacio para la resolución y negociación de intereses reales, al tiempo que está compelido a generar las condiciones para hacer atractiva la inversión internacional en Colombia. Situación esta que a su vez debilita el rol de los partidos y movimientos políticos y fractura sustancialmente al movimiento sindical colombiano, retándolo a la creación o inserción en otros escenarios de poder.

Esa aparente disminución de la capacidad del Estado-nación de intervenir en el proceso de acumulación de capital y determinar políticas económicas refleja el poder recién descubierto que el capital transnacional logró sobre los Estados-nación y las clases populares y desplaza el poder hacia un espacio transnacional no sujeto a control directo de los Estados nacionales, produciéndose un mayor afianzamiento del poder de las clases explotadoras sobre las clases explotadas (Robinson, 2007: 120-121).

Los procesos de globalización y liberación económica, acompañados por la multiplicación de las diferentes formas de reinserción al mercado mundial como los bloques comerciales o integraciones económicas regionales, se caracterizan por el concierto de intereses del capital que hacen sobrar las fronteras estatales nacionales, para transitar por el rumbo de la competencia internacional. La integración económica internacional, en forma de acuerdos comerciales, adquiere tras el paso del tiempo mayor connotación, en la medida en que propende por la eliminación discriminatoria de todas las barreras comerciales entre dos o más naciones y establece elementos de cooperación y coordinación. Aunque es claro que la integración no es un remedio para corregir los males de una economía nacional, muchos de los grandes economistas sostienen que el establecimiento de acuerdos de integración bajo condiciones óptimas significará ventajas para quienes los realicen.

8 Aproximadamente cada tres días durante los últimos 23 años ha sido asesinada una trabajadora o un trabajador sindicalizado, para un total de 2.694 a 12 de febrero de 2009, de los cuales 685 eran dirigentes sindicales. Estos datos revelan que más del 60% de los sindicalistas asesinados en todo el mundo son colombianos. Datos Suministrados por la Escuela Nacional Sindical de Medellín, Colombia, el 12 de febrero de 2009 ante la Comisión de Educación y Trabajo del Congreso de los Estados Unidos.

Los acuerdos de integración económica existentes, nacieron en su mayoría por la adhesión de los países a la Ronda de Uruguay del GATT y su ratificación a la Organización Mundial del Comercio (OMC), el NAFTA, el MERCOSUR, y los TLC firmados por Estados Unidos con países como Chile, Jordania, Singapur y Australia, y el acuerdo que ha alcanzado el mayor éxito en integración económica, que sin lugar a dudas, ha sido la Unión Europea, con normatividad común laboral y económica.

La definición de mecanismos de control en dichos tratados, se caracteriza por una instancia de consulta y cooperación. En el acuerdo de Cooperación Laboral, las partes establecen una comisión integrada por un Consejo Ministerial, órgano rector de la Comisión y un Secretariado; la Comisión cuenta con la colaboración de la Oficina Administrativa Nacional de cada una de las Partes (a nivel de gobierno), cuya función es la de servir de enlace con las otras dependencias gubernamentales, la Secretaría y los comités consultivos nacionales. Sólo al nivel de estos últimos se permite la participación de los representantes de organizaciones de empleadores y trabajadores, teniendo la tarea de prestar asesoría sobre la aplicación y desarrollo del acuerdo.

Los supuestos que rigen esta cooperación laboral son los de evitar la explotación de los trabajadores bajo la consigna de expandir el intercambio comercial y el de la inclusión de los principios fundamentales dentro de la legislación nacional de los tres países, dependiendo del nivel de cumplimiento con el desarrollo de los Estados miembros.

Las partes dentro del acuerdo de cooperación laboral se comprometen a promover la observancia y la aplicación efectiva de la legislación laboral de cada una de las partes; a promover la transparencia en la administración de la legislación laboral, al igual que los principios laborales bajo las condiciones que establezca su legislación interna, sin que constituyan normas comunes mínimas para dicha legislación, lo cual quiere decir que no se estructura como un derecho comunitario laboral.

Estas experiencias han generado consecuencias considerables a nivel laboral y social. Para la Conferencia Interamericana de Ministros del Trabajo de la OEA, celebrada en Chile en 1998, el proceso de globalización se realiza mediante acuerdos multilaterales, que van aparejados con ajustes estructurales que afectan el trabajo con fenómenos como la privatización y la desregulación. Dichas decisiones las asume el Estado, determinando cómo se conciben las integraciones económicas y la manera como deben llevarse a cabo los referidos ajustes.

Son variados los efectos sobre el mercado del trabajo. En materia de empleo, las empresas situadas en los países desarrollados buscan emplear trabajadores no ca-

lificados en países en vía de desarrollo y aumentar su producción abaratando los costos laborales a través de la deslocalización industrial;⁹ millones de profesionales del tercer mundo, entrenados, formados y graduados a un costo nada despreciable, con recursos generados por la sociedad de sus propios países pobres, escapan ante la dificultad de encontrar empleos dignos o ante la tentación de lograr mejores ingresos en el extranjero (Moreno Cano, 2007: 250-251) y, otros tantos menos calificados emigran también hacia países ricos a realizar las tareas y oficios que los autóctonos de esos países no quieren realizar. Estas condiciones hacen suponer, en teoría, que se aumentaría el empleo en el sector privado, especialmente en el sector de exportación compensando la disminución del empleo en el sector que compite con los bienes importados. Estas circunstancias ejercen una presión sobre la política laboral buscando compensar a los grupos más vulnerables en el ajuste y en el logro de un equilibrio económico.

Es precisamente el ajuste a las nuevas condiciones, el que exige una flexibilización en el mercado laboral, que se manifiesta entre otras, en una reducción del empleo público mediante la privatización y/o reestructuración de las empresas del Estado y en la aplicación de nuevas formas de enganche laboral que implican precarización de las condiciones de trabajo a través de la contratación externa (tercerización), la subcontratación, los contratos a término fijo a través de empresas temporales y la contratación a través de las cooperativas de trabajo asociado.

De conformidad con esta realidad, podríamos afirmar que estamos ante la presencia de procesos macro-económicos que generan daños micro-políticos (Luis de Sebastián, 2002: 57). En cuestión de cambios en el derecho del trabajo, para muchos países afectados por la globalización constituye un constante reto la manera como se realiza la desregulación y flexibilización de la relación laboral y la privatización de muchas de sus empresas estatales, bajo el argumento de que son las nuevas exigencias del mercado mundial para ser más eficientes y competitivos.

Otros, en cambio, consideran que los cambios en la normatividad laboral producto de la injerencia de la globalización en esta rama del derecho, son simplemente una forma de emprender una nueva perspectiva en la que se establezcan comunidades productivas capaces de rediseñar sus propios proyectos de acuerdo con las exigencias que sobrevengan de esa apertura de fronteras, de manera que se encuentre

9 La deslocalización empresarial o industrial es un fenómeno inherente a cualquier economía industrializada que participa de la competencia internacional. Consiste en trasladar todo o parte de la producción a otros países, donde se intenta optimizar la rentabilidad de las inversiones realizadas, a base de conseguir en el país de destino menor coste de mano de obra, mayores beneficios fiscales, menor coste del suelo industrial, así como legislaciones laborales menos exigentes, tanto desde el punto de vista de la protección social como de los derechos sindicales.

la forma de asegurar a los trabajadores derechos mínimos y que a su vez tengan la capacidad de adaptarse a condiciones cambiantes (Carrillo, 2004, citado por Arroyo G. María Elena, 2005)¹⁰.

A pesar de esta disparidad de opiniones, existe amplia literatura sobre globalización en la que se discuten estas nuevas variantes de la relación capital-trabajo¹¹ en las que se observan cambios en el equilibrio de las fuerzas sociales dado los nuevos patrones de acumulación flexible y la acumulación extensa e intensa del capital primitivo en el mundo, proceso en que millones de personas son desposeídos de los medios de producción, proletarizados y lanzados a un mercado de trabajo global que el capital transnacional logra formar (Robinson, 2007: 121-122).

Por otro lado, las organizaciones sindicales coinciden en reconocer la crisis del movimiento sindical, especialmente en países donde el sindicalismo ha sido reivindicativo como en Colombia y ha sido fuertemente golpeado por la globalización económica y por las estrategias empresariales de flexibilidad y desregulación laboral; afectando los derechos de asociación y negociación colectivas; lo que se expresa en una baja tasa de sindicalización,¹² una casi inexistente negociación colectiva¹³ y múltiples obstáculos jurídicos y materiales para el ejercicio de las libertades sindicales¹⁴ (Sanín, 2009: 10).

Uno de los problemas graves que puso en aprietos a las organizaciones sindicales es que cada sindicato pelea por su lado “de manera sectorial”, lo que vuelve feudales las discusiones laborales y deja de lado lo macro (Arroyo G., 2005: 60-61).

Todo esto aunado a las dificultades de las organizaciones sindicales para captar la naturaleza de los efectos del cambio de la economía y las relaciones políticas internacionales y su impacto sobre el mundo del trabajo; la emergencia de la revo-

10 Para ampliar este aspecto, ver la tesis de María Elena Arroyo González, titulada: La globalización y el derecho laboral colectivo, de la Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, p. 60 ss.

11 Véase Amin 1994; Peluquero y Christen 1998; Berberoglu 2002; Copx 1987; Dicken 1998; Harrison 1994, Harvey 1989; Koldo 1988; Latigazo y Urry 1987; Lipietz 1987; Ross y Trachte 1990; y Yates 1994.

12 Según datos suministrados por la Escuela Nacional Sindical, para el año 2005 se contaba con una tasa de sindicalización del 4.6% equivalente a 831.047 afiliados, dato significativamente inferior, si lo comparamos con la tasa de sindicalización en 1965 que era de 13.4%, equivalente a 700.000 afiliados.

13 A febrero 20 de 2007, se estaban negociando en Colombia 15 convenciones colectivas, 30 pactos colectivos y 4 contratos sindicales. Esto significa que sólo el 0.7% de la población ocupada en Colombia negocia sus condiciones de trabajo (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social).

14 Según datos del Ministerio de la Protección Social en el año 2005 no fueron autorizados en el registro sindical: 71 solicitudes de registro de organizaciones sindicales, 185 solicitudes de registro de juntas directivas, 115 solicitudes de registro de subdirectivas, 17 solicitudes de registro de comités seccionales, 9 solicitudes de registro de comités ejecutivos de federaciones, 38 solicitudes de registro de estatutos y 163 solicitudes de registro de reformas estatutarios.

lución tecnológica y sus efectos sobre los mecanismos de presión de los sindicatos, la rivalidad interna de los dirigentes sindicales y el afán de preservar las prebendas personales y de cada sector, así como los errores que ha cometido el sindicalismo, reconocidos por los mismos dirigentes sindicales, señalan que el movimiento sindical sólo tendrá posibilidad de recobrar su papel protagónico, cuando asimile los cambios que se han operado en el mundo del trabajo y redimensione su capacidad y su función social como actor de importancia en la vida nacional y en el contexto internacional, en la defensa de los intereses de los trabajadores y de los no trabajadores y de la sociedad en general.

Todos estos efectos son en teoría las consecuencias de la globalización en el mercado del trabajo y por consiguiente en el derecho laboral y el derecho de asociación sindical y se reflejan con mayor o menor intensidad de acuerdo a las condiciones históricas, económicas, sociales y políticas de cada país y las dinámicas del sistema mundo y la economía mundo que provocan modificaciones del marco normativo de las relaciones laborales en cada país.

Sin embargo, los nuevos riesgos a los que se ven expuestos los distintos actores del mundo del trabajo en la nueva aldea global son, de un lado, el “dumping social”, definido como la práctica económica de centrar ventajas comparativas en la baja calidad de vida de la población y en la precaria fuerza de trabajo, que la convierte en la división internacional del trabajo de una mano de obra barata; algunos críticos del capitalismo han considerado este riesgo como un estancamiento del desarrollo social.

Y de otro lado, la migración laboral interestatal y la migración del capital transnacionalizado, fenómenos que demuestran la urgencia de un sistema de seguridad social comunitario que sea compatible con los distintos Estados (tal como sucede en la Unión Europea), que garantice la igualdad de trato y una cooperación administrativa de las entidades de seguridad nacionales. Sin la existencia de este derecho comunitario de seguridad social, el derecho de seguridad social con competencia nacional perjudicaría a los trabajadores movilizados, así como también a los trabajadores nacionales vinculados con maquiladoras.

La disminución de los niveles de sindicalización observada en la mayoría de los países sometidos a procesos de integración económica, la eliminación de ciertos derechos aunado con la gran cantidad de trabajadores que ingresan al mercado laboral bajo nuevas formas de contratación que ya hemos mencionado, son entre otras los riesgos a los que se ven expuestos los trabajadores, empleadores y el sector estatal en la nueva “aldea global”.

Alguna de las soluciones señaladas por algunos tratadistas a esta controversia, ha sido la armonización de las regulaciones al intercambio comercial que afectan el

trabajo a nivel internacional, pero que aún no llega a ser el remedio que ponga fin a todas estas vicisitudes, en tanto no constituye un derecho laboral comunitario, pero sí representa un avance en la materia, en lo que se refiere al respeto de los derechos fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

La apertura del mercado del trabajo puede tener consecuencias positivas para algunos países en términos de permitir nuevas oportunidades, al tiempo que provoca consecuencias negativas para los países peor preparados y peor situados, en materia de desigualdad, de capacidad de negociación, de productividad y de protección laboral; por ello es fundamental que los gobiernos de los países se impongan el reto de fomentar y crear ambientes de inversión que generen empleo decente en medio del proceso de integración, que apoyen la planeación de proyectos futuros y, que generen nuevos empleos en condiciones dignas que respeten el marco internacional, constitucional y legal de los derechos fundamentales de los trabajadores, con el fin de buscar el equilibrio en la relación capital-trabajo.

3. RETOS Y OPORTUNIDADES DE LOS SINDICATOS EN EL ESPACIO DE LA GLOBALIZACIÓN

El elemento central en la regulación de las relaciones laborales lo constituye la autonomía colectiva que implica la existencia de sindicatos y asociaciones empresariales como sujetos del pluralismo social. Sin embargo estas formas sociales se han construido históricamente y se han desarrollado fundamentalmente en el marco estatal. En el marco regional europeo, encontramos que Alemania, Francia, Italia, Gran Bretaña y España desarrollan modelos diferentes de organización sindical, de relaciones laborales, de estructura de la negociación colectiva, de eficacia de los convenios (Lettieri, 1997: 56) y, en el marco nacional colombiano, el movimiento sindical encuentra su punto de partida en el siglo XIX, ligado a las luchas y los avatares que acompañaron sus conquistas, su incidencia en la sociedad y la importancia de contribuir a su desarrollo y a la obtención de derechos económicos y democráticos (Ramírez, 2005). Con el triunfo de la Revolución Francesa, el obrero debía aceptar lo que el patrono ofreciese y el Estado no podía intervenir en la relación de trabajo, pero con el origen de los sindicatos esta situación cambió por cuanto se buscaba la protección del Estado a través de sus distintas formas de intervención y regulación.

La “asimetría” existente entre un espacio de poder supranacional y la situación nacional del sindicalismo nos plantea problemas de eficacia y función de la acción sindical. Por ello se habla de la necesidad de una “revolución cultural e institucional” en el sindicalismo europeo (Lettieri, 1998: 17), idea que puede hacerse extensiva

al sindicalismo en Latinoamérica, en el entendido que en todo el mundo hay que trabajar en la construcción de estructuras organizativas a nivel supranacional, integrando esta dimensión en la estrategia cotidiana de los sindicatos nacionales.

Es en Europa donde quizá el sindicalismo ha avanzado en esta dirección, e intenta, aunque con evidente retraso, ganar esa “nueva frontera” en su actuación. Ante todo, mediante la utilización de la Confederación Europea de Sindicatos (CES) como el instrumento unitario de coordinación de las confederaciones nacionales, al que progresivamente se van incorporando la totalidad de éstas, una vez diluidos los vetos ideológicos que impedían el ingreso de importantes centrales sindicales del sur de Europa como Comisiones Obreras CC OO en España, CGTP-IN en Portugal, CGT en Francia (Baylos, 1999: 16).

En Colombia, el sindicalismo poco ha avanzado en la construcción de una estrategia de Confederación Latinoamericana de Sindicatos, entre otras razones, por el debilitamiento del movimiento sindical, debido a la confrontación ideológica entre las distintas tendencias, la desaparición de la contratación colectiva por sustracción de materia, el incumplimiento de los empresarios colombianos en lo relativo a la libertad sindical y a la negociación colectiva, la violencia sistemática contra la vida e integridad personal de los sindicalistas y la exclusión política del movimiento sindical colombiano, que ha generado una profunda cultura antisindical y un ataque gubernamental a su legitimidad, lo que ha conducido a la Comisión de Normas de la OIT a instar al gobierno colombiano a que adopte nuevas acciones para reforzar las medidas de protección, lo que podría garantizar el desarrollo del movimiento sindical en Colombia (Sanín, 2009: 2).

Una condición no escrita para el correcto funcionamiento de estas nuevas estructuras organizativas de ámbito regional es que en su seno se refleje la pluralidad de corrientes que existen en el conjunto del sindicalismo europeo, fuertemente ideologizado, y que expresan la enorme diversidad cultural del mismo. Es obvio, sin embargo, que un puro organismo de coordinación de políticas nacionales no permite el despliegue necesario de la acción sindical en el plano supranacional. Por eso ha sido necesaria una reforma de los estatutos de esta Confederación para permitir que la CES adopte decisiones por mayoría cualificada, lo que implica un fenómeno de “cesión de soberanía” por parte de las organizaciones sindicales nacionales en beneficio de la europea, lo que tiene una especial relevancia en orden a la negociación colectiva comunitaria (D’Antona, 1998 b): 113).

La CES se configura pues como una verdadera persona jurídica que actúa como sujeto sindical autónomo en el ámbito comunitario, trascendiendo la suma de los mandatos de cada una de las organizaciones sindicales nacionales que la componen. Esta realidad constituye un ejemplo a replicar por parte de los sindicatos y federa-

ciones latinoamericanos, en el ánimo de realizar una experiencia de negociación colectiva comunitaria entre países en desarrollo y con los países desarrollados de donde provienen las multinacionales, capaz de enfrentar los retos planteados por la globalización.

No sucede lo mismo, sin embargo, con el asociacionismo empresarial, mucho más atrasado en su configuración como sujetos comunitarios plenos. En gran medida, además, estas asociaciones sufren con la mundialización de la economía, un socavamiento en su capacidad de gobierno de las relaciones laborales, fundamentalmente ante la velocidad de los cambios de propiedad que se producen en las ventas y compras del capital de las acciones de empresas nacionales y la extensa penetración de multinacionales en importantes sectores económicos.

Este fenómeno lleva consigo el debilitamiento de las asociaciones empresariales por sector y, simultáneamente, una progresiva empresarialización del gobierno del mismo a través de las empresas transnacionales cuya dirección se sitúa siempre fuera de las fronteras del Estado de que se trate. Las dos patronales europeas, UNICE en el sector privado y CEEP en el público, se enfrentan, sobre todo la primera, a importantes problemas de legitimación interna y a dificultades de coordinar la diversidad de intereses sectoriales que se dan en su seno. Tanto es así que, a diferencia de la CES, no está claro en sus estatutos la existencia de un mandato de las asociaciones empresariales estatales a favor de las organizaciones europeas, lo que plantea un serio problema de carencia de interlocutor dotado de legitimidad a efectos de negociar “voluntariamente” convenios colectivos a nivel supranacional (D’Antona, 1998 b): 113).

Naturalmente que esta descompensación entre la existencia de legitimación para actuar como ente representativo de los intereses empresariales ante los poderes públicos comunitarios y la carencia de representación para poder negociar con los sindicatos europeos a nivel sectorial, demuestra la diferente concepción estratégica que sobre el particular tienen las asociaciones empresariales (D’Antona, 1998 b):113) lo que revela un atraso en la forma de concebir las relaciones laborales en marcos regionalizados y el fuerte peso que tienen las estructuras burocráticas nacionales de las respectivas organizaciones empresariales, que contrasta con el dinamismo que se aprecia a nivel empresarial.

En este contexto y ante estas nuevas realidades, urge que los sindicatos asuman la función representativa de la ciudadanía social con anclaje institucional y jurídico-político que defina criterios de selección de interlocutores y delimite reglas a las que se deben ajustar los sindicatos en cada país, atendiendo la realidad social y los sujetos presentes en ella. Así mismo, se precisan mecanismos que permitan el ejercicio de los derechos de información y consulta en las empresas y grupos

de empresas transnacionales, dado que la transnacionalización genera espacios económicos unitarios que prescinden de la dimensión territorial nacional en torno a la empresa.

Como se ha señalado, la globalización económica despliega consecuencias negativas al interior de los ordenamientos jurídicos nacionales, en un movimiento que socava las bases del poder sindical en el interior de las fronteras de los respectivos Estados. Por ello se plantea en una versión “interna” el problema de la legitimación sindical que implica la reformulación de su propia implantación y la capacidad de representar intereses no homogéneos y bastante diferenciados por distintos motivos.

De otro lado, los sindicatos también deberán preguntarse por la clase de trabajo que tienden a representar en su conjunto y, más en concreto, el lugar que ocupa el trabajo autónomo, semi-dependiente y atípico, en los esquemas organizativos y de actuación de los sindicatos de cada país. Dicho de otra manera, la pregunta sería ¿Cómo tratar sindicalmente las múltiples manifestaciones de la “huida” del trabajo asalariado hacia la tierra donde no existen derechos colectivos ni normas legales que garanticen estándares mínimos de vida?

El debate europeo sobre la “redistribución” extensiva de los ámbitos de aplicación de la norma laboral tiende a evitar estos territorios sin derechos (D’Antona, 1998 a): 321-322; Supiot, 1999), aunque plantee a su vez el interrogante sobre la posible construcción de un sujeto no sectorializado desde el trabajo asalariado, sino definido desde un momento previo que abarque el trabajo y el no trabajo. Este punto plantea de nuevo la urgencia ya señalada en la definición de la función representativa del sindicato de la ciudadanía social, trascendiendo su clásica posición de tutela de los trabajadores en cuanto tales.

La problemática de la representatividad sindical tiene además un importante anclaje institucional y jurídico-político, en la medida en que este fenómeno implica la determinación por el ordenamiento jurídico de los criterios de selección de interlocutores, delimitando las reglas a las que se debe adecuar la representatividad de los sindicatos en cada país.

Estos criterios deberían permitir la actuación general de los sujetos colectivos en uso de su libertad, especialmente en lo referido a negociación colectiva y huelga en la dimensión supranacional, y con relevancia también en los distintos ordenamientos nacionales. Naturalmente que esta problemática sólo se plantea como paso posterior a la plena existencia del sindicato “supranacional” como sujeto colectivo dotado de plenas capacidades de actuación en dicho ámbito, articuladamente con la acción de los respectivos sindicatos nacionales en las diferentes realidades sociales marcadas por las fronteras estatales.

Los Comités de empresa europeos desempeñan así una función “institucional”, en el sentido de que los derechos de los que se dotan tienden a ser el contrapeso de un poder empresarial que ignora las fronteras nacionales (Zoppoli, 1998: 14). Esta estructura representativa tiende a evitar la dispersión de la iniciativa sindical, fragmentada en las distintas sedes de la empresa, acudiendo al “empresario unitario” que adopta una política económica y laboral para el conjunto de la empresa, y a reaccionar frente a previsibles intentos de enfrentar concurrentemente los intereses de las distintas filiales de la multinacional.

De otro lado, se viene proponiendo por parte de los sindicatos la negociación colectiva supranacional, lo que significa la incorporación a la acción sindical de la “nueva frontera” que supone la dimensión supranacional en tanto generadora de producción de nuevas reglas¹⁵ vinculantes sobre las relaciones laborales más tradicionales de la acción sindical que es la negociación colectiva. Hay que tener en cuenta que la negociación colectiva presenta un producto típico, el convenio colectivo, como resultado “normal” de dicha actividad, producto sobre el que existe una acabada teorización en la que se caracteriza la figura y se la integra en el ordenamiento jurídico (estatal), precisando su carácter de fuente del derecho y los efectos jurídicos que despliega.

Esta “tipicidad” del instrumento regulativo por excelencia proveniente de la autonomía colectiva puede que no se reconozca en la nueva dimensión supranacional de la acción sindical. Es decir que en esta dimensión comienzan a aparecer nuevos productos reguladores de las relaciones laborales basados en el principio de autonomía colectiva, pero que carecen de la precisión taxonómica de los conceptos clásicos (Baylos, 1999).

En la experiencia europea, la propia categoría de la negociación colectiva comunitaria se resiste a encajar dentro del molde que sugiere su denominación, pues su eficacia se reconduce a la decisión del órgano comunitario y no a la autonomía de las partes firmantes, como requeriría cualquier convenio colectivo (Aparicio, 1996: 191). En la experiencia colombiana ni siquiera se ha intentado negociación colectiva supranacional, que sería posible si se concreta la propuesta de crear un bloque económico latinoamericano para fines económicos, jurídicos y políticos.

Con el mismo objetivo de definir el marco supranacional de la acción sindical como un elemento añadido a su práctica cotidiana y a su cultura, se ha señalado la

15 La primera aproximación a la necesidad de controlar las reglas de funcionamiento del mercado global (Romagnoli, 1999: 18), se centra de una forma más o menos indeterminada en una “intervención supranacional” flexible (Aparicio, 1997: 64), en virtud de la cual se generan recomendaciones de buena conducta o compromisos de acción por parte de los Estados, sin que sea necesaria la adopción de obligaciones internacionales clásicas.

necesidad de coordinar políticas y estrategias de negociación sobre los contenidos de los convenios colectivos a nivel sectorial en cada uno de los países que componen la Unión Europea. Se trataría de una especie de convergencia de políticas negociables, en paralelo a lo que se realiza a nivel comunitario con la coordinación y convergencia de las políticas estatales en materia de empleo. Incluso se han sugerido los contenidos de la homogenización tendencial de las condiciones de trabajo en un determinado sector, a través de la negociación de los respectivos convenios de ámbito nacional en cada uno de los Estados afectados, así como la necesidad de coordinar los tiempos de inicio y la duración de los procesos de negociación en los diferentes países (Daübler, 1998)¹⁶.

Estamos ante el reto de intentar dar respuesta a nuevos problemas con nuevas categorías de análisis, sin hundirnos en la nostalgia y el fatalismo de los tiempos difíciles, pero sí buscando los cauces adecuados para hacerle frente al avance arrollador del proceso globalizador neoliberal partiendo de la realidad del mismo proceso de globalización, actuando organizadamente con objetivos claros y propuestas positivas, atendiendo el carácter pluridimensional de la globalización y acudiendo a medios pacíficos de protesta (Ander-Egg, 2004: 156-158).

En el caso colombiano, se requiere por parte del Estado y la sociedad, de múltiples acciones que reparen integralmente al sindicalismo y a los trabajadores y que reconozcan la legitimidad e importancia del sindicalismo en la construcción de la sociedad y en la reivindicación de los derechos laborales. Así mismo, se precisa la superación de la impunidad, la instauración de prácticas empresariales y gubernamentales que restablezcan las libertades sindicales, los cambios legislativos que restablezcan los derechos laborales y de la seguridad social y el impulso de políticas públicas que promuevan el trabajo decente en todas las actividades de la economía.

Aunque la globalización como proyecto estratégico no hable del sindicato ni siquiera como problema, no podemos olvidar que además de realidad multidimensional, la globalización es una construcción ideológica, una manera de regular cultural e ideológicamente las relaciones entre el capital y el trabajo en el marco de una economía mundializada, que como proyecto pretende engendrar un “nuevo orden” que como sistema intrínsecamente no regulado y emancipado del control político democrático (Perulli, 1999: XVIII), brinda la posibilidad de apropiación de estos por los sujetos sociales y, simultáneamente, abre nuevas oportunidades y nuevos riesgos a la expropiación potencial del control sobre parcelas de la vida y el trabajo.

16 Los aspectos susceptibles de generalización sería la salud laboral, la formación profesional permanente, el principio de igualdad de oportunidades en el trabajo. Cfs. Daübler, 1998. (Citado en Baylos, 1999:46).

Esta perspectiva de la globalización como proyecto pone en cuestión la aceptación taxativa del globalismo como destino. En este sentido se identifican señales de construcción de espacios autónomos de acción sindical en una dimensión transnacional y la emancipación de reglas y prácticas, de intensidad aun muy débil, en las nuevas identidades económico-políticas supranacionales (Baylos, 1999: 26).

La globalización, así entendida, supone nuevos riesgos y nuevas oportunidades que deben ser asumidos por los sindicatos y por el movimiento sindical. Algunas de las iniciativas de carácter internacional más reconocidas y a las cuales habrá que seguir apelando en la defensa del derecho al trabajo decente y el derecho de asociación sindical son:

- La declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que adoptó la 86 Conferencia Internacional de la OIT en 1998.
- Las cláusulas sociales, como instrumentos regulativos de carácter internacional que pretenden insertarse en la dinámica de las relaciones mercantiles de alcance internacional y que consisten en incluir en los acuerdos comerciales una cláusula para que los Estados contratantes se comprometan a asegurar en su territorio el respeto de los derechos sociales (Perulli, 1999: 75).
- Las experiencias de regionalización económica y políticas de grupos de naciones relativamente homogéneas cultural, social y económicamente, que sea funcional a los impulsos de la globalización (Treu, 1999: 2006).
- Los códigos de conducta en las empresas transnacionales, que son reglas de conducta en virtud de las cuales las empresas transnacionales se comprometen voluntariamente a observar las normas en materia de relación laboral (Aparicio, 1997: 70).

Estas nuevas figuras políticas, junto a la integración económica y de mercados, deben articularse a una dimensión social de la globalización orientada a una gradual redistribución de la riqueza y a la nivelación de las diferencias de clase que se profundizan con la globalización.

BIBLIOGRAFÍA

- Ander-Egg, Ezequiel. *Globalización el proceso en que estamos metidos*. Argentina: Brujas, 2004.
- Aparicio, Joaquin. *Contrattazione collettiva e fonti comunitarie*. En: Baylos, A.; Caruso, B.; D'Antona, M.; Sciarra, S. *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Bologna: Monduzzi, 1996.

- . El derecho del trabajo ante el fenómeno de la internacionalización. En: Contextos No. 1, 1997.
- Arroyo González, María Elena. La globalización y el derecho laboral colectivo. Tesis presentada en la Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá: 2005.
- Baylos, Antonio. Estados de bienestar y derechos sociales. En: T., Fernandez y J., Garcés (Coords). Crítica y futuro del estado de bienestar: reflexiones desde la izquierda. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- . Globalización y derecho del trabajo: realidad y proyecto. En: Cuadernos de Relaciones Laborales, No. 15, Madrid: Servicio de Publicaciones UCM, 1999.
- Barbosa, Óscar y Grippo, Rodolfo. Cooperativismo, globalización y desarrollo local. Ponencia presentada en el Encuentro Río Cooperativo 2000. Identidad cooperativa para el nuevo milenio, promovido por la Alianza Cooperativa Internacional ICA, Río de Janeiro: Diciembre de 2000.
- Barreto, H. El derecho laboral minimalista del Mercosur. Contextos No. 2, 1998.
- Beck, Ulrich. ¿Qué es la globalización? Buenos Aires: Grafiques 92, 1998.
- Beck, Ulrich. Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. España: Paidós Ibérica, 1998.
- Beltrán Villegas, Miguel Ángel y Cardona Acevedo, Marleny. Proceso globalizador. En: La sociología frente a los espejos del tiempo. Modernidad, postmodernidad y globalización: Cuadernos de Investigación, N°28, Universidad Eafit, 2005.
- Braudel, Fernand. La dinámica del capitalismo. Madrid: Alianza, 1985.
- Daubler, Wolfgang. Derecho del Trabajo. Vol. 1, 15ª edición de 1998. Vol. 2, 11ª edición de 1998, Alemania.
- De Sebastián, Luís. Un mundo por hacer. Claves para comprender la globalización. Madrid: Trotta, 2002.
- D'Antona, M. Sistema giuridico comunitario. En: Baylos, A.; Caruso, B.; D'Antona, M.; Sciarra, S. Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario, Bologna: Monduzzi, 1996.
- D'Antona, M. Contrattazione collettiva e concertazione nella formazione del diritto social europeo. En: Lettieri, A.; Romagnoli, U.; (Dirs). La contrattazione collettiva in Europa, Roma: Ediesse Romma, 1998b.
- Giddens, Anthony. Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas. Madrid: Editorial Taurus, Madrid, 2000.
- Ianni, Octavio. Teorías de la Globalización. Segunda edición México: Siglo Veintiuno Editores, S.A., 1997.
- Lettieri, A. L'Integrazione europea: politica monetaria e iniziativa sociale. En: AA VV., il sindacato e la riforma della Repubblica, Roma: Ediesse Roma, 1998.
- Lettieri, A y Romagnoli, U. La contrattazione colectiva in Europa. Ediesse Roma, 1998.

- Lyon-Caen, G. The evolution of labour law. En: Lord Wedd Erbung et alii, labour law in the post-industrial era. Essays in honour of Hugo Sinzheimer, Dartmouth, Inglaterra: 1994.
- . Le droit du travail: une technique reversible. Dalloz, Paris, 1995.
- Moreno Cano, Óscar. El ocaseo global, amenazas del mundo contemporáneo. Colombia: Ediciones B, 2007.
- Perulli, A. Diritto del lavoro e globalizzazione. Cesam, Padora, 1999.
- Ramírez, Bernardo. El movimiento sindical: una mirada histórica y política. En: Efectos de la globalización sobre el derecho de asociación sindical. Investigación financiada por el CODI, Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Medellín: 2005.
- Robinson, William I. Una teoría sobre el capitalismo global. Producción, clases y Estado en un mundo transnacional. Colombia: Desde abajo, 2007.
- Romagnoli, U. Globalización y derechos del trabajo. En: Revista de Derecho Social No. 5, 1999.
- Sanín V., José Luciano. La coyuntura laboral y sindical 2006-2007 en cifras. En: Cuadernos de la Escuela Sindical. Colombia, 2007.
- Sanín V., José Luciano. Situación de los derechos de los trabajadores en Colombia. Violencia, impunidad y violación a los derechos laborales y sindicales. Documento presentado ante la Comisión de Educación y Trabajo del Congreso de los Estados Unidos, el 12 de febrero de 2009.
- Supiot, A. Au dela del emploi. Flammarion, Paris: 1992.
- Treu, T. Competi e Strumenti delle relazioni industrial nel mercato globale. En: Lavoro e Diritto, No. 2, 1999.
- Thomas, H. Globalization and third world trade union. The challenge of rapid economic change, London: Zed books, 1995.
- Wallerstein, Immanuel. Impensar las ciencias sociales. Límites de los paradigmas decimonónicos. México: Siglo XXI editores, 2007.



Autora: Paola Gamboa

Título: ¿Habitar?

Técnica: acrílico y carburo de silicio sobre lienzo

Dimensiones: 1.45 x 1.45 m

Año: 2008

EL VERDADERO PODER DE LOS DERECHOS HUMANOS*

* Texto de la ponencia que obtuvo el segundo lugar en el concurso realizado en el marco del Congreso "*Jaime Sanín Greffestein*" *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).

EL VERDADERO PODER DE LOS DERECHOS HUMANOS

*Amaya Querejazu Escobar***

** Profesora del curso de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia y en la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT.

EL VERDADERO PODER DE LOS DERECHOS HUMANOS

SOBRE CLASIFICACIONES Y CATEGORIZACIONES

Una descuidada lectura del artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia nos permite saber que el artículo se refiere a las fuentes del Derecho Internacional Público, es decir cuáles son los asideros de los que se sirve el Derecho Internacional Público para desarrollar toda su base normativa. Pero una mirada más atenta al artículo, especialmente al inciso c) que señala que son fuente del Derecho Internacional Público *los Principios Generales de Derecho reconocidos por las Naciones civilizadas*, llama la atención inmediatamente por el adjetivo ahí utilizado: “civilizadas”. La doctrina a la que se acude (Valencia, 2005:312) para encontrar una explicación debe tener en cuenta el contexto histórico en el que se redactó, el cual corresponde al del Derecho Internacional clásico; y que hoy en día, bajo los ojos del Derecho Internacional contemporáneo, se supera cualquier duda al entenderse por nación *civilizada* todo Estado independiente.

Esta explicación no aclara, sin embargo, el uso del adjetivo ni mucho menos lo justifica, puesto que se deduce que es el Estado quien civiliza a las sociedades, constituyéndose por sí solo en un criterio de civilización que responde a la inadecuada asimilación de nación y Estado y de caer en el error de la clasificación de criterios como sociedad y nación que no son susceptibles de ser sometidos a encasillamientos. Hablar de naciones *civilizadas* implica hablar de naciones *incivilizadas*. Hablar de desarrollo implica hablar de subdesarrollo, pues son conceptos que solo en la medida que sean sometidos a algún tipo de comparación pueden ser comprendidos adecuadamente. Pero, ¿cuáles son entonces las naciones *civilizadas* y qué es lo que las hace *civilizadas*? ¿Cuáles son las naciones *incivilizadas*? ¿Quién decide quién debe ser considerado *civilizado*?

Es más, ¿podemos escapar de las clasificaciones? Las ciencias las crean precisamente para comparar los criterios teóricos de un campo de estudio determinado. Ciertamente las diferenciaciones no solamente son claves sino imprescindibles para una comprensión más adecuada del fenómeno u objeto de estudio. El problema de clasificar no se encuentra entonces en el ámbito teórico de las ciencias sociales

sino en aplicar esos criterios utilizados y desarrollados en los estudios científicos a la vida política y social.

Acudir a las clasificaciones y atribuirles valores positivos o negativos termina por determinar los roles que asumen los Estados, con base en la identidad que han desarrollado a partir de esas mismas categorizaciones. Se encasillan a partir de un ideal moral asumiendo que éste es universal. Cualquier ideal que pretenda basarse en términos morales de bien y mal, correcto e incorrecto, (o medir las acciones con base a sus opuestos), cae en esa misma falacia, pues se asume que lo uno es universal para todos y que lo otro, por ser su opuesto, también lo es.

Bajo esta óptica, el fin de la Guerra Fría nos lleva a ver los Estados y a catalogarlos dependiendo del nivel de protección de los Derechos Humanos en su territorio: aquellos que respetan los Derechos Humanos son Estados *civilizados*, mientras que aquellos que los trasgreden deben ser considerados como *incivilizados*. Pero, no es el contenido de los Derechos Humanos, es decir no son los valores jurídicos protegidos en ellos los que causan esta clasificación, sino el discurso que se ha desarrollado a partir de su inclusión en la agenda internacional como un imperativo para la coexistencia y cooperación.

A lo largo de este documento pretendo someter a discusión que el uso de adjetivos propios de las clasificaciones lleva implícito un manejo del lenguaje que se traduce, como es el caso de los Derechos Humanos, en nuevas formas de dominación. Esta visión crítica de los Derechos Humanos, o mejor dicho del discurso que se encuentra detrás, es una nueva y sutil forma de ejercer el poder¹ como condicionamiento de la conducta de los Estados, que no hace otra cosa que buscar la perpetuación de los criterios de diferenciación de Estados en civilizados e incivilizados.

Desde la creación y consolidación de los Estados-Nación a partir de la Paz de Westphalia en 1648, los Estados han sido sometidos al estudio riguroso de casi toda ciencia social. Fueron creados para la convivencia de sociedades y han logrado cambiar la situación de los gobernados de súbditos a ciudadanos. El Estado experimenta hoy un nuevo desafío: el respeto y la protección de los Derechos Humanos, le imponen por primera vez la necesidad de flexibilizar uno de sus pilares fundamentales: la soberanía.

Los horrores sufridos por la humanidad durante la Segunda Guerra Mundial sirvieron como una silenciosa revolución hacia el fin de la primacía del Estado como actor único en las relaciones internacionales. Nos damos cuenta de que a pesar de

1 Poder entendido como la capacidad de obtener del otro algo que normalmente no se obtendría sin el uso de la coerción. Al respecto véase: Salomón, Mónica. “La teoría de las relaciones internacionales en los albores del siglo XXI: diálogo, disidencia, aproximaciones”. Disponible en: www.reei.org

las fronteras nacionales, de los sistemas políticos y jurídicos o de los cánones de convivencia, la humanidad funge como factor común en un mundo caracterizado por las diferencias y que ésta no está determinada por la pertenencia a un Estado determinado, sino más bien por la desaparición de cualquier criterio de división, sean éstas las fronteras nacionales, las clases sociales o económicas. Como humanos vemos, actuamos, respondemos, opinamos y manifestamos interés y preocupación por acontecimientos que ocurren por fuera de nuestros Estados y participamos de esos acontecimientos de manera directa. Sabemos que la acción de un solo individuo, en cualquier lugar del mundo, puede repercutir en lo más cotidiano de nuestras vidas.

Esta nueva participación se fundamenta en el hecho de que surge, a partir de los adelantos tecnológicos y de las innovaciones en la comunicación, la sensación de tener preocupaciones y experiencias comunes que nos hacen sentir que pertenecemos a una sola comunidad. Ese factor común, la humanidad, es universal y por lo tanto define que por el hecho de ser humanos estamos amparados por unos derechos que protegen valores fundamentales e inherentes a todo ser humano. A estos derechos se les atribuyen los caracteres de ser imprescriptibles (se aplican en todo tiempo) y universales (en todo lugar).

Este ensayo pretende hacer explícita la posición crítica frente al carácter de *universal* de estos derechos, en primer lugar por el error de caer en encasillamientos y en segundo lugar por la estrecha relación que los Derechos Humanos tienen con el Estado y por lo tanto, con lo *nacional*.

EL ESTADO, LA TRAMPA TERRITORIAL

Por siglos la vida de la nación ha estado atada a la vida del Estado, así

(...) la mayoría de las teorías y prácticas democráticas asumen que la existencia de una comunidad política y territorial con ciudadanía es el medio de delimitar quién pertenece al "pueblo" y quién no (Agnew,2005:73).

Pero este nexo se ve desafiado hoy en día por los grandes flujos migratorios, por las actividades de las multinacionales y por los Derechos Humanos. Tal vez esto nos hace inferir que la soberanía no está tan ligada al Estado como lo está a la ciudadanía. Sin embargo, tal vez por costumbre o porque así lo han venido haciendo la mayoría de las teorías de las ciencias sociales, la política se entiende mejor desde el punto de vista de los Estados nacionales, lo mismo que el derecho.²

2 Muchas veces se confunde el término Gesellschaft con el de Gemeinschaft. Ver Agnew, p. 53.

Agnew se refiere a esto como la trampa territorial que no es otra cosa que pensar y actuar como si el mundo estuviese construido únicamente por Estados; como si los límites del Estado fueran también los límites de los procesos sociales o políticos y culturales. Esta trampa territorial nos lleva a analizar los hechos en términos comparativos territoriales, que no permiten fácilmente tomar como centro ese factor común de humanidad, sino un criterio nacional que se pretende internacionalizar.

En consecuencia, el estado centrismo sigue ejerciendo un atractivo normativo para intelectuales y políticos, a pesar de que en la práctica la capacidad de mando y la reglamentación de los Estados están disminuyendo (Agnew, 2005: 59).

La acción de catalogar a los Estados por su conducta cae inevitablemente en esa trampa territorial, o dicho en otras palabras, en el error de tratar de traducir el tiempo en el espacio. El derecho está ligado al Estado, por eso cuando se trata de Derechos Humanos, por muy universales que se los considere o se quiera que sean, no puede hacerse un acercamiento teórico y mucho menos práctico sin un análisis de fronteras, y de supuestos geográficos.

El problema teórico de los Derechos Humanos, que más bien parece ser una contradicción, no reside tanto en su reconocimiento o en el grado de su protección sino en lo estrechamente ligados que están a la existencia de una noción de Estado, cuando por su naturaleza se supone que son universales. Ese vínculo ineludible se da por el hecho de que la violación de un derecho humano sólo se diferencia de un crimen común en la medida en la que el Estado participe como sujeto activo de la trasgresión o sea meramente culpable por omisión en su protección. Derechos Humanos: qué difícil protegerlos qué fácil transgredirlos.

Para explicar mejor esto acudimos a la definición de violación de Derechos Humanos propuesta por la Defensoría del Pueblo de Colombia:

Por violación a los Derechos Humanos debe entenderse toda conducta positiva o negativa mediante la cual un agente directo o indirecto del Estado vulnera, en cualquier persona y en cualquier tiempo, uno de los derechos enunciados y reconocidos por los instrumentos que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.³

Entonces la violación de Derechos Humanos no implica únicamente una acción individual y son los Estados quienes participan directamente en la dinámica de

3 Ahí se hace referencia a que la autoría estatal es un elemento determinante para tipificar una violación de Derechos Humanos. Esa violación puede darse cuando es realizada directamente por un agente del Estado que ejerce la función pública; cuando la violación es ejercida por un particular pero con el apoyo, anuencia, aquiescencia o tolerancia de los agentes del Estado; o cuando la violación es un resultado del desconocimiento de los deberes de garantía y protección que tiene el Estado respecto a sus ciudadanos.

protección y violación de los mismos. La Comunidad Internacional actúa como vigilante del papel que pueden ejercer los Estados respecto al cumplimiento de los Derechos Humanos en sus respectivos territorios.

Los Derechos Humanos están ligados a la existencia y justificación del Estado, sin embargo es indiscutible la influencia que en su desarrollo y en el manejo del discurso han ejercido los actores no estatales como las ONG, lo que nos trae nuevamente la necesidad de repensar el papel de los Estados al respecto. Inevitablemente las actividades internacionales para proteger los Derechos Humanos contradicen la esencia de la premisa tradicional de soberanía, pues ahora se trata de preocuparse y actuar en nombre y en favor de ciudadanos de otros Estados, sin que esto implique una violación al principio de no intervención.

Hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial el tratamiento de los individuos quedaba a la discreción de los Estados, ninguna teoría desafiaba la supremacía absoluta de la autoridad del Estado. ¿Cómo ha sido el proceso de llevar los Derechos Humanos del papel a la práctica? Las Organizaciones Internacionales desarrollaron procedimientos para discutir e investigar situaciones de Estados miembros; por otra parte las ONG al sacar a la luz ciertos hechos llevaron a los Estados a exigir a los otros explicaciones respecto a su conducta trasgresora de Derechos Humanos (Sikkink, 1993: 415)⁴.

LOS DERECHOS HUMANOS Y EL ESTADO

El tema de los Derechos Humanos y aun más importante, el tema del individuo como actor directo de las relaciones internacionales, es tal vez el mejor ejemplo de reivindicación de lo universal frente a lo local o nacional. Este cambio señala la necesidad de repensar los términos de soberanía, territorio y frontera. De acuerdo con Sikkink, la soberanía no desaparecerá, y el Estado soberano sigue siendo una fuerza dominante tanto en la protección como en la violación de los Derechos Humanos, lo importante es que los Estados están cambiando su comprensión respecto a los fines y límites de esa soberanía. Lo que les da eficacia a los Derechos Humanos es el haber cambiado el entorno de información, y la participación de actores no

4 Sikkink describe el proceso como un *Continuum* en el que la primera etapa es la negación de legitimidad o rechazo respecto a los Derechos Humanos bajo el principio de no intervención; la segunda etapa es cuando el Estado acepta las prácticas de los Derechos Humanos, a través de la ratificación de tratados o declaraciones, sin cambiar las prácticas domésticas de represión; la tercera etapa se refiere no solo al reconocimiento y cooperación respecto a la protección de los Derechos Humanos sino también a las respuestas concretas que implican el cambio en las prácticas domésticas.

estatales que muestran evidencias constantes de eventos que consideran que deben ser conocidos por la Comunidad Internacional.

Cabe anotar, sin embargo, que los Derechos Humanos son una creación de occidente como la mayoría del contenido normativo internacional contemporáneo y que su reconocimiento y desarrollo son nuevos aún. Pero al decir que hoy en día forman parte esencial de un discurso los convierte en un nuevo parámetro para catalogar si un Estado es civilizado y digno de participar y formar parte de la Comunidad Internacional, si cumple con la protección de los Derechos Humanos o si por el contrario, es un trasgresor constante de ellos y debe ser señalado como tal sancionándolo moral y políticamente. Todo esto obedece a un discurso y no así al contenido de los derechos humanos.

Para entender esta situación es preciso identificar quiénes crean ese discurso. Para nadie es un secreto que los que hoy se consideran Estados garantistas de los Derechos Humanos y propagadores de las ideas de desarrollo de los Derechos Humanos no dudaron en el pasado en violarlos para mantener o aumentar su poder, y aunque juzgar su conducta actual con base en la historia puede ser inconsistente, e incluso incorrecto, esto prueba que se trata de la construcción y deconstrucción constante de nuevos discursos. Bajo la bandera de la protección de los Derechos Humanos se emprenden un sinnúmero de cruzadas que incluso justifican la acción armada en pro de la defensa de Derechos Humanos en territorios ajenos. De acuerdo con Habermas,

...la política intervencionista basada en los Derechos Humanos comete un error conceptual. Subestima y discrimina la tendencia, en cierto sentido "natural" a la autoafirmación. Quiere normar un potencial de violencias que no es normable (Habermas, 1999: 65).⁵

La diferencia está en que mientras EE.UU. fomenta la imposición global de los Derechos Humanos como la misión nacional de una potencia mundial que persigue esas metas bajo una política imperialista, la mayoría de los Estados europeos interpreta la política de los Derechos Humanos como un proyecto de judicialización radical de las relaciones internacionales, pero que sin embargo ya hoy cambia los parámetros de la política imperialista. A los Derechos Humanos se les da un valor de orientación de valor moral.

Sí, los Estados usan los Derechos Humanos para manejar las situaciones de poder, pero también los violan a discreción, y mantienen el discurso de Derechos Humanos cuando en realidad hablan de Derecho de "mis" humanos; en otras palabras un Es-

5 Referido a la intervención de la OTAN en la Guerra de Yugoslavia.

tado estará dispuesto a violar los Derechos Humanos en territorios ajenos en aras de garantizar el respeto de los Derechos Humanos de sus ciudadanos, y a su vez violará los derechos humanos de ciudadanos extranjeros con el fin de garantizar los Derechos Humanos en su territorio. Esto no solo demuestra la doble moral del discurso de los Derechos Humanos sino también lo poco universales que éstos pueden ser.

Hablar de Derechos Humanos nos hace cuestionar qué es lo que nos hace humanos. Hablamos de Derechos Humanos cuando nos referimos a los derechos que acompañan a cualquier persona por el hecho de ser humana. Por su parte, se considera que una acción es inhumana si atenta contra unos valores comunes a todos los individuos. Olvidamos que únicamente los seres humanos somos capaces de causar tanto daño a nuestra propia especie, solo los humanos somos capaces de actuar con extrema maldad y sevicia. Esto obedece a lo que sí nos hace humanos y nos diferencia de otros seres: la facultad de decidir o el libre albedrío. Cuando actuamos decidimos entre ser humanos o inhumanos y ser inhumano no es otra cosa que el resultado de una decisión.

Además, ¿qué tan comunes y arraigados se encuentran esos valores en esa diversidad de culturas que hoy habita en el planeta? Humano, propio del hombre, como ser imperfecto, ello implica hacer referencia tanto a aspectos positivos desde el punto de vista de la ética, como negativos. Sin embargo, a los ojos de la moral jurídica el ser *inhumano* es el resultado de una valoración ética negativa; es decir que ser *inhumano* es violar los Derechos Humanos y por lo tanto bajo la premisa de la conducta moral éticamente ideal debemos ser castigados o aleccionados por nuestras acciones negativas.

Lo cierto es que la protección de los Derechos Humanos no garantiza ni la paz ni el orden y muchos menos se constituyen en un atajo para convertirnos en mejores seres humanos, pero su importancia radica en que se traducen en un código de conducta ideal de la raza humana. Detrás de cada derecho existe un valor jurídico que se pretende proteger y que a su vez puede ser violado. Ante esta eventual situación, la ciencia jurídica establece generalmente una sanción. En ese orden de ideas, si la gran debilidad del Derecho Internacional es que carece de mecanismos para hacer efectivas las sanciones causadas a las violaciones de su ordenamiento, no es diferente cuando se habla de violaciones a los Derechos Humanos. Dado que en estos casos únicamente se puede hablar de una sanción moral o política, dicha sanción se convierte en un elemento esencial del manejo del poder detrás de los Derechos Humanos, pues condiciona la conducta de los Estados. No obstante, no es lo suficientemente efectiva como para poner fin por sí misma a la violación, es decir que la sanción a nivel internacional no pone fin a la trasgresión, y la víctima sigue siendo la víctima.

CRÍTICA A LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Hacíamos referencia a esa especie de dualidad que caracteriza a los Derechos Humanos, por un lado su necesaria conexión con el Estado y por otra su universalidad. Mientras que el Estado es un presupuesto para las teorías tradicionalistas, la teoría crítica internacional busca proporcionar un teoría social del Estado, lo que implica tener en cuenta la influencia de actores no estatales en él, por ejemplo la iglesia, prensa, sistema educativo, cultura, etc. Por lo tanto, el Estado debe ser concebido como algo inseparable de la sociedad civil. En ese sentido,

... si bien la teoría crítica no se ha dirigido directamente al nivel internacional, esto no implica que las relaciones internacionales estén más allá de los límites de su incumbencia. Los escritos de Kant, Hegel y Marx en particular han demostrado que lo que pasa a nivel internacional es de inmenso significado para lograr una emancipación universal (Devetak, 1996: 147).

La importancia de la universalidad de los Derechos Humanos consiste en que mientras más extenso sea su reconocimiento en términos geográficos, mejor se puede ejercer el *liderazgo hegemónico* al que hace referencia Cox (Devetak, 1996: 160). Dicho liderazgo se expresa en términos de intereses generales y universales, más que en servir los intereses propios. Es así como se forma la dominación: cuando un interés particular se muestra como universal.

Esto está ligado a la racionalización moral-práctica planteada por Linklater (1990), que se refiere a cómo se construye el orden y el consenso social y a la racionalización estratégica referida a cómo manipular y controlar a otros bajo condiciones de conflicto actual o potencial. La soberanía no tiene un significado o una caracterización fijas, sino que se constituye a partir de una lucha política continua sobre el significado de los límites y la constitución de identidades.

Durante mucho tiempo las identidades se construyeron con base en discursos políticos y actos cívicos, por lo que eran extremadamente nacionalistas. Hoy en día, por el contrario, las identidades se construyen con base en experiencias nacionalistas exitosas que buscan expandirse traspasando las fronteras nacionales. La identidad propuesta por la cultura occidental puede caracterizarse (Aguirre, 2003: 164) por ser ideológica y propagandística pues propone un mundo libre (libre empresa, ciudadanos libres, libre mercado); ideológica económica (capitalismo); y político culturalista: la cultura europea y norteamericana se constituyen en el factor que busca ser predominante en la civilización mundial. No se trata entonces de valores compartidos universalmente sino de la propagación de valores compartidos por algunas sociedades dominantes.

El trato igual es el trato que se dan los desiguales que a la vez son conscientes de su copertenencia... el respeto recíproco e igual para todos exigido por el universalismo sensible a las diferencias quiere una inclusión no niveladora ni clasificadora del otro en su alteridad (Habermas, 2005: 176).

Los Derechos Humanos tienden a la universalidad como ningún otro derecho, pero si furtivamente parte de ese discurso es afectado por una concepción del bien que no es universal, es decir “etnocéntrica”, ya no será compartida por otras culturas y por lo tanto su aceptación no sólo será más difícil, sino que su efectividad también se verá afectada por cierta carencia de peso moral.

Todas las acciones encaminadas al reconocimiento de los Derechos Humanos (sean llevadas a cabo por la sociedad civil, las ONG, los gobiernos o las Organizaciones Internacionales) tenderán a ser universales, el problema es que mientras más universales sean más lejos están del ser humano al que buscan proteger. Lo cierto es que la gran mayoría de humanos que habitan la tierra desconocen no sólo la existencia de los Derechos Humanos consagrados en documentos internacionales sino que ignora cómo hacerlos efectivos, o incluso, conociéndolos, sabe que la posibilidad de efectivizar esos derechos frente a Estados institucionalmente débiles es como luchar contra molinos de viento. El punto aquí es nuevamente de índole moral, a saber; si esas personas ignoran sus derechos fundamentales lo más probable es que sean víctimas de la manipulación que se realiza a través del discurso que se hace sobre los mismos y finalmente, que pese a las movilizaciones que se inicien en su nombre, es muy poco probable que vaya a sentir en carne propia que ellos se hacen efectivos en su vida cotidiana. La percepción de la mayoría de los ciudadanos es que los Derechos Humanos existen, pero demasiado lejos, pues lamentablemente son muy pocos los seres humanos que los ven o los viven.

Los Derechos Humanos se caracterizan entonces por ser imprescriptibles y universales. Pero ¿puede hablarse de universalidad cuando se habla de derechos? Los derechos están ligados al Estado, sea para su protección o para su consagración como tales. Si se habla de derechos reconocidos internacionalmente no se dice otra cosa que el reconocimiento que los Estados están dispuestos a realizar como un atributo de su soberanía. Esto significa que su reconocimiento depende de la disposición política de un Estado de proteger o violar las normas sin que la Comunidad Internacional pueda ejercer acciones efectivas al respecto. En el caso de los derechos fundamentales, la situación no es diferente, sino que existen claras diferenciaciones en cuanto a su implementación y en cuanto a su interpretación dependiendo del sistema jurídico del que se trate.

Quienes afirman que los Derechos Humanos son universales hablan de ideas y valores compartidos, olvidando que para decir que las ideas y los valores son com-

partidos es necesario hacer referencia a un proceso de interacción, por lo tanto no todas las sociedades se encuentran en el mismo momento del proceso y en muchos casos esas ideas y valores son compartidos pero como resultado de la imposición, lo que causa no pocos choques culturales y resistencia, fricciones sociales que repercuten en la misma violación de los Derechos Humanos que se trata de proteger (¡que contradicción!).

Esa necesidad de expandir los Derechos Humanos bajo la consigna de que son universales no deja de ser una dominación intelectual y política ejercida por unos frente a otros, y que naturalmente puede ser pacífica, pero que se ejerce a través de una presión constante o de condicionamientos evidentes.

Un ejemplo de ese discurso de dominación y encasillamiento es la creación de un nuevo término para medir la civilidad o civilización de las culturas y pueblos: el Índice de Desarrollo Humano (IDH), creado en 1990 por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y que combina índices de esperanza de vida, educación e ingreso y que busca constituir un marco de referencia del nivel de desarrollo social y económico de los países (PNUD, 2008). El PNUD emite informes anuales globales, por región, o por país que hacen referencia al IDH respecto a diversos temas, entre ellos los Derechos Humanos. Estos informes tienen un gran impacto en la conducta que asumen los Estados al respecto. Una situación parecida se presenta con los informes que emiten las ONG, como ejemplo concreto los informes anuales de Amnistía Internacional⁶ o Human Rights Watch en temas específicos relacionados con los Derechos Humanos.

Si bien no es usual encontrar en la literatura actual referencias directas a las naciones civilizadas y no civilizadas, a partir del uso del IDH se crea un nuevo criterio de clasificación, que además es cuantitativamente medible, entre unos y otros.

El discurso de los Derechos Humanos se ha convertido en una nueva forma de ejercer el poder porque pone a los Estados en una situación de presión, que los lleva a modificar su conducta, no precisamente por haber trasgredido los Derechos Humanos y pretenden enmendar la situación, sino por las consecuencias políticas que esto puede traerles a nivel internacional.

Los ejemplos que demuestran esto son muchos, baste hacer referencia a la situación de Turquía frente a la Unión Europea, o a los efectos que producen los Informes anuales mencionados. El papel que podrá asumir un Estado frente a esas publicaciones determinará el nivel de respeto que éste obtenga de sus semejantes, y por

6 El prestigio que ostentan algunas ONG hace que la información por ellas divulgada no pueda ser ignorada por un Estado que pretenda participar de la Comunidad Internacional.

último su lugar en el juego de poder. Si un Estado quiere cambiar su situación en el sistema internacional no es tan importante que acuda a los tradicionales elementos de poder planteados por Morgenthau (1978), sino el manejo que se haga de la información de los Derechos Humanos.

Frente a cada reporte sobre la situación de Derechos Humanos que las Organizaciones Internacionales, las ONG u otro actor saque a la luz pública, los Estados, según su auto concepto, pueden asumir diversas posiciones frente a las situaciones mencionadas en los reportes: unos se constituyen en acusadores, otros en acusados. El rol de acusador en muchos casos es ejercido por la Comunidad Internacional en general, pero ésta nunca será la acusada o la trasgresora, precisamente porque para ser miembro del club de la Comunidad Internacional, debe demostrarse que se vela y se protege los Derechos Humanos y que se es promotor de los mismos por fuera del propio territorio.

Un Estado acusado de ser trasgresor se encuentra ante dos opciones: hacer caso omiso de las acusaciones públicas basadas en los informes mencionados (que carecen de cualquier fuerza jurídicamente vinculante) apoyándose en su soberanía y del principio de no intervención, o también manipular el discurso respondiendo con información oficial de la situación de los Derechos Humanos en su territorio; o cambiar su imagen y así estar acreditado, por así decirlo, para formar parte de la Comunidad Internacional civilizada y no ser considerado un Estado paria. Lo más probable es que los Estados respondan positivamente a esa presión con tal de ganar legitimidad y mantenerse en el juego de las relaciones internacionales. Este juego, como sabemos, reporta grandes beneficios, sobre todo desde el punto de vista económico y comercial, por lo que cualquier Estado, actuando racionalmente, optará por demostrar, en mayor o menor medida, que cumple con la protección de los Derechos Humanos.

En otras palabras, el hecho de que los informes sirvan como base de acusación para los Estados y el condicionamiento de la conducta del Estado en cuestión (sea mediante el uso del garrote o de la zanahoria), éste último siempre podrá dar una respuesta meramente discursiva, es decir que sin necesidad de ir al fondo del asunto, que sería proteger efectivamente los Derechos Humanos, un Estado puede crear en la Comunidad Internacional la percepción de que sí los cumple. Y es ahí donde radica el engaño de los Derechos Humanos: en que parecer no es lo mismo que ser. El intercambio de información y el alcance que puedan tener los informes no causa, lamentablemente, el cumplimiento efectivo de la protección de los Derechos Humanos. Y lo más triste de esta situación es que una vez más el ser humano es víctima de sus propios derechos.

CONCLUSIONES

Los historiadores críticos manifiestan que no se pueden analizar o estudiar hechos pasados y pretender entenderlos a cabalidad con una mentalidad actual, contrariamente tampoco se pueden estudiar ni analizar hechos actuales con mentalidades pasadas, o ajenas e impuestas. Esto sucede con los Derechos Humanos. Se parte de la característica universal del hecho de *ser* humano para sumir que los Derechos Humanos son universales cuando en realidad no lo son, o por lo menos no aún. Cada evento necesita un análisis propio y si se pretende hablar de eventos a los que se les otorga la característica de universales por lo menos debe hacerse referencia a un previo diálogo entre todas las sociedades, de lo contrario no puede hablarse de interacción ni de valores comunes sino de valores propagados a través de un discurso que busca condicionar la conducta de los Estados. Por los resultados de esas conductas los Estados serán catalogados de *civilizados* o *bárbaros*.

Desde su reconocimiento como derechos fundamentales inmanentes al ser humano, los Derechos Humanos han sido mantenidos como una prioridad en la agenda internacional, sin embargo esto no quiere decir que estos derechos sean más efectivos en su aplicación. Lo que sucede es que los Derechos Humanos son utilizados para desarrollar una nueva forma de dominación a través del discurso.

Al propender por una universalización de los Derechos Humanos que limita la soberanía de los Estados olvidamos al ser humano, pues mientras más universales sean las acciones encaminadas a difundir esos valores más lejos se está del ser humano al que busca proteger.

BIBLIOGRAFÍA

- Agnew, J. (2005) *Geopolítica: Una Re-visión de la política mundial*. Madrid: Trama Editorial.
- Aguirre, J. y otros. (2003) *El Consumo cultural venezolano*. Caracas: Consejo Nacional de la Cultura.
- Amnistía Internacional. Disponible en: www.amnesty.org
- Estatuto del tribunal Internacional de Justicia. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm>
- Defensoría del Pueblo de Colombia. *Algunas precisiones sobre la violación de los Derechos Humanos en Colombia*. Serie Textos de Divulgación, No. 2. Recuperado el 21 de junio de 2008 en www.dhcolombia.info/spip.php?article24

- Devetak, Richard (1996). Critical Theory. En: *Theories of International Relations*. Scott Burchill y Andrew Linklater (comps), New York: St. Martin Press.
- Habermas, J. (2005). Ética discursiva. En: Gómez, Carlos (Ed.) *Doce textos fundamentales de la ética el siglo XX*. Madrid: Alianza Editorial.
- Habermas, J (1999). Bestialidad y Humanidad. Una Guerra en el límite entre el derecho y la moral. En: *Nueva Sociedad* (162), Caracas.
- Human Rights Watch. Disponible en: www.hrw.org
- Linklater, A. (1990). *Beyond Realism and Marxism: Critical Theory and International Relations*. Palgrave Macmillan.
- Morgenthau, H (1978). *Politics among Nations. The Struggle for Power and Peace*. Nueva York, Alfred Knopf, 1978 [1ª. ed. 1948]
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *Informes anuales de IDH*. Recuperado el 20 de octubre de 2008 en: <http://hdr.undp.org/en/humandev/hdi/>
- Salomón, M. *La teoría de las relaciones internacionales en los albores del siglo XXI: diálogo, disidencia, aproximaciones*. Recuperado el 6 de octubre de 2008 en: www.reei.org
- Sikkink, K. (1993) Human Rights, principles issue networks, and sovereignty in Latin America. En: *International Organization* (47) (3).
- Valencia, H. (2005). *Derecho Internacional Público*. 2ª. Ed. Medellín: Pontificia Universidad Bolivariana.



Autora: Paola Gamboa

Título: ¿Habitar?

Técnica: acrílico y carburo de silicio sobre lienzo

Dimensiones: 1.45 x 1.45 m

Año: 2008

A UNA PROFESIÓN LIBERAL UNA EDUCACIÓN LIBERAL*

* Avance de investigación del proyecto “*Analizando el discurso epistemológico-jurídico. Un análisis de los saberes jurídicos generales y sus relaciones discursivas*”, adscrito al Grupo de Investigación “Saber, poder y derecho”, Línea de Investigación “Derecho y Lenguaje” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia y aprobado por el Comité de Investigaciones de la Universidad (CODI).

Fecha de recepción: Marzo 25 de 2009

Fecha de aprobación: Abril 28 de 2009

A UNA PROFESIÓN LIBERAL UNA EDUCACIÓN LIBERAL

*Roberth Uribe Álvarez***

RESUMEN

Este trabajo incluye algunas consideraciones referidas a los conceptos ‘flexibilidad’ y ‘rigidez’ curriculares, como aspectos pedagógicos y curriculares relevantes en la formación filosófico-política de los abogados, específicamente en su construcción del concepto de autonomía personal como criterio determinante de la concepción de la abogacía como una profesión liberal.

Palabras clave: educación superior, educación liberal, pedagogía jurídica, autonomía personal, perfeccionismo estatal, paternalismo estatal, flexibilidad curricular, rigidez curricular.

FOR A LIBERAL PROFESSION A LIBERAL EDUCATION

ABSTRACT

This article includes some considerations regarding the concepts “flexible curriculum” and “strict curriculum”, as pedagogical and curricular issues relevant to the philosophical-political training of lawyers, specifically in their construction of the concept of personal autonomy as a decisive criterion for designing advocacy as a liberal profession.

Key words: higher education, liberal education, legal education, personal autonomy, State perfectionism, State paternalism, flexible curriculum, strict curriculum.

** Profesor de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. El autor agradece a los profesores Oscar Holguín, de la University of East Anglia Norwich del Reino Unido y Luisa Cano, de la Universidad de Antioquia, por las lecturas previas y las sugerencias de modificación que realizaron al texto.

A UNA PROFESIÓN LIBERAL UNA EDUCACIÓN LIBERAL

Acerca del concepto ‘flexibilidad curricular’ y de algunas de sus implicaciones pedagógicas y filosófico-políticas en los actuales planes de estudios jurídicos universitarios

“Los estudiantes deberían ser tratados como alumnos y profesores a la vez. Como profesores, porque la productividad significa aquí independencia absoluta, interés por la ciencia más que por el profesor, y allí donde la idea de vida estudiantil se reduce a despachos y escalafones no puede haber ninguna ciencia en absoluto”¹.

En memoria de WILMER CRUZ GONZÁLEZ, exestudiante de Derecho de la Universidad de Boyacá.

En este trabajo se realizan algunas consideraciones referidas a los conceptos ‘flexibilidad’ y ‘rigidez’ curriculares, desde una perspectiva interdisciplinaria, en tanto se combinan elementos de discursos pedagógicos, filosófico-políticos e iusfilosóficos. Esta interdiscursividad se origina en la previa identificación de una relación conceptual entre los términos ‘flexibilidad curricular’ y ‘libertades de enseñanza-aprendizaje’, que es a su vez expresión de una relación también conceptual, aunque más amplia, entre los pares de conceptos ‘educación superior-filosofía política’² y ‘flexibilidad curricular-epistemología jurídica’³.

Valga señalar que desde hace algo más de un decenio, los programas de pregrado universitario colombianos experimentan diversos procesos de reforma curricular, en el marco de los contemporáneos estándares teórico-pedagógicos de “calidad” académica adoptados por el Estado colombiano en un proceso de internacionalización de la educación, conforme a los cuales se hace necesario implementar los planes de estudio de dichos programas ajustándolos, entre otras, a condiciones pedagógicas y curriculares de “flexibilidad”.

1 BENJAMIN (1993: 128).

2 Cf. VÁSQUEZ (2008, *passim*).

3 Cf. KENNEDY (1990: *passim*).

Los programas universitarios para la formación de abogados no se han sustraído a este proceso, siendo objeto de múltiples y variadas discusiones y acciones de reforma curricular. En tal medida, es pertinente que los juristas participemos de los procedimientos de dilucidación conceptual, determinación de sentidos epistémicos y filosófico-políticos, así como de las distintas implicaciones pedagógicas del término “flexibilidad curricular”⁴, generalmente a cargo de los teóricos pedagogos⁵.

El texto se estructura en cuatro secciones. En la primera se realiza una aproximación conceptual a los términos ‘flexibilidad’ y ‘rigidez’ curriculares, como conceptos claves de los discursos pedagógicos contemporáneos, específicamente los que propenden por el aseguramiento de niveles de “calidad” de la educación. La segunda parte incluye unas consideraciones referidas al problema de los límites de la intervención estatal en la vida personal de los asociados, desde las relaciones entre los conceptos autonomía personal, perfeccionismo y paternalismo estatales, revertidas a los roles políticos de los sujetos de la relación pedagógica. La tercera sección se dedica a presentar algunas reflexiones acerca de los sentidos y significados de los conceptos ‘flexibilidad’ y ‘rigidez’ en currículos jurídicos, mientras que la última parte trata de las implicaciones de algunos de estos sentidos y significados en los planes de estudios de derecho.

I

1. El proceso de diseñar planes de estudio de programas de educación superior supone el análisis de dos acciones entre las cuales existe una relación lógica: la identificación y la elección del(los) modelo(s) pedagógico(s) de enseñanza y aprendizaje que van a fundamentar la estructura del plan de estudios.

Estos modelos de enseñanza-aprendizaje pueden ser caracterizados desde el punto de vista de dos términos que son relevantes en el discurso de la pedagogía contemporánea: la “rigidez” y su opuesto la “flexibilidad” curriculares, los cuales funcionan con un alcance tan sólo *aproximativo* o *tendencial* con relación a niveles de pureza o ideales. Con otras palabras, nuestros modelos curriculares, tanto pedagógicos como teóricos, oscilan entre lo tendencialmente rígido o lo tendencialmente flexible, pero difícilmente en la pureza en rigidez o en flexibilidad.

Este nivel intermedio o de compatibilidad entre los modelos rígido y flexible de nuestros currículos jurídicos, obedece a la combinación de dos factores: el pri-

4 “La decisión sobre el tipo de concepción general de la enseñanza del derecho que se adopte es inevitablemente una decisión profundamente política que se debe justificar axiológicamente”. Cf. BÖHMER (1999: 18).

5 Un trabajo hito en la materia, en el ámbito latinoamericano, es el de HABA (2008: *passim*).

mero, de carácter conceptual, tiene que ver con la dilucidación que se realice de los términos “rigidez” y “flexibilidad” como predicados o características de los currículos. Esta dilucidación incluye la determinación de sentidos lingüísticos y discursivos de estos dos términos en la teoría pedagógica, conforme a las claves conceptuales, categoriales y epistemológicas básicas de ésta (*i. e.* los conceptos de ‘enseñanza’, ‘aprendizaje’, ‘universidad’, ‘libertad’, ‘educación’, ‘didáctica’, ‘metodología’, etc.).

El segundo factor condicionante de la construcción del concepto ‘modelo curricular tendencialmente rígido/flexible’, tiene que ver con las reglas de juego normativas e histórico-culturales, tanto estatales como universitarias, que rigen la educación jurídica en Colombia, específicamente las que tienen que ver con la educación, la pedagogía y la epistemología jurídicas.

1.1. Desde un punto de vista del factor conceptual, un modelo curricular *tendencialmente rígido*, apunta al diseño de un plan que predefina y preestablezca, con carácter fijo y obligatorio, una buena parte de los problemas y, ante todo, buena parte de asignaturas que conforman la disciplina que se estudia.

Por su parte, el modelo *tendencialmente flexible* propende por un plan de estudios que admite un mayor margen de “libre” configuración discursiva y de libre elección de (dis)cursos por profesores y estudiantes, respectivamente. Esta libertad de enseñanza y aprendizaje se manifiesta en dos aspectos básicos: en primer lugar, en la morigeración del régimen de prerrequisitos y de correquisitos que comúnmente se establecen para el plan de estudios, como una forma de orientar el proceso pedagógico y de construir una lógica de su desarrollo. En este tipo de modelos pedagógicos la flexibilidad encauza los niveles de ordenación y de lógica de los discursos curriculares hacia algunos ámbitos del plan de estudios, planteando órdenes y lógicas de discurso paralelas y alternativas para los ámbitos restantes.

En segundo lugar, la tendencial libertad de enseñanza-aprendizaje se proyecta en la estructura pedagógica de algunos de los cursos del plan de estudios. Desde este punto de vista, este modelo conduce a un plan que permita a los sujetos pedagógicos ir desarrollando (dis)cursos en la perspectiva de seminarios de configuración temática y problemática (más) libres, de conformidad con los procesos de investigación que se vayan llevando a cabo, los cuales se transforman, generalmente, en las temáticas de los cursos-seminarios, frente a los cuales sólo los créditos se tienen por obligatorios y no así las asignaturas, en cuanto a temas y problemas de estudio respecta.

1.2. En el caso colombiano, este tipo de modelos mixtos (aproximativa o tendencialmente rígidos/flexibles), son también *relativos* desde el punto de vista del alcance

que tiene la potestad de configuración curricular por las universidades, en tanto las asignaturas de libre configuración y elección se reducen a algunos segmentos del programa que tenga aprobado la respectiva Facultad, conforme a la normativa estatal y universitaria vigente.

En efecto, en Colombia la libertad de configuración de cursos y discursos en los programas de estudios jurídicos ha estado, por tradición, limitada a una proporción minoritaria de los créditos, debido a nuestra historia pedagógico-jurídica, en la que es común que en los programas de derecho exista un contenido curricular obligatorio “básico”, normalmente plasmado en cursos de nivel de análisis discursivo “general” (i.e. las teorías “generales” del derecho, del acto jurídico, del delito, del proceso, etc.), lo que limita los márgenes de libertad configurativa del currículo.

Lo anterior, además, teniendo en cuenta que en el derecho colombiano vigente el Estado, por disposición constitucional, tiene a su cargo la potestad de monopolizar el *control, inspección y vigilancia*⁶ de las instituciones encargadas de la prestación del servicio público de educación, públicas o privadas, últimas éstas que en tanto pueden tener como objeto esa *prestación*, denotan la ausencia de un monopolio estatal en lo que a este último aspecto hace referencia. En el marco de esas funciones el Estado colombiano, hasta hace no mucho tiempo regulaba los contenidos curriculares de los estudios jurídicos universitarios, medida que se ha matizado en los últimos veinte años, con la adscripción paulatina, a cada institución de educación superior, de la competencia para darse su propio plan de estudios jurídicos.

II

2. Si se acepta la validez de este marco de discusión, tiene sentido reflexionar acerca de los criterios filosófico-políticos que hacen normativamente válido, justificado, el discurso de los límites del Estado como poder político respecto de los ciudadanos; reflexionar, en otras palabras, acerca de los conceptos, principios y valoraciones que se encauzan al establecimiento de límites al Estado como fuente del yo. Ello en relación con las potestades estatales de control y, muy específicamente, de prestación del servicio público de educación superior.

6 Este monopolio no se extiende a la *prestación* del servicio público de educación, que puede ser prestado por instituciones privadas. La función de vigilancia, inspección y control se manifiesta especialmente en el proceso de aprobación de la *creación* de instituciones de educación superior, y de expedición de *registros calificados de funcionamiento* de los programas académicos, los cuales deben cumplir, obligatoriamente, con condiciones de calidad académica e institucional mínimas.

Valga comenzar con la precisión de que, tratándose de universidades públicas, esta indagación abarca tanto las cuestiones relacionadas con el control como muy específicamente las relativas a la prestación de dicho servicio público. Así las cosas, el razonamiento a encarar debe incluir el análisis de los alcances del Estado como *poder*, al llevar a cabo la prestación del servicio público de educación, en forma directa e indirecta, y específicamente, la enseñanza de las diversas disciplinas universitarias, en el marco de referentes de legitimidad como los principios del pluralismo, el relativismo y la tolerancia ideológicos y axiológicos, propios de un modelo de Estado de derecho constitucional, fundamentado en los criterios (principios) de dignidad y autonomía personales.

Planteado alternativamente el problema, es menester, entonces, discurrir acerca de estas dos preguntas: (i) ¿Cuál puede ser la inferencia del Estado en la vida personal mediante el servicio de la educación? y (ii) ¿Cuáles serían las consecuencias de esta interferencia estatal en la libertad académica de los estudiantes?⁷

3. Esta cuestión es designada en la filosofía política con los conceptos “perfeccionismo” y “paternalismo” estatales⁸, y se constituye en el marco conceptual de estas reflexiones, precisando, además, que tiene sentido encauzar una discusión de reformas y configuración de planes de estudio universitarios en el ámbito de lo filosófico-político, muy puntualmente el aspecto de rigidez/flexibilidad curriculares, en tanto la filosofía política constituye un marco valorativo y normativo relevante de los discursos de legitimidad o justificación del Estado en un sistema político⁹ (también tendencialmente) democrático y de derecho, que en tal virtud no se autajustifica ni opera autocráticamente en su acción institucional.

Los conceptos de “perfeccionismo” y de “paternalismo” estatales aluden a aquellos procesos de imposición, por medio del derecho (y del Estado), de la moral social en el ámbito privado de la vida personal, con la finalidad de la defensa del bienestar social y/o de la evitación de daños propios, cuyo fomento se considera una acción legítima de la autoridad política. Esta imposición legal de la moral social implica la interdicción coactiva de la voluntad individual por el ejercicio de una voluntad externa que funciona como superior o dominante, por poseer autoridad, y que pretende la evitación de un daño auto-ocasionado.

7 En los modelos tendencialmente flexibles, debido a su reivindicación de la preponderancia de la libertad de cátedra y de aprendizaje, el problema no es de los límites de intervención sino al contrario, los de la no-intervención de la educación en algunos, posiblemente amplios o muy amplios, marcos de la autonomía individual.

8 Sobre esta cuestión, es importante consultar los trabajos de ATIENZA, CAMPS, DIETERLEN y GARZÓN VALDÉS (1988: *passim*).

9 Cf. BOBBIO (1994: 113-127).

Perfeccionismo y paternalismo constituyen una “protección de las personas de ellas mismas”¹⁰, explicable con la extensión metafórica de la figura de la *patria potestas*, ejercida por el padre con respecto a quienes carecen de emancipación en su grupo familiar¹¹. En relación con el concepto “paternalismo estatal”, éste se plantea mediante una extensión analógica, teniendo en cuenta que la historia del Estado muestra, incluyendo aún al de derecho, que éste emerge como una *autoritas* frente a los asociados, en diversos escenarios del ejercicio de sus fines y funciones¹².

En principio hay que introducir una distinción entre los conceptos “perfeccionismo” y “paternalismo” estatales. En el perfeccionismo se pretende la imposición legal de la moral social en el individuo con la finalidad, no sólo de evitarle daños –“morales”– sino también, y fundamentalmente, de beneficiar la consolidación del bien social, como expresión de la moral social, en los ámbitos privados de su vida¹³. En el paternalismo, por su parte, se pretende, exclusivamente, disuadir al sujeto para que evite la autogeneración de daños de tipo psicológico, social o económico: “El perfeccionismo muestra una doble dimensión, maximizadora (de beneficios) y moralista, que le distingue del paternalismo, minimizadora de daños y orientado al bienestar¹⁴.”

Con lo dicho, se trata entonces de una distinción de grado, en la que el perfeccionismo, a diferencia del paternalismo, erradica cualquier admisión de un margen de autonomía individual, mitificando la importancia y la prevalencia de la “moral

10 Cf. HART (2006: 122-123).

11 Cf. ALEMANY (2005: 266-267).

12 Cf. HOBBS (1989).

13 Como lo describe Gargarella, refiriéndose al perfeccionismo como una manifestación del constitucionalismo conservadorista latinoamericano característico de algunas constituciones suramericanas del siglo XIX: “El carácter perfeccionista del conservadurismo aparece en su propuesta de utilizar el poder coercitivo estatal en defensa de una cierta concepción del bien (i.e., una religión). Su idea central –según veremos, directamente contraria a la del liberalismo– es la de que el Estado no debe ser indiferente ante las elecciones que haga cada uno en cuestiones de moral personal. No existe, para el conservadurismo, un ámbito de privacidad fuerte y ajeno a la regulación del Estado: si las ideas que se cultivan privadamente son contrarias a o afectan a la moral compartida (sea ésta definida como la moral tradicional de la comunidad, o la moral dominante en un momento determinado), luego, aquellas ideas no son merecedoras de la protección estatal. Más bien, y por el contrario, el Estado se encuentra obligado a desalentar o directamente combatir tales concepciones”. Cf. GARGARELLA (2006: 56).

14 “Para ilustrar este punto se pueden proponer algunos ejemplos de ejercicios de poder paternalista y perfeccionista: hacer obligatoria la educación general básica sería paternalista mientras que imponer la educación esmerada en, por ejemplo, bellas artes sería perfeccionista; imponer una rehabilitación para curar una lesión física sería paternalista mientras que hacer obligatoria la práctica del deporte podría ser considerado perfeccionista; prohibir el consumo de drogas para evitar daños en la salud del consumidor sería paternalista, mientras que hacerlo, porque la vida con drogas se considera, con independencia de los daños a la salud que implique, inferior a la vida sin drogas sería perfeccionista”. Cf. ALEMANY (*Cit.*: 272).

social¹⁵ sobre el derecho de autodeterminación individual, como condición de existencia de la sociedad.

Es por ello que al perfeccionismo se le concibe como un “moralismo legal o jurídico”¹⁶ y que, conforme a la teoría contemporánea del Estado de derecho estándar, se le considera incompatible con un modelo de Estado de derecho, constitucional y democrático, que reconoce y asienta el concepto de dignidad humana en la eficacia que asigna a dos criterios (principios) normativos: el pluralismo (axiológico e ideológico) y la autonomía individual. El Estado perfeccionista, al establecer una moralidad social confesional o no-laica, dogmática y antiliberal, es un Estado de propensión autoritaria, en tanto aliena al individuo de la auto-elección de sus planes de vida, imponiéndole o derroteándole alguno(s) en especial, por la vía de los llamados “derechos-obligación”.

El problema es diferente en relación con el paternalismo estatal. El Estado paternalista admite un reconocimiento de la autonomía personal como marco de libre elección y delimitación del individuo respecto de sí mismo, de sus planes de vida estrictamente privados o impersonales. Este marco representa un límite normativo para el Estado al proceder a la regulación prescriptiva de la vida individual y social y a sus ámbitos de acción institucional, que quedan revertidos a la creación de unas condiciones adecuadas y necesarias para que cada persona pueda desarrollar sus planes de vida sin interferir e injerir en el espacio vital de los demás. Esta restricción normativa de la acción estatal, derivada del principio de libertad de autodeterminación individual y de una concepción del *liberalismo* como filosofía política y moral refrendable¹⁷, aboca al Estado de derecho constitucional a una actitud ético-política de *tolerancia liberal* o, en su lugar, *neutralidad*¹⁸.

15 Un concepto de “moral social” puede consultarse en GARZÓN VALDÉS, (1998: 139).

16 Cf. HART (*Cit.*: 124).

17 Como afirma Nino, el liberalismo filosófico-político puede ser visto como una descalificación del perfeccionismo, entendido este último como una de las diversas piezas de una visión totalitaria de la sociedad. Vid. NINO (1989: 199).

18 Algunos estudios del liberalismo se enfocan a una defensa del concepto de ‘tolerancia liberal’ en lugar del de ‘neutralidad’. Así, por ejemplo, Gray: “La tolerancia liberal se aplicaba a lo considerado pernicioso, y ese no es un hecho casual. Como ya he escrito en una reflexión anterior sobre el asunto: El objeto de la tolerancia es aquello que tenemos por pernicioso. Cuando toleramos una práctica, una creencia, un rasgo de carácter, dejamos que exista algo que juzgamos como indeseable, falso o al menos inferior; nuestra tolerancia expresa la convicción de que, *a pesar de* su maldad, el objeto de nuestra tolerancia debe dejarse en paz. Ésta es, en verdad, la idea misma de tolerancia, tal como se la practica en los asuntos importantes y en los pequeños... Tal como los viejos filósofos analíticos de Oxford lo habrían expresado: la *lógica* de la tolerancia reside precisamente en que sea practicada con respecto a lo pernicioso”. Cf. GRAY (2000: 7). Igualmente, un interesante estudio del concepto de neutralidad puede verse en VILAJOSANA (2007/2008: 145-179).

4. Conforme al criterio de neutralidad, el Estado de derecho constitucional y democrático no es competente, ni está legitimado, para trazar planes de vida personales a los individuos, como tampoco para entorpecerlos. Su legitimidad de intervención, o de no-neutralidad, se encuentra, de un lado, conminada a aquellos aspectos de la vida personal que pueden ser considerados injerentes o interferentes en los ámbitos de las relaciones interpersonales y, de otro lado, vedada respecto a los aspectos que sean meramente individuales, intrapersonales o a-injerentes del individuo con respecto a la sociedad.

Pero no es pacífica la delimitación del ámbito de injerencia o no-injerencia de los comportamientos humanos. Por ello, la filosofía práctica contemporánea, plantea que desde el referente del Estado de derecho constitucional contemporáneo el análisis del paternalismo estatal, es un problema de grado: más que discutirse la cuestión en las claves de “sí o no” paternalismo estatal, lo que se discute son los términos de justificación de validez político-normativas de este ejercicio estatal¹⁹. El problema a resolver consiste entonces en justificar ¿cuál tipo de paternalismo estatal y, ante todo, en qué supuestos y bajo qué límites, se puede considerar un acto jurídico estatal de intervención en la vida personal normativamente justificado o legítimo? ¿Cómo entender justificable una neutralidad política estatal?²⁰

Se ha dicho que la cuestión es relevante en tanto implica dilucidar un problema *justificatorio* o normativo (en el sentido de no meramente descriptivo, fáctico o empírico)²¹. Este carácter justificatorio surge como consecuencia de la institucionalización de derechos subjetivos y de libertades como potestades que, de un lado, positivamente, otorgan prerrogativas de acción a los asociados frente al Estado y a otros individuos y, de otro lado, negativamente, fijan límites de abstención al aparato estatal en el ejercicio de sus fines y funciones frente a los titulares de dichas prerrogativas, determinando los marcos de acción y omisión legítimos que el Estado *de derecho* constitucional puede tener²².

19 Cf. HART (*Cit.*: 123): “[e]l paternalismo –la protección de las personas de ellas mismas–, es una política perfectamente coherente. Sin duda alguna parece extraño a mediados del siglo XX insistir sobre esto, ya que el debilitamiento del *laissez faire* desde la época de Mill es un lugar común en la historia social, y en nuestros días abundan ejemplos de paternalismo estatal tanto en el Derecho Civil como en el Penal”.

20 Cf. GARZÓN VALDÉS (1988 –2–: 155-173).

21 Como afirma HART (*Cit.*: 112), una indagación acerca de esta cuestión es de naturaleza justificatoria toda vez que “Al formularla estamos comprometidos, al menos, con el principio crítico general de que el uso de la coerción legal por cualquier sociedad demanda justificación, como algo que *prima facie* es objetable, tolerable sólo por el interés de una buena contraprestación. Allí donde no existe una objeción *prima facie*, algo censurable o malo, las personas no solicitan o dan *justificaciones* de las prácticas sociales, aunque pueden pedir y dar *explicaciones* de estas prácticas o pueden intentar demostrar su valor”.

22 “[l]a cuestión interesante y compleja que subyace a esta controversia (...) es la que se refiere a qué dimensiones o aspectos de una concepción moral considerada válida pueden reflejarse en regulaciones jurídicas.

Esta doble dimensión de la justificación de los marcos de acción estatal con relación al individuo y a la intangibilidad de su “yo”, puede válidamente postularse en los siguientes términos: “La asunción de un limitado paternalismo constituirá un elemento importante en la aceptación de un test de aceptabilidad de las consecuencias de una doctrina política”²³.

5. Uno de los criterios (principios) que entra en juego en esa dialéctica de las concepciones filosófico-políticas individuo-Estado es precisamente el de la autonomía personal²⁴. Este principio

“[p]rescribe que siendo *valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución*. Este es el principio que subyace al principio más específico y menos fundamental que veda la interferencia estatal con conductas que no perjudican a terceros; tal interferencia es objetable en tanto y en cuanto ella puede implicar abandonar la neutralidad respecto de los planes de vida y las concepciones de excelencia personal de los individuos.”²⁵

El postulado de autonomía personal permite, entonces, delimitar los ámbitos *intra-personales* de los *interpersonales* de la vida humana, a efectos de estatuir límites de regulación jurídica: en lo que al ámbito intrapersonal respecta, su regulación opera con el reconocimiento, por el orden jurídico estatal, de un derecho o potestad subjetivo y fundamental de libre desarrollo de la personalidad; de fijación de pautas de autarquía y autogobierno individuales.

A este marco de autonomía se adscriben aquellas acciones humanas que, en tanto no trasciendan los límites de la vida personal, se consideran intrapersonales o carentes de un significado de impersonalidad; esta es la formulación del clásico ‘principio del daño’ de Mill²⁶, cuyo sentido consiste en considerar adscritas al exclusivo marco de

Habiendo acuerdo en que el Estado puede hacer cumplir principios de la moral “intersubjetiva” o pública, que prohíben afectar ciertos intereses de individuos distintos del agente, la cuestión se centra en si el Estado puede hacer valer, a través de sanciones y otras técnicas de motivación, pautas de la moral personal o “autorreferente”, que valoran a las acciones por sus efectos en el carácter moral del propio individuo que las ejecuta. Cf. NINO (1989: 203)

23 Cf. ALEMANY (Cit.: 303).

24 Un detallado estudio de este concepto puede verse en NINO (1989: 199-236).

25 *Ibid*: 204-205.

26 Cf. MILL (1994: 66): “La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano”. Sobre

lo personal, las conductas individuales no-injerentes en los derechos e intereses de terceros. Por tal razón estas conductas, desde un punto de vista filosófico-político liberal, son destinatarias de una acción estatal de neutralidad²⁷.

En lo que al ámbito interpersonal hace relación, por su parte, las conductas injerentes en la vida social, o impersonales, suelen regularse con el establecimiento de prohibiciones de comportamientos encaminadas a garantizar que el ejercicio de la libre personalidad de un sujeto no afecte la de los otros. De esta forma, el sentido filosófico-político del postulado normativo de la autonomía personal consiste entonces en la vedación e interdicción al Estado para fijar cánones de autogobierno, u obstaculizarlos, a los asociados, cuando el ejercicio de su derecho a la autodeterminación es mantenido por ellos en los legítimos límites de su exclusivo fuero subjetivo²⁸.

Este criterio-principio forma parte de los juegos de lenguajes o discursos jurídico, moral y político que Estado (de derecho) y asociados practican en torno a sus relaciones *iuspúblicas*. Éstas presuponen la titularidad exclusiva y excluyente del individuo cuando de desarrollar sus planes de vida respecta, y la coetánea proscripción para el Estado de interferir en este espacio de libre desarrollo individual, por regla general²⁹. Excepcionalmente, sólo puede resultar legítima la intervención estatal en la potestad de dirección de la propia vida, cuando estén en juego aspectos

el significado de este principio y su conocimiento, afirma Gerald Dworkin: “Este principio ‘ni es uno’ ni es ‘muy simple’. Está constituido por dos principios: uno que afirma que la propia protección o la prevención del daño a otro es, en ciertas circunstancias, una justificación suficiente para el ejercicio de la coacción; y el otro que pretende que el propio bien de los individuos *nunca* es una justificación suficiente para tal coacción, sea ésta realizada por la sociedad en su conjunto o por sus miembros individuales”. Cf. DWORKIN, Gerald (1990: 147).

27 “[u]n Estado viola la tesis de la neutralidad cuando se compromete con la afirmación del valor intrínseco de ciertos estilos de vida o defiende la superioridad de determinadas concepciones del bien, sean religiosas, morales o filosóficas”. Cf. GARRETA (2006: 35).

28 Ver, a este respecto, el planteamiento de la pedagogía liberadora de Freire: “El respeto a la autonomía y a la dignidad de cada uno es un imperativo ético y no un favor que podemos o no concedernos unos a los otros. Precisamente por éticos es por lo que podemos desacatar el rigor de la ética y llegar a su negación, por eso es imprescindible dejar claro que la posibilidad del desvío ético no puede recibir otra designación que la de *transgresión*. El profesor que menosprecia la curiosidad del educando, su gusto estético, su inquietud, su lenguaje, más precisamente su sintaxis y su prosodia; el profesor que trata con ironía al alumno, que lo minimiza, que lo manda ‘ponerse en su lugar’ al más leve indicio de su rebeldía legítima, así como el profesor que elude el cumplimiento de su deber de poner límites a la libertad del alumno, que esquiva el deber de enseñar, de estar respetuosamente presente en la experiencia formadora del educando, transgrede los principios fundamentalmente éticos de nuestra existencia. Es en este sentido como el profesor autoritario, que por eso mismo ahoga la libertad del educando al menospreciar su derecho de ser curioso e inquieto, tanto como el profesor permisivo, rompe con el radicalismo del ser humano -el de su inconclusión asumida donde se arraiga la eticidad-”. Vid. FREIRE (2006: 19).

29 Ver PLATTS, Mark (1998: 29-40).

intersubjetivos o interpersonales de ella como acción individual; cuando esta acción pueda ser catalogada de “injerente” o “interferida”, por ser lesiva de los derechos y los intereses legítimos de los demás³⁰.

Las reflexiones acerca de estas cuestiones de grado respecto de la intervención estatal en la vida personal; o acerca de los límites del Estado como fuente de autoridad en la vida privada de los individuos, se debaten en la filosofía política en términos de la discusión “liberalismo(s)” vs. “comunitarismo(s)”³¹. En el primer grupo de doctrinas de la relación Estado-asociados, se defiende la tesis de una ilegitimidad, entre radical y relativa, del Estado como fuente del yo; en el segundo grupo se oscila entre una presencia relativa (en algunos casos mínima³²) hasta una absoluta del Estado en la justificación de dicha fuente³³.

La historia de la modernidad liberal-ilustrada y de la posmodernidad laica, con todas las dificultades discursivas que seguramente les son imputables³⁴, se inclina hacia la defensa de un margen de autonomía personal *intangibile*, revertido a los aspectos privados de nuestra vida como individuos o al aspecto socialmente a-injerente de nuestras acciones; hacia la defensa de una perspectiva liberal³⁵, por lo menos en lo que a ese aspecto de la vida personal respecta³⁶. Esta intangibilidad permite dar contenido y justificación a la identidad y la intimidad individuales, como condiciones y elementos de un concepto de dignidad que reivindique el respeto al derecho de las personas a ser tratadas y reconocidas jurídica y políticamente como tales, esto es, como individuos³⁷. Y esa intangibilidad funciona como una barrera de contención, una limitación del poder del *pater* estatal, encaminada a generar mayores niveles de pluralismo y diversidad axiológicos e ideológicos, indispensables para una de-

30 Cf. NINO, Carlos (1990: 21-34).

31 Vid. GONZÁLEZ (1995: 117-136) y RIVERA (1995: 95-115).

32 Cf. NOZICK (1988).

33 Cf. MACINTYRE (1987), TAYLOR (1994) y WALZER (1997).

34 Me refiero a los intentos de justificación, no sólo de un paternalismo relativo sino, más aún, de un paternalismo radical o perfeccionismo estatal en la vida privada de los individuos. Cf. Al respecto, COLOMER (2001: 251-296).

35 Acerca del valor superior del liberalismo igualitario como doctrina filosófico-política de mayor justificabilidad democrática que otras, debido a su compromiso con ciertos valores básicos (autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona), cf. NINO (1989: 199-301). Sobre el concepto de liberalismo cf. BARBERIS (2002: 182-200).

36 Cf. HART (*Cit.*: 135): “El reconocimiento de la libertad individual como un valor implica, como mínimo, aceptar el principio de que el individuo puede hacer lo que quiera, incluso si otros se sienten afectados al momento de enterarse de que es lo que hace, salvo, por supuesto, que existan otras buenas razones para prohibirlo”.

37 Cf. DE PÁRAMO (1992: 87-116).

mocracia constitucional mínima, entendida como sistema-espacio de diferencias coexistentes en marcos de tolerancia recíproca³⁸.

En la concepción de la autonomía como una potestad de autogobierno del individuo sobre sí mismo, es relevante distinguir entre la *formación* y el *ejercicio* de aquella, y su incidencia y funcionalidad en los tipos de educación básica y universitaria. A este respecto, se suele plantear, en la educación básica, la compatibilidad entre los conceptos de autonomía y paternalismo moderado, lo que es cuestionable en relación con la educación universitaria, debido a que, en el caso de los universitarios, su autonomía ya se supone formada, por lo que el proceso educativo no se revierte a su formación sino a su ejercicio.

6. Ahora bien, la educación como prestación de un servicio público “esencial”, en el sentido de ‘básico’ o ‘fundamental’, representa un tipo de relación Estado-individuo en el que son relevantes las discusiones acerca de los límites de la intervención estatal en el ámbito individual. A este respecto, (el modelo de) la educación puede consistir tanto en un factor de dignificación humana como de indignificación.

Es la educación un factor de dignificación si las acciones en que ella consiste permiten un adecuado despliegue de los principios de autonomía personal y de desarrollo social, teniendo en cuenta que la educación es un invaluable y necesario instrumento de desarrollo y de empoderamiento en sociedades como las latinoamericanas.

De otro lado, puede la educación generar la indignificación de los individuos y de los grupos sociales, cuando represente una amenaza, e incluso una negación, de las prerrogativas de autonomía individual y de progreso social, al cerrar las posibilidades de consolidación de mayores espacios de enseñanza y de formación libres, constructivos y plurales³⁹, y al conducirnos con ello al “mutismo cultural”⁴⁰, al estatuir currículos exclusiva o marcadamente rígidos, discursivamente monológicos y unidimensionales.

38 “[I]a tradición liberal ha relacionado, desde Mill, la justificación de la tolerancia con el derecho de todos y de cada uno de los miembros de la sociedad al mismo grado de libertad de conciencia y de expresión que cualquier otro. Fundada en la igualdad, la tolerancia tendría un doble aspecto; el aspecto negativo de proteger a los poseedores de ese derecho de la intromisión del poder en el ámbito de las libertades, y el aspecto positivo del reconocimiento de la existencia de las diferencias y del derecho a las condiciones materiales para el ejercicio de su libre expresión”. Vid. LÓPEZ CASTELLÓN (1995: 2).

39 Cf. FREIRE, Paulo (1969: 64): “En las relaciones humanas del gran dominio, la distancia social existente no permite el diálogo. Éste, por el contrario, se da en áreas abiertas, donde el hombre desarrolla su sentido de participación en la vida común. El diálogo implica la responsabilidad social y política del hombre. Implica un mínimo de conciencia transitiva, que no se desarrolla bajo las condiciones ofrecidas por el gran dominio”.

40 Cf. FREIRE (*Ídem*: 63): “Las sociedades a las cuales se les niega el diálogo y la comunicación y en su lugar se les ofrecen “comunicados” se hacen preponderantemente “mudas”. El mutismo no es propiamente inexistencia de respuesta. Es una respuesta a la que le falta un tenor marcadamente crítico”.

No debe soslayarse que estas concepciones liberales de la potestad de autonomía personal, que incluyen a las libertades de aprendizaje y educación, son un legado histórico de la Modernidad occidental, con su aparejada justificación del liberalismo filosófico-político como discurso y como forma de acción neutral⁴¹ (tendencialmente⁴²) de los Estados de derecho. Ese debe ser un horizonte discursivo y normativo no ignorado en un proceso de reforma curricular de los estudios jurídicos universitarios, especialmente de aquellos vinculados a una universidad *pública*, que pretenda ser, cuando menos, no involutivo.

III

7. Elaborado el breve marco conceptual anterior, es pertinente relacionar con él los aspectos ‘rigidez’ y ‘flexibilidad’ curriculares, como problemas relevantes en la discusión acerca de los grados y los límites de la libertad de autoconfiguración de un plan de estudios por los sujetos de la relación pedagógica.

Para estos fines, es válido retomar las dos tesis esbozadas: en primer lugar, que las discusiones de reformas curriculares sobre estudios (jurídicos) universitarios en Colombia, debido a la normatividad y a la cultura pedagógica vigentes al respecto, se adscriben a modelos curriculares mixtos (tendencialmente rígidos-tendencialmente flexibles), toda vez que esta regulación no inscribe a la educación superior colombiana en grados de pureza respecto de alguna de dichas alternativas de modelos pedagógicos.

En segundo lugar, se ha postulado que la deliberación en torno a los grados de mixtura curricular (si más o menos rigidez que flexibilidad o viceversa), como cuestión disputada y abierta de un proceso de reforma, es pasible de un análisis filosófico-político, revertido al aspecto de la mayor o menor eficacia que desde dichos modelos se proyecte al principio de autonomía personal de docentes y discentes, en el marco de las libertades de enseñanza y aprendizaje y, con ello, a los postulados del pluralismo, el relativismo, la tolerancia y la neutralidad, axiológicos y discursivos, de las instituciones educativas.

41 “El postulado de la neutralidad política de las universidades exige que la universidad como institución –lo cual no equivale a las unidades que la forman (profesores, estudiantes, administrativos)– se abstenga de tomar partido en las cuestiones políticas que son objeto de debate social”. Cf. KOLAKOWSKI (2007: 123).

42 “[h]ay que conformarse con que la plena neutralidad de las universidades puede ser imposible en ciertas condiciones. Si se produjera una crisis generalizada que pusiera en peligro la existencia de toda la sociedad, sería una estupidez exigir de las universidades que se mantuvieran al margen porque, como ya hemos dicho, la universidad no traiciona su misión cuando renuncia a la neutralidad, aunque sí lo hace cuando reniega de la reflexión imparcial, de las reglas lógicas y de la tolerancia en cuestiones científicas”. Cf. KOLAKOWSKI (*Cit.*: 132).

La articulación de estas dos tesis origina una tercera que introduce un elemento de análisis adicional, mediante el cual se establece una relación entre los conceptos de ‘flexibilidad y ‘libertades de enseñanza y aprendizaje’ curriculares: el nivel de ‘rigidez’ de un plan de estudios puede estar revertido al establecimiento, no sólo de la existencia de créditos sino, también, de cursos *obligatorios*, tanto en lo que al aspecto de su inclusión en el plan de estudios respecta, como en lo que al de su estudio por los estudiantes hace referencia. Por su parte, el aspecto de ‘flexibilidad’ hace relación a la existencia de (dis) cursos o contenidos curriculares en buena medida *libres* y dúctiles, toda vez que su delimitación discursiva y su construcción categorial y conceptual corresponde a una decisión de docentes y discentes en tanto que auditorio de conocimiento. Por tal razón, conforme a este concepto, el plan de estudios tendencialmente flexible contiene créditos pero no asignaturas obligatorios.

En consecuencia, los planes de estudio de los programas de pregrado universitarios, en tanto que tendencialmente rígidos (paternalismo estatal) y tendencialmente flexibles (libertades de cátedra y de aprendizaje –libertad en la oferta, orientación y elección de cursos y discursos–), requieren una configuración de (dis) cursos tanto obligatorios como libres. Lo relevante entonces, parece ser, la discusión acerca de los niveles o, mejor aún, las proporciones de rigidez y flexibilidad del respectivo programa.

8. En ese orden de ideas, resulta pertinente identificar y delimitar algunos de los posibles sentidos del concepto flexibilidad en un contexto *pedagógico general* y en uno específicamente *jurídico*, dilucidación que se efectuará desde la relación entre los conceptos de ‘flexibilidad’ y ‘libertad de enseñanza/aprendizaje’. Este ejercicio elucidatorio incluye la entremezcla de los discursos pedagógico y epistemológico.

8.1. Desde un punto de vista pedagógico-*general*, y entendido en sentido amplio, ‘flexibilizar’, en el marco de procesos universitarios de enseñanza-aprendizaje, puede entenderse como la acción de estimular la búsqueda activa y autodidacta del conocimiento por el(los) sujeto(s) de la relación pedagógica.

De esta manera, la flexibilidad como coordenada o lineamiento curricular y como acción pedagógica en un plan de estudios jurídicos universitario, puede consistir en la implementación de espacios curriculares que permitan el (re)planteamiento, el análisis y la discusión, abiertos y dialogales, de problemas jurídicos teóricos y prácticos *específicos*, instrumentales para la (des/re)construcción de discursos teóricos más generales y omnicomprendivos, tendiendo a su recensión y revisión críticas, o lo que es lo mismo, reflexivas o evaluativas, por la comunidad académica docente y discente⁴³.

43 “Es que el proceso de aprender, en el que históricamente descubrimos que era posible enseñar como tarea no sólo incrustada en el aprender, sino perfilada en sí, con relación a aprender, es un proceso que puede encender en el aprendiz una curiosidad creciente, que puede tornarlo más y más creador. Lo que quiero

La construcción de sentido de esta acción de enseñanza-aprendizaje flexible, permite condensar las diferentes orientaciones de los discursos epistemológicos y pedagógicos contemporáneos, entre ellas, la educación por competencias, constructivista y promotora de la investigación como actividad tanto pedagógica como epistemológica, individual como colectiva; el estudio a través del pensamiento problemático y no solamente del sistemático; la búsqueda del conocimiento reconociendo la relatividad/pluralidad teórico-conceptual y discursiva, entre otras, todas las cuales fungen como formas o instrumentos idóneos para la implementación de un plan de estudios en el que adquieren relevancia las actividades de estudio tanto heteroformativas (docencia “magistral”) como autoformativas (discencia).

8.2. Ahora bien, desde un punto de vista pedagógico-*jurídico*, plan de estudios jurídicos “flexible” puede significar creación⁴⁴ de espacios curriculares de enseñanza y aprendizaje *libres*⁴⁵ (seminarios), discursivamente *especializados* y conceptualmente plurales y abiertos, generadores de nuevos conocimientos a través de actividades investigativas (que se documenten en textos académicos elaborados por los asistentes –reseñas, recensiones, notas, artículos, memorias de investigación, *papers*, etc.-), en aras de generar un conocimiento (re/des)constructivo y deliberativo, así como creativo, y dialogal⁴⁶; significa, igualmente, ponderación y racionalización

decir es lo siguiente: cuanto más críticamente se ejerza la capacidad de aprender tanto más se construye y desarrolla lo que vengo llamando “curiosidad epistemológica”, sin la cual no alcanzamos el conocimiento cabal del objeto”. Vid. FREIRE (2006: p. 9).

- 44 Al respecto, son muy importantes las precisiones de HABA, en el sentido de no entender que se trata de una creación de espacios curriculares meramente burocrática y de papel: “[l]os reglamentos preceptivos pueden servir para imponer muchas cosas, salvo hacer que alguien conquiste unos buenos niveles intelectuales o forzarlo a que los vuelque adecuadamente en la docencia. Este es el hecho básico que la concepción burocrática pasa por alto. El rendimiento de un programa no se obtiene sino en la medida que los profesores *puedan y quieran* realizarlo. Cf. HABA (*Cit.*: 264)
- 45 Sobre esta cuestión, véase la perspectiva de Fiss, al describir la libertad de cátedra en Yale, a la que asigna la caracterización de “anarquía organizada”: “El elemento anárquico consiste en la libertad (entregada sólo en escasos momentos al decano y a otros que están preocupados por cuestiones de Estado más elevadas, tales como la acreditación) de cada miembro del cuerpo docente para decidir qué es lo que va a enseñar, cómo planificar el curso y cuándo hacerlo. La libertad del cuerpo docente es honrada en la mayoría de las facultades de derecho en cuestiones de trabajo académico, presumiblemente a partir del reconocimiento de los aspectos individualistas del trabajo creativo, pero en Yale una libertad similar se extiende a las aulas: creemos que el enseñar demanda tanto de nuestras capacidades creativas como la actividad académica y, aún más importante, creemos en la unidad esencial de la enseñanza y la actividad académica. El aula es un taller en el que surge nuestro trabajo académico y al que luego regresa”. Cf. FISS (1999: 32).
- 46 “Para quien crea, como Carlos Nino, en una concepción del derecho como una práctica social moralmente legítima (es decir, que permita la deliberación democrática amplia y reconozca derechos fundamentales), la enseñanza del derecho debe entrenar en esa forma particular de deliberar, entendiendo cuestiones básicas de justificación racional, validez moral y balance entre las exigencias de la moral ideal y los límites de la democracia real”. Cf. BÖHMER (*Cit.*: 14).

de la cátedra magistral y del aprendizaje memorístico; cautela frente a actitudes cognoscitivas meramente ideológicas antes que teórico-conceptuales⁴⁷.

Plan de estudios flexible, desde una perspectiva pedagógico-jurídica, denota también una estructura curricular que incluya ciclos o espacios de aprendizaje menos ‘asignaturistas’, descargados de grandes (dis) cursos obligatorios y de tendencia a un nivel “general” de abstracción, que en su lugar opte por una previsión de cursos problematizantes, de elección voluntaria por los estudiantes, menos ambiciosos en el alcance temático y problemático, de mayor especificidad discursiva y rigor dilucidatorio conceptual, con los cuales se dé cabida a la formulación de un pensamiento identificador y generador de “temas-problema” con sus respectivas “sobrias soluciones”, en lugar de “grandes temas” “genuinos” y hasta cierto punto “inherentes” a las asignaturas ortodoxas⁴⁸.

De allí que las bifurcaciones jurídicas tradicionales (Derecho privado-Derecho público⁴⁹; juristas-abogados; teóricos-prácticos⁵⁰), normalmente ancladas en dimensiones emotivas y metafísicas del lenguaje así como conservadoras de la

47 “La enseñanza del derecho presenta básicamente los mismos problemas pedagógicos que la enseñanza de los idiomas o de la matemática. Es una ciencia en la que el estudiante debe formar una cierta destreza en el razonamiento y desarrollar una facilidad de aprovechamiento creador de su materia. Necesita una serie de aptitudes lógicas, la primera de las cuales es la de poder descubrir, en una situación fáctica determinada, la cuestión o las cuestiones jurídicas que encierra y después viene la capacidad de interpretar textos legislativos, de consultar doctrina, de investigar la jurisprudencia y sobre todo la de apreciar estos elementos en forma crítica. En una palabra necesita ante todo adquirir un criterio jurídico”. Cf. HEADRICK (1972: 170).

48 Es por ello que uno de los principales lastres para la consolidación de niveles de flexibilidad sea actitudinal: “[n]os encontramos rígidamente asidos a la idea de que los estudios del derecho deben hacerse sin alteraciones en un determinado número de años, salvo fracasos que aumenten el cómputo, en estricto orden, y que no aceptamos ninguna libertad académica, al extremo de que consignamos en nuestro pensum básico que fijamente han de aplicar todas las escuelas, las asignaturas, el año de la carrera en que han de cursarse, la intensidad horaria semanal y el número de ciclos de cada materia, y que difícilmente nos resignamos a la posibilidad de que no todos los estudiantes hagan los mismos cursos, cada vez más numerosos o de que no todos deban estudiar íntegras las materias que la complejidad de relaciones jurídicas ha ido presentando con reciente autonomía; para luego pasarnos ante fallas en el rendimiento medido en exámenes únicos, realizados con la misma concepción formalista y estrecha, sin reparar en que no se han otorgado previamente instrumentos de trabajo intelectual, no se ha fomentado la adquisición de criterio propio y no se ha dejado oportunidad a la incorporación autónoma de conocimientos, ya porque el tiempo útil se agotó en la simple asistencia a clases, ya porque se cegó la posibilidad de escoger materias conforme a la personal predilección”. Cf. HINESTROSA (1967: 8-9).

49 “[t]odo indica que las nuevas formas de vida social y sus incipientes expresiones legislativas actuales han agregado ya un tercer término a esa división bipartita, pues hoy día es preciso considerar también un derecho social diverso del derecho público y del derecho privado”. Cf. NOVOA MONREAL, Eduardo (1983: 62).

50 [d]ebería abandonarse la división entre asignaturas ‘teóricas’ y ‘prácticas’; todas las asignaturas deberían articular conocimientos teóricos y su aplicación práctica. En especial, los cursos o talleres de ‘técnica’ o ‘práctica’ forense deberían abandonar la costumbre de trabajar con formularios, y en su lugar priorizar la enseñanza en las situaciones argumentativas que caracterizan el ejercicio profesional, y las estrategias argumentales características en cada caso”. Cf. SARLO (2004: 148).

política, puedan derivar en una estructura teórico-conceptual y en una alternativa pedagógica, por su rigidez, inadecuadas y obsoletas⁵¹.

En efecto, la conminación de los estudios jurídicos exclusivamente a niveles discursivos conceptualmente esencialistas, abstrusos y precariamente analítico-conceptuales, representa el riesgo de promover la formación de abogados provenientes de una tradición ahistórica y contracultural a las condiciones de sana inestabilidad teórico-conceptual y de dinamismo ideológico permanentes de las sociedades contemporáneas, así como el colateral riesgo de fungir como sujetos irracionales frente a las nuevas realidades del Derecho en el ámbito sociopolítico y cultural, nacional e internacional.

8.3. Por su parte, desde un plano epistemológico-*jurídico*, la flexibilidad, en tanto que contraria y matizante de la rigidez, se circunscribe a dos consideraciones en torno al conocimiento jurídico. De un lado, la que se deriva de la condición del Derecho como institución sociocultural; como construcción o artificio social, en virtud de la cual su conocimiento demanda de sus estudiosos una permanente revisión de los discursos y los paradigmas metodológicos e *iusteóricos*⁵², actitud fundamental en la consolidación de un pensamiento jurídico generador de transformaciones y adaptaciones de las instituciones jurídicas a los cambios sociales y viceversa.

De otro lado, flexibilizar también significa introducir elementos de análisis semiológico de las instituciones jurídicas en la conformación de los distintos saberes jurídicos, previa conceptualización del Derecho como espacio de signos deontológicos cognoscitivos y politicológicos complejos (los enunciados normativos de derecho positivo –lenguaje-objeto– y sus proposiciones cognoscitivas –metalenguajes o saberes jurídicos–), cuya comprensión fenomenológica precisa de una adecuada provisión de aptitudes (“competencias”) hermenéuticas, argumentativas y de racionalidad discursiva⁵³.

51 “Se necesita además, que los juristas que conocen la teoría de la argumentación, la *usen* en la labor de crítica jurisprudencial que realizan en las revistas especializadas, prestando especial atención a la calidad argumental de los fallos, especialmente de los tribunales supremos”. Cf. SARLO (*Ibid*: 149).

52 Sobre esta cuestión, Albert: “Si se examina la praxis pedagógica en las facultades de derecho a fin de lograr una comprensión de la particularidad de esta ciencia, se obtiene, en primer lugar, la impresión de que hay una cosa que importa por sobre todas: que el estudiante aprenda a utilizar determinados textos –textos legales, comentarios, colecciones de veredictos– a fin de llegar, mediante su apoyo, a decisiones utilizables y congruentes con el derecho vigente. La atadura al derecho vigente parece prejuiciar el carácter a la vez dogmático y normativo, así como hermenéutico de esta praxis cognoscitiva, al menos en cuanto deba apoyarse en textos”. Cf. ALBERT (1987: 118).

53 “[I]os currículum de formación de profesionales del derecho deberían no sólo incluir alguna asignatura como ‘argumentación’ o ‘retórica’ sino que toda la experiencia formativa debería estar concebida en función del aprendizaje de la competencia argumental”. Cf. SARLO (*Cit.*: 147).

Plan de estudios jurídicos flexible, desde un punto de vista epistémico, significa también asignar relevancia a la deliberación teórica entre docentes y discentes, en reconocimiento de la diferencia, tolerante y crítica, como mecanismo procedimental para la constitución, no sólo desde el consenso sino también desde el disenso y la diferencia, de una comunidad académica.

En otras palabras, currículo flexible es aquél que puede ser generador de un conocimiento producto de una acción universitaria colectiva deliberante y diversa; una acción que recurra permanentemente a la práctica constante del *ars inveniendi* aristotélico, así como del *sapere aude* kantiano; que se encamine al uso público de la razón como mecanismo de emancipación, adquisición y ejercicio individuales de la “mayoría de edad”; un plan de estudios que posibilite, en otras palabras, la educación como un factor de pensamiento, de liberación y de dignificación⁵⁴.

IV

9. Planteado lo anterior, tiene sentido realizar algunas consideraciones relacionadas con la cuestión de las proporciones o los grados de proyección, y sus mecanismos de implementación, de las coordenadas o lineamientos de rigidez y flexibilidad en una estructura curricular de un plan de estudios jurídicos.

9.1 En lo que corresponde a las proporciones o los niveles de rigidez y flexibilidad del plan de estudios, un elemento o factor relevante es el del orden y/o la distribución de los cursos (y entonces de los discursos) que conforman el plan.

A este respecto es de señalar que en los estudios jurídicos de nuestro medio, la tradición pedagógica está balanceada hacia la coordenada de rigidez, que es la predominante. Lo anterior, debido a que los planes de estudios jurídicos suelen estar estructurados con una serie de (dis)cursos o teorías “generales”, tanto de carácter dogmático (teorías de la Constitución, del acto jurídico privado, del delito, del proceso, del acto administrativo, etc.), como meta-dogmático (teoría general del derecho; teorías hermenéuticas, teorías de la argumentación, filosofía del derecho), así como con discursos también dogmáticos pero “especializados” (derecho penal especial, contratos, sociedades, títulos valores, sucesiones, derechos procesales

54 Cf. DEWEY (1965: *passim*). A este respecto, resulta pertinente la caracterización que de los planes jurídicos vigentes en Colombia, como prototipos de planes rígidos, hacia los años sesenta del siglo XX, hacía HINESTROSA: “[p]rogramas de estudios de la mayor rigidez y con frecuencia vetustos, a menudo acompañados de gran severidad formalista en la escolaridad, atiborrados de enseñanzas teóricas estereotipadas, en términos del todo inductores al aprendizaje mnemotécnico y reñido con la tarea de formación del criterio, cardinal de la Universidad en abstracto y concretamente de las Facultades de Derecho”. HINESTROSA (*Cit.*: 8).

civil, penal, administrativo y laboral, etc), todos ellos concebidos como asignaturas-saberes “obligatorios”.

Esta tradición de rigidez curricular soslaya que un buen número de estos (dis) cursos “especializados” sigue permaneciendo en niveles discursivos de generalidad y abstracción, debido principalmente a su elusión de actividades de análisis lingüístico-conceptual, derivadas en buena medida del privilegio asignado a enfoques de teoría y metodología del conocimiento esencialistas y metafísicos, arraigados en la tradición “dogmática” históricamente atribuible a la discursividad jurídica.

En otras palabras, buena parte de los denominados (dis)cursos jurídicos “especializados”, son considerados tales por razones topográficas, es decir, porque sus denominaciones corresponden a secciones, libros o partes medianas y finales de los Códigos, más no por abordar el estudio del área del derecho específica desde una perspectiva del pensamiento analítico-conceptual, problemático e investigativo.

Por tal motivo, la mayor parte de los aprendizajes curriculares de los abogados corresponden a discursos deficitarios, cuando no carentes, de instancias cognitivas que impliquen análisis lingüístico, conceptual y genea-lógico-discursivos, deductivo e inductivo. Esta característica de nuestra pedagogía jurídica justifica entonces la inclusión de prácticas iuspedagógicas alternativas, permisivas de niveles de especialización discursiva desde la perspectiva de la profusión de actividades analíticas de carácter conceptual y genea-lógico, así como de ejercicio de la racionalidad comunicativa, mediante (dis)cursos de pensamiento problemático, estimulantes de la dilucidación y el escudriñamiento de los presupuestos metodológicos (ontológicos y epistemológicos) de las teorías y/o discursos jurídicos, más correspondientes desde el punto de vista pedagógico a la figura del “seminario”; desde el didáctico al aprendizaje activo de los discentes y desde el epistemológico al análisis del discurso.

9.2. En lo que concierne a los mecanismos de implementación de los aspectos de rigidez/flexibilidad relativos, una alternativa muy en boga en la teoría pedagógico-jurídica actual, con la cual se pretende morigerar el privilegio de la rigidez, para dar cabida a una mayor proporción del lineamiento de flexibilidad, es la postulación de las llamadas “líneas de profundización, énfasis o especialización”.

Estas líneas, diseñadas desde la perspectiva de las “áreas temáticas del conocimiento jurídico”, algunas todavía fieles a una clásica tradición discursiva jurídica, otras, de menor acogida o preferencia, enmarcadas en planteamientos interdisciplinares, pretenden generar niveles de discurso jurídico especializados, a través de la elaboración de conceptos y categorías que constituyen problemas de conocimiento, en

el marco de procesos investigativos epistemológicamente más rigurosos, que son propios de un estudio en sede de “seminarios investigativos”.

Aunque, seguramente se trata de una alternativa interesante y transformadora, la inclusión de “líneas curriculares de especialización” acarrea algunos riesgos frente a los cuales es sano y pertinente llamar la atención y precaverse. Uno de los riesgos está representado en el carácter “fijo” e incluso “estático” que pueden asumir dichas líneas, si terminan siendo implementadas a través de cursos o asignaturas que estatuyan temas y problemas generales, fijos y permanentes, que no sean discursivamente dúctiles o de fácil modificación curricular. A este respecto, el riesgo consiste en que estas asignaturas se hagan corresponder con “segundas partes” o secciones que no se alcanzan a estudiar en los (dis)cursos generales de la formación básica o teórico-“general”.

Otro riesgo de recurrir a la implementación de líneas de especialización, es que éstas se establezcan como rutas de estudio irreversibles, que una vez son elegidas por los estudiantes para desarrollar sus áreas de profundización, no son susceptibles de sustitución, cambio y ni siquiera de alternación con “líneas” diferentes, que ulteriormente resulten de interés para los estudiantes⁵⁵.

Este riesgo deriva en costos filosófico-políticos y académicos (de compleja justificación), representados, por ejemplo, en menores grados de eficacia de los derechos a la libertad de enseñanza y de aprendizaje de profesores y estudiantes, como aspectos conceptuales del principio constitucional de autonomía personal y del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, los cuales pueden resultar menguados, al extraer de ese espacio de autonomía de estudiantes y profesores de derecho, como seres humanos titulares de autogobierno personal, valiosos niveles y grados de las acciones de conocimiento, investigación, profesionalización.

10. Del mismo modo, los procesos de “prácticas” de consultoría jurídica podrían ser reexaminados en términos de cantidades y tipos (en cualquier caso ellos son actividades pedagógicas), pues lo hasta ahora consolidado en esa materia indica que la ausencia de espacios curriculares de profundización de mayor especificidad y libertad de enseñanza-aprendizaje, tiende a conllevar un crecimiento de los consultorios jurídicos, en el nivel de asistencia a la población de escasos recursos, por vía de la ampliación de este último concepto, lo que ductiliza la valoración de los niveles de pobreza, incrementando la demanda de atenciones y la subrogación

55 Esta valoración sobre la rigidez de la profundización pedagógica, siempre y cuando se establezca la obligación de los estudiantes, de elegir una o algunas de las líneas de profundización, en lugar de estipular simplemente la obligatoriedad de cursar y aprobar *créditos*, con independencia de línea alguna de profundización.

de la política y la administración públicas estatales por los Consultorios y Clínicas jurídicas de las universidades⁵⁶.

Sobre esta última cuestión, es pertinente interrogarse, evitando incurrir por omisión en el riesgo de sobredimensionar la acción de las prácticas jurídicas, si esa ampliación impacta sensiblemente las cuestiones macropolíticas, macroeconómicas e *iuspúblicas* del sistema mundial y del Estado colombiano, que son las causas principales que generan los niveles de pobreza y de niveles de población con insatisfacción de las necesidades individuales básicas, y si es esa una función *pedagógica*, que es la que debe ser la considerada como función primordial de las prácticas jurídicas, justificable y atribuible a éstas.

Con ello, posiblemente obtenemos mejores elementos para la discusión acerca de los rumbos más acordes que el problema de la especialización académica de los pregrados en derecho puede derivar a la concepción de las prácticas profesionalizantes de los estudiantes de derecho, sobre todo en una universidad pública: la proyección al trabajo de generación de sociedad civil, estimulando en tal medida la práctica profesional, no sólo en lo que respecta a las relaciones jurídicas privadas, sino también en las que se refieren a lo público⁵⁷ (la instauración de acciones públicas, la promoción de referendos, plebiscitos y debates de sociedad, la capacitación social en temas de formación política), un déficit histórico aún palpable y actual, al que debemos hacerle frente como gremio profesional, como comunidad académica y como Universidad.

En tercer lugar, debe igualmente examinarse la conveniencia de perfilar las líneas de especialización con niveles de rigidez discursiva y comportamental de los estudiantes (obligatoriedad de los cursos), desde la cuestión del tipo de formación que admite la abogacía como disciplina y como actividad profesional. El estudiante de derecho no va a ser “mal” o “menos” abogado porque pueda incursionar, con criterios de profundidad conceptual y teórica, en áreas de conocimiento discursivamente específicas; como tampoco va a ser “buen” o “mejor” abogado porque se adscriba, en (la etapa final de) su proceso de formación, a un único campo de conocimiento.

No se puede ignorar que su condición profesional como abogado dependerá, ante todo, siendo weberianos en este punto, de su vocación por el derecho; de su mística con su profesión; de su lugar como abogado en la vida social y pública.

56 De lo que se trata, básicamente, es de realizar una ponderada comprensión del sentido de lo público de la abogacía como profesión, pues dicho carácter público no implica una subrogación de la obligación estatal de defensoría pública y de asistencia popular en sede de las prácticas estudiantiles profesionales de los pensum de derecho.

57 Cf. LASSWELL, Harold/McDOUGAL, Myres (1999: 73-104).

La abogacía, en los tiempos modernos, admite no sólo el ejercicio profesional histórico a nivel del conflicto interpersonal o privado, sino también, y crecientemente, el enmarcado en un plano de acción pública. Se perfila, en muchos casos, al nivel de una “ingeniería político-social”. De allí que un plan de estudios deba permitir estos márgenes de acción, sin privilegio de ninguno de ellos, estatuyendo tan sólo mecanismos curriculares que permitan que sea *cada estudiante*, en tanto ser autónomo para demarcar, así sea sólo en parte, su proyecto de vida personal, como estudiante y como eventual profesional, quien haga su elección.

12. Todas estas circunstancias reclaman la puesta en marcha de currículos jurídicos que incluyan planes de estudio con nuevos y alternativos modelos de enseñanza-aprendizaje del derecho, apropiados para enfrentar con más idoneidad la reiterada arremetida de constantes desarrollos científicos y tecnológicos, e inestables pautas axiológicas de lo ético y lo (i)lícito, que demandan la ductilidad de modelos pedagógicos, la pluralidad y apertura de enfoques epistemológicos y la especificidad conceptual de cursos y discursos, en lugar de una rígida predefinición de los problemas de conocimiento y de sus asignaturas o espacios curriculares de estudio, generalmente acompañada de la desprovisión de la noción de lo público en la determinación de la identidad social y política de la profesión jurídica.

De allí que, en el complejo proceso de construcción colectiva de un plan de estudios, sea importante la apertura a nuevos enfoques reconstructivos y destructivos de concepciones paradigmáticas de la epistemología y la pedagogía jurídicas, optando por una sana relativización de estos paradigmas y por un abandono de los esencialismos conceptuales y sus respectivos fundamentalismos metodológicos.

En ese proceso bien vale liberalizar la educación en lo que más sea posible, para resguardar ese reducto de libertad de enseñanza y aprendizaje individuales que en ella se puedan encontrar, como expresiones del ‘derecho a ser’ de cada uno de los sujetos de la relación pedagógica, cada vez más restringido en el mundo “comunitarista-global”. Es tal vez lo más sensato a discutir, lo máximo a aspirar y lo más difícil de consolidar en un proceso de reforma curricular.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERT, Hans (1987). *El concepto de jurisprudencia racional*. En: Estudios Públicos, No. 26, (<http://www2.scjn.gob.mx/investigacionesjurisprudenciales/seminarios/2o-seminario-jurisprudencia/modulo-ii/01hans-albert-el-concepto-de-jurisprudencia-racional.pdf>).
- ALEMANY, Macario (2005). *El concepto y la justificación del paternalismo*. En: Doxa, No. 28, Universidad de Alicante, Alicante (España).

- ATIENZA, Manuel (1988). *Discutamos sobre paternalismo*. En: Doxa, No. 5, Universidad de Alicante, Alicante (España).
- BARBERIS, Mauro (2002). *Libertad y liberalismo*. Isonomía, No. 16, Abril de 2002, México.
- BENJAMIN, Walter (1993). *Metafísica de la juventud*. Traducción de Luis Martínez.
- BOBBIO, Norberto (1994). *Razones de la filosofía política*. Traducción de José Fernández Santillán. Isonomía, No. 1, México.
- BÖHMER, Martín (Comp.) (1999). *Introducción a La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*. Gedisa, Barcelona.
- CAMPS, Victoria (1988). *Paternalismo y bien común*. En: Doxa, No. 5, Universidad de Alicante, Alicante (España).
- COLOMER, José Luis (2001). *Autonomía y gobierno: sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal*. Doxa, No. 24, Universidad de Alicante.
- DE PÁRAMO, Juan Ramón (1992). *Liberalismo, pluralismo y coacción*. Doxa, No. 11, Universidad de Alicante.
- DEWEY, John (1965). *Libertad y cultura*. Traducción de Rafael Castillo, Uteha, México.
- DIETERLEN, Paulette (1988). *Paternalismo y estado de bienestar*. En: Doxa, No. 5, Universidad de Alicante, Alicante (España).
- DWORKIN, Gerald (1990). *El paternalismo*. En: BETEGÓN, Jerónimo/DE PÁRAMO, Juan Ramón. *Derecho y moral. Ensayos analíticos*. Traducción de Jorge Malem, Ariel, Barcelona.
- FISS, Owen (1999). *El derecho según Yale*. En: BÖHMER, Martín (Comp.). *La enseñanza del derecho en los Estados Unidos*. Gedisa, Barcelona.
- FREIRE, Paulo (1969). *La educación como práctica de la libertad*. Siglo XXI Editores, Montevideo.
- FREIRE, Paulo (2006). *Pedagogía de la autonomía. Saberes necesarios para la práctica educativa*. Paz e Tierra, San Pablo.
- GARRETA, Mariano (2006). *Neutralidad estatal, perfeccionismo indirecto y falibilismo moral*. Diánoia, Vol. LI, No. 56, México.
- GARGARELLA, Roberto (2006). *El constitucionalismo en Sudamérica: 1810-1860*. Revista Precedente, Icesi, Cali.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1998 -1-): *Sigamos discutiendo sobre paternalismo*. En: Doxa, No. 5, Universidad de Alicante, Alicante (España).
- _____ (1988 -2-) *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?* En: Doxa, No. 5, Universidad de Alicante, Alicante (España).
- _____ (1998). *Algo más sobre la relación entre derecho y moral*. En: Vásquez, Rodolfo (Comp.): *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona.

- GONZÁLEZ, María del Pilar (1995). *Liberalismo vs. comunitarismo (John Rawls: una concepción ética del bien)*, Doxa, No. 17-18, Universidad de Alicante, Alicante.
- GRAY, John (2000). *Pluralismo de valores y tolerancia liberal*. Revista de Estudios Públicos, No. 80, Santiago de Chile.
- HABA, Enrique (2008): *Pedagogismo y mala fé. De la fantasía curricular (y algunas otras cosas) en los ritos de la programación universitaria*. 2ª ed., Educatex, San José de Costa Rica.
- HART, Herbert (2006). *Derecho, libertad y moralidad*. Traducción de Miguel Ángel Ramiro, Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III/Dykinson, Madrid.
- HEADRICK, William (1972). *Seminario sobre la enseñanza del derecho*. Estudios de Derecho, No. 81, Universidad de Antioquia, Medellín.
- HINESTROSA, Fernando (1967). *Problemática de las facultades de derecho*. En: Estudios de Derecho, No. 77, Universidad de Antioquia, Medellín.
- HOBBS, Thomas (1989). *Leviathan*. Traducción de Carlos Mellizo, Alianza, Madrid.
- KENNEDY, Duncan (1990). *La educación legal como preparación para la jerarquía*. En: <http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/La%20educacion%20legal%20como%20preparacion%20para%20la%20jerarquia.pdf>
- KOLAKOWSKI, Leszek (2007). *Por qué tengo razón en todo*. Traducción de Ana Rubio y Jerzy Slawomirski, Melusina, Madrid.
- LASSWELL, Harold/McDOUGAL, Myres (1999). *Enseñanza del derecho y políticas públicas: entrenamiento profesional para el interés público*. En: BÖHMER, Martín (Comp. 1999). *La enseñanza del derecho en los Estados Unidos*. Gedisa, Barcelona.
- LÓPEZ CASTELLÓN, Enrique. *Sobre la justificación moral de la tolerancia*. Derechos y Libertades, No. 2, 1995, Instituto Bartolomé de Las Casas, Universidad Carlos III, Madrid.
- MACINTYRE, Alasdair (1987). *Tras la virtud*. Traducción de Amelia Valcarcel, Crítica, Barcelona.
- MILL, J. S. (1994). *Sobre la libertad*. Traducción de Pablo de Azcárate, Alianza, Madrid.
- NINO, CARLOS (1989). *Ética y derechos humanos*. Paidós, Buenos Aires, Barcelona.
- NINO, Carlos (1990). *Autonomía y necesidades básicas*. Doxa, No. 7, Universidad de Alicante.
- NOVOA MONREAL (1983). Eduardo: *Derecho, política y democracia. Un punto de vista de izquierda*. Temis, Bogotá.
- NOZICK, Robert (1988). *Anarquía, Estado y utopía*. Traducción de Rolando Tamayo, Fondo de Cultura Económica, México.
- PLATTS, Mark (1998). *Poder y autonomía*. Isonomía, No. 8, México.

- RIVERA LÓPEZ, Eduardo (1995). *Las paradojas del comunitarismo*. En: Doxa, 17-18, Universidad de Alicante, Alicante.
- SARLO, Óscar (2004). *Tomando la argumentación jurídica en serio*. En: Ricardo Zuluaga (Ed.): *Interpretar y argumentar. Nuevas perspectivas para el derecho*. Librería Jurídica Sánchez/Pontificia Universidad Javeriana, 2004, Medellín/Cali.
- TAYLOR, Charles (1994). *La ética de la autenticidad*. Paidós, Barcelona.
- VILAJOSANA, Josep (2007/2008). *Moralización del derecho, perfeccionismo y sociedad liberal*. En: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, No. 11, 2007/2008 (<http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero11/8-11.pdf>).
- VÁSQUEZ, Rodolfo (2008). *Educación liberal y democrática*. En: HOYOS VÁSQUEZ, Guillermo. *Filosofía de la educación*. Trotta/CSIC, Madrid.
- WALZER, Michael (1997). *Las esferas de la justicia: una defensa del pluralismo y la igualdad*. Fondo de Cultura Económica, México.



Autora: Paola Gamboa

Título: ¿Habitar?

Técnica: acrílico y carburo de silicio sobre lienzo

Dimensiones: 1.45 x 1.45 m

Año: 2008

EL DERECHO COMO CREENCIA E IMAGINACIÓN: UN ACERCAMIENTO A LOS ESTUDIOS CULTURALES*

* Artículo producto final de la investigación terminada y desarrollada en el marco del programa “*Jóvenes investigadores e innovadores 2007*” de COLCIENCIAS.

Fecha de recepción: Marzo 31 de 2009

Fecha de aprobación: Abril 24 de 2009

EL DERECHO COMO CREENCIA E IMAGINACIÓN: UN ACERCAMIENTO A LOS ESTUDIOS CULTURALES

*Sandra Milena Gómez Santamaría***

RESUMEN

En la búsqueda de herramientas teóricas y metodológicas que permitan re-imaginar el derecho como una construcción socio-cultural, se exploran tres perspectivas culturales del derecho -la sociología reflexiva de Pierre Bourdieu, el análisis cultural del derecho propuesto por Paul Kahn y la tendencia posmoderna del movimiento crítico estadounidense Derecho y Sociedad- con el fin de establecer cuáles son los aportes que le proporcionan al debate y a la reflexión del derecho en Colombia. Para ello se presentan las visiones sobre el derecho propuestas por cada una de las tendencias y se evalúan críticamente de acuerdo con el contexto colombiano. A partir de dicha evaluación se establecen contrastes entre los contextos de producción de dichas propuestas y el contexto de recepción de las mismas, Colombia, caracterizado por una historia política, social y económica altamente diferenciada. Por último, se enuncian algunos aportes que pueden ser considerados para continuar reflexionado y debatiendo el derecho en Colombia, a partir de las particularidades de estas perspectivas.

Palabras clave: derecho, cultura, Pierre Bourdieu, campo jurídico, Paul Kahn, sistema de creencias, imaginación, Derecho y Sociedad, resistencia, cotidianidad, contexto colombiano.

LAW AS BELIEF AND IMAGINATION: AN APPROACH TO CULTURAL STUDIES

ABSTRACT

Searching for theoretical and methodological tools to re-imagine law as a socio-cultural construction, in this paper will be explored three cultural perspectives of law – Reflexive sociology of Pierre Bourdieu, the cultural analysis of law proposed by Paul Kahn and the postmodern trend of the U.S. critical movement Law & Society – in order to establish what are the contributions they give to the debate and discussion of law in Colombia. For this, the legal views of each perspective will be presented and critically assessed, according to the Colombian context. Based on these assessments, it will be set out contrasts between the contexts of production of these proposals and their context of reception, Colombia, which has a historical, political, social and economic settings highly differentiated. Finally, the author points out some contributions which may be considered for further thoughts and debates about law in Colombia, from the particularities of these perspectives.

Key words: law, culture, Pierre Bourdieu, legal field, Paul Kahn, belief system, imagination, Law & Society, resistance, everyday life, Colombian context.

** Abogada de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Joven Investigadora del Grupo de Investigación *Derecho y Sociedad* de la misma facultad durante el año 2008.

EL DERECHO COMO CREENCIA E IMAGINACIÓN: UN ACERCAMIENTO A LOS ESTUDIOS CULTURALES

INTRODUCCIÓN

En Colombia, los estudios jurídicos tradicionales entienden el derecho básicamente como una estructura que proporciona orden social, pero cuyos fundamentos teóricos no se encuentran más allá de esa misma estructura. Se trataría entonces de un sistema *autorreferente*, que encuentra sus explicaciones en sí mismo y que es visto a partir de conceptos abstractos como la coherencia, la neutralidad y la universalidad. Pero el contraste entre esta propuesta conceptual del derecho y la realidad de los países latinoamericanos, permite evidenciar su insuficiencia para comprender la lógica y el funcionamiento del derecho. En efecto, aquella manera de pensar el derecho no permite comprender su dinámica en entornos sociales como el colombiano, en los cuales, al parecer, el punto de consenso social no es la estabilidad sino el *conflicto*, y donde lo jurídico se mueve ambiguamente entre las líneas del orden y del desorden, de la legalidad y la ilegalidad.

Lo jurídico hace parte de la vida de las personas. Al tiempo que las determina y confronta de muy diversas formas, también constituye un universo social no simplemente de tipo institucional. Esta concepción del derecho requiere de diversas herramientas teóricas y metodológicas que permitan dar cuenta de las diferentes formas en las que lo jurídico se recrea y aparece en los escenarios sociales y, simultáneamente, de otros puntos de vista posibles para comprender sus dinámicas.

A partir de esta necesidad, la perspectiva del derecho como una construcción socio-cultural es la que motiva el desarrollo del presente trabajo, es decir, una mirada que, más allá de su faceta institucional, ve al derecho como productor y producto de la realidad en la que circula; una perspectiva que permite explorar las relaciones entre derecho y cultura para comprender el derecho *como* cultura y a la cultura a partir del derecho.

Al mismo tiempo, este análisis del derecho renuncia a la comprensión de la sociedad a partir de un único referente como el de orden y, con ello, se abren posibilidades para que muy diversos fenómenos asociados sean observados con otros lentes. La

vida y los usos sociales del derecho, de esta manera, pueden ser analizados teniendo en cuenta referentes que no yacen en la idea de univocidad.

El derecho no es sólo una estructura institucional o un sistema normativo lógico y objetivamente construido. Es sobre todo un mundo de significados y creencias que puede leerse a partir de las personas que tienen un conocimiento especializado y también a partir de quienes deben someterse al derecho o confrontarlo cada día.

Con base en estas inquietudes, se exploraron la sociología reflexiva de Pierre Bourdieu, el análisis cultural del derecho propuesto por Paul Kahn y la tendencia posmoderna del movimiento crítico estadounidense Derecho y Sociedad, enfoques que, además de su gran riqueza teórica, contextos de producción y preocupaciones diferentes, comparten un interés común por comprender las diversas relaciones entre el derecho y la cultura. A partir de dicha exploración, se establecen cuáles son los aportes que estas perspectivas le proporcionan al debate y a la reflexión del derecho en Colombia.

La investigación cualitativa que se ha llevado a cabo busca observar desde diversos ángulos aspectos fundamentales para la comprensión de lo jurídico en el contexto colombiano, situando al observador en el mundo a partir de los textos explorados y de la realidad en la cual pretenden reflexionarse. A continuación se presentan los resultados de dicha investigación.

1. PIERRE BOURDIEU: EL DERECHO COMO CAMPO DE PRODUCCION CULTURAL

Las experiencias académicas de Pierre Bourdieu lo conducen a construir una propuesta sociológica que comienza por dar cuenta de la complejidad filosófica en la que descansan sus postulados principales, pero que está atravesada por la antropología y la etnometodología, con lo cual descarta la delimitación estricta de las fronteras entre estas áreas del conocimiento, división que considera artificial¹.

El trabajo de Bourdieu está basado en la necesidad de declarar que tanto el objetivismo como el subjetivismo son miradas restringidas de la realidad, la cual requiere

1 “Me he pasado toda la vida combatiendo fronteras arbitrarias que son el resultado de la reproducción académica y que no tienen ningún fundamento epistemológico (...). Aquí una vez más tenemos una situación en la que la transgresión de las fronteras disciplinarias es requisito del avance científico”. BOURDIEU, Pierre and WACQUANT, Lïc. Una invitación a la sociología reflexiva. Argentina: Siglo XXI, 2005. p.215-216.

perspectivas que, aun cuando parezcan contradictorias, deben entenderse como una caja de herramientas necesaria para comprender las dinámicas de la sociedad².

Dichas herramientas conceptuales deben ser leídas en su necesaria conexión, puesto que la realidad está constituida por *relaciones* y no por elementos estáticos, como lo supondría una visión de física social que busque leyes que la rigen. Este es el sentido *relacional* con el cual el autor aborda el análisis de la realidad, en donde las nociones de *illusio*, *habitus* y *capital* dan cuenta de las condiciones necesarias para la entrada, la pertenencia y el reconocimiento en la confrontación de fuerzas que se presenta en los diferentes fenómenos sociales, además de que permiten comprender las lógicas a través de las cuales éstos funcionan como campos autónomos y esconden una base arbitraria sobre la cual están fundados³.

En esta búsqueda, el autor comienza por definir la sociedad como un *espacio*, no como un terreno físicamente comprendido, sino como un escenario donde tienen lugar diferentes manifestaciones sociales que entrañan sus propias redes de significado. Nos ocuparemos, entonces, de definir las características particulares del campo jurídico como escenario inscrito en el referido espacio social a partir de esta perspectiva teórico-práctica.

El campo jurídico

La exploración de la lógica del campo jurídico es una invitación a replantear las formas en las que los abogados asumimos el estudio y el análisis del derecho, una invitación a “tomar resueltamente ese modo de pensamiento como objeto en lugar de ponerlo en funcionamiento”⁴. Por ello su inquietud se dirige a la lógica que sostiene al campo como tal, y que ha sido olvidada por las visiones antagónicas que intentan ocupar el lugar legítimo para definir el derecho.

La dicotomía objetivismo/subjetivismo se manifiesta en el campo jurídico a través del enfoque propuesto por el positivismo o, mejor, por las perspectivas formalistas, que definen el derecho como un sistema normativo autónomo, general y sin lagunas, y los enfoques propuestos por el marxismo o perspectivas antiformalistas, que

2 “La sociología de hoy está llena de falsas oposiciones, que mi trabajo me lleva a menudo a superar, sin que yo me proponga esta superación como proyecto. Esas oposiciones son divisiones reales del campo sociológico; tienen un fundamento social, pero ningún fundamento científico. (...). Todas estas oposiciones (y hay muchas otras) me parecen completamente ficticias y al mismo tiempo peligrosas, porque conducen a mutilaciones”. En: BOURDIEU, Pierre. *Cosas dichas*. Trad. Margarita Mizraji. Barcelona: Gedisa, 1988. p. 44.

3 La interrelación entre los conceptos referidos puede verse presentada de una manera detallada en: VÁZQUEZ GARCÍA, Francisco. *Pierre Bourdieu: la sociología como crítica de la razón*. España: Montesinos, 2002, Capítulo IV Espacio social, capital y clases sociales, págs. 90-115.

4 BOURDIEU, Pierre. *El sentido práctico*. Op. cit., p. 15.

conciben al derecho como una variable instrumental y completamente dependiente del contexto social.

La dinámica del campo jurídico trasciende a ambos enfoques y requiere explicar con más detalle el gran universo de elementos que la hacen posible; un universo que no ha surgido completamente a partir de consideraciones racionales ni exclusivamente de demandas sociales.

El telón de fondo del análisis de lo jurídico, en Bourdieu, es el Estado, al cual le pertenece el monopolio de la razón jurídica y el fortalecimiento de la formación de la burocracia como el aparato a través del cual el Estado hace presencia activa socialmente. Sumado a lo anterior, su propuesta es una explicación interna de la lógica de dicha razón en el campo jurídico, es decir, se concentrará en observar y dar cuenta de cómo se construye y se presenta el derecho, a partir de las acciones desplegadas por los agentes intervinientes en el campo. Como todo campo es un escenario de lucha, el objetivo de la disputa al interior del campo jurídico es el monopolio de la definición legítima del derecho⁵.

Pero este escenario de luchas implica, necesariamente, hablar de quienes son los protagonistas de las mismas. Los actores sociales –*agentes*, en términos de Bourdieu– que pueden intervenir en esta lucha y, sobre todo, ser *escuchados*, son aquellos que se encuentran en el campo. El desempeño en la lucha requiere un nivel de conocimiento especializado, el cual es objeto de monopolio e incremento al interior del campo. Conocer el derecho es el requisito mínimo para intervenir en este escenario, en la lucha por su definición, pero, al mismo tiempo, este conocimiento es la primera condición de la diferenciación entre los agentes sociales, entre quienes podrán hacer parte del campo jurídico –los profesionales– y los que requerirán de la oferta de bienes y servicios jurídicos para ingresar en el campo, pero que no podrán participar en la lucha–los *profanos*–.

La ocurrencia de este enclasmiento entre los ciudadanos es la primera condición a partir de la cual el derecho define su autonomía: requiere un conocimiento especializado, además de que sólo puede explicarse a sí mismo a partir de la construcción de un lenguaje específico.

5 Bourdieu introduce la noción de *campo* para hacer referencia a un escenario específico de relaciones sociales que tiene su propia lógica y cuya actualidad se encuentra condicionada por el estado de la lucha que se da en su interior y que se produce entre los agentes que pertenecen a él. Esta noción busca una diferenciación de otras como *sistema* o *aparato* propuestas desde otras posiciones sociológicas, es una reacción a éstas, y pretende evidenciar los diferentes elementos que hacen parte de la dinámica social: agentes, reglas, bienes simbólicos y competencia. Ver: BOURDIEU, Pierre and WACQUANT, Lóic. Una invitación a la sociología reflexiva. Op. cit., p. 150.

Otra condición a partir de la cual se define la autonomía del campo jurídico es que el derecho es al mismo tiempo producto de un campo y campo de un producto, con lo cual se hace alusión a su supuesta independencia de demandas externas y de las condiciones sociales dentro de las cuales se manifiesta.

Sin embargo, no puede perderse de vista que dicha autonomía es relativa y que la eficacia de la acción jurídica depende de la interrelación e importancia que el campo de poder y el campo social le confieren al derecho. Hay que aproximarse también a estas relaciones para comprender la relevancia otorgada al derecho. Bourdieu vincula la eficacia de la razón jurídica al hecho de que ésta es el soporte de la formación burocrática del Estado, el cual respalda la acción del derecho a partir de la fuerza.

La lucha por la definición se desarrolla a partir de los recursos que cada uno de los agentes del campo detenta. Estos recursos acumulados a partir de formación académica, relaciones sociales y posesiones patrimoniales son los que conforman el *capital*⁶ de cada uno de esos agentes y lo que les permite imponer en mayor o menor medida su propia definición del derecho como la imperante. El capital se transforma dentro del campo a partir de las experiencias profesionales y sociales de cada agente, y como esta acumulación es dinámica y variable, esta condición se transmite al escenario de la disputa: la definición del derecho es, por ello, maleable, es un fenómeno que sólo logra estabilidad a partir de los demás elementos que conforman el campo jurídico. El capital adquiere peso y define los niveles de fuerza entre los profesionales a partir de su reconocimiento. Cuando el capital es reconocido, se convierte en capital simbólico y con ello, se refuerza su potencialidad en la imposición de la definición del derecho⁷.

Sin embargo, los cambios en dichas condiciones no son totales. Siempre se mantiene la motivación primera que induce a los agentes a invertir sus capitales en el campo, la cual es la creencia en que el derecho es un juego que vale la pena ser

6 Bourdieu considera como capital el trabajo acumulado que puede otorgarle beneficios simbólicos a quien se apropia de él y de cuya acumulación depende la posición de los agentes en el espacio social y en un campo específico. El capital se presenta bajo tres formas: capital económico (recursos en estricto sentido económico), el capital social (red de familiaridades) y el capital cultural (informativo, el que se obtiene a partir de la formación educativa), los cuales alimentan las posibilidades de apropiación de los recursos o bienes particulares de los agentes que se posicionan al interior de un campo específico.

7 “(...) el capital simbólico, que es la forma que una u otra de estas especies adopta cuando se la entiende a través de categorías de percepción que *reconocen* su lógica específica o, si lo prefieren, *desconocen* la arbitrariedad de su posesión o acumulación”. BOURDIEU, Pierre and WACQUANT, Lóic. Una invitación a la sociología reflexiva. Op.cit., p. 178.

jugado. Esta creencia es la *illusio*⁸, por lo cual, aún cuando algunos agentes puedan proponer cambios radicales en la definición del objeto jurídico, consideran que dicho cambio vale la pena en términos del propio campo y no ponen en duda la existencia del mismo.

La *illusio*, unida a la idea de capital, respalda la entrada de los agentes al campo y la importancia de que sus diferentes concepciones de lo jurídico sean las que se encuentren en disputa.

Sin embargo, existe un conjunto de condiciones objetivas a las que los agentes se adaptan para poder interrelacionarse y encontrar una posición desde la cual les sea posible hablar y ser escuchados. El concepto que, en la teoría de Bourdieu, ofrece una explicación a esta adaptación consciente-inconsciente es el de *habitus*. Los agentes jurídicos desarrollan un conjunto de predisposiciones y estrategias que, como armas de batalla, les permiten afrontar los retos de sus propias posiciones al interior del campo y, al tiempo, entenderlas como *naturales*⁹.

En el campo hay una gran diversidad de *habitus* que hacen posible la disputa por la definición del derecho. Es por ello que en este escenario se da una división del trabajo profesional, que facilita la comprensión de las lógicas de la razón jurídica. No todos los abogados conciben el derecho de la misma manera, aún cuando sea una definición del derecho la que impere. El tratamiento del derecho por parte de teóricos y prácticos, de profesores y jueces sufre variaciones importantes.

Por un lado, se encuentran los juristas y teóricos, inclinados por una visión formal del derecho, entendiéndolo como teoría pura y como un sistema autónomo, exento de lagunas. Estos agentes desarrollan su trabajo jurídico a partir de la necesidad de formalización y racionalización del derecho.

Por otra parte, se encuentran los jueces y litigantes cuya visión del derecho se concentra en el ejercicio de la casuística y que buscan a través de su trabajo en el campo colmar las exigencias que el día a día de la práctica jurídica demanda. Su concepción del derecho pasa necesariamente por la consideración de que es un sistema que debe adaptarse constantemente a la realidad que regula a partir de

8 Para Bourdieu, la *illusio*, *interés*, *inversión* o *libido* entendida como sentido del juego consiste en la creencia en el juego, en que tiene sentido seguir sus reglas y que el mismo tiene una razón de ser subjetiva y objetiva que le permite a los agentes dotar de sentido al juego y conocer *lo que está en juego*, es decir, la lucha por la imposición de la representación legítima de la realidad que se disputa en cada campo. Ver: BOURDIEU, Pierre. Razones Prácticas. Sobre la teoría de la acción. España: Anagrama, 1997. p. 145.

9 El *habitus* es el conjunto de herramientas o actitudes a partir de las cuales los agentes le dan sentido a los debates al interior del campo y se identifican a ellos mismos y a los demás. Para una definición más amplia, Ver: BOURDIEU, Pierre. El sentido práctico. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007. p. 86.

la aplicación de las reglas, práctica a través de la cual se introducen los cambios necesarios para el mantenimiento del sistema jurídico.

El antagonismo presente entre ambas perspectivas es visible, pero sus actividades y posturas están indefectiblemente soportadas en la idea de un consenso en medio de su oposición: ambas sostienen la necesidad del sistema jurídico y la validez del mismo. Ninguna de ellas pone en duda la existencia del derecho y su necesidad social¹⁰.

Este consenso se ve fuertemente reforzado por la creencia de los abogados en el derecho, cuyo reflejo directo se evidencia en lo que Bourdieu ha llamado la *hipocresía colectiva* de los juristas¹¹. Con este concepto el autor hace referencia a la posición de los juristas frente al derecho a partir de la universalidad. El hecho de que los abogados reproduzcan este lugar común propio del campo jurídico hace que ellos mismos se impongan los límites y las prerrogativas que esta atribución comporta. Precisamente este es el sentido de la *illusio*: los abogados, además de difundir una creencia en el derecho, creen en ella. Esa creencia es, como se vio, el fundamento del funcionamiento del campo. Pero ella misma representa la primera expresión de la violencia simbólica, es decir, el desconocimiento de que la subjetividad de los abogados está cruzada por la creencia que respalda su actividad profesional.

Sin embargo, la creencia en la creencia no es el único aspecto que sostiene la enorme incidencia social del derecho. Es necesario continuar explorando cómo interactúan los diferentes elementos del campo jurídico que se han mencionado para hacer posible el funcionamiento del mismo. Una vez instaurada una definición legítima del derecho, las prácticas del campo deben permitir la consolidación de dicha autoridad.

El poder de esa definición del derecho, de la razón jurídica, se ejerce a partir del lenguaje. Es a través de los efectos que se desprenden del lenguaje jurídico que la definición imperante se conserva y el derecho mantiene su estabilidad, aún a pesar de que la definición actual sea producto de una disputa.

La permanencia, inmutabilidad y universalidad del derecho están respaldadas por los efectos del lenguaje jurídico, que se enuncian como siguen: universalización,

10 La noción de campo pone principalmente en jaque la dicotomía disenso/consenso o antagonismo/conformidad, pues los agentes, aún cuando luchan por imponer su propia definición del derecho, están de acuerdo, por lo menos, en el objeto de la lucha y en que éste merece ser disputado. Ver: BOURDIEU, Pierre. Cuestiones de sociología. Op.cit., p. 114-115.

11 Al respecto, ver: BOURDIEU, Pierre. Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva. En: Jueces para la democracia. Madrid, No. 47, (Julio 2003): p. 3-5.

apriorización y neutralización. El lenguaje se presenta como impersonal a partir de la enunciación de los conceptos desde una perspectiva de tercero universal que es imparcial y objetivo, lo cual va ligado a la enunciación de parte de ese sujeto de contenidos jurídicos que suponen un acuerdo ético y una construcción abstracta del discurso jurídico.

De la mano de estos efectos se ejerce la violencia simbólica, es decir, el derecho se presenta como producto de una razón universal cuando su origen reside en la arbitrariedad de la lucha por su definición, no en un consenso o en consideraciones racionales¹².

El derecho crea representaciones de la realidad a partir de la promoción de creencias como la neutralidad, la validez y la racionalidad del derecho, pero al mismo tiempo crea realidades en el nivel de las formas. Por ello es tan importante no desconocer que el derecho, aún cuando está dado de manera artificial, genera efectos en diferentes niveles sociales a partir de las características de su retórica. Los valores que se promueven desde el lenguaje técnico actualizan el trabajo de racionalización al que debe someterse el derecho para dar la apariencia de que continúa vigente, aún con el paso del tiempo (transhistorización) y coadyuvan a la formación de la actitud universalizante, a esa hipocresía que se convierte en consenso entre los antagonistas y que es, al mismo tiempo, la base sobre la cual descansa el sentido del juego jurídico, es la condición de entrada a éste.

Toda esta construcción puede entenderse como el ejercicio de un dominio cultural a partir del formalismo. El papel de esta teoría jurídica al interior del campo jurídico está ligado al papel de la codificación. *Lo escrito* representa la autonomía del derecho, el cual puede ser comentado pero representa, al mismo tiempo, toda la estabilidad y posibilidad de desarrollo científico de este conocimiento sabio. *Lo escrito* es una condición del derecho que le permite ser predecible o calculable, en términos weberianos.

La codificación hace posible diversas formas de interpretación, pues el texto escrito es indeterminado y polisémico y la enunciación de su significado es la disputa por el establecimiento de la definición del derecho. De ahí que la sentencia sea el resultado de la lucha simbólica entre profesionales que, dotados en grado diferencial de recursos jurídicos, debaten el contenido de la ley a favor de los justiciables que representan. Más que un asunto de equidad, la definición del derecho es producto de una relación de fuerzas entre profesionales, por lo que la sentencia refuerza su

12 “El derecho no es lo que dice ser, lo que cree ser, es decir, algo puro, completamente autónomo, etc. Pero el hecho de que se crea tal, y que logre hacerlo creer, contribuye a producir unos efectos sociales completamente reales; y a producirlos, ante todo, en quienes ejercen el derecho”. Ibid, p. 5.

eficacia simbólica al aparecer ante los ciudadanos como producto de la aplicación de unas normas puras, escondiendo la arbitrariedad y la visión del mundo de la cual es producto.

El espacio judicial es un escenario simbólico de puesta en escena en el que se hacen patentes el enclasmamiento entre los *expertos* y los *profanos*, además de todos los efectos simbólicos que se han referido sobre el campo jurídico y las diferentes atribuciones que confiere a los sujetos universales que lo perpetúan (en este caso la figura del juez como autoridad que representa los intereses sociales). La representación del derecho rompe el esquema de la representación de la realidad *juridizando* el conflicto de la vida cotidiana y transformándolo en una disputa entre profesionales que representan intereses contrapuestos. La queja entendida como expresión de malestar o de inconformidad se convierte en una denuncia en sentido jurídico, lo cual implica una variación en la configuración del reclamo y el reconocimiento de las condiciones que lo hicieron posible, pues no todas son relevantes jurídicamente.

El trabajo de Bourdieu respecto al campo jurídico puede sintetizarse como “(...) una crítica de lugares comunes de los juristas”¹³ y puede entenderse como una posibilidad para explorar y analizar las relaciones entre derecho y cultura, pues esta propuesta busca establecer relaciones en el universo de lo jurídico expresado de diversas formas: como normas, como prácticas, como discursos, como espacio de intercambios simbólicos y, especialmente, como escenario de producción de representaciones del mundo social a partir de su puesta en marcha.

EVALUACIÓN CRÍTICA

Caracterización del campo jurídico a partir de la visión del monopolio estatal

El campo jurídico en la perspectiva de Bourdieu representa la violencia simbólica *legítima*, monopolizada por el Estado. Además, las intervenciones jurídicas también constituyen la forma en la cual el Estado regula el funcionamiento de los diferentes campos sociales. El derecho es, por tanto, un apoyo a la formación de la burocracia estatal. Además de que le atribuye al Estado la producción de un mundo social ordenado¹⁴, dice textualmente el autor que “En *nuestras* sociedades, el Estado contribuye en una parte determinante a la producción y a la reproducción de los instrumentos de construcción de la realidad social”¹⁵. Sin embargo, las sociedades

13 BOURDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther. La fuerza del derecho. Op.cit., p. 16.

14 Ibid, 120.

15 BOURDIEU, Pierre. Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción. Op.cit., p. 116-117. (Las cursivas son mías).

a las que está haciendo referencia Bourdieu son aquellas *poco* diferenciadas como él mismo las denomina, las sociedades de países desarrollados.

Colombia, sociedad *altamente* diferenciada, no tiene como referencia histórica la construcción de un estado burocrático en los mismos términos de las sociedades referidas por el autor. En nuestro país la formación del Estado se ha confundido más bien con los partidos políticos, con el gobierno de turno o, en todo caso, con intereses estrictamente privados. La maleabilidad de la estructura institucional imposibilitó el desarrollo de una burocracia que pudiera mantener definidos los límites de la organización de lo público frente a lo privado y por ello el papel del derecho en nuestro país no puede leerse dando por sentada la relación que propone Bourdieu a partir de su análisis de lo jurídico como herramienta de la intervención estatal¹⁶.

El sistema de categorías propuesto por el autor para explorar las condiciones históricas y sociales del derecho en relación con el campo estatal ofrece la posibilidad de establecer contrastes entre realidades tan diversas como la francesa y la colombiana. Aún cuando Bourdieu asume un modelo teórico a través del cual estudia de manera profunda el caso francés, esto no significa que dicha elaboración esté limitada por las particularidades de esa realidad¹⁷. Por ello es posible reflexionar sobre el derecho colombiano a partir de nociones como campo, habitus, capital, illusio, profesionales, profanos, etc. rechazando la idea de que estas categorías “(...) no fueron concebidas para ser *trasladadas* como utensilios de investigación *exportables*”¹⁸.

16 “(...) en Colombia, la intervención estatal sobre la sociedad ha sido poco importante. Así, debido a una ausencia de modernización política y a una incompleta construcción de la identidad nacional, el Estado colombiano no ha logrado diferenciarse de los intereses privados inmediatos de los sectores dominantes, con lo cual, el régimen político ha tenido muchas dificultades para mediar e institucionalizar los conflictos sociales, pues no ha logrado aparecer como el representante de intereses generales de todos los grupos sociales”. En: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, RODRÍGUEZ GARAVITO, César y UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Entre el protagonismo y la rutina: Análisis sociojurídico de la justicia en Colombia. En: http://www.juecesyfiscales.org/index.php?option=com_content&view=article&id=102:entreelprotagonismoylartutina&catid=10:textosjuridicos&Itemid=7 (septiembre de 2008).

17 Al respecto señala el autor: “Hablaré de un país que conozco bien no por haber nacido en él, ni por hablar su idioma, sino porque lo he estudiado mucho, Francia. ¿Significa eso que voy a encerrarme en la particularidad de una sociedad singular y que no voy a hablar para nada de Japón? No lo creo. Pienso por el contrario que presentando el modelo del espacio social y del espacio simbólico que he elaborado *a propósito* del caso particular de Francia, no dejaré de hablar de Japón (como, si hablara en otra parte, hablaría de Estados Unidos o de Alemania)”. BOURDIEU, Pierre. Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción. Op.cit., p. 11(cursivas del original).

18 ZÚÑIGA, Víctor. Bourdieu desde América Latina. Una doble lectura. En: Trayectorias. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Nuevo León. Año 4. Número 10. Septiembre-Diciembre de 2002. p. 42.

La recepción de estas herramientas teóricas requiere re-contextualizar y asumir de manera vigilante su potencialidad para dar cuenta de las condiciones sociales del campo jurídico en una realidad empírica particular y, a partir de ello, establecer similitudes y diferencias con campos jurídicos de otros contextos¹⁹. Adicionalmente, en Colombia la perspectiva del derecho trasciende el escenario estatal, por cuanto los sistemas normativos paralelos de hecho y aquellos propios de poblaciones indígenas²⁰ también hacen parte de la realidad jurídica de nuestro país. El pluralismo jurídico es un desafío a la centralidad del derecho oficial y requiere pensar lo normativo desde puntos de vista más amplios. Por ello, la visión del campo jurídico en Colombia requiere elementos adicionales a los de la perspectiva estatal que permitan evidenciar su diversidad.

La interpretación como punto central para explicar la competencia entre los agentes

Cuando Bourdieu expone la división del trabajo jurídico que opera al interior del derecho, ofrece una explicación de los diferentes habitus y acumulaciones de capital que producen una división del trabajo simbólico²¹ entre los profesionales. Asimismo, Bourdieu define los términos de dicha división en relación con el objeto de lucha en el campo jurídico, aludiendo a que la posición que detenta cada agente al interior del campo se define en términos de su reconocimiento como *intérprete autorizado*²² de la ley. En estos términos, la tarea de teóricos y prácticos, así como la de profesores y jueces, aún cuando cada uno porte visiones diferentes sobre el derecho, descansa en la idea común de lograr el establecimiento de la significación práctica de la ley.

Sin embargo, hay que decir que los escenarios de lucha al interior campo jurídico son diversos y no sólo descansan en la discusión del contenido del derecho, sino también en su concepción. El “enclasmiento” del que nos habla Bourdieu entre teóricos y prácticos, profesores y jueces gira únicamente en torno a la experiencia

19 Sobre la potencialidad de la noción de campo jurídico para contrastar los campos jurídicos latinoamericanos con los de otros continentes ver: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y RODRÍGUEZ, César Augusto (Editores). Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

20 Una propuesta para hablar del reconocimiento del pluralismo jurídico en los países latinoamericanos a partir de las nociones de campo jurídico *plural* y subcampos semiautónomos puede verse en: ASSIES, Willem. La oficialización de lo no oficial: reencuentro de dos mundos. En: Alteridades. México. Vol. 11, No. 21 (Ene.-Jun. 2001): p. 83-96.

21 Para la explicación de este concepto ver: BOURDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunter. La fuerza del derecho. Op.cit., p. 160-181.

22 Ibid, p. 160.

del derecho a partir de la práctica específica de la interpretación, cuando estos antagonismos también discuten el sentido y la concepción del derecho.

La discusión de las concepciones del derecho tiene un espacio considerable, por ejemplo, en las facultades de derecho. Por ello es necesario preguntarse por la forma en la que se construyen allí las relaciones y cómo se presenta la división del trabajo jurídico en este subcampo, pues no todos los agentes están concentrados en la actividad teórica o en la interpretación legal. La diversidad del trabajo de profesores y académicos del derecho desafía la noción homogenizadora de esta clase de *habitus* enunciada por Bourdieu y por ello requiere pensar otros escenarios del campo jurídico que esta particularidad permite visibilizar.

Bourdieu reconoce, además, que las posiciones al interior del campo jurídico se presentan en un momento dado, dentro de una tradición determinada y resalta el hecho de que este escenario de división del trabajo jurídico al que ha hecho referencia se ubica en la tradición romano-germánica. De esta manera, es necesario establecer cuál es el estado del campo jurídico colombiano y tener en cuenta que la tradición romano-germánica sufre transformaciones importantes en nuestro país²³. Un análisis de nuestro campo jurídico debe dar cuenta de esas transformaciones y de las condiciones sociales y políticas que han dado lugar a nuestra propia tradición para poder comprender las particularidades de la división del trabajo jurídico en nuestra sociedad.

Lógicas de la violencia simbólica del derecho desde una perspectiva interna: ¿Y los profanos?

Bourdieu describe el campo jurídico desde una perspectiva *interna*, que da cuenta de las condiciones de producción de su lógica específica. Sin embargo, este campo conformado por profesionales tiene un efecto en el espacio social, donde estarían ubicados los demás agentes sociales, que no es visibilizado en el trabajo del autor sobre el derecho. Los abogados no son los únicos que *usan* el derecho ni los únicos relevantes para dar cuenta de su utilización. Si se trata de visualizar *socialmente* el derecho, es preciso tener en cuenta que este universo social es posible gracias a los ciudadanos corrientes como a los abogados. Los ciudadanos se ven sometidos al poder simbólico del derecho así como los abogados, quienes se ven envueltos en procesos y usos jurídicos en ambientes de su vida diaria.

El papel de los *profanos* debe reformularse para explicar las lógicas de la violencia simbólica del derecho y la dimensión de su poder social. Los ciudadanos acuden al

23 Ver LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Legis, 2004.

derecho por razones que no sólo se circunscriben al espacio de un litigio. Incluso, en muchas ocasiones, algunos de ellos son radicalmente opuestos a la obligatoriedad y reconocimiento del derecho estatal, como es el caso de algunos presos políticos o como puede verificarse en el escenario de los juicios de ruptura. Bourdieu, comprensiblemente, no incluye en su reflexión a este tipo de actores sociales, aunque los define a partir del “enclasmamiento” social que produce el conocimiento especializado del derecho. Tal como lo han mencionado otros académicos que se han ocupado de la visión del derecho como un producto cultural “(...) *el dominio profesional del derecho, aunque a menudo esencial para acceder a él, no describe plenamente su uso*”²⁴. Hay muchas prácticas que, teniendo la potencialidad de evidenciar los diversos usos del poder simbólico del derecho, no son exploradas por el autor, aún cuando desde su perspectiva se abre la puerta para considerar a los profanos indispensables para impulsar las lógicas al interior del espacio judicial.

De hecho, para comprender los efectos y la incidencia del derecho en la sociedad colombiana, es necesario acercarse a la forma en la que los ciudadanos perciben y le otorgan significados a lo jurídico. El *habitus* de los ciudadanos y su propia percepción sobre el derecho puede ser muy diferente a la visión interna del campo jurídico. Expresiones como “La ley es para los de ruana” o “Hecha la ley, hecha la trampa” son manifestaciones sobre lo que el derecho ha significado para los ciudadanos colombianos a lo largo de la historia²⁵ y requieren ser analizadas en su contexto para comprender las funciones y la forma en la que el derecho se ha construido en Colombia.

Aspectos como la creencia y la obediencia al derecho también pueden explorarse a partir de esta reformulación. Esto permitiría explicar cómo, en una sociedad tan conflictiva como la colombiana, el derecho sigue operando como un sistema al cual se le confían grandes debates políticos y sociales²⁶, es decir, como un sistema así aceptado, pese a que las personas lo perciben como un problema, o pese a que las personas se vean más *sometidas* a él, que *comprometidas* con él.

24 EWICK, Patricia y SILBEY, Susan S. Conformismo, oposición y resistencia: un estudio sobre conciencia jurídica. En: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (Ed). Sociología Jurídica: teoría y sociología del derecho en los Estados Unidos. Bogotá: Universidad Nacional, 2001. p. 274.

25 Respecto a las condiciones de incumplimiento y violencia en Colombia, ver: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, RODRÍGUEZ GARAVITO, César y UPRIMNY YEPES, Rodrigo. ¿Justicia para todos? sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2006. p. 89-101.

26 Ver: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, RODRÍGUEZ GARAVITO, César y UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Entre el protagonismo y la rutina: Análisis sociojurídico de la justicia en Colombia. En: http://www.jueces-yfiscales.org/index.php?option=com_content&view=article&id=102:entreeprotagonismoylarutina&catid=10:textosjuridicos&Itemid=7 (septiembre de 2008).

2. PAUL KAHN: EL DERECHO COMO *IMAGINACIÓN*

El estadounidense Paul Kahn es profesor de derecho en la Universidad de Yale y tiene una preocupación temática enfocada hacia el Estado de derecho como soporte de la legitimidad de la autoridad gubernamental en Estados Unidos. Sin embargo, su propuesta supera dicho horizonte temático al proponer una actitud epistemológica y una metodología para emprender un análisis cultural del derecho con preocupaciones diferentes a las de otros estudios culturales del derecho, pero igual de enriquecedoras e importantes para la comprensión del derecho *como* cultura.

Propuesta Epistemológica: la investigación cultural como práctica jurídica alternativa

Paul Kahn desarrolla una investigación *cultural* del derecho, a partir de la consideración de las creencias y mitos fundadores que llenan de contenido los acontecimientos que hacen posible su existencia²⁷. Para ello, considera fundamental un “acto imaginativo de separación” de nuestras creencias, ensayar distancias mentales que, sin embargo, no tienen que implicar necesariamente renuncia, o salirse mentalmente de la posición de sujeto inserto en esta cultura para describir e interpretar las estructuras de imaginación que hacen posible al derecho como sistema de significados. Se pregunta por “¿Cuáles son las condiciones conceptuales y las estructuras de la imaginación que llevan a experimentar y a hacer posible un mundo de acontecimientos con significado?”²⁸.

La preocupación temática del autor, aún cuando parte de este punto de vista amplio sobre el derecho, se dirige puntualmente a las condiciones que hacen posible el Estado de Derecho como una expresión de la cultura política estadounidense. Por ello su preocupación se ubica en el terreno del derecho constitucional, pero se acerca a otros terrenos desde esta perspectiva del sujeto como ciudadano y su relación con el Estado de derecho como manifestación política.

Ligado a la relación entre legitimidad y Estado de derecho, el interés principal de Kahn es comprender cómo y por qué tenemos la percepción que tenemos sobre la legitimidad del derecho, cómo llegó a ser “natural”. Pero le interesa preguntarse por esto desde la mirada de quienes se consideran y son considerados por otros

27 “Comprender el carácter construido del Estado de derecho nos permite ver su carácter contingente y comprender que las exigencias que el derecho nos presenta no son un producto de su verdad sino de nuestra imaginación: la manera como imaginamos sus significados y nuestro fracaso en imaginar alternativas”. KAHN, Paul. *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2001. p. 57.

28 *Ibid.*, p. 51.

como voceros del derecho, es decir, los profesores de derecho y los jueces. Es la pregunta por la estructura de la imaginación jurídica de aquellos que están más comprometidos con el derecho en su vida profesional y personal, por la manera cómo imaginan el mundo a partir de las categorías jurídicas abstractas que reifican e invocan.

Aunque Kahn insiste en la necesidad de investigar el derecho en sus diversos usos, sus representaciones en la cultura popular –lo cual pasa tanto por la necesidad de preguntarle a la gente como por la de comprender las producciones simbólicas de la vida cotidiana– su forma de analizar el Estado de derecho como una experiencia cultural difiere de otras que también se dedican a la exploración del derecho como fenómeno cultural. A diferencia de muy buena parte del movimiento de los estudios culturales del derecho, que se ocupa de mover la ubicación en la cual estudiamos el derecho desde las opiniones de las cortes hacia las expresiones de las personas comunes, su trabajo se mueve en una dirección diferente, pues su objeto de estudio consiste en explorar la forma en la que los actores sociales que se consideran y son considerados como voceros del derecho se lo imaginan y lo viven.

Esta perspectiva cultural es tan necesaria como conocer las representaciones cotidianas sobre el derecho en la cultura popular, pero ello no significa optar por un concepto de alta cultura o privilegiar jerarquías al interior del derecho. El mismo autor ratifica la idea de la multiplicidad de visiones al interior de los estudios culturales del derecho al sostener que no existe un enfoque correcto para acercarse al análisis cultural del derecho, sino muchos y de diversos intereses –la etiqueta de “estudios culturales” no puede ser reclamada solo por algunos de manera autorizada–.

Kahn une la exploración de las creencias que sostienen el mundo imaginado del Estado de derecho con el asunto particular de que, en la sociedad norteamericana, éstas van unidas a la significación del status de ciudadano. Es lo que él denomina una cultura política estadounidense del Estado de derecho. Para explorar esa cultura se detendrá en los conceptos de tiempo, espacio y acontecimiento jurídico en relación con la sociedad estadounidense aunque, como se verá en el siguiente apartado, de ninguna manera ello constituye un límite para explorar el derecho como sistema de creencias.

Aunque el enfoque temático del autor es el constitucionalismo, su trabajo de investigación busca proporcionar elementos para comprender el derecho en general como un mundo de acontecimientos con significado. Esto implica *distanciarse* del proyecto de reforma legal con el cual se comprometen todas las actividades –aun las más críticas– al interior del derecho y *dudar* de la creencia en el Estado de derecho, el cual se presenta ante nuestra imaginación como el máximo nivel de desarrollo de la sociedad.

El proyecto de reforma legal, inherente a los abogados, es uno de los presupuestos sobre los cuales descansa la razón jurídica, una de las creencias más fuertemente reforzadas en nuestro saber. La liberación de esa compulsión a la reforma es fundamental para emprender el proyecto de un estudio cultural del derecho. Lo que está proponiendo Kahn en este punto es un cambio en la actitud disciplinaria con la cual pueda romperse la cooptación de la razón que ejerce el propio objeto de estudio a través de sí mismo: el Estado de derecho y con éste, la reforma legal.

Con este concepto Kahn alude expresamente a la idea del cambio a través de la constante promulgación normativa, a la corrección de las decisiones judiciales a través de la interpretación, a la adaptación del derecho a los mitos de la razón y la voluntad²⁹. Abandonar las pretensiones reformistas significa, por otro lado, abandonar la asimilación de la tarea del académico del derecho a la tarea del juez³⁰. La reforma legal es la creencia de la cual debemos alejarnos de manera temporal para emprender una investigación cultural del derecho, pero al mismo tiempo debemos proponernos comprender por qué esta creencia es una parte tan importante de nuestra cultura jurídica.

Salirse, por lo menos mentalmente, del compromiso con el proyecto reformista en el derecho, permite poner entre paréntesis las pretensiones de verdad o de lo correcto en el derecho. La verdad pasa también a ser objeto de reflexión de este análisis cultural del derecho. La perspectiva de multiplicidad de significados y no la de validez constituye objeto de preocupación para Kahn y es precisamente a través de aquella que es posible imaginar posiciones alternativas en el derecho³¹. Esta actitud epistemológica se traduce en una duda de la creencia en la veracidad del Estado de derecho para poder abordar su estructura como imaginación y para poder imaginar mundos alternativos a éste. Así, renunciando a la pregunta por lo válido o lo correcto, este autor se pregunta más bien *qué es lo que el derecho hace de nosotros* para así comprender cómo funciona en cuanto imaginación.

29 “El abogado o el juez que trabajan en busca de la reforma del derecho creen que nos están diciendo lo que el derecho es”. En: *Ibid*, p. 77.

30 “Una nueva disciplina acerca del derecho necesita concebir su objeto de estudio y su relación con ese objeto de una forma que no comprometa al mismo tiempo al académico con las prácticas constitutivas del orden jurídico”. *Ibid*, p. 42.

31 “La disciplina cultural del derecho no trata de decidir cuál es la aproximación correcta a la interpretación constitucional, es decir, cuál preserva la “verdadera” constitución. Más bien esta observa la variedad de aproximaciones interpretativas como autocaracterizaciones rivales dentro de una práctica del derecho que busca siempre defender su propia autoridad. Rechaza la idea de que hay una teoría “correcta” de la legitimidad del derecho. Sólo hay posiciones controvertidas dentro de la práctica del Estado de derecho”. *Ibid*, p. 119.

Propuesta Metodológica: Genealogía y Arquitectura

La propuesta metodológica de Kahn parte de varios saberes, privilegiando una construcción analítica de tipo filosófico, en la que se rastrean las formas simbólicas de una experiencia como la del Estado de derecho. Sin embargo, la explicación detallada que ofrece el autor sobre esta metodología para la investigación cultural del derecho es la clave para extender su propuesta a otras preocupaciones diferentes a la del Estado de derecho y a la experiencia estadounidense. Dar cuenta de las particularidades de su abordaje facilita el análisis y la comprensión de una propuesta diferente para acercarse al derecho como una experiencia cultural.

Kahn expone la necesidad de hacer un rastreo de la manera cómo se han transformado en el tiempo y de dónde vienen los conceptos y las formas propias del derecho que lo convierten en un producto cultural. Su punto de partida es la estética del derecho en Kant, comprendida como el estudio del tiempo y del espacio en los cuales se hace posible la experiencia jurídica. Es importante resaltar que es el propio Kahn quien señala la naturaleza filosófica de su metodología, la cual bebe de los enfoques neo-kantianos que han sido desarrollados, entre otros, por Wittgenstein, Foucault y Charles Taylor. Clifford Geertz es una influencia teórica que también tendrá en cuenta para abordar la idea de la necesidad de la descripción densa como parte del estudio cultural de las categorías que permiten imaginar el derecho, pero el autor insiste en que aquí se conecta el discurso de las ciencias sociales con el de la filosofía.

Sumado a lo anterior, Kahn va a darle prevalencia en la construcción de su teoría a las ideas sobre las formas simbólicas propuestas por Ernst Cassirer, puesto que su preocupación fundamental es la de aproximarse al Estado de derecho como una forma simbólica diferenciada que construye un mundo posible de significado³². Cassirer es una influencia muy fuerte también en la exploración de lo simbólico propuesta por Bourdieu, lo cual permite establecer una pista para explicar algunas de las afinidades en las búsquedas de estos dos autores.

Kahn explora la historia y el espacio en los cuales se desarrollaron las creencias del Estado de derecho a través de la *genealogía* y la *arquitectura*, es decir, a través de un rastreo de la historia de los conceptos y un mapa de la estructura actual de las creencias, respectivamente³³. Ambas rutas de análisis se encuentran estrechamente

32 Para explorar en detalle las ideas sobre las influencias teóricas relatadas por el propio Kahn, Ver: KAHN, Paul. Freedom, Autonomy, and the Cultural Study of Law In: SARAT, Austin and SIMON, Jonathan (Eds). Cultural Analysis, Cultural Studies, and the Law: Moving beyond legal realism. Durham and London: Duke University Press, 2003. p. 172-173.

33 KAHN, Paul. El análisis cultural del derecho: una reconstrucción de los estudios jurídicos. Op. cit., p. 60.

relacionadas, demarcan sus límites, pero son recíprocamente necesarias para comprender la experiencia del Estado de derecho como una experiencia de tipo cultural. Además, son los métodos que hacen posible la construcción de una aproximación crítica al Estado de derecho, pues permiten la puesta en duda de la creencia en el derecho y el necesario distanciamiento de la estructura conceptual que se deriva de este sistema de creencias. Es una propuesta para reconstruir la forma en la que se aborda el conocimiento del derecho.

La genealogía se ocupa de mostrar cómo la naturaleza de la creencia en el Estado de derecho emerge de largas tradiciones en la cultura occidental y particularmente de la experiencia sobre la formación del Estado. La indagación genealógica hace posible comprender la contingencia de las creencias jurídicas contemporáneas porque ofrece la posibilidad de rastrear la historia de los conceptos en los cuales descansa la imaginación del Estado de derecho y da cuenta de los remanentes del pasado que estos conceptos aún conservan y transforman en la modernidad como base de nuestras creencias. El Estado europeo emerge de transformaciones sociales y políticas que tienen que ver con la idea de lo religioso y lo secular, del establecimiento de un orden monárquico y uno con base en el concepto de soberanía.

Por su parte, la arquitectura legal es una descripción de las particularidades de las concepciones jurídicas del Estado de derecho que las hacen diferentes pero que, al mismo tiempo, las relacionan con otras prácticas sociales. La arquitectura permite tomar distancia del estándar de la coherencia propio de la teoría jurídica y hace posible un acercamiento a los diferentes elementos que hacen parte del derecho como un sistema en el que subyacen diferentes redes de significados, las cuales, a su vez, constituyen la totalidad de dicho sistema.

Por ello, la práctica cultural, a diferencia de un trabajo de investigación teórico, no está sometida a la exigencia de la coherencia. De hecho, esto puede conducir al académico a la conclusión de que el Estado de derecho es más fuerte por la pluralidad de fuentes a las que acude. La comprensión de las prácticas culturales implica, a diferencia de las pretensiones de unidad y coherencia sistémica, asumir una actitud de sospecha frente a la unidireccionalidad o uniformidad de la cultura, pues ésta implica contradicciones y tensiones que diversifican el conjunto de creencias que caracterizan al Estado de derecho.

Con base en el enfoque filosófico de Kant, un análisis cultural del derecho debe explorar cuatro categorías básicas: Tiempo del derecho, Espacio del derecho, Acontecimiento jurídico y Sujeto del derecho. A través de esta exploración también se busca describir las condiciones que hicieron posible que los mitos de la razón y la

voluntad fueran determinantes en la concepción del derecho estadounidense y en la configuración de la legitimidad política de ese país.

En la exploración genealógica y arquitectónica del presente y el pasado en el derecho, del concepto de frontera y la representación geográfica del Estado, de la propiedad y la jurisdicción, de las autoconcepciones sobre el sujeto jurídico que se derivan del Estado de derecho y cuya manifestación más importante recae en la idea de pueblo soberano y del entendimiento del Estado de derecho como una experiencia política dentro de otras posibles formas de imaginar lo político, se refleja el contenido de estos conceptos y los remanentes del pasado que caracterizan la experiencia del Estado de derecho estadounidense.

Aún cuando éstos hacen parte del contexto propio norteamericano, Kahn señala explícitamente que los conceptos con base en los cuales ha estructurado su investigación no son una lista taxativa de categorías. Son una elección que hace a partir de su búsqueda particular por la exploración del sujeto como ciudadano bajo la perspectiva del estado de derecho estadounidense.

Si bien la experiencia es la que determina los significados a través de los cuales comprendemos los acontecimientos de nuestra vida diaria, siempre hay formas rivales de comprenderlos. Por ello Kahn considera necesario asumir el estudio de cada forma cultural a partir de una perspectiva de poder. El poder del Estado de derecho se mide en la imposición de la comprensión de sus fenómenos como propios de él, pertenecientes a sus instancias. El poder es la vía de definición de formas rivales para imaginar y significar el mundo.

La exploración del derecho a través de esta perspectiva permite percibirlo como un discurso de naturaleza *excluyente*, pues recurre a la atemporalidad como estrategia de ratificación y como un escenario *circular*, al ser un espacio delimitado que permite diferenciar claramente quiénes están dentro y fuera de éste.

Sumado a lo anterior, Kahn define algunas consideraciones necesarias frente a su preocupación temática, con el fin de comprender el Estado de derecho como una construcción de la imaginación: la exploración genealógica y arquitectónica da cuenta de que el Estado de derecho es autónomo, es una estructura de significados que define nuestra cotidianidad, pero que no se pone en juego en los casos particulares y, sobre todo, aunado a estas características, evidencia la necesidad de abandonar el mito del progreso como logro del derecho, pues es una creencia a través de la cual se da sentido a lo jurídico, pero no es la única. Acá se ratifica el sentido del abandono de lo verdadero para permitir la pregunta que establece dudas sobre esa misma creencia y permite visibilizar alternativas a la misma.

EVALUACIÓN CRÍTICA

Análisis cultural del Estado y el Derecho en Colombia: un enfoque posible

Bien vale la pena señalar de manera clara que Kahn está partiendo de un contexto particular, que es la sociedad estadounidense. Lo que se debe tener en cuenta para un análisis cultural del derecho en Colombia es que pueden establecerse ejercicios de contraste, pero sobre todo que corresponde repensar cuáles serían las categorías a partir de las cuales puede comprenderse el papel del derecho en la experiencia ciudadana colombiana o, incluso, en nuestra experiencia de formación del Estado.

Sumado a eso, también debe reflexionarse sobre la utilidad en Latinoamérica de las categorías que sirven a Kahn para dar cuenta de algunos mitos fundadores de la legitimación política de la democracia norteamericana. Esta ruta de análisis sirve para hacer un rastreo cultural a las creencias que hacen posible el derecho en nuestra sociedad y su re-categorización, necesaria de acuerdo con nuestra historia. Debe evaluarse la potencialidad de los mitos de la razón y la voluntad para explicar el derecho como sistema cultural en este contexto particular que es el colombiano.

De acuerdo con Kahn, “Para los estadounidenses, la función que el derecho cumple es constitutiva y reguladora”³⁴, pero para los colombianos ¿Qué función cumple el derecho?

Por otra parte, sostiene el autor: “Sin una herencia étnica, racial o religiosa común, la identidad estadounidense es peculiarmente dependiente de la idea de derecho”³⁵. Pero ¿El proceso de construcción de la identidad colombiana pasa por la creencia en el derecho? Estas son preguntas que inspiran a Kahn y que explican su apuesta, pero es necesario pensar cómo éstas podrían reintroducirse en los debates sobre la formación del Estado y del Derecho en Colombia.

Es un análisis que, como se ha dicho, puede aplicarse a otras áreas del derecho, no solamente al derecho constitucional. La propuesta de Kahn es también un enfoque, una forma posible de explorar el derecho entendido como fenómeno cultural. Las categorías de genealogía y arquitectura harían posible esto, pues son una metodología sugerida para rastrear la historia y los remanentes de los conceptos y creencias que sostienen el ideario de derecho en nuestra cotidianidad.

Ahora, la cuestión de los sujetos o las miradas a partir de las cuales se quiere emprender la tarea de comprender el Estado de derecho como imaginación es algo que

34 KAHN, Paul. El análisis cultural del derecho: una reconstrucción de los estudios jurídicos. Op. cit., p. 19.

35 Ibid.

también podría tenerse en cuenta en nuestro contexto para ser ampliado: no solo interesarnos en la estructura de la imaginación jurídica de las voces autorizadas del derecho, sino también en la de los ciudadanos y, aún, en la de “otros no autorizados” que al parecer portan y producen también una imaginación de lo jurídico.

La autocomprensión y la dimensión cultural del derecho: herramientas para re-imaginar

Otra importante contribución de Kahn a la perspectiva de los estudios culturales es la lectura necesaria que debe emprenderse al interior del mundo del derecho, a partir de un autoanálisis de lo que se hace en este escenario. Tal como él mismo lo sostiene, “que el estudio del derecho también pueda ser un campo para la autocomprensión es el fundamento y el incentivo para el desarrollo de la disciplina cultural”³⁶.

A esta necesidad de autocomprensión, Kahn añade un requerimiento para poder comprenderla desde la distancia y es asumir el trabajo académico como una práctica jurídica diferente a la reforma legal para evitar ser cooptados por la práctica del derecho. Abandonar la comprensión del mundo jurídico a partir de la perspectiva exclusiva de los conceptos y herramientas que él mismo nos ofrece implica la necesidad de recurrir a otras herramientas teóricas que hagan posible la pregunta por la vivencia del Estado de derecho como experiencia y como imaginación. “(...) tenemos que dejar a un lado el impulso de recrear ese mundo sobre nuestro propio plano”³⁷. Esto ratifica la necesidad de comprender el mundo jurídico con herramientas de explicación diferentes a las que la práctica del derecho proporciona.

Al ubicarse en la posición mental y epistemológica señalada, es posible imaginar posiciones alternativas respecto al asunto de la reforma legal, tan típica en el derecho colombiano, otro gran aspecto que debe retomarse de Kahn para dimensionar de otras formas la relación entre derecho y cambio social.

Esta postura hace posible un acercamiento al tema de la *ausencia* del Estado de Derecho en los países latinoamericanos, no como algo patológico, sino como algo quizás propio de nuestro país, pero algo que nuestro sistema de creencias –colonizado– no nos ha permitido, siquiera, comprender como no desviado.

Las conductas desviadas, en sí mismas, no son objetivos no realizados, sino que éstas constituyen y ratifican la idea del derecho. El delito, la cárcel, el delincuente son formas de ratificar el Estado de derecho, son de hecho manifestaciones del orden.

36 KAHN, Paul. El análisis cultural del derecho: una reconstrucción de los estudios jurídicos. Op. cit., p. 183.

37 Ibid, p.46.

En una sociedad como la colombiana, examinar ese juicio desviado sobre lo ilegal facilita la apertura a la comprensión del derecho desde perspectivas diferentes, conduce a indagar por la forma en la que imaginamos el delito y a comprender que el derecho penal es también un sistema de creencias. Así como esta perspectiva es aplicable a la desviación más fuertemente reprimida por el derecho, también puede extenderse a la comprensión de otras prácticas que han sido consideradas como desviadas en el entorno colombiano (chanchullo, corrupción, soborno) y que hacen parte de las prácticas de supervivencia de los ciudadanos colombianos³⁸. En esta distancia mental del proyecto de reforma también descansa la posibilidad de abandonar el mito del progreso con el cual el derecho es respaldado como forma de organización social y esto abre más perspectivas para preguntarse por las relaciones entre el derecho y la violencia en Colombia.

Todo lo anteriormente enunciado pone de presente la perspectiva del poder que también constituye una preocupación del autor y esto se refleja en la consideración general de que la forma en la que se definen y otorgan significados a los acontecimientos sociales es el resultado de una disputa entre diversas formas rivales. En la perspectiva del Estado de derecho estadounidense, la reforma legal aparece como la forma vencedora y es por ello que hay que indagar por las demás formas rivales que, no resultando triunfantes, igualmente constituyen posibilidades de imaginar el derecho. Esta es una lectura simbólica del poder diferente a la propuesta por Pierre Bourdieu, pero bastante interesante para comprender que la experiencia del Estado de Derecho pasa por este contexto y esta influencia.

Por último, hay un asunto importante en la propuesta de Kahn que reconduce las apreciaciones frente a la teoría jurídica tradicional desde la cual se presenta al derecho como autónomo, lógico y legitimado por sí mismo. A este desarrollo conceptual lo denomina “autoteoría” y afirma que los conceptos sostenidos desde el interior del derecho son también objetos para un estudio cultural como el que propone. Kahn reivindica la necesidad de tener en cuenta los elementos de la autoteoría como formas de comprender el sistema de creencias con base en el cual sostenemos la experiencia del Estado de derecho. Ese es un gran aporte que permite comprender que el papel de los enfoques críticos del derecho no debe soslayar la teoría jurídica técnica o tradicional porque ésta da pistas muy importantes para la comprensión de lo que somos. En Colombia, este aporte es de grandes proporciones, pues conduce a una reflexión detenida sobre el por qué la teoría jurídica de tipo crítico entra tardíamente en el escenario académico y social en comparación con otros países.

38 Al respecto ver: WALDMANN, Peter. Guerra, terrorismo y anomia social. El caso colombiano en un contexto globalizado. Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2006. p. 169-188.

3. TENDENCIA POSMODERNA DE DERECHO Y SOCIEDAD: CULTURA EN LA VIDA COTIDIANA

La tendencia posmoderna del movimiento Derecho y Sociedad ha tenido una producción académica bastante prolífica, por lo cual se han elegido sólo algunos de los trabajos para explorar las discusiones propias de estos enfoques³⁹. Para explicar el sustrato del movimiento, se describirán las condiciones teóricas del posmodernismo en el derecho estadounidense, se expondrán algunas generalidades y puntos de encuentro entre estos trabajos y se dará cuenta de la complejidad de las diferentes expresiones de la influencia posmoderna en términos metodológicos y temáticos.

El movimiento Derecho y Sociedad (*Law and Society*) nace en 1960 como una iniciativa que reivindicaba la necesidad de estudiar el funcionamiento real del derecho en el entorno social por encima de la aproximación a enfoques dogmáticos. El movimiento retoma la preocupación por la brecha entre las normas y su eficacia social que habían enunciado los realistas en los años veinte, pero este compromiso crítico se vio menguado cuando dieron un giro en la visión de esta desconexión y la asumieron como un asunto de disfuncionalidad que podía solucionarse con el mejoramiento de la reforma legal. Además, la energía crítica también se vio soslayada con la consideración de que la investigación empírica era el estandarte del progreso social y la que lo haría posible, de la mano del derecho.

El movimiento sufre una reformulación en los años ochentas, cuando un grupo de académicos decidieron responder a las críticas formuladas por los Estudios Jurídicos Críticos (*Critical Legal Studies*) y retomar el ideal inicial del movimiento de hacer una sociología del derecho que fuera crítica y empírica a la vez. Con esta reflexión sobre su propia tradición, los académicos de este movimiento abandonan la visión del derecho como institución de organización social y asumen lo jurídico como una construcción socio-cultural que se construye en la cotidianidad. Las representaciones de los ciudadanos sobre el derecho son consideradas como una parte vital para explicar y definir el derecho, por lo cual el movimiento se conocerá en esta nueva etapa como Estudios de Conciencia Jurídica (*Legal Consciousness Studies*), aunque no será este último concepto el único objeto de sus reflexiones.

39 Susan Silbey y Patricia Ewick *The common place of law*, Austin Sarat y Jonathan Simmons *Cultural Analysis, Cultural Studies, and the Situation of legal Scholarship*, Rosemary Coombie, *Contingent Articulations: A Critical Cultural Studies of Law*, Naomi Mezey, *Law as Culture*, Paul Shiff Berman, *Telling a less Suspicious Story: notes towards a Nonskeptical Approach to Legal/Cultural Analysis* y Martha Minow, *Breaking the Cycles of Hatred*.

Este giro en la mirada del derecho requiere que los académicos utilicen nuevas herramientas teóricas y metodológicas, para lo cual acuden a las ciencias sociales, especialmente a la antropología, la etnografía y el interaccionismo simbólico.

La transformación del concepto del derecho repercute directamente en la preocupación política del movimiento, que decididamente da preferencia a los ciudadanos comunes y sus experiencias con el derecho, dejando de lado investigaciones sobre los escenarios y los intervinientes institucionales del derecho oficial. Así, los actores sociales cuyas representaciones privilegia el movimiento son los marginados, las minorías, los excluidos, cuyas voces no eran reconocidas como relevantes para la comprensión del funcionamiento y los efectos producidos por el derecho.

La interacción de los ciudadanos con el derecho, sus necesidades frente a él y la forma en la que lo jurídico representa variadas cuestiones en la vida diaria de las personas motiva a los miembros del movimiento a pensar en las relaciones entre el derecho y el poder y, de esta manera, a explorar posibilidades emancipatorias en el derecho a partir del concepto de *resistencia*⁴⁰.

El posmodernismo motivó la pregunta por las grandes verdades. En el caso del movimiento, el concepto de resistencia ocupaba ese lugar, que, junto con la visión naturalizada de las relaciones entre el derecho y la sociedad, eran ya relatos que se daban por sentado. El posmodernismo propone una actitud crítica frente al pasado *moderno*, pero todos los académicos del movimiento asumirán esa actitud frente a objetos de estudio y escenarios diferentes. Uno de los puntos donde esto es más visible es en el uso de métodos empíricos de investigación, tan criticado durante la primera fase del movimiento. Algunos académicos de Conciencia Jurídica optan por la utilización de los métodos de investigación empírica con una postura *postempirista*, pero otros rehúyen del uso de estas metodologías y prefieren el retorno a la teoría y a los conceptos como herramientas de investigación que permitirán construir otras narrativas.

De acuerdo con lo anotado por Mauricio García Villegas acerca de la influencia posmoderna en el campo del derecho estadounidense⁴¹, ésta se manifiesta básicamente en el rechazo al Estado de derecho y a los grandes relatos sobre la autonomía y generalidad de las normas jurídicas. De la mano de lo anterior, hay un rechazo por

40 Para una caracterización más detallada sobre los Estudios de Conciencia Jurídica o *Legal Consciousness Studies* ver: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (Editor). Sociología jurídica: teoría y sociología del derecho en Estados Unidos. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001. p. 14-25.

41 Al respecto ver: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio; JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina y RESTREPO SALDARRIAGA, Esteban. Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos. Trad. Magdalena Holguín, Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2005. p. 8-21.

el concepto de autonomía sobre el cual descansan todas las construcciones jurídicas modernas, las cuales permitieron la construcción del derecho como sistema técnico y como un saber científico. En la tendencia posmoderna hay entonces un rechazo a la caracterización del derecho como un sistema autorreferente.

Además, en la tradición posmoderna estadounidense, hay un rasgo común a todas las posibles tendencias que pudieran compartir este espacio y es la perspectiva cultural como una nueva forma para darle sentido a las relaciones entre sujeto y objeto. El enfoque sociojurídico posmoderno optará por una crítica a las visiones institucionales del derecho, que lo entiende como una forma capaz de incidir en la realidad social. El derecho es entonces asumido como parte de dicha realidad, es entendido como fenómeno cultural. Visto a partir de las percepciones de las personas, es maleable, cotidiano y con ello los académicos socio-jurídicos posmodernos optan por lo particular y cotidiano, en oposición a las grandes narrativas generales y especializadas sobre derecho. La preocupación trascenderá la perspectiva del derecho en la sociedad y se preguntará por su significación cultural, por la comprensión y el análisis del derecho entendido como *cultura*, al tiempo que se pregunta por las posibilidades de interpretar lo jurídico culturalmente. No es ya el derecho desde su perspectiva instrumental, sino el derecho entendido como otra forma de imaginar lo real, como lo dirá Clifford Geertz. Es un giro hacia una perspectiva cultural entendida a partir de la cotidianidad, en la que el derecho es parte del mundo de significaciones sociales posibles entre los ciudadanos.

La preocupación política de los estudios de Conciencia Jurídica también se transformará a partir de la pregunta por la fe en las posibilidades de un derecho progresista, emancipatorio, visión construida a partir del compromiso político con los marginados. La línea posmoderna puso de presente las posibilidades del mantenimiento de esa fe y el cuestionamiento de la misma.

Hay conexiones entre los autores de los estudios culturales del derecho en el manejo del concepto de cultura y su articulación con el derecho: la teoría constitutiva del derecho⁴². Esta perspectiva es muy interesante porque permite entender la complejidad de esa relación entre derecho y cultura, difuminando las fronteras a partir de las cuales se presentan separados e incluso, propone aproximaciones al derecho *como* cultura y a la cultura *como* derecho.

42 Al respecto ver: MEZEY, Naomi. Law as culture. In: SARAT, Austin and SIMON, Jonathan (Eds). Cultural Analysis, Cultural Studies, and the Law: Moving beyond legal realism. Durham and London: Duke University Press, 2003. p. 46 y EWICK, Patricia and SILBEY, Susan S. The common place of law. Stories from everyday life. Chicago and London: University of Chicago Press, 1998. p. 33-53.

En los trabajos desarrollados a partir de estas perspectivas no subyace una concepción única de la cultura y es la diversidad de enfoques que cada uno de éstos propone la que amplía y diversifica al movimiento.

Dentro de los enfoques seleccionados para explorar las relaciones entre derecho y cultura, es posible observar en algunos de estos trabajos (Como el de Naomi Mezey y Rosemary Coombie) un auto-análisis sobre los estudios culturales del derecho. Esta es una herramienta teórica y una postura epistemológica de enorme importancia, pues ratifica la necesidad de que tomemos como objeto de estudio el derecho y nuestra posición en su interior.

El estudio de las relaciones entre derecho y cultura también se ocupa de las múltiples definiciones de ambos conceptos y de la forma en la que esas relaciones pueden asumirse en términos unidireccionales o en perspectivas recíprocas. En otras palabras, diversos estudios se preguntan por la forma en la que pueden presentarse esas relaciones y si existe dependencia del derecho respecto de la cultura o viceversa, o incluso, de qué manera puede forjarse un camino que dé cuenta de la complejidad inherente a estas relaciones.

Por otra parte, estos estudios culturales incluirán una reformulación de la perspectiva política del movimiento a partir de la crisis del Estado liberal y de las nuevas perspectivas para conocer el derecho que nutren sus reflexiones. Esta reformulación radica en la preocupación por la complejidad en la que la cultura adquiere significado y además, se evidencia en los temas objeto de preocupación de los académicos del movimiento que tienen que ver con memoria y odio⁴³ y con reflexiones sobre el derecho como fenómeno cultural y expresión de violencia⁴⁴, entre muchos otros.

EVALUACIÓN CRÍTICA

1. *La cotidianidad*

La primera consideración crítica es qué entendemos por cotidianidad en Colombia: Los abogados y los jueces también son parte de esa vida cotidiana del derecho, incluso pueden considerarse como versiones marginales de éste que nunca se han tenido en cuenta como puntos de análisis. Esto implica un necesario redimensionamiento de lo cotidiano en América Latina, donde la tradición formalista no ha

43 MINOW, Martha. Breaking the Cycles of Hatred. In: MINOW, Martha. Breaking the Cycles of Hatred: Memory, Law and Repair. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2002. p. 14-56.

44 COVER, Robert. Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial. Trad. Christian Courtis. Barcelona: Gedisa, 2002.

dado lugar a la posibilidad de interrogar los escenarios habituales del derecho ni a sus actores para dar cuenta de la forma en la que el derecho es percibido por los agentes sociales que interactúan con éste.

2. *La resistencia*

Los temas propios de los estudios culturales de Derecho y Sociedad tienen una perspectiva contra-hegemónica. ¿Cómo asumimos esa perspectiva desde nuestros estudios en Colombia? Esto pone de presente la pregunta por las relaciones entre el derecho y la acción política. Aún cuando el movimiento ha sido evaluado críticamente respecto de las categorías a través de las cuales ha explorado aquella perspectiva contrahegemónica⁴⁵ y acerca de su tendencia a desestimar la teoría social que dé cuenta de los elementos estructurales de la dominación⁴⁶, haciendo hincapié en el sobredimensionamiento de la resistencia, porque no se tienen en cuenta las posiciones sociales de los actores ni la poca incidencia de esos ejercicios de resistencia para lograr transformaciones sociales, en las estructuras de dominación, es necesario hacer una consideración especial en este punto, pues son muy pocos los enfoques teóricos de corte jurídico que ofrecen la posibilidad de visibilizar las luchas *contra* el derecho. El derecho de tipo formal es leído a partir de la dicotomía obediencia/desobediencia y esta perspectiva no permite preguntarse si la única posibilidad de motivarse frente al derecho es a partir de su cumplimiento.

En Colombia son muchos los casos de resistencia *contra* el derecho o de ejercicios de desobediencia civil, pues, como se ha afirmado, el derecho en la realidad social colombiana se comporta de maneras ambiguas frente a los ciudadanos y establece diferencias en el trato y en la aplicación.

El enfoque de los estudios de Conciencia Jurídica a partir de la resistencia abre una posibilidad de comprender fenómenos sociales de confrontación al derecho desde una teoría social que conecta estos hechos con las realidades sociales del país.

45 Al respecto ver MCCAN, Michael y MARCH, Tracey. El derecho y las formas cotidianas de resistencia. En: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (Ed): Sociología Jurídica: teoría y sociología del derecho en los Estados Unidos. Bogotá: Universidad Nacional, 2001. p.295-333.

46 Sobre esta crítica ver: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Symbolic Power without Symbolic Violence? Florida Law Review, Vol. 55. 2003. p. 157-189 y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, RODRÍGUEZ GARAVITO, César y UPRIMNY YEPES, Rodrigo. ¿Justicia para todos? sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Op. cit., p. 95-96.

4. LOS ESTUDIOS CULTURALES DEL DERECHO EN COLOMBIA: APORTES PARA UN ANÁLISIS NECESARIO

Los enfoques explorados ponen de presente que las relaciones entre derecho y cultura pueden definirse a partir de características muy diversas, pero no a partir de consensos. Quizá el único acuerdo que puede advertirse es en el terreno de la definición misma del término *cultura*, pues los académicos referidos reconocen que hay múltiples definiciones y comprensiones posibles del mismo⁴⁷. El término es asumido en varios sentidos por cada uno de los enfoques explorados. De la mano de esta diversidad en la delimitación de lo que puede entenderse como cultura, algunos autores hablan de la dificultad de delimitar lo que se ha denominado como estudios culturales del derecho.

Mientras Bourdieu explica la lógica de funcionamiento interna del campo jurídico, con todos los elementos que la componen como sistema cultural de símbolos, Kahn hará especial énfasis en la necesidad de explorar las creencias que respaldan al Estado de derecho como forma de imaginar lo real (Geertz), pero es cercano a Bourdieu en su preocupación por lo simbólico. La tendencia posmoderna de Derecho y Sociedad enfatiza la necesidad de entender el derecho como fenómeno cultural en la cotidianidad, lo que motivará la atención del movimiento hacia asuntos como las narrativas, aunque persisten sus ideas sobre emancipación a través del derecho y ejercicios de resistencia frente a él, pero también contribuye enormemente a la formación de un giro crítico en la academia norteamericana que se preocupa por las implicaciones políticas de la discusión de la cultura en la sociedad contemporánea.

Hay una pregunta por las estructuras de la imaginación que configuran el derecho como sistema de creencias en Kahn. En Bourdieu, aún cuando en el análisis se da entrada a los profanos, no son ellos un punto de análisis que se explore en profundidad para explicar la lógica y la eficacia simbólica del derecho. Por su parte, Derecho y Sociedad es la corriente que más apunta en esa perspectiva para analizar el derecho como cultura, pues se concentran en la cotidianidad como escenario y como terreno constante de esas estructuras con las que los ciudadanos imaginan y se representan el derecho.

De la mano de estos contrastes, es necesario tener en cuenta también que las preocupaciones en torno a las relaciones entre derecho y cultura no sólo han emergido

47 Respecto a la pluralidad de connotaciones del concepto de cultura, ver: MEZEY, Naomi. Law as culture. In: SARAT, Austin and SIMON, Jonathan (Eds). Cultural Analysis, Cultural Studies, and the Law: Moving beyond legal realism. Durham and London: Duke University Press, 2003. p. 37-72 y COOMBIE, Rosemary. Contingent Articulations: A Critical Cultural Studies of Law. In: SARAT, Austin and KEARNS, Thomas (Eds). Law in the Domains of Culture. Ann Arbor: The University Of Michigan Press, 1998. p. 21-64.

en escenarios diferentes al colombiano, sino que entre nosotros existe una muy precaria asimilación de los discursos socio-jurídicos, como consecuencia tal vez del arraigado formalismo que determina la historia de nuestro derecho⁴⁸. De la mano de esta última afirmación, se proponen algunas reflexiones en torno a las perspectivas de los estudios culturales que fueron exploradas y que evidencian la necesidad de tener en cuenta aspectos de marcada importancia en la reflexión del derecho en Colombia, como se enuncian a continuación.

El primer aporte hace referencia a la necesidad de entender el derecho en el contexto social. Bourdieu va a asumir esta cuestión, precisamente, cuando habla de la necesidad de explicar las condiciones sociales que hacen posible el funcionamiento del campo jurídico. Kahn, por su parte, va a mencionarlo expresamente: “Las decisiones y las normas jurídicas tienen que ser entendidas en un contexto social/político que no es capturado por las categorías y descripciones del derecho, tal como nos lo enseñaron los realistas jurídicos”⁴⁹. Y Derecho y Sociedad asumirá la cuestión del contexto desde la forma en la cual concibe el derecho como fenómeno cultural, que debe ser entendido en la cotidianidad.

El segundo aporte de Bourdieu, Kahn y Derecho y Sociedad a la discusión del derecho en nuestro país es el compromiso de la academia en algún sentido político. Necesitamos más relaciones de este tipo en Colombia. Bourdieu está comprometido con la idea de develar las relaciones de poder que presentan como naturales las condiciones sociales de las personas, para así desenmascarar su arbitrariedad. Kahn, por su parte, está intentando desligarse de la reforma legal para, precisamente, ocuparse de comprender la configuración de la creencia en la reforma que la hace tan poderosa. Por último, Derecho y Sociedad tiene un interés político fuerte por los marginados y por las luchas políticas a través de la discusión del derecho como cultura. En nuestro contexto, aún cuando habrá que repensar estas categorías, las mismas evidencian la necesidad de conectar el discurso jurídico con el contexto político en el que éste tiene lugar.

El tercer aporte que puede establecerse a partir de los enfoques culturales del derecho es la necesidad de comprender lo que los abogados hacemos como objeto de nuestro propio estudio, al tiempo que objetivemos nuestra posición en el espacio académico

48 Al respecto ver: RODRÍGUEZ, César. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial”. En: KENNEDY, Duncan. Libertad y restricción en la decisión judicial. Bogotá: Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana y Siglo del hombre editores, 1999. p. 32-34.

49 KAHN, Paul. El análisis cultural del derecho: una reconstrucción de los estudios jurídicos. Op.cit.,p. 158.

que pretendemos estudiar. Es lo que Bourdieu ha denominado reflexividad⁵⁰, Paul Kahn auto-comprensión y lo que en Derecho y Sociedad han trabajado algunos autores a partir de las evaluaciones de la producción intelectual del movimiento. En nuestro caso, es una reflexión sobre nosotros mismos, sobre la exploración de la forma en la que los abogados constituimos el mundo del derecho, cómo hacemos parte de él y cómo, al mismo tiempo, como académicos, nos ubicamos en el espacio social, qué nos condiciona, qué nos *interesa*, en el sentido de la *illusio*. En palabras de Kahn “[que] las creencias ordinarias de los profesores de derecho y las prácticas profesionales se conviertan en el objeto de nuestra investigación”⁵¹.

Sin embargo, tener por objeto de estudio lo que hacemos no debe obstruir nuestra mirada hacia las relaciones externas que se desprenden de la exploración de nuestra actividad. Es decir, la mirada y el efecto del derecho en las personas, en el común de la gente, en su vida diaria, es una parte constitutiva de la actividad del derecho que aquí se propone como objeto de estudio.

El cuarto aporte tiene que ver con la reflexión de la autorreferencialidad del derecho. A partir de los estudios culturales del derecho se pretende explicar las razones que hacen que esta característica parezca una condición natural del campo jurídico, pero no se busca ratificarla. Sólo hablando de ella y describiéndola, podemos desnaturalizarla y comprender el derecho con fronteras más difusas. Así lo hará Bourdieu con el concepto de autonomía relativa/violencia simbólica, Kahn a partir de su declaración de que “El derecho no satisface ninguno de los criterios normativos de autonomía: no es objetivo, neutral o coherente”⁵² y el movimiento Derecho y Sociedad con una declaración como la de Naomi Mezey según la cual esa negación de la autorreferencialidad es lo que une a la diversidad de estudios culturales.

El quinto aporte de estos enfoques de los estudios culturales sobre el derecho es la necesidad de comprender que no solamente pensamos el derecho a través de categorías jurídicas⁵³, sino que éste, entendido como un fenómeno cultural, requiere de un análisis a partir de símbolos, significados y creencias, lo cual conlleva la necesidad de apropiarnos con más apertura de marcos teóricos y herramientas de otros saberes

50 Reflexividad entendida en el sentido de Bourdieu, difiere a la comprensión que, sobre este concepto, tienen otros autores de la antropología. Para una aclaración contundente sobre este punto, ver: BOURDIEU, Pierre y WACQUANT, Lóic. Respuestas. Por una antropología reflexiva. México: Grijalbo, 1995. p. 45-48, en el sentido de que la reflexividad que nace en su propuesta es una de tipo *antinarcisista*.

51 KAHN, Paul. Freedom, Autonomy, and the Cultural Study of Law In: SARAT, Austin and SIMON, Jonathan (Eds). Cultural Analysis, Cultural Studies, and the Law: Moving beyond legal realism. Durham and London: Duke University Press, 2003. p. 154 (traducción de la autora).

52 KAHN, Paul. El análisis cultural del derecho: una reconstrucción de los estudios jurídicos. Op. cit., p. 158.

53 “La mente jurídica no es la única mente con la cual comprendemos los significados jurídicos”. Ibid, p. 96.

que se han ocupado de ellos. Tal como lo expresa Kahn “Necesitamos por tanto traer al estudio del derecho herramientas adecuadas para comprender los procesos de la imaginación”⁵⁴. La diversidad temática y epistemológica que estos enfoques comportan se refleja en sus bases: el trabajo de Bourdieu pasa por lo filosófico, lo sociológico y lo antropológico, mientras que la de Kahn es de una genealogía eminentemente filosófica y política. Derecho y Sociedad es multidisciplinario, con bases sólidas en la teoría social moderna y la antropología.

Esto da lugar a que comencemos a repensar fenómenos tan propios de las sociedades latinoamericanas, especialmente de la colombiana, como el multiculturalismo, el pluralismo jurídico y aún la pluralidad como alternativa a la uniformidad. La diversidad cultural de la población colombiana trasciende los límites del derecho estatal y configura otras formas de ver lo jurídico socialmente. Esto implica también una reapropiación del concepto de cultura a partir de nuestros propios referentes y discutir las diversas connotaciones que el concepto adquiere en nuestros entornos sociales. La cultura también pasa por las formas de interacción social predominantes en nuestra sociedad, y en ello también cabe observar aspectos como la criminalidad y la ilegalidad, que parecen ser nuestra nota característica⁵⁵. Un concepto de cultura amplio y una perspectiva de estudios cuya mayor ventaja sea contemplar exploraciones más profundas en el entorno social nos permiten comprender⁵⁶, antes que juzgar a partir de univocidades, las peculiaridades de nuestro entorno.

54 Ibid, p. 101.

55 “A diferencia de buena parte de las sociedades industrializadas en las cuales las actividades informales e ilegales constituyen un fenómeno marginal y focalizado y en donde el ambiente institucional predominante sigue haciendo compatibles los rendimientos privados y sociales de la inversión en capital humano tradicional, el conflicto institucional colombiano es de tal magnitud que hace difícil pensar cuáles son los activos sociales y humanos que mejor recompensa la sociedad en la actualidad”. RUBIO, Mauricio. 1996. Capital social, educación y delincuencia juvenil en Colombia. Documentos CEDE 1, Bogotá CEDE, p. 29. Citado por GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, RODRÍGUEZ GARAVITO, César y UPRIMNY YEPES, Rodrigo. ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Op. cit., p. 67.

56 Tal como lo expresa el concepto Spinozano “No lamentar, no reír, no detestar, sino comprender” citado en el apartado *Al Lector* en: BOURDIEU, Pierre. (Director) y otros. La miseria del mundo, Segunda reimpresión, Argentina: Fondo de Cultura Económica, 2002.



Autora: Paola Gamboa

Título: ¿Habitar?

Técnica: acrílico y carburo de silicio sobre lienzo

Dimensiones: 1.45 x 1.45 m

Año: 2008

***DISTOPÍAS: PESADILLA POLÍTICA
DESDE EL CINE
¿FANTASÍA HIPERBÓLICA O
PROFECÍA?****

* Texto del ensayo ganador del concurso realizado en el marco de los conversatorios *Distopías: pesadillas políticas desde el cine*, promovidos por el cineclub de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia “ALUCINE”.

**DISTOPÍAS: PESADILLA POLÍTICA DESDE EL CINE
¿FANTASÍA HIPERBÓLICA O PROFECÍA?**

*Leidy Johanna Velásquez Serna***

** Estudiante de Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

DISTOPÍAS: PESADILLA POLÍTICA DESDE EL CINE ¿FANTASÍA HIPERBÓLICA O PROFECÍA?

*¿Cómo vas a tener un eslogan como el de
"la libertad es la esclavitud" cuando el
concepto de libertad no exista? Todo el
clima del pensamiento será distinto. En
realidad, no habrá pensamiento en el sentido
en que ahora lo entendemos. La ortodoxia
significa no pensar, no necesitar el pensamiento.
Nuestra ortodoxia es la inconsciencia.*

George Orwell

El término Distopía hace referencia a una utopía siniestra o visión anti-utópica del futuro de la humanidad, donde la realidad transcurre en representaciones disímiles a las de una sociedad ideal. Al contrario de la utopía, donde la visión del mundo por venir es paradisíaca, sublimada y perfeccionada, la distopía es la proyección de los temores vigentes del hombre; es un enfoque caótico y apocalíptico de un futuro posible.

Para la proyección de esas pesadillas en su campo de acción -el futuro- el artista distópico se basa en su imaginación y en los datos del presente; por ello es usual que las distopías se originen en prospectivas¹ elaboradas con antelación. No se basan en cualquier temor subjetivo del creador, sino que tratan de proyectar los miedos colectivos de la época y el contexto socio-político en que son concebidas, ya que su autor -como cualquier individuo que forma parte de una sociedad- interactúa con los problemas que rodean su existencia. Por ejemplo, los peligros del socialismo de Estado, de la mediocridad generalizada, del control social, de la evolución de la democracia liberal hacia un sistema totalitario, del consumismo y del aislamiento, fueron advertidos por algunas distopías de la primera mitad del siglo XX. Una

1 Entendiendo prospectiva como la proyección a futuro de determinados parámetros o tendencias verificables en la actualidad. Mientras que la distopía es una visión del mundo, la prospectiva es una herramienta de análisis, pero su campo de acción es el mismo: el futuro, partiendo de los datos del presente.

buena muestra de ello en el cine es la revolución de las masas de “*Metrópolis*”, la distorsión de la memoria histórica e individual en “*1984*” o en “*Fahrenheit 456*”, la opresión del Estado autoritario en “*Brazil*” e igualmente la fragmentación social en “*La Naranja Mecánica*”.

Con relación a este tema, una enorme creatividad se ha diseminado en los trabajos de gran variedad de expertos que incursionan en el arte; verbigracia, es innegable el inmenso talento de aquellos que desarrollan sus habilidades en el mundo cinematográfico. Como caso típico, podemos tomar algunas películas recientes que nos enseñan un medio monopolizado por grandes transnacionales financieras y tecnológicas, a través de creaciones de ciencia ficción adaptadas en un futuro cercano y etiquetadas como ciberpunk² (en ellas, impera el capitalismo corporativo y neoliberal, y los gobiernos públicos se reducen funcionalmente a ellos, especializándose en vigilar o militarizar la sociedad o en abrir nuevos mercados al consumo masivo por medio de la coerción y el miedo); además de otras cuantas que son exteriorizadas como utopías desde un punto de vista superficial, pero mientras más penetran los personajes en la misma, más van descubriendo que el supuesto mundo utópico mantiene ocultas características que resultan indispensables para el funcionamiento de escenarios lúgubres. En este caso, éstas suelen estar pensadas para advertir sobre los riesgos de la manipulación mediática o política³.

Siempre contextualizadas por la tensión mercado-Estado, las elaboraciones distópicas suelen hacer hincapié en algunos aspectos determinados de dicha coyuntura. Nacen en la primera mitad del siglo XX como una crítica a las utopías optimistas de autores de ciencia ficción –como Julio Verne o H.G. Wells–, cuyas obras se fundamentan en la mejoría de las condiciones de vida de un gran fragmento de la población en el occidente tecnificado. Muestran el lado oscuro al que podrían enfrentarse aquellas sociedades que quisieran llevar al extremo el progreso científico y técnico; las consecuencias de que los Estados o las grandes corporaciones industriales adquieran cada vez más poder. Además, en el mismo periodo histórico suceden grandes acontecimientos políticos: dos Guerras Mundiales, la primera de las cuales termina con la Revolución Rusa, y la Segunda que comienza con el ascenso del nazismo y la lucha contra este sistema que es concebido como “totalitario e inhumano”; todo lo cual inspira la creación de estas utopías tergiversadas.

2 Entre las cuales se encuentran, por ejemplo, “*Wall-E*” (Andrew Stanton, 2008), “*Aeon Flux*” (Karyn Kusama, 2005), “*The Matrix*” (Andy Wachowski y Larry Wachowski, 1999) y “*Ghost in the Shell*” (Mamoru Oshii, 1995).

3 Así como “*Fahrenheit 451*”, (François Truffaut, 1966), “*La Naranja Mecánica*” (*A Clockwork Orange*, Stanley Kubrick, 1971), 1984 (*Nineteen Eighty-Four* Michael Radford, 1984) e *Idiocracia* (*Idiocracy*, Mike Judge, 2006).

Ciertamente, Aldous Huxley nos aproxima a una sociedad futura totalitaria en su libro “*Un mundo Feliz*”⁴, publicado ocho años antes del inicio de la Segunda Guerra Mundial. En ella previene a sus lectores contra la autoridad manipuladora de las grandes corporaciones financieras e industriales y la selección genética aplicada sobre el hombre, que puede distorsionar el viejo sueño de Platón de dividir la sociedad en diferentes castas y convertir esa fantasía en una espeluznante opresión tecnológica llevada a cabo en el gran edificio llamado: “*Centro de Incubación y Condicionamiento de la Central de Londres*”.

Así mismo, con posterioridad a la derrota del nacionalsocialismo y su política de invasiones en toda Europa, se presenta una lucha ideológica entre el Capitalismo y el Marxismo, la cual alcanza su esplendor –social y artísticamente hablando- en las manifestaciones distópicas del séptimo arte y la literatura, a través del esbozo de sistemas de opresión en los que la humanidad cumple un papel similar al que desempeñan los peones en un juego de ajedrez, donde quienes los manejan son fuerzas insuperables y ante las cuales no hay posibilidad de salir de manera triunfante. En consecuencia, es inadmisibles no ver reciprocidades entre las transformaciones políticas del siglo XX y las elaboraciones anti-utópicas.

Al respecto, cabe mencionar entonces algunas de las producciones cinematográficas más distinguidas: *Metrópolis* (Fritz Lang, 1927); *La Jetée* (Chris Marker, 1962); *Fahrenheit 451* (François Truffaut, 1966); *La Naranja Mecánica (A Clockwork Orange)*, Stanley Kubrick, 1971); *Naves misteriosas (Silent Running)*, Douglas Trumbull, 1972); *Cuando el destino nos alcance (Soylent Green)*, Richard Fleischer, 1973); *Zardoz* (John Boorman, 1974); *El Guerrero del Camino (Mad Max)*, George Miller, 1979); *Blade Runner* (Ridley Scott, 1982); *1984 (Nineteen Eighty-Four)*, Michael Radford, 1984); *Brazil* (Terry Gilliam, 1985); *Doce monos (Twelve Monkeys)*, Terry Gilliam, 1995); *Ghost in the Shell* (Mamoru Oshii, 1996); *Gattaca* (Andrew Niccol, 1997); *Dark City* (Alex Proyas, 1998); *El Piso 13 (The Thirteenth Floor)*, Josef Rusnak, 1999); *Matrix (The Matrix)*, hermanos Wachowski, 1999); *Equilibrium* (Kurt Wimmer, 2002); *V de Venganza (V for Vendetta)*, James McTeigue, 2006); *Idiocracia (Idiocracy)*, Mike Judge, 2006); *Los hijos del hombre (Children of Men)*, Alfonso Cuarón, 2006); *Wall-E* (Andrew Stanton, 2008).

A pesar de que todas ellas se originan en actos inconscientes e irresponsables de los seres humanos, algunas de esas creaciones pueden tomar como eje central la distopía en sí u otras se pueden fundamentar en un futuro dantesco como simple escenario o marco en el cual se desarrolla una trama determinada (dramática,

4 “New Brave World”. Un nuevo mundo valiente, en su traducción literal del inglés. Su primera publicación fue en el año 1932, Editorial Plaza & Janés.

policial, bélica, etc.). Por ejemplo, ciertas películas –como *Matrix* (*The Matrix*, hermanos Wachowski, 1999); *Inteligencia Artificial* (*Artificial Intelligence: AI*, Steven Spielberg, 2001); *Yo, Robot* (*I, Robot*, Alex Proyas, 2004)– ofrecen una visión futurista de la humanidad dominada por robots o por nuevas tecnologías imposibles de controlar; otras cuantas –como *Metrópolis* (Fritz Lang, 1927)–, nos muestran la vida bajo el poder omnímodo de un sistema político y económico asociado a las máquinas; otras más abordan la deshumanización masiva, los gobiernos totalitarios, las enfermedades irremediables, el caos social, la violencia generalizada y las revoluciones basadas en clases sociales.

Sin subestimar una gran cantidad de obras, considero de gran importancia para nuestro contexto político-sistémico, analizar algunas legendarias distopías del séptimo arte que nos ofrecen versiones paroxísticas de la política y la economía.

La primera de las producciones cinematográficas que tuvo como eje central una visión opuesta a la de un porvenir perfecto es “*Metrópolis*”, la cual nos advierte sobre la deshumanización del trabajo mecanizado, tópico frecuente en la literatura ya desde fines del siglo XIX. Realizada en 1926 en Berlín, es una de las elaboraciones de cine mudo más importantes en la historia del cine alemán, cuyo guión se despliega de la novela homónima de Thea Von Harbou. El relato se basa en una sociedad futurista dividida en dos castas que ignoran su existencia entre sí: los que viven en un mundo subterráneo (la clase obrera); y los que viven en la superficie (la clase de los intelectuales). La situación se complica cuando un científico demente utiliza un robot para incitar una revuelta entre los trabajadores explotados y un hombre de la clase alta abandona su lujosa vida para adherirse a ellos.

Metrópolis ha sido considerado como el primer gran filme anti-utópico del arte de ciencia ficción y se le ha otorgado gran importancia para la edad de oro del expresionismo alemán. Su visión de una ciudad futurista, el progreso abrasador de la ciencia y la desesperación humana ha inspirado en varios sentidos a películas ulteriores tales como *Dark City* (Alex Proyas, 1998), *Blade Runner* (Ridley Scott, 1982), *El quinto elemento* (*The Fifth Element*, Luc Besson, 1997), *Alphaville* (*Alphaville, une étrange aventure de Lemmy*, Jean Luc-Godard, 1965), *Escape de Los Ángeles* (*Escape from L.A.*, John Carpenter, 1996), *Gattaca* (Andrew Niccol, 1997) y la ciudad Gótica donde transcurre la vida de *Batman*. Igualmente, el laboratorio del demoníaco genio de *Metrópolis* –Rotwang- inspiró el estilo de científicos maniáticos que fueron utilizados posteriormente en diferentes producciones. Al forjar esta creación cinematográfica lo que excelentes películas consiguen creando un tiempo, un lugar y unos personajes tan impactantes, logró convertirse en un modelo iconográfico para imaginar el futuro al cual es probable que lleguemos de modo progresivo debido a nuestro estilo de vida: la población se ha incrementado y ahora

las sociedades modernas no son muy diferentes a la colectividad presentada en *Metrópolis*. Los trabajadores son tratados como máquinas carentes de vida⁵ y cada vez se les desconocen más derechos con el fin de acrecentar la economía de cada país.

Análogamente surgen grandes trabajos como *1984* y *Fahrenheit 451*, que cercanos a las experiencias del estalinismo y fascismo, hablan de Estados netamente totalitarios. La primera de ellas fue creada por el literato y periodista británico George Orwell en 1952 y se sitúa en la ciudad de Londres, espacio en donde se asienta un estado totalitario que ha alcanzado el predominio mundial. En ella, los protagonistas se ven obligados a la felicidad por obra de la gran pantalla omnipresente “Gran hermano”, quien impone, vigila y controla constantemente con base en los tres pilares básicos de su sistema, como dice en la fachada de sus cuatro ministerios: “Ministerio de Paz”, “Ministerio de Amor”, “Ministerio de Verdad” y “Ministerio de Abundancia”. “*La Guerra es la Paz*”, “*El Odio es el Amor*”, “*la Ignorancia es la Fuerza*”.

Orwell nunca ocultó que su gran novela no era acerca del futuro sino sobre el tiempo en que escribió; sobre los sombríos años siguientes a la Segunda Guerra Mundial cuando Inglaterra yacía en la pobreza y el hambre. Sin embargo, fue llevada a la gran pantalla en dos ocasiones como una historia futurista, con adaptaciones e inspiraciones menores: en 1956 Michael Anderson dirigió la primera adaptación y en 1984 Michael Radford realizó la segunda.

La versión de Michael Radford realiza un excelente trabajo al mezclar el futuro con la nebulosa época de la posguerra mundial en la que Orwell escribió. El héroe de esta película, Winston Smith, vive en un mundo de tinieblas e inhumanos tratos, de habitaciones infestadas de plagas y de desesperación debido a la represión que se ejerce en los ciudadanos en cuanto a sus más simples placeres. El mencionado personaje abre la historia con su intento por reescribirla; su misión es cambiar la información obsoleta del gobierno en la que se refleja la realidad actual, luchando contra la extrema y continua vigilancia del “*Gran hermano*”. Esta producción es una gran crítica al excesivo poder del Estado que puede manipular y controlar a la población, al inminente avance tecnológico y a la impotencia de las opiniones individuales. Aunque aún no hemos llegado al extremo, dicha atmósfera se está materializando progresivamente. La más ferviente muestra de ello es la continua manipulación de los medios masivos, los cuales influyen cada vez más en los comportamientos humanos a través de informaciones subjetivas, imposición de modas, exigencia de gustos, de tendencias, de opiniones y de pensamientos.

5 Éste es uno de los elementos más potentes y una de las intenciones más evidentes del director, quien de una forma brillante retrata esta compleja historia.

Coetánea pero variable a la elaboración eludida anteriormente, se origina *Brazil* (Terry Gilliam, 1985). La situación se desenvuelve en un tiempo que vagamente se parece a la época en la cual fue realizada, pero con diferentes espacios, hardware y política. La sociedad es controlada por una organización monolítica y los ciudadanos llevan una vida de paranoia y control. *Brazil* parece casi un retroceso a la psicodélica década del sesenta; no obstante, es toda una miscelánea histórica del siglo XX. Es una visión anárquica donde la mejor estrategia para improvisar es atacar a ese Estado opresor, que combina las peores condiciones de la burocracia británica de los años cuarenta, la paranoia americana de los cincuenta, el estalinismo o el totalitarismo fascista y las locuras de los años ochenta (como es el caso de la obsesión por la cirugía plástica tal como se muestra en la película, situación que paradójicamente se ha acentuado en la sociedad contemporánea). Se debe advertir entonces que se trata de una realización cargada de humor negro que nos ofrece una visión diferente a la que normalmente se expone en las distopías políticas, donde no se despliega un mundo desolador, pero tampoco uno perfecto.

En el mismo campo de acción pero de manera precedente, en 1966 el director cinematográfico francés François Truffaut, a partir de la persecución de los juicios macarthistas a supuestos militantes comunistas en su época, expone en *Fahrenheit 451*⁶ una diatriba a la excesiva censura y persecución de las ideas diferentes al poder establecido. Muestra así un futuro en el cual el Estado domina los medios de comunicación y controla los pensamientos de los ciudadanos, con el fin de prevenir cualquier intento de rebelión intelectual o social. Con ese fin el Estado se vale de mecanismos alternos, uno de los cuales es la propensión de incendios por parte de los bomberos en las casas en las que se prevé la presencia de “libros prohibidos”, que en último término acaban siendo todos los libros. Este trabajo constituye una crítica al pensamiento uniforme, conformista y reprimido; al intento por borrar de la memoria humana todo vestigio de pensamiento independiente y consecuentemente de cultura. Tiene un elemento crítico sobre su época al compararla con tiempos pasados e intentar enriquecerla, produciendo así lugares inexistentes pero posibles en el tiempo.

Siguiendo esta línea, en el siglo consecutivo surgen algunas películas que tienen como eje central el mismo tópico pero con transiciones e innovaciones. Una de ellas es *Equilibrium* (Kurt Wimmer, 2002), donde el grupo revolucionario tiene como objetivo preservar el arte y la música, recordándonos la trama de *Fahrenheit 451*. Aunque aparentemente es una producción más de ciencia ficción con un argumento

6 Basada en la obra del estadounidense Ray Bradbury: “*Fahrenheit 451*”. Nueva York: Ballantine Books, 1953.

no muy profundo, tiene un sinuoso axioma que es casi disimulado con entretenimiento: la libertad de expresión es una amenaza para los sistemas totalitarios; las dictaduras tanto de izquierda como de derecha temen que los ciudadanos piensen mucho o tengan una desmesurada diversión, porque esto interfiere en la capacidad de control de quienes ostentan el poder. La historia se desarrolla en el siglo XXI después de una *Tercera Guerra Mundial* ocasionada por los pensamientos y sentimientos profundos de ciertos miembros de la sociedad; una vez es controlada la situación y en aras de asegurar la paz mundial, se obliga a las personas a consumir dosis de *Prozium*, una droga que controla todo tipo de emociones humanas. No es difícil caer en la tentación de ver *Equilibrium* y pensar que el control de pensamiento no puede existir en la realidad, ¡pero por supuesto que puede!, por lo que es útil disponer de una imagen de acción en la que los supuestos delincuentes son los buenos del filme.

Por su parte, *Blade Runner* (Ridley Scott, 1982) imagina los excesos de las grandes corporaciones libradas a su antojo, tanto para la fabricación de robots concientes por sí mismos como para la regulación genética de las personas, otorgándole al hombre un espacio común, inerte y solo en la sociedad. *Blade Runner*⁷ toca gran parte de los temas contemporáneos: la polución industrial, el cambio climático, el crecimiento demográfico, el dilema planteado por la inteligencia artificial, la inmigración asiática masiva, las modas y tendencias postmodernas, el control por medio de los psicofármacos y la fragmentación del cuerpo social. El ambiente por el que se deslizan los personajes realza la situación marginal de los mismos, producto no solamente de un sistema político, sino también del sistema urbano, social e intelectual. La maravillosa mezcla que consigue Scott de ciencia ficción y cine negro de la década de los cuarenta, hacen de esta película una distopía estupenda, precursora del género cyberpunk e inspiradora de nuevas que surgen a la postre tales como *Días Extraños* (*Strange Days*, Kathryn Bigelow, 1995), *Ghost in the Shell* (Mamoru Oshii, 1995), *Sentencia Anticipada* (*Minority Report*, Stephen Spielberg, 2002), *Código 46* (*Code 46*, Michael Winterbottom, 2003) y *La Isla* (*The Island*, Michael Bay, 2005).

Otra de las elaboraciones cinematográficas imprescindible a la hora de abordar las distopías de Estado es *La Naranja Mecánica* (*A Clockwork Orange*, Stanley Kubrick, 1971), puesto que introduce el tema de la violencia marginal y de la violación psíquica del individuo al servicio de la adaptación social. Su contenido gira alrededor de una delirante banda de disconformes sociales que se dedica a llenar

7 Esta película se basa en la novela “¿sueñan los androides con ovejas eléctricas?” de Phillip K. Dick, escrita en 1968.

de miedo a la población a través de bárbaros actos de violencia. Cuando el líder de la banda es traicionado por sus compañeros, éste es encarcelado y el gobierno trata de reinsertarlo a la sociedad por medio de un innovador e irrevocable tratamiento médico que evitará la posterior comisión de crímenes del sujeto en cuestión. No obstante, ese hecho marca el comienzo de la pesadilla de tal individuo, quien comienza a sufrir el rechazo de sus padres y la venganza de ciertos castigadores favorecidos por su indefensión.

Muchas personas han visto *La Naranja Mecánica* sin entender su verdadero significado y resulta especialmente complejo para aquellos que toman de modo simplista todo lo que se les presenta en la pantalla. Irónicamente, el sexo y la violencia que denota su contenido se toman de una manera más razonable que la afilada sátira de Kubrick y su correspondiente advertencia acerca de la deshumanización. A pesar de que las situaciones extremas presentadas por el creador de este filme aún no se han materializado, sería altamente probable que el gobierno las acogiera si la solución al crimen propuesta en él (lavado cerebral) fuera médica y económicamente sensata. Es preciso tener en cuenta que así como en *Brazil, 1984* y diferentes sátiras políticas, ésta consta de una fracción alegórica, un toque de humor negro y algo de drama. Tiene un mensaje universal que muchos preferirían no auscultar, pero negar su importancia o ignorarlo es como desconocer tanto los logros artísticos de la película como su cáustica advertencia.

Todas estas creaciones resaltan con un marcado elemento tecnológico el incremento de la facultad de vigilancia y control de los grandes poderes⁸. Considero que en la actualidad, el lugar libre que se ha otorgado a portentosas corporaciones económicas y políticas que actúan por encima de las legislaciones nacionales, las leyes internacionales y los derechos adquiridos en razón a esas ideas plasmadas en las utopías de la modernidad, es uno de los mayores riesgos de utopía totalizante como distopía. Así mismo, dado que hemos sido testigos de cómo en la política es usual que la búsqueda de utopías se desenlacen en atroces pesadillas, sería conveniente

8 Así como lo señala Michel Foucault en su obra *Vigilar y Castigar*. "Foucault compara la sociedad moderna con el diseño de prisiones llamadas "Panopticon" de Jeremy Bentham (que nunca fue construida, pero sí fue tomada en cuenta): en el panopticon, un solo guardia puede vigilar a muchos prisioneros mientras el guardia no puede ser visto. El oscuro calabozo de la pre-modernidad ha sido reemplazado por la moderna prisión brillante, pero Foucault advierte que "la visibilidad es una trampa". Es a través de esta óptica de vigilancia, dice Foucault, que la sociedad moderna ejercita sus sistemas de control de poder y conocimiento (términos que Foucault considera tan íntimamente ligados que con frecuencia habla del concepto "poder-conocimiento"). Foucault sugiere que por todos los niveles de la sociedad moderna existe un tipo de 'prisión continua', desde las cárceles de máxima seguridad, trabajadores sociales, la policía, los maestros, hasta nuestro trabajo diario y vida cotidiana. Todo está conectado mediante la vigilancia (deliberada o no) de unos seres humanos por otros, en busca de la 'normalización'." (Wikipedia. 28 de septiembre de 2008).

reflexionar acerca de lo más beneficioso para la humanidad: continuar en búsqueda del “mejor mundo que pueda existir”, así ello implique progresos desbordados e inequitativos en todos los ámbitos y el consecuente deterioro del individuo; o moldear un mundo en el que las sociedades alcancen paulatinamente avances moderados y ecuanímenes tanto en aspectos tecnológicos, como sociales y humanos.

«Ciertamente, a menos que nos decidamos a descentralizar y emplear la ciencia aplicada, no como un fin para el cual los seres humanos deben ser tenidos como medios, sino como el medio para producir una raza de individuos libres, sólo podremos elegir entre dos alternativas: o cierto número de totalitarismos nacionales, militarizados que tendrán sus raíces en el terror que suscita la bomba atómica (o si la guerra es limitada, la perpetuación del militarismo); o bien un solo militarismo supranacional cuya existencia sería motivada por el caos social que resultaría del rápido progreso tecnológico en general, que se desarrollaría a causa de la necesidad de eficiencia y estabilidad, hasta convertirse en la benéfica tiranía de la Utopía. Vd. es quien paga con su dinero, y puede elegir a su gusto»⁹.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- HUXLEY, Aldous. “*Un Mundo Feliz*”. Segunda edición, Barcelona: Alianza Editorial, 1989.
- ORWELL, George. “*1984*”. Estados Unidos: New American Library, 1961.
- REEL. En: <http://www.reel.com/movie>
- SCHENEIDER, Steven Jay. “*1001 Películas Que Hay Que Ver Antes De Morir*”. Barcelona: Editorial Random House Mondadori, 2003.
- THE INTERNET MOVIE DATA BASE. En: <http://www.imdb.com>
- WIKIPEDIA. En: <http://www.wikipedia.org>

REFERENCIAS FÍLMICAS

- “*Metropolis*”. Fritz Lang. Universum Film (UFA): Alemania, 1927. 153 min.
- “*Fahrenheit 451*”. François Truffaut. Anglo Enterprises: Reino Unido. 1966. 112 min.
- “*Alphaville, une étrange aventure de Lemmy Caution*” (*Alphaville, un mundo alucinante*). Jean-Luc Godard. Athos Films: Francia / Italia. 1965. 99 min.
- “*La Jetée*”. Chris Marker. Argos Films: France. 1966. 28 min.

9 Prólogo a la segunda edición de *Un mundo Feliz* de Aldous Huxley. Alianza Editorial. 1989. p. 5-6.

- "*A clockwork orange*" (*La naranja mecánica*). Stanley Kubrick. Warner Bros: Estados Unidos. 1971. 136 min.
- "*Brazil*". Terry Gilliam. Embassy International Pictures: Reino Unido. 1985. 132 min.
- "*Silent Running*" (*Naves Misteriosas*). Douglas Trumbull. Universal Pictures: Estados Unidos. 1972. 89 min.
- "*Soylent Green*" (*Cuando el destino nos alcance*). Richard Fleischer. Metro-Goldwyn-Mayer (MGM): Estados Unidos. 1973. 97 min.
- "*Zardoz*". John Boorman. John Boorman Productions: Reino Unido. 1974. 105 min.
- "*Mad Max*". (*El guerrero del camino*). George Miller. Kennedy Miller Productions: Australia. 1979. 93 min.
- "*Blade Runner*". Ridley Scott. The Ladd Company: Estados Unidos. 1982. 117 min.
- "*Nineteen Eighty-Four*" (1984). Michael Radford. Umbrella-Rosenblum Films Production: Reino Unido. 1984. 113 min.
- "*Ghost in the shell*". Mamoru Oshii. Bandai Visual Company: Japón / Estados Unidos. 1995. 82 min.
- "*Strange Days*" (*Días extraños*). Kathryn Bigelow. Lightstorm Entertainment: Estados Unidos. 1995. 145 min.
- "*Twelve Monkeys*" (*Doce Monos*). Terry Gilliam. Universal Pictures: Estados Unidos. 1995. 129 min.
- "*Escape from L.A.*" (*Escape de Los Ángeles*). John Carpenter. Paramount Pictures: Estados Unidos. 1996. 101 min.
- "*Gattaca*". Andrew Niccol. Columbia Pictures Corporation: Estados Unidos. 1997. 106 min.
- "*The Fifth Element*" (*El quinto elemento*). Luc Besson. Gaumont: Francia. 1997. 126 min.
- "*Dark City*". Alex Proyas. Mystery Clock Cinema: Estados Unidos. 1998. 100 min.
- "*The Thirteenth Floor*" (*El Piso 13*). Josef Rusnak. Centropolis Films Productions: Alemania / Estados Unidos. 1999. 100 min.
- "*The Matrix*". Andrew Wachowsky, Larry Wachowsky. Groucho II Film Partnership: Australia / Estados Unidos. 1999. 136 min.
- "*Artificial Intelligence: AI*" (*Inteligencia Artificial*). Steven Spielberg. Warner Bros. Pictures: Estados Unidos. 2001. 146 min.
- "*Equilibrium*". Kurt Wimmer. Dimension Films: Estados Unidos. 2002. 107 min.
- "*Minority Report*" (*Sentencia anticipada*). Steven Spielberg. Twentieth Century-Fox Film Corporation: Estados Unidos. 2002. 145 min.
- "*Code 46*" (*Código 46*). Michael Winterbotton. British Broadcasting Corporation (BBC): Reino Unido. 2003. 92 min.

- “*I, Robot*” (*Yo, Robot*). Alex Proyas. Twentieth Century-Fox Film Corporation: Estados Unidos / Alemania. 2004. 115 min.
- “*V for Vendetta*” (*V de venganza*). James McTeigue. Silver Pictures: Estados Unidos / Reino Unido / Alemania. 2005. 132 min.
- “*The Island*” (*La Isla*). Michael Bay. DreamWorks SKG: Estados Unidos. 2005. 136 min.
- “*Aeon Flux*”. Karyn Kusama. Paramount Pictures: Estados Unidos / Alemania. 2005. 93 min.
- “*Idiocracy*” (*Idiocracia*). Mike Judge. Twentieth Century-Fox Films Corporation: Estados Unidos. 2006. 84 min.
- “*Children of Men*” (*Los hijos del hombre*). Alfonso Cuarón. Universal Pictures: Japón / Reino Unido / Estados Unidos. 2006. 109 min.
- “*Wall-E*”. Andrew Stanton. Pixar Animation Studios: Estados Unidos. 2008. 98 min.



Autora: Paola Gamboa

Título: ¿Habitar?

Técnica: acrílico y carburo de silicio sobre mdf
(madera del futuro)

Dimensiones: 3.00 x 2.40 m

Año: 2009

USOS DE LAS METODOLOGÍAS DE INVESTIGACIÓN EN EL DERECHO*

* Este artículo es producto de la investigación terminada “*Usos de las metodologías de investigación en el derecho*”. Inscrita en el Sistema Universitario de Investigación de la Universidad de Antioquia y financiada por el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la misma universidad por convocatoria para proyectos de menor cuantía en el año 2004. María Liliana Rodríguez Berrío participó como estudiante en formación investigativa. El informe final de la investigación fue aprobado en el Acta No. 03 del 18 de marzo del 2009, emitida por el Comité Técnico de Investigaciones.

Fecha de recepción: Marzo 24 de 2009

Fecha de aprobación: Abril 30 de 2009

USOS DE LAS METODOLOGÍAS DE INVESTIGACIÓN EN EL DERECHO

*Olga Lucía Lopera Quiroz***

RESUMEN

Este artículo es producto de la investigación “Usos de las metodologías de investigación en el derecho”. Se presenta, en primer lugar, la metodología que permitió llegar al resultado final de la investigación; en segundo lugar, algunos apartes del marco referencial para la lectura de las unidades de análisis seleccionadas; en tercer lugar, hallazgos que muestran elementos metodológicos encontrados en el corpus estudiado y, en cuarto lugar, unas consideraciones finales.

Palabras clave: elementos metodológicos, productos de investigación.

USES OF METHODOLOGIES FOR RESEARCH IN LAW SCIENCE

ABSTRACT

This article is a product of the research “Uses of methodologies for research in law science”. It shows, first, the methodology that led to the final outcome of the research, and secondly, some sections of the referential framework for the reading of the units of analysis selected. In third place, it presents findings that show methodological elements found in the corpus studied and, fourthly, some final considerations.

Key words: methodological elements, research outcomes.

** Profesora integrante del Grupo de Investigación ‘Derecho y Sociedad’, y adscrito al Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

USOS DE LAS METODOLOGÍAS DE INVESTIGACIÓN EN EL DERECHO

INTRODUCCIÓN

El propósito de este artículo es presentar algunos resultados finales de la investigación “*Usos de las metodologías de investigación en el derecho*”. La investigación partió del convencimiento de que si bien los productos publicados de investigaciones desarrolladas por los juristas, poco explicitan las metodologías utilizadas en las mismas, alguna o algunas metodologías usan ellos para lograr sus fines investigativos. El objetivo fue identificar metodologías de investigación usadas por docentes abogados de Facultades de Derecho de Bogotá y Medellín. Se revisaron cincuenta productos de investigación publicados entre 1999 y 2007, cuyos autores fueran integrantes de grupos de investigación reconocidos por Colciencias en la convocatoria 2002.

En este artículo se expone: en primer lugar, la metodología que permitió llegar al resultado final de la investigación; en segundo lugar, algunos apartes del marco referencial¹ para la lectura de las unidades de análisis seleccionadas; después, se presentan hallazgos que muestran elementos metodológicos encontrados en el *corpus*² y, por último, unas consideraciones finales.

1. LA METODOLOGÍA

El proceso de investigación inició con lecturas para determinar las opciones teóricas; al mismo tiempo se buscaba en la página web de Colciencias –www.colciencias.gov.co–, los grupos de investigación reconocidos en la convocatoria del año 2002³.

1 No se incluye todo el marco referencial porque este artículo es sólo uno de los productos de la investigación *Usos de las metodologías de investigación en el derecho*.

2 “Llamamos *corpus* al conjunto de textos, sea cual sea su origen, que constituye el material de análisis de una investigación dada. Los textos pueden ser orales o escritos, y estos últimos, impresos o manuscritos” (López, 1994, p. 95)

3 Se relacionan grupos reconocidos en diciembre del 2002, pues el proyecto de investigación fue presentado en el año 2004 en un momento en el cual aun no circulaban resultados de una posterior convocatoria Colciencias. Por razones administrativas, sólo se inicia la ejecución de este proyecto en junio del 2005, lo que significa que para dicha fecha, ya los grupos tuvieran una estructura diferente.

Las primeras lecturas obligaron a decidir sobre el registro de información de las fuentes que iban a aportar a las bases teóricas de la investigación, se eligió un modelo de ficha textual. Asimismo, se escribió a los directores de centros de investigaciones de las Facultades de Derecho a las cuales se encontraban adscritos los grupos identificados y se les consultó sobre la forma de contactar los investigadores y de acceder a los textos que fueran productos finales de investigaciones realizadas por los integrantes de dichos grupos. El anterior no fue el camino que permitió llegar a los textos.

El proceso continuó y la estrategia siguiente para ubicar los productos, fue ingresar al GrupLac y al CvLac⁴ de los investigadores integrantes de los grupos, allí se encontraron las referencias bibliográficas de publicaciones producto de sus investigaciones. Esta búsqueda mostró la necesidad de tomar otra decisión frente al tipo de texto a analizar. Se decidió que el *corpus* estuviera conformado sólo por publicaciones productos de investigación que fueran artículos de investigación, libros de investigación o capítulos de libro de investigación. Los productos estudiados corresponden a los siguientes grupos:

GRUPO	UNIVERSIDAD
Derecho y Sociedad	De Antioquia
Derecho Privado	De los Andes
Derecho Público	De los Andes
Estado, Derecho y Territorio	Libre
Derecho Administrativo	Externado de Colombia
Estudios Penales	EAFIT
Política y legislación sobre biodiversidad, Recursos Genéticos y Conocimiento tradicional	Nacional de Colombia
Derecho y Sociedad	Externado de Colombia
Derecho Humanos	Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario
Derecho del Medio Ambiente	Externado de Colombia
Política Criminal	Externado de Colombia

4 Curriculum vitae de los investigadores. Puede observarse en www.colciencias.gov.co. Revisando el GrupLac en el mismo sitio, se encuentran las referencias bibliográficas de la producción de los grupos de investigación.

Ahora bien, identificadas las referencias bibliográficas, vino la búsqueda de las fuentes textuales; con tal fin, se visitaron tanto en la ciudad de Bogotá como en la de Medellín, bibliotecas y librerías de las universidades a las cuales pertenecen los productos objeto de estudio y bibliotecas y librerías en general. Además, se consultaron investigadores que conocían la producción de sus pares. Acceder a dichas fuentes constituyó un proceso lento en la investigación.

Finalmente, se logró llegar a un número considerado suficiente y significativo para el objetivo planteado. El *corpus* se construyó siguiendo la lógica de la información que se registra en el GrupLac y el CvLac en Colciencias; es decir, un libro brinda la posibilidad de registrar varias unidades de análisis, pues está conformado por capítulos de libro que, considerados de manera independiente, constituyen un producto más de investigación del grupo, a esto se suman los artículos de investigación y los libros de un solo autor.

Para la selección de los textos, se incluyó por lo menos una unidad de análisis por cada grupo y se utilizó un muestreo intencional o por conveniencia. Los textos que finalmente conformaron el *corpus* son los siguientes:

- 1 Ángel, Natalia (Coordinadora). Lettz, Alexandra y Montañez Marcela, comentarios de Ariza Libardo José (1999). *Estadísticas de la justicia constitucional*. En: Derecho Constitucional. Perspectivas Críticas. Bogotá: Facultad de Derecho Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores. pp. 413-456.
- 2 Amaya Navas, Óscar Darío (2002). *La constitución ecológica de Colombia*. 2ª. Reimpresión. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 322 p.
- 3 Barreto Rozo, Antonio Felipe (1999). *Amparo constitucional de los derechos sociales. A propósito del carácter social de la acción de tutela*. En: Derecho Constitucional – Perspectivas Críticas. Bogotá: Facultad de Derecho Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores. pp. 85-122.
- 4 Beltrán, Isaac, Fernández Becerra, Ana María y Llorente, María Victoria (2003). *Homicidio e intención letal en Bogotá*. En: Sociología Jurídica. Análisis del control y del conflicto social. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 71-100.
- 5 Buitrago González, Víctor Manuel (2007). *Los distritos*. En: García Ruiz, José Luis y otros. *¿Hacia dónde debe orientarse el modelo territorial colombiano?* Bogotá: Universidad Libre, Universidad de Cádiz. pp. 307-422.
- 6 Estrada, Alexei Julio (2001). *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 331 p.
- 7 Estupiñán Achury, Liliana (2007). *El nivel intermedio de gobierno en Colombia: crisis y vigencia de los departamentos*. En: García Ruiz, José Luis y otros.

- ¿Hacia dónde debe orientarse el modelo territorial colombiano?* Bogotá: Universidad Libre, Universidad de Cádiz. pp. 423-543.
8. _____ (2004). *Estudios, tendencias y teorías sobre la organización del territorio en Colombia*. En: Organización del territorio. Teorías, enfoques y tendencias. Bogotá: Universidad Libre. pp. 85-102.
 9. _____ y otros (2001). *Ordenamiento territorial en Colombia. Perspectiva histórica y legal*. Bogotá: Universidad Libre. 283 p.
 10. Forero Salcedo, José Rory (2007). *Los municipios y sus divisiones administrativas*. En: García Ruiz, José Luís y otros. *¿Hacia dónde debe orientarse el modelo territorial colombiano?* Bogotá: Universidad Libre, Universidad de Cádiz. pp. 219-306.
 11. Gómez, Gabriel Ignacio (2005a). *La investigación, la producción y las prácticas del saber jurídico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia*. En: Estudios de Derecho. Medellín, Año LXV, Ago., Vol LXII, N°. 140. pp. 93-131.
 12. _____ y Parra, Carlos Mario (2005). *Estudio sociojurídico sobre la tutela en el Tribunal Superior de Antioquia*. En: Estudios de Derecho. Medellín, Año LXV, Feb., Vol. LXII, N°. 139. pp. 65-100.
 13. González Villa, Julio Enrique (2002). *Introducción, ubicación y evolución histórica del derecho ambiental en Colombia*. En: Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente. Tomo III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 343-378.
 14. Gutiérrez Quevedo, Marcela (2003). *Introducción*. En: Cátedra de investigación científica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 9-20.
 15. _____ (2001). *Principio de igualdad y derechos de la infancia*. En: Revista Derecho Penal y Criminología. Bogotá. Vol. XXII. Serie 71. pp. 69-79.
 16. _____ (2003). *Encuesta internacional de victimización*. En: Cátedra de investigación científica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 101-123.
 17. Londoño Berrío, Hernando (2000). *El indígena ante el derecho penal*. En: Nuevo Foro Penal. Bogotá. Abr., Vol. 63. pp. 87-135.
 18. Londoño Toro, Beatriz (2006). *Los retos éticos y pedagógicos en el ejercicio de las clínicas jurídicas de interés público*. En: Investigación jurídica y sociojurídica en Colombia: Resultados y avances en investigación. Medellín: Universidad de Medellín. pp. 37-50.

19. _____ y Pizarro Nevado, Rafael (Compiladores) (2005). *Derechos humanos de la población desplazada en Colombia. Evaluación de sus mecanismos de protección*. Bogotá: Universidad del Rosario. 290 p.
20. _____; García Matamoros, Laura; Parra Dussán, Carlos y Gaviria, Radimiro (2004). *La acción de repetición*. En: Eficacia de las acciones constitucionales en defensa de los derechos colectivos. Bogotá: Universidad del Rosario. pp. 271-295.
21. _____ (2004) *Algunas reflexiones sobre las acciones populares y de grupo como instrumentos de protección de derechos colectivos*. En: Eficacia de las acciones constitucionales en defensa de los derechos colectivos. Bogotá: Universidad del Rosario. pp. 23-55.
22. Mariño Rojas, Cielo (2003) *Victimización de la niñez por el conflicto armado*. En: Cátedra de investigación científica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 47-69.
23. _____ (2001). *Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil: concreción de Derechos Fundamentales*. En: Revista de Derecho Penal y Criminología. Bogotá. Serie 72. pp. 87-96.
24. Matías Camargo, Sergio (2004). *Territorio, globalización y estado nacional*. En: Organización del territorio. Teorías, enfoques y tendencias. Bogotá: Universidad Libre. pp. 217-232.
25. _____ y otros (2001). *Neoliberalismo y constitución política de 1991*. Bogotá: Universidad Libre. 163 p.
26. Montaña Plata, Efraim Alberto (2005). *El concepto de servicio público en derecho administrativo*. 2ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 232 p.
27. Montoya, Ana María (2003). *Los valores como problema y la teoría pura del derecho expuesta por Hans Kelsen*. En: Cataño, Gonzalo. Teoría e investigación en sociología jurídica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 197-228.
28. Montoya, Miguel Ángel y otros (2005). *La importancia de investigar sobre la conciliación. El caso del centro de conciliación 'Luis Fernando Vélez Vélez' de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia*. En: Estudios de Derecho. Medellín, Año LXV, Ago., Vol. LXII, N°. 140. pp.153-170.
29. Muñoz Molano, Gerardo (2003). *La violencia en Colombia como dispositivo de saber-poder*. En: Cataño, Gonzalo. Teoría e investigación en sociología jurídica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 234-261.

30. Nemogá, Gabriel Ricardo., Valenzuela, Elizabeth y Cortés Alexandra (2004). *Acceso a recursos genéticos: propuesta jurídica y técnica*. En: Londoño Toro, Beatriz. (Editora académica). Propiedad, conflicto y medio ambiente. Bogotá: Universidad del Rosario, Colección textos de jurisprudencia. pp. 142-163.
31. Nemogá Soto, Gabriel Ricardo (2002). *Régimen de propiedad sobre recursos genéticos y conocimiento tradicional*. En: Revista Colombiana de Biotecnología. Bogotá. Vol. 3. Fascículo 1. pp. 17-34.
32. _____ (2001) *Contexto social y político de las transformaciones institucionales de la administración de justicia en Colombia*. En: De Sousa Santos, Boaventura y García Villegas, Mauricio (2001). El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Bogotá: Colciencias, Instituto colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra –CES-, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores. pp. 215-255.
33. Ortiz Ricaurte, Edgar Henry (2003). *Relación Estado, indígenas y justicia*. En: Cataño, Gonzalo. Teoría e investigación en sociología jurídica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 395-444.
34. Ponce de León Chau, Eugenia (2002). *Marco legal de las áreas de manejo especial y otras áreas protegidas en la legislación nacional*. En: Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente. Tomo III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 579-612.
35. Remolina, Angarita (2005). *Desmaterialización, documento electrónico y centrales de registro*. En: Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e Informática. Comercio Electrónico. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, LEGIS. pp. 135-179.
36. Restrepo, Luz María (2005). *Las células madre ante el derecho y la bioética*. En: Estudios de Derecho. Medellín, Año LXV, Ago., Vol. LXII, N°. 140. pp. 133-152.
37. Rodríguez Torres, Julia Cristina (2003). *Principios, derechos y garantías del proceso penal que se sigue contra el menor*. En: Cataño, Gonzalo. Teoría e investigación en sociología jurídica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 289-324.
38. Rodríguez Turriago, Omar (2005). *Naturaleza jurídica de los nombres de dominio*. En: Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e Informática. Comercio Electrónico. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, LEGIS. pp. 347-361.

39. _____ (2005a). *Aproximación a la problemática de los derechos de autor en el internet*. En: Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e Informática. Comercio Electrónico. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, LEGIS. pp. 303-346.
40. Sampedro Torres, Claudia (2003). *De los hechos a las medidas cautelares y provisionales en el marco del sistema interamericano de protección de derechos humanos Parte I*. En: Sociología Jurídica. Análisis del control y del conflicto social. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 299-348.
41. Santamaría, Ángela (2003). *Elementos para el análisis de la criminalidad transnacional. Estudios de caso sobre desplazamientos masivos en Colombia*. En: Cátedra de investigación científica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 71-93.
42. _____ (2003) *Pluralismo jurídico, desplazamiento forzado por la violencia y derecho ancestral a la tierra*. En: Cátedra de investigación científica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 183-198.
43. Silva García, Germán (2003). *Exploración sociojurídica sobre el delito de inasistencia alimentaria*. En: Cataño, Gonzalo. Teoría e investigación en sociología jurídica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 325-354.
44. _____ (2002). *El mundo real de los abogados y de la justicia*. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, ILSA. 260 p.
45. _____ (2003). *Derecho y sociedad en América Latina ¿cómo armar el rompecabezas y para qué?* En: García Villegas, Mauricio y Rodríguez César (Eds). *Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. pp. 143-182.
46. _____ y Velandia Montes, Rafael (2003). *Dosificación punitiva. Ideologías y principio de igualdad*. En: Sociología Jurídica. Análisis del control y del conflicto social. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 349-414.
47. Sotomayor Acosta, Juan Oberto y Gallego, Gloria María (2001). *El dolo eventual: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político criminales*. En: *Revista de Derecho Penal*. Montevideo. Vol. 12. pp. 143-160.
48. Umaña Chaux, Andrés Felipe (2005). *Entidades de certificación: aproximación a su régimen de responsabilidad*. En: Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e Informática. Comercio Electrónico. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, LEGIS. pp. 102-134.

49. Vásquez Cárdenas, Ana Victoria y Montoya Brand, Mario Alberto (2002). *Lo colectivo en la constitución de 1991*. Medellín: Cuadernos de investigación y docencia, Universidad EAFIT. 37 p.
50. Velandia Montes, Rafael (2003). *Ensayo sobre el fin de la pena*. En: Cataño, Gonzalo. *Teoría e investigación en sociología jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 355-394.

Rastreado el *corpus*, éste se estudió al tiempo que se construyó el referente, lo cual obligó a adicionar en el referente autores distintos a los inicialmente convocados en el proyecto; así, ingresaron Courtis (2006, pp. 349-392), Cassany (2006) y Bourdieu y Wacquant (2005). La información que se recogió del *corpus* fue consignada en una ficha diseñada para tal fin. Se registró información sobre: identificación del texto; grupo de investigación; estructura del texto; elementos metodológicos: problema, objetivos, enfoques o bases teóricas, diseño metodológico, fuentes, análisis, otros; elementos lingüísticos: máximas conversacionales, retórica, implícitos, otros; léxico metodológico; observaciones.

En cuanto al análisis de la información, se hizo un análisis textual crítico, se partió de autores como Renkema (2000), Grice (1982), Cassany (2006) y Van Dijk (1992). Para esta labor, que corresponde al día a día de la investigación más que a una fase final del proceso, se optó por entender que “El término ‘discurso’ se utiliza para todas las formas de comunicación oral y escrita” (Renkema, p. 113), que en todas ellas, se espera que el mensaje sea claro, suficiente, pertinente y ordenado (Grice, 1982), que “Los discursos neutros, objetivos o desinteresados no existen” (Cassany, p.55), que “Siempre hay algo detrás de las líneas, que debemos descubrir” (p. 57) y que “una *superestructura* es un tipo de forma de texto” (Van Dijk, p. 142) que, en el caso de los artículos de investigación, contienen una estructura que refleja que se plantea un problema, se argumenta para explicar y demostrar, se relata la metodología usada en la investigación, se usan evidencias encontradas en el proceso investigativo y se exponen datos suficientes para que el lector juzgue la validez de la interpretación de los mismos (Van Dijk, pp. 164-165).

También se obtuvo información de fuentes primarias (orales o escritas), para esto se diseñó un cuestionario que facilitó hacer entrevistas semiestructuradas cara a cara, telefónicas, con grupos o, en otros casos, que los investigadores enviaran sus respuestas vía e-mail⁵.

5 No se incluye más información relacionada con las fuentes orales porque en este artículo sólo se muestra parte de lo encontrado en las fuentes escritas estudiadas para la investigación “*Usos de las metodologías de investigación en el derecho*”.

Ahora, en cuanto a la escritura del producto final de la investigación, el proceso no empezó al culminar la lectura del *corpus*, comenzó desde el momento que inició el desarrollo del proyecto y siempre se presentaron períodos de silencio frente a la pantalla y el papel, períodos en que parecía que no había nada para decir.

Para finalizar, se señala que se siguieron estrategias de investigación documental combinadas, como ya se dijo, con el uso del cuestionario; asimismo, se siguió lo planteado por Bourdieu y Wacquant (2005), Bourdieu señala su inconformismo con el ‘metodologismo’ y el ‘teoricismo’ y propone combinar teoría y práctica; apuesta por un “pluralismo metodológico” (p. 65) en el que se trata de “movilizar todas las técnicas que sean relevantes y prácticamente utilizables, dada la definición del objeto y las principales condiciones de la recolección de datos” (p. 317).

De igual manera, se partió de la base de que la metodología no precede al objeto de estudio y de la necesidad de romper el “fetichismo metodológico” (Bourdieu, p. 59), el “imperialismo metodológico”, el “absolutismo metodológico” o el “sectarismo metodológico” (p. 60), que más bien entorpecen los procesos investigativos. A lo dicho se agrega que en esta investigación no se apostó por un “anarquismo metodológico” (p. 62), que consistiría en que “Todo vale” (Feyerabend, 1989, p. 20); aquí se trató de reconocer que “la batería de métodos utilizados debe corresponder al problema que se tiene entre manos y se debe reflexionar constantemente sobre ellos *in actu*, en el mismísimo acto por el cual se los despliega para resolver cuestiones particulares” (Bourdieu, p. 62). El enfoque que se siguió muestra, entonces, que:

La investigación social es algo demasiado serio y difícil para nosotros permitirnos confundir *rigidez* científica, [...] con el *rigor* científico y así privarnos de este o aquel recurso disponible entre la panoplia de las tradiciones intelectuales de nuestra disciplina y de las disciplinas hermanas de la antropología, la economía, la historia, etc. Al respecto, yo estaría tentado a decir que sólo se aplica una regla ‘está prohibido prohibir’, o, ¡cuidado con el perro metodológico! (p. 317).

2. MARCO REFERENCIAL

2.1 Lentes para hacer investigaciones

Esta investigación partió de reconocer la diversidad de lentes o enfoques posibles con los cuales un investigador puede acercarse a sus objetos o sujetos de interés investigativo. En este sentido, y sin pretender agotar las posibilidades, se enuncian algunos enfoques posibles a identificar en los productos de las

investigaciones realizadas por los juristas. Se resalta que lo que se identifica es sólo parte del abanico de opciones que puede encontrar un jurista para plantear sus investigaciones.

Así las cosas, para investigar en el derecho, un investigador puede elegir leer con los ojos del positivismo y, posiblemente, la investigación gire alrededor de la descripción de normas jurídicas⁶; así como, pudiera ser que quiera leer con los ojos de Foucault (2000, 2002, 2003), o con los de Bourdieu (2000, 2000^a), o con los de Berger y Luckmann (1998). Ahora, pudiera ser que el investigador conciba el derecho como una acción social y quiera indagar “sobre las acciones humanas que en él se inspiran, comprender su sentido y verificar si, y hasta qué punto, este es socialmente compartido” (Ferrari, 2006, p. 18); asimismo, la búsqueda pudiera dirigirse a estudiar cómo opera el derecho en la realidad social, cómo se vive, cómo se percibe, cómo se construye, cómo se produce, entonces, éstas y otras preguntas dirigidas a la investigación de la realidad social del derecho, indicarían, según Rehbindler (1981) que la mirada es desde la sociología del derecho⁷.

Además de lo anterior, pueden hacerse estudios terminológicos o lingüísticos y, por tanto, análisis conceptuales en los cuales se busque comprender los conceptos legales y sus relaciones (Sandrini, 1996, p. 344), estudiar la vaguedad de dichos conceptos y analizar cómo estos son redefinidos por legisladores y jueces, es decir que, los lentes son usados para llegar a describir las peculiaridades de los conceptos legales (p. 344).

Para ampliar más el abanico de enfoques posibles, se tiene a García y Rodríguez (2003), ellos proponen un enfoque que parte de Bourdieu (2000) y recogen las propuestas de otros investigadores, por ejemplo, la de Vidal (2003) por una “reconstrucción histórica” (p. 128) y la de Silva (2003), manifiesta en un relato sobre los diversos enfoques utilizados por el grupo de investigación ‘Derecho y Sociedad’ de la Universidad Externado de Colombia.

Para finalizar lo atinente a los enfoques y partiendo de que para las investigaciones en derecho pueden usarse lentes ubicados como de las ciencias sociales, se señala que en estas, los enfoques positivista y fenomenológico, han marcado procesos metodológicos, por tanto, maneras de acercarse a los objetos o sujetos en estudio. Además, en el texto escrito por Mardones (1991), se encuentra una variedad de

6 Pueden verse: Kelsen (1968) y, acerca de los presupuestos metodológicos del positivismo aplicados al derecho: Martínez y Fernández (1994).

7 Sobre la sociología jurídica como otra posibilidad de hacer investigación en el derecho puede consultarse a Giraldo Ángel, Jaime. *Los supuestos teóricos de la investigación sociojurídica*. En: http://www.redsociojuridica.org/documentos/supuestos_teoricos_investigacion_sociojuridica.pdf (Consultado: febrero 27 de 2009).

lentes que han servido para que los investigadores lean el ‘mundo de la vida’ (Schutz y Luckmann, 2003).

2.2 Senderos para acceder al conocimiento

Enunciados los posibles enfoques, lo que siguió fue indicar algunos senderos que facilitarían la búsqueda de las respuestas a las preguntas. Al igual que en el numeral anterior, se advierte que en lo enunciado, no se agotan las posibilidades para lograr lo que los investigadores se proponen.

El primer aspecto a tratar, está relacionado con los métodos cuantitativos y cualitativos de investigación, dos caminos distintos para acceder al conocimiento y que pueden ser recorridos de manera independiente o combinada; en ambos, la teoría y los estados del arte son clave. Se aceptó que “El perfil de un buen investigador está determinado tanto por sus habilidades metodológicas, como por el dominio que tenga de los enfoques conceptuales inherentes a sus intereses de conocimiento” Bonilla y Rodríguez (2005, p. 80).

Autores como Taylor y Bogdan, (1996), Hernández, Fernández y Baptista (2003), Bonilla y Rodríguez (2005), entre otros, muestran las diferencias entre uno y otro método. Los primeros señalan, entre otras cosas, que el investigador que sigue un método cualitativo, se distancia de sus creencias para acercarse al sujeto en estudio, busca la comprensión y no la verdad, observa las personas en su vida cotidiana y, por tanto, para esta concepción “la perspectiva fenomenológica es esencial” (Taylor y Bogdan, p. 23 y pp. 15-27). Los segundos, se refieren al método cuantitativo y cualitativo como enfoques y presentan las características que diferencian a uno de otro (p. 23). Además refieren un modelo mixto que recogería la combinación entre los enfoques cualitativo y cuantitativo (p. 21); y las terceras, citan a Brymann (1988, p. 94) para exponer diferencias entre los métodos de investigación cualitativa y cuantitativa.

El segundo aspecto a tratar tiene que ver con la formulación de problemas. Aquí se sostiene con Bonilla y Rodríguez (2005) que “El problema de investigación toma usualmente la forma de una pregunta que indaga un aspecto de la realidad sobre el cual se quiere ampliar el nivel de comprensión alcanzado” (p. 128); afirman las autoras que la formulación de dicha pregunta “no es una tarea simple” (p. 128) y que “el problema antecede al método y no al contrario. En otras palabras, no se decide sobre la elección de un método sin antes haber definido el problema de investigación. En consecuencia no hay preguntas cualitativas o cuantitativas en sí mismas. Hay preguntas de investigación cuya naturaleza exige que se emplee un método o el otro” (p. 129).

Además de lo anterior, aquí se reconoce que en algunas ocasiones la investigación arranca con el planteamiento del problema, en otras, culmina con su formulación, el sendero a recorrer dependerá de la investigación que se pretenda realizar. En este sentido, en este marco referencial se opta por el pluralismo metodológico que facilite a los investigadores lograr lo que se proponen.

Ahora, en estos caminos para acceder al conocimiento, es necesario aludir a los marcos referenciales. Se reconoce que pueden plantearse desde el comienzo de la investigación o construirse en el desarrollo de la misma, se parte de la idea de que ellos acompañan a los investigadores en sus indagaciones, convirtiéndose en los lentes con los que leen y beben sus fuentes orales y/o escritas. Es decir que, aquí se cree como Bonilla y Rodríguez que:

[...] Los asuntos teóricos y metodológicos son inseparables y por lo tanto los supuestos que fundamentan el cuerpo conceptual del que se derivan las hipótesis deben hacerse explícitos con nitidez y transparencia. Esto es fundamental porque el cuerpo del conocimiento utilizado como un marco de referencia influye en la percepción que logre el investigador del problema que indaga, en tanto que determina las preguntas que se formulan, las respuestas que se buscan y lo que es más importante, las que finalmente se responden y también las que se dejan de responder (p.80).

Además de lo anotado, se tiene en cuenta lo afirmado por Sarlo (2006), cuando dice: “*Denominamos marco teórico al componente metodológico de un diseño de investigación, destinado a explicitar las premisas teóricas que estarían presupuestas en el abordaje de un objeto de conocimiento*” (p. 180) y, se adiciona que la exploración y revisión de la literatura, necesaria para la construcción de los marcos referenciales, es parte también de las investigaciones cualitativas (Sandoval, 1996, p. 105).

De igual manera, Ragin (2007) afirma que los estudios cualitativos inician con conceptos guías extraídos de “marcos analíticos preliminares y a medio formar, que refleja normalmente las ideas teóricas vigentes” (p. 153) y agrega que “Estos conceptos iniciales, que tienen un *carácter preliminar e intuitivo*, permiten comenzar la investigación, pero no la constriñen totalmente. El investigador espera, como mínimo, que estos conceptos iniciales puedan modificarse bastante o incluso descartarse durante el transcurso de la investigación” (p. 153).

3. HALLAZGOS

*“Pienso que, cuando discutimos de cuestiones metodológicas,
ya sea de la comparación o de otra cosa,
es indispensable una visión más realista de las ciencias sociales*

que la incorporada en tantas declaraciones ideológicas del pasado.

Pienso que debemos, ante todo, <<olvidar a Kuhn>>, desligarnos del complejo de la <<ciencia normal>>, [...]

Sartori, 1994, p. 100

En cuanto a los enfoques y usos de las metodologías cualitativas y cuantitativas, se puede empezar por mostrar cómo Muñoz (2003), Silva (2002) y Gómez (2005a), reflejan de manera explícita en sus textos que soportan sus análisis en autores como Foucault (citado en Muñoz, 2003), Schutz, Berger y Luckmann (en Silva, 2002) y Bourdieu (en Gómez 2005a).

Si tenemos en cuenta lo dicho por Bonilla y Rodríguez (2005), Foucault es el marco de referencia que influye en la lectura que Muñoz hace del problema que abordó en su investigación, lo cual es claro porque de manera expresa el investigador lo dice y porque el discurso que despliega en todo el texto así lo refleja. Manifiesta que lo que hace es una “genealogía de la violencia en Colombia” (p. 231) y explica en qué consiste dicha genealogía; aclara que no hará un análisis del discurso *per se*, busca “devolver al discurso su carácter de acontecimiento” (p. 232), abordará al problema de la violencia “en tanto que práctica discursiva a partir de la cual podemos determinar los enunciados de poder, el régimen discursivo, sus relaciones con el saber, las tácticas y sus estrategias” (p. 234) y, advierte que allí privilegia “la noción de acontecimiento, de discontinuidad” (p. 247).

Así como Muñoz, el discurso utilizado por Silva (2002), en el capítulo sobre la *Construcción social de la práctica y roles sociales*, refleja que se leyó con los ojos de Schutz y Berger y Luckmann como referentes teóricos. Así lo muestra el uso de conceptos como: ‘tipificaciones y recetas’ (págs. 131, 134, 139, 146, entre otras), “construcción social de la realidad” (págs. 136, 137, 138, 141, 148, entre otras), “el lenguaje como instrumento de estigmatización” (p. 140). Lo que sí es necesario aclarar, es que en esta unidad de análisis, en general, se refleja una opción teórica por la microsociología, aunque no exclusivamente por ella y, esto, lo explicita el investigador en una nota al pie en la página 132 del texto.

Ahora, en el texto *Exploración sociojurídica sobre el delito de inasistencia alimentaria* (Silva, 2003, pp. 325-354) se plantea desde la introducción que dicho producto “constituye una investigación sociojurídica, pues en un sentido amplio pretende averiguar sobre las relaciones entre derecho y sociedad [...]” (p. 328).

Además de lo anotado, Silva es claro en expresar que “La investigación se realizó con la combinación de varias técnicas de investigación y fuentes” (p. 328). Se utilizaron entrevistas en profundidad, observación directa, se consultaron deci-

siones judiciales, no se pretendió realizar inferencias estadísticas, se identificaron tendencias y se circunscribió la investigación a la ciudad de Bogotá. (pp. 328-329).

Así como en los anteriores textos, Silva, acompañado por Velandia, en *Dosificación punitiva. Ideologías y principio de igualdad* (2003), advierte desde la primera línea que el escrito “corresponde a un informe de pesquisa sociojurídica” (p. 351). Aclaran los autores que la investigación es cualitativa, que no pretenden “hacer inferencias estadísticas o generalizaciones cuantitativas con fundamento en sus resultados. En tanto investigación cualitativa, se interesa por establecer tendencias y detectar evidencias con la intención de comprender, no de medir” (p. 352). Además, advierten que las tendencias sólo aplican “para el escenario objeto de investigación, o sea Bogotá. Desde otros ángulos, cabe señalar que se trata de una investigación básica, elaborada con datos primarios, dotada de un alcance longitudinal, descriptiva y comprensiva del fenómeno estudiado” (p. 352).

De la misma manera que los anteriores investigadores, Gómez (2005a) precisa que Bourdieu es quien le ofrece un marco teórico útil para su indagación sobre *La investigación, la producción y las prácticas del saber jurídico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia*; conceptos como ‘*campo social*’ y ‘*habitus*’ son “de gran utilidad para efectos del análisis sugerido en el texto” (p. 97). Gómez es claro, además, al afirmar que “optó por desarrollar un tipo de investigación de carácter exploratorio con un enfoque fundamentalmente cualitativo, lo cual no impediría la inclusión de algunos elementos cuantitativos” (p. 96).

Lo anterior significa en términos de Hernández, Fernández y Baptista (2003, p. 21), que los investigadores se disponen con una mentalidad abierta frente a la posibilidad de utilizar elementos cualitativos y cuantitativos. Esto se refleja también en otra de las unidades de análisis del mismo investigador (Gómez, 2005), en la cual se da cuenta del análisis cuantitativo realizado en el *Estudio sociojurídico sobre la tutela en el Tribunal Superior de Antioquia* y se advierte que, una segunda fase en dicha investigación, es cualitativa.

Ahora bien, comparar las dos unidades de análisis que brinda Gómez, es reafirmar lo dicho por Bonilla y Rodríguez (2005) en cuanto a que “el problema antecede al método y no al contrario” (p. 129), pues, la metodología se seleccionó según el problema de investigación.

En los dos textos de Gómez, se puede ver que mientras en una investigación se ocupó de responder *¿qué relaciones se presentan entre la investigación, la producción y las prácticas del saber jurídico en la facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia?* y para lograrlo se rastreó información documental, se aplicaron encuestas a estudiantes y profesores y “entrevistas en profundidad y grupales con profesores,

investigadores, administradores y estudiantes” (Gómez, 2005^a, p. 97); en la otra, ocuparse de una “aproximación a las decisiones que en materia de tutela adoptan los Tribunales Superiores de Antioquia” (2005, p. 68), lo condujo a la utilización fundamental de estrategias metodológicas características de los enfoques cuantitativos y a la inclusión de un experto en estadística.

Elementos para el análisis de la criminalidad transnacional y pluralismo jurídico, desplazamiento forzado por la violencia y derecho ancestral a la tierra, son dos productos de investigaciones de Santamaría (2003). En ambos se explicitan los enfoques en los cuales se enmarcan las indagaciones. En el primero dice que “El proyecto de investigación se ubica en el marco de la victimología, vinculando teorías, métodos y modelos explicativos de las ciencias sociales. Se pretende articular elementos empíricos y teóricos que posibiliten un análisis del derecho como práctica social en un contexto de guerra como el colombiano. Por ello, el análisis se ubica conceptualmente en la relación entre derecho y guerra, [...]” (pp. 72-73); en el segundo, sostiene que es “un estudio sociojurídico desde la victimología” (p. 183). En ambos productos se refleja que se usó el estudio de caso. Continuando con el artículo *El dolo eventual en el código penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político criminales* (Sotomayor y Gallego, 2001), este es una muestra del producto de una investigación en la cual se opta por la dogmática jurídica, y es una muestra de cómo se puede brindar información suficiente (Grice, 1982), soportando las afirmaciones con una completa remisión al lector a las fuentes consultadas para la realización de la investigación. En este sentido, pueden observarse, entre otras, las notas al pie 7, 8, 10, 12, 17, 37; en ellas se encontrará una frecuente invitación al lector a mirar las fuentes utilizadas; en términos de Renkema (1999), los investigadores focalizan el discurso para establecer una relación con el lector, invitándolo a ‘ver’ lo que ellos vieron en sus fuentes.

Pues bien, observar el texto de Sotomayor y Gallego (2001) y compararlo con *Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa (2000-2006)*⁸ de Sotomayor (2008), muestra también cómo los investigadores realizan trabajos con distintos enfoques y fuentes según sus objetos de estudio; así, mientras en el primero la preocupación es dogmática, en el segundo es política criminal, y puede verse además que, si bien en las dos investigaciones se trabaja con fuentes secundarias, en el primero los datos son cualitativos y, en el segundo, hay datos cualitativos y cuantitativos; eso sí, el investigador siempre brinda información suficiente sobre las fuentes consultadas.

8 Texto no incluido en el *corpus* por estar fuera del tiempo delimitado para las unidades de análisis. Información brindada por el investigador en entrevista.

De la misma manera que Sotomayor y Gallego (2001); Londoño y Vargas (2000, pp. 87-135) son claros en las preguntas y el enfoque que orienta el artículo *El indígena ante el derecho penal*. Las preguntas pueden verse en la página 88 del citado texto y el enfoque se explicita en el siguiente microcontexto:

Y por ser este un estudio dogmático y político criminal, nos proponemos también aproximarnos al papel que ha jugado la doctrina, para conocer si sus teorías ‘científicas’ son un intento por legitimar un sistema de control social servil a un proyecto de discriminación racial, o si por el contrario, los juristas se han colocado al lado de las minorías ‘vencidas’ y han reivindicado lo justo y legítimo que resulta rendirle tributo al carácter pluricultural y pluriétnico que identifica a nuestra sociedad y que es una de sus mayores riquezas (p. 88)

Ahora, el texto *Derechos humanos de la población desplazada en Colombia* (Londoño y Pizarro, compiladores, 2005), refleja de manera clara una preocupación por ir más allá de lo jurídico, allí está lo político y lo social; en él no sólo se describe lo encontrado en normas, jurisprudencia y trabajo de campo, allí hay análisis, recomendaciones y, por tanto, propuestas de acciones para afrontar la problemática estudiada. Así, por ejemplo, en las conclusiones generales del proyecto afirman:

El enfoque de los derechos humanos en la política pública, con una mirada de integralidad de los derechos, es uno de los retos del Estado colombiano al momento de dar respuesta a las problemáticas derivadas del desplazamiento. La inclusión de los derechos humanos como eje transversal de la política pública establece obligaciones para las instituciones, que les impiden la regresividad en la garantía de los mismos (p. 212)

Es urgente que el gobierno asuma con responsabilidad la tarea exigida por la Corte Constitucional de redefinir el gasto público social para atender los derechos de la población desplazada (p. 213)

Otro elemento metodológico que refleja el texto antes citado, es la combinación de métodos cuantitativos y cualitativos; lo cuantitativo se torna visible en el texto por el uso de la encuesta y, por tanto, de análisis estadísticos en los cuales se observaron tendencias sobre el tema objeto de estudio; también por el uso de datos cuantitativos producto de consultas a fuentes secundarias, como, por ejemplo, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE-; lo cualitativo se refleja en el uso del estudio de caso, de las entrevistas, los grupos focales y fuentes documentales como, por ejemplo, la *Gaceta del Congreso* y el *Diario Oficial*.

Miremos ahora lo que se encuentra en cuanto a los enfoques en el texto *De los hechos a las medidas cautelares y provisionales en el marco del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Parte I* (Sampedro Torres, 2003,

pp. 301-348). La autora advierte que va tras la verificación de una hipótesis y que pretende “hacer una lectura de la realidad sociojurídica en el SIDH [Sistema Interamericano de Derechos Humanos]” (p. 301). Ubica en la primera parte del texto lo atinente a las “MEDIDAS CAUTELARES Y PROVISIONALES” (p. 301), en la segunda, al “SISTEMA INTERAMERICANO DE DIP E INFRAESTRUCTURA DEL SIDH” (p. 306) y, en la tercera a “LOS HECHOS Y LAS MEDIDAS DEL SIDH” (p. 311). En la tercera parte, el subtítulo anuncia que se dará cuenta de lo que la autora llama “A. SIMBIOSIS ENTRE LA NORMA FORMAL Y LA NORMA MATERIAL A FIN DE ESTABLECER SU VALIDEZ Y EFICACIA” (p. 311) y empieza el único párrafo correspondiente a esta tercera parte diciendo: “Y aquí estamos en el campo de la sociología” (p. 311).

Lo anterior obliga a leer *tras las líneas* (Cassany, 2006) que es posible que el enfoque que desde la sociología se haya elegido, sea el positivista; así lo pueden indicar, entre otros, la pretensión de verificar hipótesis, la identificación de hechos y los soportes cuantitativos para el análisis de información que la investigadora realiza. En todo caso, aquí es conveniente señalar la importancia de ser claros y brindar información suficiente al lector para una mejor comunicación entre éste y el escritor, de manera especial cuando se presentan textos que son una primera parte del resultado de una investigación.

Otras unidades de análisis que pueden mencionarse son: *Ordenamiento territorial en Colombia. Perspectiva histórica y legal* (Estupiñán, 2001), *El nivel intermedio de gobierno en Colombia: crisis y vigencia de los departamentos* (2007, pp. 423-543) y *Estudios, tendencias y teorías sobre la organización del territorio en Colombia* (2004, pp. 85-102). Puede afirmarse para empezar, que en los dos primeros estudios, la investigadora de manera explícita quiso que lo histórico fuera parte de sus indagaciones, el mismo título lo muestra en el primer texto y, en el segundo, se puede ver en el apartado dedicado a “El departamento en Colombia: la historia de un abandono” (2007, p. 425).

Algunos fragmentos del texto de Estupiñán (2001) en los cuales se presenta el enfoque que acompaña la investigación, son: “No es suficiente hacer un análisis simplemente coyuntural del proceso de ordenamiento; por el contrario, es tarea primaria ubicar dentro de la historia geográfica y constitucional de Colombia el proceso de ordenamiento tradicional [...]” (Subrayado fuera del texto, p. 2); “Es por tanto, un grave error, desconocer el proceso histórico que relaciona territorio y poder, [...]” (Subrayado por fuera del texto. p. 6); “El ordenamiento territorial involucra a todos los actores sociales, mira la historia para construir el presente, posibilita el desarrollo, fortalece la autonomía [...]” (Subrayado fuera del texto, p. 274).

Ahora, se precisa que en Estupiñán (2001 y 2007), según la estructura, el contenido del texto y la bibliografía, la perspectiva histórica está construida a partir de estudios históricos realizados por otros. La investigadora describe de manera clara y precisa una cronología de la legislación relacionada con el tema del ordenamiento territorial.

Las anteriores notas reflejan cómo los investigadores en el derecho han ido incursionando en la combinación de metodologías de investigación y cómo lo interdisciplinar es ahora una preocupación en el abordaje de algunos objetos de estudio jurídicos. Estupiñán es insistente en este tema cuando se refiere a las investigaciones y cuando habla de la necesidad de escuchar la voz de otras disciplinas para la producción de normas jurídicas. Esto se observa en el discurso que despliega la autora en el texto *Estudios, tendencias y teorías sobre la organización del territorio en Colombia* (2004, pp. 85-102). Miremos un fragmento de su texto que así lo muestra, dice:

La división política del país, en el evento de ser aprobada una reforma de estas características, quedaría organizada de la siguiente manera: Regiones, Departamentos, Provincias, Distritos, Municipios y Territorios Indígenas. Es curioso observar que se desconocen, por completo, tanto en la exposición de motivos de la reforma constitucional y en su correspondiente articulado, como en el proyecto de Ley Orgánica de Ordenamiento, las discusiones académicas y científicas desarrolladas por geógrafos, sociólogos, historiadores etc. Y se reduce el debate, dentro del famoso estado comunitario que pretende reducir las estructuras del país, bajar los gastos de funcionamiento y burocráticos de la nación (Subrayados fuera del texto, p. 91).

Dos productos de investigaciones en los cuales se refleja la presencia de varias disciplinas son: *La importancia de investigar sobre la conciliación* (Montoya y otros, 2005, pp. 153-170) y el de *Jurisdicción Especial Indígena. Memorias y encuentros* (Londoño y otros, 2007-2008). En ambos casos, según información escrita y oral recogida, la participación de sociólogos, antropólogos, pedagogos y abogados, permitió tener una “visión más amplia y crítica de lo encontrado” (Montoya y otros, p. 156).

Puede también afirmarse que en Estupiñán (2004), la investigadora es insistente en su inquietud por la falta de claridad conceptual en lo atinente al ordenamiento territorial, incluso desde la misma Constitución Política de 1991 (p. 92). Si bien no se trata de que la autora realice un estudio sobre conceptos legales relacionados con el tema de su interés, sí se refleja su reconocimiento por la importancia de que la terminología jurídica sea clara.

Otra unidad de análisis estudiada, en la cual se refleja un enfoque lingüístico y terminológico descriptivo y, en esta línea, un interés por mostrar dificultades con

algunos conceptos jurídicos, es *Lo colectivo en la Constitución de 1991* (Vásquez y Montoya, 2002). Veamos un fragmento del texto que así lo muestra:

Fragmento 1:

La confluencia de múltiples usos lingüísticos empleados por la Constitución para nominar las situaciones colectivas revela esta problemática, lo cual se traduce en una textura demasiado abierta del lenguaje jurídico, propicia para su manejo estratégico desde el punto de vista político y simultáneamente demasiado compleja para ser ordenada y precisada teóricamente: “interés general” (CP. artículo 2), “intereses generales” (CP. artículo 209), “interés colectivo” (CP. artículo 88), “derechos colectivos” (CP. artículo 88), “interés público” (CP. artículos 58, 118, 335) [...], entre otros.

Se entiende que la dificultad no sólo se debe al significado de cada uno de los sustantivos (“interés”, “intereses”, “bienestar”, “derechos”, “conveniencia”), sino también al de los adjetivos, pues es admisible que no hay propiamente un criterio evidente que permita diferenciar entre el significado de palabras como “general”, “generales”, “colectivo”, “colectivos”, “público”, “social”, “común”, “de grupo”, “de la nación”, “nacional”.

Adicionalmente respecto de cada término es posible encontrar diversas tendencias en su definición, un ejemplo de ello se evidencia en el concepto interés general. Alejandro Nieto destaca varias líneas dominantes en la definición: [lo que sigue en el texto es la cita de Nieto] (p. 11).

Y así como en Estupiñán y en Vásquez y Montoya; en Nemogá (2002, pp. 17-34) se refleja que se siguen enfoques de análisis conceptuales y descriptivos; el autor lo dice así: “En la primera parte de este análisis se describirá la evolución de los conceptos de propiedad aplicados a los recursos biológicos, el material y la información genética” (p. 18); y luego dice que “En la segunda parte de este artículo se discute el régimen jurídico aplicable al material e información genética en Colombia a la luz del marco jurídico vigente” (p. 18).

A los anteriores, puede adicionarse Barreto (1999, pp. 85-122). El autor ofrece un producto en el cual presenta “un balance descriptivo y crítico de la línea argumentativa sostenida por la Corte Constitucional sobre el concepto y aplicación jurisprudencial de los derechos sociales” (p. 85). En este sentido, luego de focalizar microcontextos de diversas sentencias de la Corte, de invitar al lector a que mire las evidencias tomadas por él en las sentencias analizadas, le comunica, por ejemplo que “En esta consideración la Corte es demasiado vaga y genérica respecto a [...]” (p.107); “[La Corte] de manera abstracta dictaminó” (p. 113); “Al respecto, se detectó vaguedad, falta de precisión e incoherencia en el uso metodológico de

criterios como la lesión a la dignidad humana, o la indefensión material del individuo, o las circunstancias de debilidad manifiesta, entre otros” (p. 121) y siempre sus afirmaciones son particularizadas y lanzadas a la luz de las fuentes que consultó.

Dos textos más en los que puede mencionarse el enfoque usado por los investigadores son: *Territorio, globalización y estado nacional* (Matías, 2004, pp. 217-232) y *Las células madre ante el derecho y la bioética* (Restrepo, 2005, pp. 133-152). En el primero, el enfoque se explicita desde la introducción, dice: “lo haremos desde la ciencia política, cuyo objeto de estudio es el poder o las relaciones de poder” (p. 219). En el segundo, se infiere y lee *tras las líneas* que el estudio que se realiza sigue una perspectiva interdisciplinaria, pues la misma temática, convoca a disciplinas distintas al derecho.

También se encuentran trabajos que giran de manera fundamental en torno a determinadas leyes o normatividad jurídica. Entre ellos puede citarse el texto *Desmaterialización, documento electrónico y centrales de registro* (Remolina, 2005, pp. 135-179), el autor centra su atención en la Ley 527 de 1999 <<“Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones” (Diario Oficial. Año CXXXV. N° 43673 del 21 de agosto de 1999, p. 1”>> (p. 142).

Remolina, para lograr su propósito de “presentar una visión general del fenómeno de la desmaterialización y los documentos electrónicos desde la perspectiva del rol de las centrales de registro en el proceso de desmaterialización” (p. 137), acude básicamente a revisiones documentales y análisis textuales, lo cual lleva a ubicar su trabajo, en términos de Galeano (2004), como una investigación documental o cualitativa.

Como el texto de Remolina, el de Vásquez y Montoya (2002) y Estupiñán (2001, 2004 y 2007), reflejan que las investigaciones han sido documentales y, en este caso, siguiendo a Hernández, Fernández y Baptista (2003) el enfoque y la metodología es cualitativa.

Otros de los productos de investigación revisados que también giran en torno a la normatividad jurídica son: *Aproximación a la problemática de los derechos de autor en el internet* (Rodríguez, 2005a, pp. 303-346); *Naturaleza jurídica de los nombres de dominio* (Rodríguez, 2005, pp. 347-361) y *Entidades de certificación: aproximación a su régimen de responsabilidad* (Umaña, 2005, pp. 102-134). En el primero, se identifican problemas que se presentan producto de la falta de claridad respecto a los temas objeto de estudio; es decir, observó lo relacionado con evitar la ambigüedad.

Asimismo, Rodríguez se refiere a la necesidad de adoptar medidas para la protección de los derechos de autor en internet (pp. 340-341); de manera cortés, advierte que la norma que de esto se ocupa no contiene todo aquello de lo que debe ocuparse, lo dice así: “A pesar de la buena intención del legislador, la norma adolece de una mención de los casos excepcionales en que por motivos de interés general sea imprescindible tener acceso a la obra sin la necesidad de una autorización previa de su autor” (2005^a, p. 340).

El segundo, es un estudio temático que bien anuncia su título: busca determinar la naturaleza jurídica de los nombres de dominio (2005, pp. 348-349). El autor muestra la relevancia que tiene abordar su objeto de estudio (p. 359), lo cual sustenta en que considera que “El derecho está conviviendo con internet” y esto llama a ocuparse del tema y de problemas en los cuales se relacione el derecho y la tecnología.

El tercero, parte de que “No existe en el ordenamiento jurídico colombiano una norma que establezca de manera específica el régimen de responsabilidad al que están sometidas las entidades de certificación digital. Si bien algunas tocan el tema [...], lo cierto es que su tratamiento es disperso y marginal. Las normas no se encuentran relacionadas unas con otras y no muestran una conexidad evidente” (p. 104). Realiza en su estudio análisis textuales de decretos y leyes relacionados con su objeto de interés.

Un texto más que gira en torno a lo normativo es *La constitución ecológica de Colombia* (Amaya, 2002). En esta investigación, en una primera parte, se sigue lo que Silva (2003, pp. 152-153) denomina un enfoque histórico social, de manera específica, hace lo anotado por Silva acerca de la inclusión de un capítulo que recoge los antecedentes de su objeto de estudio⁹; el capítulo lo titula ‘Los recursos naturales en la historia constitucional de Colombia’; posteriormente, realiza una investigación comparativa de la normatividad colombiana con la latinoamericana, manteniéndose siempre en su objeto de estudio.

Así como el texto de Amaya, el de Buitrago (2007, pp. 307-422) también muestra descripciones normativas atinentes a “*Los distritos*” (p. 307) e incluye un acápite relacionado con los “*Antecedentes históricos*” (p. 314). Igualmente, Ortiz (2003) incluye en su estudio dos acápites que recogen información histórica; el primero lo titula ‘Breve exploración histórica legislativa’ (p. 417) y, el segundo, lo denomina ‘Las leyes de Indias, antecedente de los derechos humanos’ (p. 421).

9 Lo que Silva exactamente dice es: “En el análisis social, en todo caso dependiendo de la naturaleza de la cuestión objeto de conocimiento, la reflexión histórica puede ser vertida en un capítulo o en un acápite previo; sin embargo, el tipo de estudio ideal es aquel en el cual la información descriptiva y el análisis histórico son transversales, puesto que así puede advertirse con mayor elocuencia e inmediatez la conexión entre los procesos históricos y los eventos contemporáneos examinados” (2003, pp. 152-153).

Otro texto más que refleja descripciones normativas jurídicas es el de Rodríguez Torres (2003, pp. 289-324) sobre *Principios, derechos y garantías del proceso penal que se sigue contra el menor*. Se presenta el trabajo diciendo: “[...] este sencillo trabajo de tesis no persigue más que analizar la situación en que se ve envuelto el menor infractor, con el fin de despertar conciencia en nuestras instituciones sobre la endeble condición en que se encuentran nuestros menores cuando se ven inmersos en un proceso penal” (p. 291). De la misma manera que en los tres textos anteriores, la investigadora, al ocuparse de la normatividad vigente, incluye un apartado que denomina “Breve reseña histórica” (pp. 292-295) en el cual presenta una cronología en el que informa acerca de las leyes y decretos que en torno a su objeto de interés se han promulgado desde 1920 en Colombia.

Ahora, en algunas unidades de análisis se encontraron diversas miradas que los investigadores tienen sobre la investigación en el derecho. Así, Gutiérrez Quevedo (2003), en la introducción del texto *Cátedra de investigación científica*, advierte que el objetivo de dicha cátedra es “estimular a los investigadores del Centro de Investigación en Política Criminal y a sus estudiantes de pregrado que pertenecen a las líneas de investigación a descubrir y confrontar mitos y creencias de la política criminal y buscar alternativas en el ámbito académico que puedan ser utilizadas como herramientas por los operadores de la política criminal” (pp. 10-11).

Expresa la investigadora de manera clara, que la sociología del conocimiento ha sido el soporte teórico para comprender la política criminal y sus construcciones, en este sentido, Berger y Luckmann, han sido autores clave en sus investigaciones (p. 11). A lo anotado, se agrega que la autora muestra que hay investigaciones en las cuales la investigación cualitativa es fundamental “para comprender a los individuos en su realidad” (p. 17).

Así como Gutiérrez Quevedo, Mariño Rojas (2003) deja ver su posición como investigadora al sostener que “En un país en guerra la investigación tiene que centrar su atención en los diferentes escenarios donde ella se desarrolla y en las diferentes instancias que desde la institucionalidad trabajan alguna parte de esa realidad, [...]” (p. 48).

Ahora, de las mismas autoras se estudiaron en esta indagación dos artículos de investigación, ellos son: *Sistema de responsabilidad penal juvenil: concreción de derechos fundamentales* (Mariño, 2001, pp. 87-96) y *Principio de la igualdad y los derechos de la infancia* (Gutiérrez 2001, pp. 69-79). Se infiere de la lectura del primer texto que la investigadora hizo un estudio comparativo entre la doctrina que se ocupa de la situación irregular del niño y la que se ocupa de la protección integral y, lo que es evidente, es que la autora confía en el acervo de conocimiento del lector, pues, en general, no focaliza en cuales fuentes es que se puede ver lo

que se sostiene que asegura la doctrina. A manera de ejemplo, la autora dice: “La doctrina de la situación irregular parte de una percepción limitada y ya revaluada, desde diferentes perspectivas, de una situación de minusvalía del infante y adolescente” (p. 90) y no se remite al lector a ninguna fuente que le permita acercarse a la percepción de la doctrina.

Por lo demás, el anterior texto, no referencia cuál fue el problema y el objetivo de la investigación o del artículo que se presenta a la comunidad académica como producto de investigación, tampoco la metodología utilizada, estas inferencias le quedan al lector. Lo mismo sucede con el segundo texto. Gutiérrez ofrece una serie de opiniones sobre el tema y sostiene que “más vale una política de protección-formadora y de prevención-educadora que políticas represivas y no garantes de los derechos fundamentales de la niñez” (p. 74), al lector le queda creer o no en lo dicho por la investigadora, es decir, que el texto gira más en torno a la opinión que a los soportes investigativos acerca del tema estudiado.

Ahora, en el texto *Los retos éticos y pedagógicos en el ejercicio de las clínicas jurídicas de interés público* (Londoño, 2006, pp. 37-50), la investigadora presenta “algunas reflexiones que tienen como punto de partida un intento crítico de mirar la experiencia de las clínicas de interés público desde la doble óptica de la pedagogía y de la ética de su trabajo” (p. 37); con tal fin, se expone la experiencia del Grupo de Acciones Públicas –GAP- el cual es parte del Grupo de Investigación en ‘Derechos Humanos’ de la Universidad del Rosario. Lo que se refleja en dicho escrito, es la conexión que el grupo de investigación ha logrado establecer entre las investigaciones y las acciones que desde un grupo de investigación en derecho, pueden emprenderse.

Asimismo, es claro que cuando Londoño afirma que “En el GAP se pretende desarrollar un proceso de formación práctica en mecanismos de protección de derechos humanos e interés público, basada en criterios de integralidad entre investigación, teoría y aplicación [...]” (p. 43) y cuando agrega que se trata de “Desarrollar una experiencia de clínica de interés público que responda a la necesidad de relacionar la ética y la investigación sociojurídica con la enseñanza práctica del derecho” (p. 44), hay allí una mirada acerca de la investigación y una mirada acerca de lo que los grupos de investigación pueden realizar.

Otro texto, que sin ser producto de investigación refleja metodologías de investigación usadas en el derecho es: *Derecho y sociedad en América Latina: ¿cómo armar el rompecabezas y para qué?* (Silva, 2003, pp. 143-182). Allí, como ya se dijo en este escrito, se relata la experiencia investigativa del grupo ‘Derecho y Sociedad’ de la Universidad Externado de Colombia y se ve cómo el pluralismo metodológico y teórico ha acompañado a los integrantes del grupo en sus investigaciones.

Con respecto a la teoría, Silva afirma que: “[...] es preferible que las teorías y los autores que se escojan como punto de partida, sean con relación a problemas específicos de investigación y se prueben en el transcurso de las pesquisas” (p. 170) y, en cuanto a lo metodológico comenta que “[...] [en el grupo] se han empleado los métodos cuantitativo y cualitativo, incluso se ha procurado cuando es factible y lo exige la naturaleza de la pesquisa combinar ambos métodos, junto a las técnicas de investigación que le son propias” (p. 161). Sumado a lo anterior, Silva sostiene que “En cuanto a los productos de la investigación, otra pauta metodológica elemental reclama sencillez, cualidad indispensable en la comunicación, puesto que las virtudes de la producción científica no dependen del uso de un lenguaje criptográfico, ni de elaboraciones incomprensibles para los no iniciados” (p. 163).

Lo que hasta aquí se presenta en este artículo son algunos enfoques y elementos metodológicos usados por los investigadores en el derecho, según lo reflejado por los productos de investigación analizados

4. CONSIDERACIONES FINALES

En primer lugar, se considera pertinente que se incluya en algún lugar del texto producto de investigación, la manera como se llegó a los hallazgos que se presentan a la comunidad académica. Se trata de elaborar un informe que explicita el proceso metodológico con la rigurosidad que este amerita y con los sobresaltos e incertidumbres metodológicas vividas en las prácticas investigativas, esto facilitará al lector juzgar la validez de lo dicho y mostrará que las investigaciones son productos y también procesos.

En segundo lugar, vale la pena resaltar que se encontró que, en las unidades de análisis estudiadas no hay una única metodología que identifique a los investigadores en el derecho, se evidencia en la lectura del *corpus* que, según sus objetos o sujetos de interés, los investigadores se han dispuesto a utilizar variedad de metodologías y enfoques teóricos, incluso a combinar metodologías y se han ido acercando a otras disciplinas para ampliar sus análisis.

En tercer lugar, puede afirmarse que si bien se han utilizado metodologías cuantitativas, la tendencia es al uso del enfoque cualitativo con sus consecuentes estrategias y técnicas para la recolección, el registro y el análisis de información. Esto se evidencia en que, según las unidades de análisis revisadas, la intención central de los investigadores no ha sido medir fenómenos, más bien han estado interesados en comprenderlos, mostrar ambigüedades textuales, hacer análisis críticos y comparativos y presentar propuestas de acciones frente a problemáticas estudiadas.

En cuarto lugar, también es importante anotar que, si bien no era objeto de esta investigación observar cambios metodológicos reflejados en los productos de investigación según el año en el que se publicaban, sí resultó evidente que los productos de investigaciones en derecho que se presentan a la comunidad académica en el 2007, explicitan más los procesos metodológicos que los de 1999.

BIBLIOGRAFÍA

- Berger, Peter L. y Luckmann, Thomas (1998). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu editores, 233 p.
- Bonilla-Castro, Elssy y Rodríguez Sehk, Penélope (2005). *Más allá del dilema de los métodos: La investigación en ciencias sociales*. Primera reimpression. Santafé de Bogotá: Uniandes, 222 p.
- Bourdieu, Pierre y Wacquant, Loïc (2005). *Una invitación a la sociología reflexiva*. Traductor: Ariel Dilon, Argentina: Siglo XXI Editores, 430 p.
- _____ (2000). *Los usos sociales de la ciencia*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 142 p.
- _____ y Teubner, Gunther (2000^a). *La fuerza del derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensa, Siglo del Hombre Editores, 220 p.
- Cassany, Daniel (2006). *Tras las líneas. Sobre la lectura contemporánea*. Barcelona: Anagrama, 295 p.
- Cifuentes Patiño, María Rocío; Osorio Giraldo, Fanny y Morales Londoño, Martha (1993). *Una perspectiva hermenéutica para la construcción de Estados del Arte*. Manizales: Universidad de Caldas, Facultad de Trabajo Social, 17 p.
- Coffey, Amanda y Atkinson, Paul (2003). *Encontrar el sentido a los datos cualitativos: Estrategias complementarias de investigación*. Medellín: Universidad de Antioquia, 249 p.
- Courtis, Christian (2006). *Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del Derecho*. En: Observar la ley. Madrid: Trotta. pp. 349-392.
- De Espanés, Luís de Moisset (2008). *La investigación en las ciencias jurídicas*. Bogotá: Academia colombiana de jurisprudencia. pp. 35-40.
- De Lima Lopes, José Reinaldo (2006). *Reglas y compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato*. En: Courtis, Christian (2006). Observar la ley. Madrid: Trotta. pp. 41-67.
- Eco, Umberto (1984). *Cómo se hace una tesis*. 6 ed. México: Fica. 267 p.
- Festinger, León y Katz, Daniel (comps.) (1992). *Los métodos de investigación en ciencias sociales*. Barcelona: Paidós, 590 p.

- Ferrari, Vincenzo (2006). *Derecho y Sociedad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 305 p.
- Feyerabend, Paul (1989). *Contra el método*. Barcelona: Ariel, 187 p.
- Foucault, Michel (2000) *Vigilar y castigar*. Trigésima edición. México: Siglo veintiuno editores, 314 p.
- _____ (2003). *La arqueología del saber*. Vigésimo primera edición. México: Siglo veintiuno editores, 355 p.
- _____ (2002). *El orden del discurso*. Segunda edición en Fábula. Barcelona: Fábula Tusquets, 76 p.
- Galeano, María Eumelia, 2003, *Diseño de proyectos en la investigación cualitativa*, Medellín, Universidad EAFIT, 82 p.
- _____ y Vélez Restrepo, Olga Lucía (2000). *Investigación cualitativa. Estado del arte*. Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas. 88 p.
- _____ (2004). *Estrategias de investigación social cualitativa. El giro en la mirada*. Medellín: La Carreta Editores. pp. 141-144.
- García, Mauricio y Rodríguez, César (Eds.) (2003). *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: ILSA, Universidad Nacional de Colombia. 290 p.
- Giraldo, Jaime (1985). *Metodología y técnica de la investigación Jurídica*. 3ª. ed. Bogotá: Ediciones Librería del profesional, 382 p.
- _____, Giraldo López, Mónica y Giraldo López, Alejandro (1999). *Metodología y técnica de la investigación sociojurídica*. Bogotá: Legis, 190 p.
- Grice, Paul (1982). *La lógica y la conversación*. En: *Lenguaje y Sociedad*. Cali. Traducciones Univalle. pp. 101-121.
- Hernández, Sandra y López, Rosalío (1995). *Técnicas de investigación jurídica*. México: Harla. 123 p.
- Hernández Sampieri, Roberto; Fernández C., Carlos y Baptista L., Pilar (2003). *Metodología de la Investigación*. 3ª. ed. México: Mc Graw Hill. pp. 41-60.
- 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.
- Jacob, Francois (1998). *El ratón, la mosca y el hombre*. Barcelona: Drakontos, 206 p.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. 7ª ed. Buenos Aires: EUDEBA, 245 p.
- Lamprea, Pedro Antonio (1982). *Metodología del derecho*. Bogotá: Librería del profesional, 421 p.
- Lerat, Pierre (1997). *Las lenguas especializadas*. Barcelona: Ariel, 221 p.

- Londoño, Beatriz y otros (2007-2008). *Jurisdicción Especial Indígena. Memorias y encuentros*. CD Rom.
- López Morales, Humberto (1994). *Métodos de investigación lingüística*. Salamanca: Colegio de España, 190 p.
- Mardones, Jesús María (1991). *Filosofía de las ciencias humanas y sociales*. Barcelona: Anthropos, 415 p.
- Martínez, Luís y Fernández, Jesús (1994). *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*. Barcelona: Ariel, 305 p.
- Ragin, Charles C. (2007). *La construcción de la investigación social. Introducción a los métodos y su diversidad*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, SAGE Publicaciones, 312 p.
- Rehbinder, Manfred. *Sociología del derecho*. Madrid: Ediciones Pirámide, S.A., 1981, 197 p.
- Renkema, Jean (2000). *Introducción a los estudios sobre el discurso*. Barcelona: Gedisa. pp. 197-213.
- Restrepo Gómez, Bernardo (2003). *Investigación formativa e investigación productiva de conocimiento en la universidad*. En: Nómadas. Bogotá. No. 18. May. pp. 195-202.
- Sandrini, P. (1996). *Comparative analysis of legal terms: equivalence revisited*. En: Galinski C. and Schmitz, K. (ED.). TKE'96: *Terminology and knowledge. Engineering*. Frankfurt/M: Indeks Verlag. pp. 343-350.
- Sandoval Casilima, Carlos (1996). *Investigación cualitativa*. Bogotá: CORCAS. pp. 1-165.
- Sarlo, Oscar (2006). *El marco teórico en la investigación dogmática*. En: Courtis, Christian (2006). *Observar la ley*. Madrid: Trotta. pp. 175-208.
- Sartory, Giovanni y Morlino, Leonardo (eds) (2004). *La comparación en las ciencias sociales*. Madrid: Alianza Editorial. 177 p.
- Silva García, Germán (2003). *Derecho y sociedad en América Latina ¿cómo armar el rompecabezas y para qué?* En: García Villegas, Mauricio y Rodríguez César (Eds). *Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. pp. 143-182.
- Schutz, Alfred y Luckmann, Thomas (2003). *Las estructuras del mundo de la vida*. Buenos Aires: Amorrortu, 315 p.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto (2008). *Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa (2000-2006)*. En: Díez Ripollés, José Luís y García Pérez, Octavio (Coordinadores) (2008). *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo: una perspectiva comparada (2000-2006)*. (s.l). Edisofer S.L. Libros jurídicos y Editorial B de F. pp. 75-118.
- Taylor, Steve J. y Bogdan, Robert (1997). *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*. 3ª. Reimpresión. Barcelona: Paidós, 343 p.

- Van Dijk, Teun (1992). *La ciencia del texto*. 2ª. Reimpresión. Barcelona: Paidós, 309 p.
- Velasco, Honorio y Díaz de Rada, Ángel (1999). *La lógica de la investigación etnográfica*. Madrid: Trotta. pp. 96-100.
- Vidal López, Roberto (2003). *Propuestas para una ciencia social del derecho*. En: García, Mauricio y Rodríguez, César (Eds.) (2003). *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: ILSA, Universidad Nacional de Colombia. pp. 127-142.
- Witker, Jorge (1991). *Cómo elaborar una tesis en Derecho*. Madrid: Civitas, S.A. 148 p.
- _____ (1996). *Técnicas de Investigación Jurídica*. México: McGraw-Hill. 86 p.



Autora: Paola Gamboa
Título: ¿Habitar?
Técnica: acrílico y carburo de silicio
sobre lienzo
Dimensiones: 3.00 x 1.70 m
Año: 2008

LA FUNCIÓN SOCIAL Y ECOLÓGICA DE LAS BIOFÁBRICAS EN COLOMBIA*

* Artículo producto final de la investigación terminada “*La definición jurídica de las biofábricas*”. Financiada por la Dirección de Investigación y Desarrollo de la Universidad Católica de Oriente. El informe final de la investigación fue aprobado mediante Constancia emitida por el Director del Centro de Investigación y Desarrollo de la Universidad Católica de Oriente.

Fecha de recepción: Marzo 30 de 2009

Fecha de aprobación: Abril 30 de 2009

LA FUNCIÓN SOCIAL Y ECOLÓGICA DE LAS BIOFÁBRICAS EN COLOMBIA

*Gustavo Adolfo García Arango***

RESUMEN

Las biofábricas en Colombia se enmarcan en el derecho constitucional a la libertad económica y libertad de empresa que no son derechos absolutos y por ello el Estado tiene la obligación de intervenir buscando la distribución equitativa de las oportunidades, los beneficios y la preservación de un ambiente sano. En función de ello y teniendo en cuenta que Colombia es un Estado Social de Derecho, el interés social prima sobre el individual y por tal razón la propiedad material e intelectual ceden ante el interés común. Otros límites constitucionales a la propiedad y la libertad de empresa son la competencia responsable y el control sobre el riesgo social que implica el abuso del mercado biotecnológico. Así, la función social de las biofábricas se orientaría al respeto por el medio ambiente, la formación educativa y de mano de obra, la aplicación de conocimientos para resolver problemas existentes en la región; respeto por las culturas, tradiciones y conocimientos de las comunidades indígenas, campesinas y afrodescendientes; apoyando el desarrollo tecnológico y científico en pro del beneficio común y retribuyendo lo justo por acceder y explotar los recursos naturales.

Palabras clave: bioderecho, biofábricas, función social, función ecológica, interés social, libertad económica, libertad de empresa, riesgo social.

SOCIAL AND ECOLOGICAL ROLE OF BIO-FACTORIES IN COLOMBIA

ABSTRACT

Bio-factories in Colombia are developed in the framework of the constitutional right to economic freedom and free enterprise which are not absolute rights and therefore the State has an obligation to interfere for seek the equitable distribution of opportunities, benefits, and preserving a healthy environment. On that basis and bearing in mind that Colombia is a State of law, the collective interest prevails over the individual interest and thus the material and intellectual property depend on the common interest. Other constitutional limits to property and free enterprise are: fair competition and social control on the risk involved in biotechnology market abuse. That way, the social role of bio-factories is guided by respect for the environment, education and training of labor, the application of knowledge to solve problems in the region, respect for the cultures, traditions and knowledge of indigenous, peasants and Afro-Colombian communities, and, to support the technological and scientific development for the common benefit and the reward for access and exploit natural resources.

Key words: bio-law, bio-factories, social role, ecological role, collective and common interest, economic freedom, free enterprise, social risk.

** Filósofo de la Universidad Pontificia Bolivariana. Abogado de la Universidad de Antioquia. Especialista en Derecho Privado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Aspirante a Maestría en Derecho Privado de la UPB. Abogado de la Secretaría de Educación del Municipio de Medellín. Docente e investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia y de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Oriente.

LA FUNCIÓN SOCIAL Y ECOLÓGICA DE LAS BIOFÁBRICAS EN COLOMBIA

INTRODUCCIÓN

El mercado mundial genera cada vez mayores fuentes de negocios comerciales, los nuevos avances en ciencia y tecnología han permitido la optimización de los mercados existentes y la generación de nuevas oportunidades comerciales. Un área que ha permitido el desarrollo de nuevas y multimillonarias líneas de negocios ha sido la biotecnología que cada vez abarca más espacios tradicionales como los colegios, las universidades, las fincas dedicadas a la agricultura y la ganadería, las empresas farmacéuticas, químicas y centros biomédicos. Así se han ido fortaleciendo áreas de intercambios comerciales donde se hace uso de los recursos naturales y de la biotecnología y a las que se les ha dado el nombre de bionegocios, y dentro de ellos, las denominadas biofábricas, que con el paso del tiempo han ido tomando estatus propio dentro de los bionegocios.

Las biofábricas han tenido un amplio desarrollo dentro de las áreas biológicas y las ingenierías, sin embargo el derecho ha abarcado poco el tema desde lo investigativo y en razón de ello se desarrolló la investigación denominada “*La definición jurídica de las biofábricas*”, en la cual se buscó estudiar la figura de la biofábrica a la luz de las instituciones del derecho comercial.

El resultado final de la investigación consistió en realizar una descripción jurídica de la biofábrica, la cual fue definida como “*un establecimiento de comercio a través del cual se hace una explotación mercantil, con función social y ecológica, de los recursos de la naturaleza a través de la creación, transformación y circulación de bienes vivos (microbiológicos, vegetales o animales) o sus derivados, obtenidos mediante técnicas o procedimientos biotecnológicos*”.

En el presente artículo se desarrollan los conceptos de función social y ecológica de la biofábrica de la definición anterior, a la luz de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y la normatividad colombiana, porque las biofábricas como parte de una estructura empresarial, deben limitar sus actividades dentro del marco

constitucional y jurídico propio de su área. En este sentido, se hará un breve estudio sobre tres ejes íntimamente relacionados: la libertad de empresa, la función social de la propiedad y la responsabilidad ambiental y de salubridad.

La investigación siguió una metodología cualitativa con base en el método documental de corte descriptivo con revisión bibliográfica en la Universidad Católica de Oriente, Fundación Universitaria Católica del Norte, Universidad de Antioquia, Universidad Nacional Sede Medellín, Universidad EAFIT, Universidad Pontificia Bolivariana y Universidad de Medellín. A la par, se hizo ubicación de normas y sentencias acudiendo a la base Notinet, la página Web de la Secretaría del Senado, de la Rama Judicial; así como de entidades gubernamentales que intervienen en el tema como el Instituto Alexander Von Humboldt, Proexport, ICA, CORPOICA y el Ministerio del Medio Ambiente.

1. LAS BIOFÁBRICAS Y LA LIBERTAD DE EMPRESA

Dentro del marco normativo, la Constitución inicia reconociendo que “*se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores*” (Artículo 58).

Desde el aspecto empresarial, la Constitución en el artículo 333 estipula que “*la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común*”.

1.1 La libertad económica y la libertad de empresa

Libertad es la facultad que tiene el hombre de hacer o no hacer algo. Los alcances de esta facultad van a todos los extremos dependiendo de las teorías filosóficas y culturales, desde la más amplia donde no hay más límites que los que el mismo sujeto desee imponerse, hasta la más reduccionista donde la libertad radica en escoger una de las posibles opciones que un sujeto o entidad externa le ofrece.

Es claro que el derecho latinoamericano, basado en el derecho continental, tiene echadas sus bases en los principios de la igualdad, la propiedad y la libertad. Específicamente para Colombia, la libertad tiene su reconocimiento más alto en la Constitución actual de 1991, la que menciona desde su preámbulo y en muchos artículos más. Estipula la Carta Magna que toda persona es libre (art. 28); que las autoridades deben garantizar las libertades del ciudadano (art. 2); que las personas nacen libres e iguales, con las mismas libertades (art. 13); reconoce el libre desarrollo

de la personalidad (art. 16); la libertad de conciencia (art. 18); la libertad de cultos (art. 19); la libertad de expresión (arts. 20º, 44º, 71); la libertad de movimiento (art. 24); libertad para escoger profesión y oficio (art. 26); libertad de enseñanza, aprendizaje e investigación (art. 27); habeas corpus –derecho a la libertad si hay detención ilegal- (art. 30); libertad de asociación (art. 38); libertad para contraer matrimonio y tener hijos (art. 42); que el trabajo no puede menoscabar las libertades (art. 53); libertad periodística (art. 73); libre competencia económica (art. 88); exige responsabilidad en la libertad (art. 95); libertad para fundar y participar de partidos políticos (art. 107); respeto por las libertades fundamentales en los estados de excepción (art. 214) y la libertad económica (art. 333).

Como concepto, la Constitución consagra múltiples derechos, pero los alcances y aplicaciones concretas de tales derechos los señala explícitamente la Corte Constitucional. En este sentido, la libertad económica fue definida por esta Corte como la facultad que tienen las personas de ejercer actividades económicas para crear, conservar o aumentar su patrimonio (T-425 de 1992). A su vez, la misma Corte expresó que la libertad económica comprende otros dos conceptos igualmente constitucionales: la libertad de empresa y la libre competencia (C-992 de 2006).

El Tribunal Constitucional colombiano en la sentencia C-524 de 1995 definió la libertad de empresa como:

Aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial -la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral.

La Corte observa que la palabra empresa debe ser entendida en dos acepciones: como actividad económica organizada en los términos del artículo 25 del Código de Comercio, y como instrumento para el ejercicio de dicha actividad a través de una organización económica típica. Es decir, la libertad de empresa comprende tanto el derecho de ejercer la industria a través de la producción de bienes o servicios, como la libertad para el comercio a través del intercambio de estos; así como comprende la libertad para afectar un conjunto de bienes materiales o inmateriales para la industria o el comercio (como en las empresas unipersonales) o para constituir sociedades (limitadas, anónimas, cooperativas y demás) que se dediquen a la actividad económica.

Dentro de la libertad de empresa se encuentran los derechos a escoger oficio o profesión, la autonomía para escoger el domicilio donde se ejercerá la actividad económica, la independencia para determinar el nombre comercial, la voluntad para escoger la forma asociativa o la forma de organizar los bienes para la industria y el comercio. Así mismo, el empresario tiene libertad de dirección y de emprender nuevas empresas, así como de constituir todos los establecimientos de comercio que considere pertinentes y de contratar el número de trabajadores que requiera y la libertad para establecer canales de distribución y estrategias de mercadeo; para contratar y negociar con quien desee siempre que no haya algún impedimento legal.

Bajo todo este panorama, la fabricación, transformación, circulación de bienes manipulados genéticamente u obtenidos a través de procedimientos biotecnológicos para la obtención de beneficios o ganancias orientadas a crear, mantener o aumentar la riqueza, están protegidas constitucionalmente bajo el concepto de libertad económica, la cual implica, al mismo tiempo, la posibilidad de disponer de bienes (como los establecimientos de comercio) y servicios o constituir sociedades comerciales o civiles para tal fin.

Es decir, el montaje y la actividad de las biofábricas, en principio, se ajustan al marco constitucional y se garantiza su desarrollo en medio de la economía del país.

1.2 La intervención del Estado sobre aspectos económicos

Ahora bien, la libertad económica y empresarial, constitucionalmente hablando, no es absoluta. Dispone el artículo 333 de la Constitución que *“el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”*.

La intervención del Estado en la economía no está supeditada a garantizar la libertad económica en el sentido de avalar una libertad absoluta para todos los actores sino para proteger los agentes económicos y mantener el equilibrio en la economía. Como ya se señaló anteriormente, el artículo 334 de la Constitución Política dispone que *“la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía”*. Y la intervención del Estado en la economía se justifica con el objeto de:

- Conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes,

- La distribución equitativa de las oportunidades,
- La distribución equitativa de los beneficios del desarrollo,
- La preservación de un ambiente sano.

Orientado todo esto al tema de las biofábricas puede decirse que es evidente la mano del Estado en todos los aspectos relacionados con ellas desde el acceso al recurso genético, pasando por la investigación y la experimentación, las pruebas de seguridad antes de salir al mercado por parte del ICA, la forma de etiquetar o rotular los productos, los requisitos de importación, de exportación, registros sanitarios, exenciones tributarias para la importación de tecnología agrícola, generación de puestos permanentes de trabajo, zonas francas y demás.

En un ilustrador texto de la sentencia C-992 de 2006, la Corte Constitucional ejemplifica los modos de intervención estatal en la economía:

Ha advertido la Corte que el resultado económico de las empresas no es indiferente para el Estado. En algunos casos se busca favorecer la industrialización de una determinada región; en otros, los objetivos de la política económica, pueden orientarse a desestimar ciertas iniciativas y empresas, ya sea por una excesiva oferta en el mercado o por sus efectos perjudiciales en términos de absorción de determinadas materias primas o recursos financieros. En estos casos, aparte de los medios de intervención directa como el que se evidencia mediante las empresas industriales y comerciales, el Estado puede legítimamente establecer políticas de estímulo de las que se beneficiarían los agentes económicos que sigan sus pautas. El conjunto de estas políticas -créditos de fomento, exenciones tributarias, garantías, autorizaciones especiales, facilidades crediticias y cambiarias, contratos-programa, premios, inversiones en el capital social, etc.-, sin duda, amplía la esfera de la empresa y le imprime materialmente a su actividad, en la medida en que ella efectivamente secunde los objetivos de la intervención estatal, una función social específica.

La función social, es uno de los elementos que justifica la intervención estatal en la economía.

2. LAS BIOFÁBRICAS Y SU FUNCIÓN SOCIAL

Si bien, como ya se trató, la empresa y la iniciativa privada son derechos de rango constitucional, la Constitución Política no establece que estos sean derechos ilimitados, por el contrario les pone profundas e importantes limitaciones.

Frente a la libertad económica, la Corte Constitucional ha señalado que es “(...) una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico,

según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio” (T-425 de 1992). Puede observarse que la libertad es tratada por la Corte como una facultad que tienen todas las personas. En este sentido, por persona debe entenderse tanto la natural como la jurídica, ambas con capacidad de tener un patrimonio, con derechos y obligaciones. Y haciendo un énfasis especial en el sentido que la libertad económica como facultad busca crear, mantener o incrementar el patrimonio de la persona, se puede deducir que la libertad económica se fundamenta en el capital privado, en la acumulación individual de riqueza. Pero también, la Corte ha expresado, haciendo referencia a la libertad económica, que ésta “se considera una de las bases del desarrollo económico, social y expresión de una sociedad democrática y pluralista” en un Estado Social de Derecho (C-992 de 2006). Es decir, si bien la libertad económica es una facultad de acumular riqueza individualmente, esa libertad no es absoluta y por el contrario está inmersa y limitada jurídicamente por el aspecto social.

El artículo 95 de la Constitución señala que la calidad de colombiano enaltece toda la sociedad colombiana y que “*todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades*”. Para el caso, los derechos personales y las libertades de ejercer actos de comercio y enriquecerse implican responsabilidades con el Estado, la sociedad y el medio ambiente.

En el último inciso del artículo 333 la Constitución Política señala que “*la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación*”. Así mismo, estipula que “*la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades*” y que “*la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones*”.

De este modo, la Constitución le impone a la actividad económica las siguientes limitaciones y obligaciones: el interés social o bien común¹, el ambiente², el patrimonio cultural de la Nación, la competencia leal³ y la función social de la propiedad.

1 “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común”. Art. 333, Constitución Política.

2 Artículos 78 a 81, 289, 317 de la Constitución Política.

3 Ley 256 de 1996. Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal.

2.1 El interés social

El interés social hace referencia al bien común, se basa en el precepto constitucional del artículo 58 donde se estipula que *“cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”*.

En virtud del interés público, legalmente se permite:

- La expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa, conforme el artículo 58 de la Constitución, para obras de beneficio general. Así, el interés común permite la expropiación de tierras, locales, vehículos, establecimientos de comercio, casas y todo tipo de inmuebles. Pero siempre que haya expropiación debe existir la respectiva indemnización como compensación justa y para impedir un detrimento patrimonial personal injusto.
- Por el interés común el Estado puede prohibir el patentamiento de algo. Al respecto, el artículo 20 de la Decisión 486 de 2000 en el literal a) estipula que *“no serán patentables las invenciones cuya explotación comercial en el territorio del País Miembro respectivo deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moral”*. Y en el literal b) consagra que no serán patentables *“las invenciones cuya explotación comercial en el País Miembro respectivo deba impedirse necesariamente para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales, o para preservar los vegetales o el medio ambiente”*.
- También, el Estado puede disponer del otorgamiento obligatorio de licencias de patentes para su explotación por razones de interés público, de emergencia o seguridad nacional, de acuerdo al artículo 65 de la Decisión 486 de la CAN. Incluso, se pueden expropiar patentes relacionadas con la salud pública o la defensa del país (art. 565 Código de Comercio).
- De igual manera, el artículo 80 de la ley 23 de 1982 (Ley de Derechos de Autor) permite la expropiación de los derechos patrimoniales de una obra que sea considerada de gran valor para el país.
- En virtud del interés común, a través de la regulación del mercado, el Estado puede imponer monopolios (art. 336 Constitución), como lo es el caso en la actualidad de los juegos de azar y licores.
- El Estado puede suspender o intervenir actividades que vayan en contra del interés común como acaparamiento de productos básicos, uso de precios injustos, control de las tasas de interés, consumo de medicinas, actividades altamente contaminantes, etc.

Es claro entonces, que tratándose de las biofábricas, estas en cualquier momento pueden verse sometidas a algún tipo de intervención estatal por la expropiación con miras a proteger, desarrollar o garantizar el bien común. Por ejemplo, si algún propietario de una biofábrica ha desarrollado algún tipo de producto protegido por patente biomédica con base en plantas modificadas genéticamente que es necesaria para combatir una epidemia, el Estado estaría en plena potestad de someterla a licencia obligatoria para que otras entidades públicas o privadas la produzcan en función del interés social.

El interés común es, de hecho, un principio general tenido en cuenta en el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales; en el mismo preámbulo se determina que las partes contratantes “*están conscientes de los problemas especiales que representa el reconocimiento y protección del derecho del obtentor y especialmente las limitaciones que pueden imponer al libre ejercicio de tal derecho las exigencias del interés público*”. El artículo 9º lo ratifica al señalar que “*El libre ejercicio del derecho exclusivo concedido al obtentor sólo podrá limitarse por razones de interés público*”.

2.2 El medio ambiente

Otro de los límites que la Constitución y la ley imponen a la libre empresa es el respeto por el medio ambiente. Esto implica para las biofábricas:

- No explotar los recursos hasta menguarlos, acabarlos o agotarlos sino preservar o conservar los recursos que ofrece el medio ambiente.
- No regalar los recursos a los extranjeros: art. 81, Constitución Política.
- Aportar sus conocimientos a la protección de las especies, no a su extinción.
- Prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental.
- Respetar los conocimientos de las comunidades indígenas, afrodescendientes y campesinas.
- Respetar las normas de importación y exportación de material genético
- No exponer el ambiente innecesaria e irresponsablemente, para ello es necesario hacer las correspondientes pruebas de bioseguridad.
- Guardar el paisajismo, es decir, la belleza natural del paisaje o la armonía estética y ambiental de lo que es propio de la naturaleza con las obras o intervenciones del hombre.

2.3 Competencia responsable

Otro elemento regulador de la libertad económica y de empresa es el ejercicio de la competencia responsable. La libre competencia es de rango constitucional, el artículo 333 consagra que “*La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades*”. La Corte Constitucional la reconoció como principio constitucional (T-368 de 1995).

La Corte ha entendido de manera reiterada que la libre competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita (C-992 de 2006).

En Colombia la competencia legal está reglamentada, principalmente, en la Ley 256 de 1996. El artículo 7º de esta norma, en concordancia con el Convenio de París, señala que se considera competencia desleal “*todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.*”

De este modo se consideran de competencia desleal los actos que busquen desviar la clientela a través de artimañas contrarias a las sanas costumbres o usos honestos; los actos que desorganicen internamente la empresa, el ejercicio mercantil o el establecimiento de comercio del competidor; los actos que busquen crear confusión frente a la actividad mercantil o los establecimientos de comercio ajenos; así mismo, es desleal engañar al público o inducirlo a error sobre la actividad, los productos, servicios o los establecimientos de comercio de la competencia a través de afirmaciones falsas, incorrectas u omitiendo información verdadera. También, son desleales los actos que buscan desacreditar la competencia; imitarla de manera exacta o que genere confusión; usando publicidad comparativa incorrecta, falsa o parcializada con productos o servicios de otros; es desleal la explotación de la reputación ajena a través del uso de sus marcas, nombres comerciales, denominaciones de origen, etc.; la divulgación o la explotación sin autorización de secretos industriales o empresariales; la inducción a los trabajadores, proveedores, clientes de la competencia a infringir o terminar irregularmente un contrato con él; obtener una ventaja competitiva violando alguna norma jurídica o hacer pactos exclusivos de suministro cuando se busca restringir el acceso de los competidores al mercado.

Todas estas acciones reportadas como negativas por la ley están orientadas a mantener el equilibrio en las relaciones entre los agentes del mercado que se conservan en tensión de intereses. Por ello, para el ejercicio de la libre competencia se requiere que los agentes del mercado tengan libertades para ejercer su actividad comercial o industrial sin más límites que los impuestos por la misma sociedad y el Estado, y que los consumidores puedan escoger con toda libertad qué bienes o servicios desean consumir.⁴

La Corte Constitucional ha destacado la doble dimensión en que debe examinarse el derecho de la libre competencia, dado que la misma comporta no solo la defensa de intereses privados sino que también propende por la protección del interés público y por ello de la Constitución. Al respecto ha señalado la Jurisprudencia lo siguiente:

La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana concurrencia. De ahí, que la Carta Fundamental, le ha impuesto expresamente al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado (C-616 de 2001).

Pero además, la Corte Constitucional en sentencia C-815 de 2001 estimó que la competencia económica no sólo es un derecho individual sino también colectivo, toda vez que la competencia leal permite que el empresario como individuo obtenga un lucro personal al mismo tiempo que genera beneficios colectivos en cabeza de todos los consumidores al recibir bienes y servicios de mejor calidad, a un precio justo y con mayores garantías. Considera la Corte que, de acuerdo con lo anterior, el Estado actúa como garante de los derechos económicos de los ciudadanos en su calidad de consumidores corrigiendo las desigualdades sociales que se puedan presentar por el ejercicio de una actividad empresarial que es irregular y arbitraria. Para ello, el Estado tiene la función de vigilar y guardar el equilibrio en la relación o tensión entre los competidores, pero además, debe promover o estimular la existencia de una pluralidad de oferentes que ofrezcan múltiples opciones de donde puedan elegir los consumidores, evitando los monopolios que terminen abusando de la comunidad, de los demás competidores y sacrificando el interés público por los beneficios particulares.

4 Cfr. Sentencia C-382 de 2002.

Los empresarios públicos o privados, con ánimo de lucro o sin él, que ejerzan la actividad comercial a través de las biofábricas, igualmente deben adaptarse a las normas de la libre y limpia competencia, evitando realizar prácticas desleales que afecten el mercado al limitar las actividades de las demás biofábricas, aprovechándose de sus marcas o signos distintivos, confundiendo a los clientes o realizando cualquiera de los actos mencionados en este acápite. Entre otras cosas, un mercado sano de biofábricas permitirá que se desarrollen más establecimientos de este tipo, que todas puedan crecer de manera sostenible y se genere un mercado de consumo estable y maduro que permita un crecimiento continuo nacional e internacional en beneficio de todos, aunque la realidad a veces desborda un poco los ideales por el tamaño, el poder y la influencia de algunos de los competidores en el mercado biotecnológico.

2.4 La función social de las biofábricas

Sobre la función social las Constituciones Políticas, tanto de 1886 como la de 1991, son explícitas en su referencia. Dice la vigente en el artículo 58 que “*se garantiza la propiedad privada (...) la propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica*”. Pero directamente sobre la empresa señala el artículo 333 que “*la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones*”.

La iniciativa privada está contemplada en la Constitución, la propiedad es un derecho fundamental, en principio un derecho individual privado, la empresa igual. Y como privados buscan un lucro personal.

Pero la propiedad y la empresa, tienen un doble fin: el beneficio personal y el beneficio social. La Constitución es categórica en señalar que la propiedad “*es*” una función social, y eso quiere decir que forma parte de su esencia, de su naturaleza, que no es algo accidental o accesorio.

El Código Civil, en el libro de los bienes, señalaba en el artículo 669 que el dominio o propiedad “*es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella <arbitrariamente⁵>, no siendo contra ley o contra derecho ajeno*”. La propiedad como un derecho personal era llevada incluso al uso abusivo.

Pero bajo la concepción de la función social se entiende que la propiedad, más que un derecho con efectos para una sola persona, implica una acción o una omisión que repercute en los demás por la naturaleza social del ser humano, porque el derecho

5 La palabra <arbitrariamente> fue declarada inexecutable mediante la Sentencia C-595 de 1999, con base en el principio de la función social enmarcada constitucionalmente en un Estado Social de Derecho.

subjetivo se establece en el ámbito de la colectividad, en donde el interés particular debe ceder al interés social sin querer decir que lo segundo anula lo primero o que sean excluyentes, más bien complementarios cuando se entiende que los bienes y la propiedad que se ejerce sobre ellos tienen la doble dimensión de beneficio para el individuo (para su lucro personal) y para los demás (beneficio social). El individualismo absoluto desaparece, con mayor razón, bajo la concepción constitucional de un Estado Social de Derecho. Expresa el primer artículo de la Constitución que Colombia es una República fundada en *“la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”*. En el artículo 58 repite de nuevo que *“cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”*. El nuevo Estado busca el crecimiento económico con desarrollo social.

Sin embargo, toda propiedad no tiene la misma responsabilidad social o las mismas obligaciones porque cada bien, cada propiedad, cada empresa y cada persona poseen características diferentes, no son homogéneas sino que por el contrario se evidencian plurales en sus naturalezas, valores y fines, lo que hace variar de igual modo el aspecto de la función social que debe cumplir el bien, la propiedad, la empresa en razón de su esencia. La Corte Constitucional ha reconocido este tratamiento diferenciado al expresar que *“la función social de la propiedad presenta diversas y matizadas caracterizaciones, las cuales están determinadas por la naturaleza de los bienes, su clase, y la entidad que es titular de los derechos que de ella emanan, así como también por la posición económica de las personas que la poseen”* (C-589 de 1995).

Definir con exactitud la función social de las biofábricas sería una odisea dogmática y práctica, sin embargo, algunos elementos pueden ofrecerse como guía de lo que podría ser considerado como tal.

Para empezar, como lo expresa la misma Constitución, la función social implica una función ecológica. Por lo tanto el respeto por el medio ambiente, como se trató en el numeral anterior y como se tratará en el capítulo siguiente, forma parte de la función social de las biofábricas.

Otra acción que puede ser tomada como parte de la función social sería el componente educativo. Parte de la labor social que puede ser ejercida desde las biofábricas va desde la información sobre los procesos biotecnológicos a estudiantes de primaria, secundaria, media técnica y estudios superiores donde impacta la biofábrica, al igual que a la comunidad que le circunda.

La educación también puede darse desde la capacitación biotecnológica para el trabajo, preferiblemente de personas que estén en el área de influencia de las biofábricas.

Así mismo, podrían ir de la mano con la formación en las universidades, con prácticas al interior de las biofábricas, permitiendo el acceso a los laboratorios e instalaciones para prácticas dicentes o con el apoyo de actividades de extensión, por ejemplo.

La función social, de igual manera se cumple al ser la solución a problemas existentes. En el preámbulo del “*Estatuto del Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología*” hecho en Madrid el 13 de septiembre de 1983 y aprobado en Colombia por la Ley 208 de 1995 se lee que los Estados miembros reconocen “*la necesidad de desarrollar y aplicar la utilización pacífica de la ingeniería genética y la biotecnología en beneficio de la humanidad*” y que sienten “*el apremio de utilizar el potencial de ingeniería genética y de biotecnología para contribuir a resolver los problemas acuciantes de desarrollo, en particular en los países en desarrollo*”. Las biofábricas, dentro de su labor investigativa y experimental –las que realicen investigación, porque la biofábrica en cuanto tal es el centro de reproducción de los derivados de la investigación- deben estar avocadas a buscar la solución a los problemas apremiantes de las poblaciones más vulnerables socialmente. Por ejemplo, el Centro Internacional de Agricultura Tropical, con asiento en el Valle del Cauca está desarrollando una investigación sobre yucas que permitan ofrecer una nutrición adecuada a países como los del continente africano donde las condiciones geográficas no son favorables para la agricultura. Igual, para la fabricación de medicinas naturales a las que puedan acceder las personas de escasos recursos o productos biomédicos que permitan el mejoramiento de la calidad de vida de las personas. Respetando y retribuyendo a las comunidades campesinas, indígenas y afrodescendientes los conocimientos tradicionales que hayan podido favorecer un producto o procedimiento explotado en una biofábrica. Sobre la protección a los conocimientos tradicionales se ha pronunciado la Corte Constitucional en las sentencias referidas a la biotecnología: C-137 y C-262 de 1996. Al respecto señala la Decisión Andina 391 de 1996 “*que existe una estrecha interdependencia de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales con los recursos biológicos que debe fortalecerse, en función de la conservación de la diversidad biológica y el desarrollo económico y social de las mismas y de los Países Miembros*”.

Investigación: apoyo al desarrollo tecnológico y científico nacional en pro del beneficio común. Un hermoso artículo tomado de la ley 841 de 2003 que reglamenta la profesión de bacteriología pero que puede ser aplicado a todo el tema general de la investigación en biotecnología estipula lo siguiente:

ARTÍCULO 19. PROPÓSITO DE LA INVESTIGACIÓN EN BENEFICIO DE LOS SERES HUMANOS. El propósito de la investigación en beneficio de los seres humanos y sin detrimento de los ecosistemas, debe ser el de mejorar

los procedimientos diagnósticos, terapéuticos y preventivos y la comprensión de la etiología y patogenia de las enfermedades. De ninguna manera puede ser propósito de las investigaciones científicas buscar hacer daño a los seres humanos y al hábitat, como es el caso de fabricar armas biológicas y microorganismos para el control biológico de la agricultura que se liberen causando perjuicios imprevisibles.

La labor investigativa, igualmente puede ir de la mano con las universidades. De hecho, la Decisión 391 de 1996 es explícita en la función social investigativa en el manejo de recursos naturales. En el artículo 17 la Decisión señala: es obligación que *las solicitudes y contratos de acceso y, de ser el caso, los contratos accesorios incluirán condiciones tales como:* a) *La participación de nacionales de la Subregión en las actividades de investigación sobre recursos genéticos y sus productos derivados y del componente intangible asociado;* b) *El apoyo a investigaciones dentro de la jurisdicción del País Miembro de origen del recurso genético o en cualquier otro de la Subregión que contribuyan a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica;* c) *El fortalecimiento de mecanismos de transferencia de conocimientos y tecnologías, incluidas las biotecnologías, que sean cultural, social y ambientalmente sanas y seguras;* d) *El suministro de información sobre antecedentes, estado de la ciencia o de otra índole, que contribuya al mejor conocimiento de la situación relativa al recurso genético del cual el País Miembro sea país de origen, su producto derivado o sintetizado y componente intangible asociado;* e) *El fortalecimiento y desarrollo de la capacidad institucional nacional o subregional asociada a los recursos genéticos y sus productos derivados;* f) *El fortalecimiento y desarrollo de las capacidades de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales con relación a los componentes intangibles asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados;* g) *El depósito obligatorio de duplicados de todo material recolectado, en instituciones designadas por la Autoridad Nacional Competente;* h) *La obligación de poner en conocimiento de la Autoridad Nacional Competente los resultados de las investigaciones realizadas (...)*

La función social de las biofábricas, también implica el pago de una retribución justa por el acceso a los recursos naturales. Estipula el artículo 35 de la Decisión 391 de 1996:

Cuando se solicite el acceso a recursos genéticos o sus productos derivados con un componente intangible, el contrato de acceso incorporará un anexo como parte integrante del mismo, donde se prevea la distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de la utilización de dicho componente.

El anexo será suscrito por el proveedor del componente intangible y el solicitante del acceso. También podrá ser suscrito por la Autoridad Nacional

Competente, de conformidad con las previsiones de la legislación nacional del País Miembro. En caso de que dicho anexo no sea suscrito por la Autoridad Nacional Competente, el mismo estará sujeto a la condición suspensiva a la que se refiere el artículo 42 de la presente Decisión.

El incumplimiento a lo establecido en el anexo será causal de resolución y nulidad del contrato de acceso.

La función social no es sólo para las empresas, igualmente los profesionales poseen una función implícita en el ejercicio de su profesión. Para el caso de los bacteriólogos, en el párrafo del artículo 7° de la Ley 841 de 2003, el legislador enfáticamente señala que *“el ejercicio de la profesión de Bacteriología, per se, constituye una función social. De esta manera, los bacteriólogos son responsables civil y penalmente por el ejercicio de su profesión u oficio”*. Y más adelante en el artículo 10° les prohíbe *“participar en programas que signifiquen la fabricación de armas bacteriológicas, genéticas o cualquier elemento biológico que atente contra la salud comunitaria”*. Siendo los biólogos y bacteriólogos los encargados directos del manejo genético de las especies, es entendible que se les exija un comportamiento ético y social frente al uso de sus conocimientos y capacidades.

Por último, se debe decir que el control medio ambiental y público debe hacerse buscando que la bioindustria se diseñe para satisfacer necesidades sociales y no las necesidades de los que poseen el capital, que lo único que harían sería buscar la multiplicación de las utilidades y de los dividendos. Para ello, las universidades deben ser las abanderadas en la conformación de empresas mixtas. Lamentablemente, pensar en un monopolio del Estado en este sector industrial no sería viable, primero por la carencia de recursos financieros para ello, incluyendo el capital de riesgo para el montaje y puesta en marcha de las biofábricas; segundo, porque la investigación en biotecnología y biomedicina es realmente escasa y ello sólo haría reducir la inversión privada en estas áreas (incluyendo las mismas universidades privadas); tercero, el modelo neoliberal de apertura de mercados, privatización de las empresas públicas y reducción de la intervención estatal en los mercados frena la posibilidad de crear una infraestructura estatal con o sin ánimo de lucro que busque el interés común.

La investigación universitaria puede ser o funcionar como un control democrático para que los objetivos planteados en los proyectos se cumplan. Las universidades son más pluralistas, poseen una marcada vocación social, poseen mayor control del conocimiento y por ello son las primeras llamadas a consolidar el mercado de las biofábricas avocadas al bienestar de una población sumida en la pobreza y la limitación, como pasa en Latinoamérica, África y países del oriente asiático.

2.5 El riesgo social

Haciendo ya un quiebre con la teoría y aterrizando la normatividad vista, debe señalarse que un capítulo sobre la función social de las bioempresas se justifica en una investigación jurídica por las condiciones sociales y económicas de los países de la región que poseen grandes extensiones de tierra cultivables, son megadiversos pero cuentan con unas economías débiles que los hace dependientes de los grandes jugadores del mercado global como bancos o fondos mundiales con fuertes intereses económicos, países ricos, organismos mundiales y multinacionales con gran poder de influencia en la política y la economía.

Un capítulo sobre la función social de las biofábricas se justifica, con mayor razón, cuando existen quejas alrededor de todo el globo por los actos abusivos pero legales por parte de las grandes empresas que controlan el mercado biotecnológico.

Las quejas están fundamentadas en los siguientes hechos:

Cuando un agricultor “voluntariamente” acepta el uso de esta tecnología, las empresas dueñas de estas patentes, lo obligan a firmar un contrato, en donde se incluyen cláusulas, con implicaciones judiciales como: El agricultor reconoce las patentes que protegen la tecnología y las semillas; el agricultor se compromete a: solo utilizar la semilla para una siembra (debe devolver las que sobren), no guardar semillas, regalarlas o comercializarlas. Además el contrato tiene cláusulas de confidencialidad sobre la tecnología y también la empresa puede inspeccionar y realizar pruebas en campos sembrados con semillas MG, luego de 3 años. El incumplimiento del contrato, lleva a la terminación de este y la devolución de las semillas; permitiendo a la empresa la destrucción del cultivo sin indemnización y puede entablar una demanda que lleve a la privación de la libertad; como lo determina Ley 1032/jun. 2006, que modifica art. 306 del Código Penal, en donde se penaliza la usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales protegidos legalmente o similarmente confundibles con uno protegido legalmente. La norma dice que la pena consiste en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Finalmente con estos contratos, inevitablemente ocurrirá lo que ya ha sucedido en otras partes del mundo, en donde los agricultores han sido llevados a las Cortes judiciales porque a sus cultivos han llegado, vía contaminación, o alguna otra forma, semillas transgénicas, y han sido condenados por tener semillas patentadas. Es decir que “el contaminado es el que paga”. Es por ello que la mayoría de los pequeños agricultores en el mundo que no quieren estos cultivos, exigen que se aplique el “prin-

“cipo de precaución”, en donde frente un inminente daño, es suficiente argumento para poder decir ‘no’”.⁶

De manera que las biofábricas ofrecen grandes oportunidades y ventajas económicas y sociales, pero cuando son orientadas a la acumulación de riqueza desconociendo su función social se convierten en empresas de riesgo más que de oportunidades.

Los riesgos son reales:

*En la otra esquina permanecen las compañías transnacionales, que en 2002 gastaron más de 50 millones de dólares en campañas de promoción de sus productos, y que llevan adelante sólo en Estados Unidos y Canadá **más de dos mil juicios contra agricultores** a los que acusan de usar sus semillas sin autorización. Monsanto es la dueña de todas las semillas de soja transgénica que se cultivan en el mundo y recibe por ello regalías de miles de agricultores. Estos se ven impedidos por contrato a reutilizar parte de la semilla que obtienen de la cosecha de soja, lo que obliga a romper la tradicional selección de semillas de miles de pequeños campesinos del mundo (Negrilla fuera de texto)⁷.*

Es por eso que desde este trabajo se insiste en que la investigación en biotecnología y el desarrollo de bioempresas y biofábricas deben hacerse desde las universidades -preferiblemente públicas o privadas con una clara administración y política social-, desde las entidades gubernamentales o a través de empresas de economía mixta donde exista un concreto y real control del bien común, donde se equilibren los beneficios individuales y los intereses colectivos o sociales, a través de generación de empleo, de acceso a la información y transferencia de tecnología a los campesinos, de la implementación de cultivos de carácter comunitario, respeto por el medio ambiente, usos y costumbres de la región, cobrando precios ajustados a las condiciones económicas de los clientes y evitando el abuso del derecho, retribuyendo a las comunidades la información que han brindado, entre otras acciones.

CONCLUSIÓN

En conclusión, las biofábricas, enmarcadas dentro de la constitucionalidad colombiana como bien o empresa, tienen una función social, con función ecológica, orientada al beneficio particular pero al mismo tiempo social que involucra el control del riesgo ambiental, el respeto de la competencia, la formación educativa, el

6 GRUPO SEMILLAS. Aprobado el cultivo de maíz transgénico en Colombia. Una amenaza a la biodiversidad y soberanía alimentaria [en línea]. Colombia: 2007. Disponible en: <http://www.semillas.org.co/sitio.shtml?apc=d1d-20155120-20155120&volver=1> [Consulta 21 de marzo de 2009].

7 CEVALLOS, Diego. La conquista de los transgénicos [en línea]. Uruguay: Tierramérica, 2006. Disponible en: www.tierramerica.info/nota.php?lang=esp&idnews=2199 [Consulta 21 de marzo de 2009]. Si se desea conocer un caso específico y controversial, búsquese el caso Percy Schmeiser contra Monsanto.

respeto por los conocimientos tradicionales, el apoyo al desarrollo tecnológico, la aplicación de conocimientos en beneficio de la región y el pago justo por el acceso y la explotación de los recursos naturales.

BIBLIOGRAFÍA

CEVALLOS, Diego. La conquista de los transgénicos [en línea]. Uruguay: Tierramérica, 2006. Disponible en: www.tierramerica.info/nota.php?lang=esp&idnews=2199 [Consulta 21 de marzo de 2009].

GRUPO SEMILLAS. Aprobado el cultivo de maíz transgénico en Colombia. Una amenaza a la biodiversidad y soberanía alimentaria [en línea]. Colombia: 2007. Disponible en: <http://www.semillas.org.co/sitio.shtml?apc=d1d-20155120-20155120&volver=1> [Consulta 21 de marzo de 2009].

Normatividad

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. Decisión 391 de 1996.

_____. Decisión 486 de 2000.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 23 de 1982.

_____. Ley 208 de 1995.

_____. Ley 256 de 1996.

_____. Ley 841 de 2003.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto 410 de 1971. Código de Comercio.

Jurisprudencia

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T 425 de 1992.

_____. C 524 de 1995.

_____. C 589 de 1995.

_____. T 368 de 1995.

_____. C 137 de 1996.

_____. C 262 de 1996.

_____. C 595 de 1999.

_____. C 616 de 2001.

_____. C 382 de 2002.

_____. C 992 de 2006.



Autora: Paola Gamboa

Título: ¿Habitar?

Técnica: acrílico y carburo de silicio sobre lienzo

Dimensiones: 2.00 x 1.45 m

Año: 2008

LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL COMO CONTEXTO DE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL “LAVADO DE ACTIVOS”*

* Este artículo es un fragmento del primer capítulo de la investigación terminada “*El tipo de comisión dolosa de «blanqueo de capitales» (Art. 301 Código penal español). Especial referencia a sus aspectos político-criminales y al bien jurídico tutelado*”, trabajo dirigido por el profesor Dr. JUAN TERRADILLOS BASOCO, y con el cual se obtuvo el título de Doctora en Derecho por la Universidad de Cádiz, el día 7 de noviembre de 2008.

Fecha de recepción: Marzo 24 de 2009

Fecha de aprobación: Mayo 4 de 2009

LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL COMO CONTEXTO DE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL “LAVADO DE ACTIVOS”

*Diana Patricia Arias Holguín***

RESUMEN

El artículo trata fundamentalmente de la internacionalización del Derecho penal desde una perspectiva amplia; este fenómeno está estrechamente vinculado con las consecuencias que ha generado la globalización de la economía de orientación neoliberal en diversos ámbitos del contexto social, entre ellos, la política-criminal. Para adentrarse en este tema, la autora se vale de un caso: el «lavado de activos». Respecto a él afirma que las normas supranacionales que lo conforman, consolidan un sistema de represión expansivo y autoritario; este último cuando es trasladado al interior de los ordenamientos nacionales genera importantes tensiones con las garantías y los derechos de libertad adscritos al Estado social y democrático de derecho. Para ilustrar este último aspecto describe someramente las regulaciones de España y Colombia.

Palabras clave: globalización económica, política-criminal, directrices político-criminales supranacionales, Unión Europea, tipos de recogida, tipos de aislamiento, comiso, Estado-nación, Derecho penal de enemigo, Derecho penal simbólico, Derecho penal hiper-efectivo.

INTERNATIONALIZATION OF CRIMINAL LAW AS THE CONTEXT FOR THE CRIMINAL POLICY OF “MONEY LAUNDERING”

ABSTRACT

This article refers primarily to the internationalization of criminal law from a broad perspective. This phenomenon is closely related to the consequences arising from the globalization of neoliberal economic orientation in various areas of social context, including the criminal policy. To venture into this subject, the author uses a case: the “money laundering”, which she asserts that supranational rules that integrate it, build an expansive and authoritarian system of repression when it is transferred to internal national legal systems where it generates significant tensions with the guarantees and the rights of liberty attached to the social and democratic State of Law. To illustrate this last point it briefly describes the legal regulations of Spain and Colombia.

Keywords: economic globalization, criminal policy, supranational criminal policy guidelines, European Union, collection prescripts, isolation prescripts, confiscation, The Nation-State, criminal law for enemies, symbolic criminal law, hyper-effective criminal law.

** Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Antioquia. Miembro del Grupo de Investigación Derecho y Sociedad de la Facultad de Derecho y Ciencias y Políticas de la Universidad de Antioquia.

LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL COMO CONTEXTO DE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL «LAVADO DE ACTIVOS»

1. INTRODUCCIÓN

Este escrito tiene como objetivo realizar una aproximación a la internacionalización [o mundialización] del Derecho penal, la cual, quizás adquiere unos contornos más precisos bajo la expresión: «Derecho penal de la globalización».

Para el logro del fin propuesto se hará uso del delito de «lavado de activos», en la medida en que se parte de la hipótesis de que su regulación no sólo ejemplifica el rasgo al que se está aludiendo, sino que además permite mostrar que, si bien la internacionalización del Derecho penal se verifica de una manera acuciante en Europa, debido a las particularidades del mercado único, ésta no es privativa de la Unión Europea, dado que se extiende [en algunas materias como por ejemplo, narcotráfico, terrorismo, criminalidad organizada], fuera de ella a otros países, como los latinoamericanos, tan diversos en sus sistemas económicos y sociales respecto del viejo continente¹.

El artículo constará, en primer lugar, de una caracterización general de la internacionalización del Derecho penal; en segundo lugar, abordará el «lavado de activos», describiendo su naturaleza supranacional, para en seguida presentar someramente las regulaciones de España [en menor medida de Alemania] y Colombia. En tercer lugar, mostrará algunas de las consecuencias negativas de tal tendencia; y finalmente, se presentarán unas consideraciones conclusivas.

2. LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL: PERSPECTIVA GENERAL

Cuando se habla de internacionalización del Derecho penal se alude a aquel modo de producir el derecho en el que las decisiones sobre la conveniencia de incor-

1 Sobre los nombres con los que se designan los comportamientos de legitimación de capitales, M. ABEL SOUTO: *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, USC, Santiago de Compostela, 2002, pp. 33-34. Aquí se empleará la locución «lavado de activos»; no obstante, en las citas se respetará la elegida por los autores.

parar al ordenamiento jurídico medidas de naturaleza punitiva tienen una fuente supranacional.

Esto sucede no “(...) sólo en materia de cooperación o colaboración policial o judicial, sino también en materia de derecho sustantivo y procesal. Las razones que subyacen a la adopción de acuerdos en materia penal que traspasa la frontera nacional son de diversa índole, pero en su base está siempre el hecho de que se trata de cuestiones importantes que son comunes a varios Estados”².

En otras palabras, podría decirse que esta internacionalización es el fenómeno mediante el cual las legislaciones, en algunos casos con características antiliberales, se extienden, sobre todo para algunos ámbitos, a otras partes del planeta. La razón que explica tal ampliación, como ya se ha anunciado *supra*, está ligada a uno de los rasgos característicos del actual modelo capitalista, esto es, la globalización³.

Son muchos y diversos los efectos que la globalización produce en todos los ámbitos⁴. Aquí interesa destacar que en el contexto actual la perspectiva del Estado-nación que está estrechamente vinculada con el modelo del Estado social se encuentra en el eje de estas transformaciones. Desde esta perspectiva BERNARDI señala que:

“Es necesario partir del fenómeno de la globalización de la economía, que tiende sobretodo a erosionar inexorablemente la soberanía nacional y a mellar nuestra concepción «sistemática del derecho»; pero tiende además por reacción a estimular la extensión de la competencia nacional, en la tentativa de combatir las formas de criminalidad organizada con carácter transnacional unida al citado fenómeno. Tal extensión, dirigida como decía a perseguir en

2 C. MÉNDEZ RODRÍGUEZ: “Hacia la internacionalización del Derecho penal”, en AA.VV. *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, coords. I. Berdugo Gómez de la Torre y N. Sanz Mulas, Comares, Granada, 2005, p. 34; quien previamente, p. 33, ha manifestado: “Este fenómeno se está produciendo en niveles distintos y en ámbitos diferentes: por un lado se incrementan las iniciativas legislativas y proliferan convenios internacionales en materia penal por lo que los Estados se obligan con relación a tipos concretos de hechos delictivos, se aprecia una influencia creciente de disposiciones emanadas de la UE en el derecho penal nacional de los Estados, o se establece un catálogo de crímenes internacionales (en el Estatuto de la Corte Penal Internacional); por otro lado se ponen en marcha nuevos tribunales penales en el orden internacional: los de la antigua ex Yugoslavia y Ruanda, o, últimamente, la Corte Penal Internacional”.

3 Esta característica es percibida como una de las nuevas tendencias en materia penal. Así, J. M. SILVA SÁNCHEZ: *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 81 y ss.

4 En cuando a esto, J. E. FARIA: *El Derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001, p. 9: “(...) la globalización ha provocado la descentralización y fragmentación del poder, ha cambiado el perfil y la escala de los conflictos, ha vuelto crecientemente ineficaces las normas y los mecanismos procesales tradicionales utilizados por el derecho positivo para dirimirlos o neutralizarlos, ha redefinido el tamaño y, especialmente, las propias funciones del Estado, ha difuminado las líneas delimitadoras entre lo interno y lo externo, ha propiciado modos inéditos de articulación entre esferas locales, microrregionales, nacionales e internacionales, ha redefinido las relaciones entre intereses particulares y la idea del bien común y ha abierto el paso a nuevas formas de acción políticas, nuevos modelos de legalidad y nuevos patrones de legitimidad”.

base a la ley del Estado hechos cometidos fuera del territorio nacional, viene realizada [...] de un modo indirecto y soterrado (por ejemplo, previendo la posibilidad de que la autoridad judicial pueda sujetar a las penas previstas para el blanqueo, o para los delitos de carácter societario, comportamientos que presuponen la comisión de hechos considerados penalmente relevantes en base al ordenamiento nacional dentro de la cual actúa la autoridad, pero al mismo tiempo, son considerados lícitos según la ley del lugar en el cual se han cometido (...)).⁵

Ahora bien, una de las consecuencias que se derivan de esta internacionalización -no sólo para el contexto europeo-, es que ésta impone una homogenización normativa de las medidas penales que se emprenden para erradicar la criminalidad que está en el centro de los temores supranacionales, dentro de las que se encuentra, el «lavado de activos»⁶.

Frente a tal pretensión de unificación legislativa se erige como un obstáculo la contraposición de los órdenes penales sustantivos y procesales de los países que recepcionan tales iniciativas; una de las razones que explican tal situación, se halla en la diversidad que ostentan los Estados en cuanto al sistema de garantías que se incorporan en las Constituciones.

La dificultad de tal tarea se explica si se repara en que el afán de eficacia que inspira el diseño de las medidas internacionales en materia, por ejemplo, de narcotráfico, de criminalidad organizada, de terrorismo y de «lavado de activos», impide que las iniciativas que se recomiendan alcancen un suficiente grado de compatibilidad con sistemas de garantías exigentes, posiblemente adoptados en los ordenamientos que las adoptan⁷.

Un ejemplo de lo que se acaba de decir, se encuentra en las siguientes consideraciones de MORALES GARCÍA, a propósito de la cesión de garantías a las autoridades administrativas en el uso de la tecnología para acceder a datos reservados, en el contexto de una investigación criminal; la susodicha cesión fue planteada en el

5 Al respecto A. BERNARDI: “El Derecho penal entre globalización y multiculturalismo”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 8, Thomson-Aranzadi, Elcano (Navarra), 2002, pp. 14-15; J. A. BRANDARIZ GARCÍA: “Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito”, en AA. VV. *Derecho penal de exclusión. Terrorismo e inmigración*, dir. P. Faraldo Cabana, coords. L. M. Puente Aba y E. M. Souto de García, Tirant lo Blanch-Universidade da Coruña, Valencia, 2007, p. 144.

6 En cuanto a esto, S. SEMINARA: “La evolución del Derecho penal del mercado financiero desde una perspectiva europea”, en AA. VV. *La política criminal en Europa*, dirs. S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo, coord. V. Gómez Martín, Atelier, Barcelona, 2004, p. 274: “El objetivo de una homogeneidad en la previsión de los hechos punibles y de las respectivas sanciones [...] es hoy particularmente advertido en el Derecho penal económico [...] como consecuencia de la globalización de la economía [...]. Dentro de esta perspectiva, [...], la reflexión puede asumir como casos paradigmáticos los delitos de insider trading y de blanqueo de capitales”.

7 En esta dirección, A. BERNARDI: “El Derecho penal...”, citado, pp. 16-17.

borrador de la Propuesta del Consejo de Europa de 27 de abril de 2000 [el cual es previo y fuente del Convenio del Consejo de Europa sobre el Cybercrimen, abierto a la firma de países por fuera del Consejo de Europa]:

“La Unión Europea, [...], sintetizó su preocupación en torno a la participación en la Convención de países ajenos al Consejo de Europa [indicando entre otros, a Estados Unidos, Australia y Japón] y, por lo tanto a su tradición jurídica; así, mientras los países pertenecientes a la Unión Europea, traspusieron a su Derecho interno las diversas Directivas emanadas del Parlamento sobre la tutela de datos personales, e incluso los países pertenecientes al órbita (sic) del Consejo de Europa han debido asumir la política inherente a las Recomendaciones sobre la misma materia, los Estados ajenos a la UE o al Consejo de Europa no se encuentran vinculados a dicha normativa. De ahí que amén de la evidente diversidad filosófica en la tutela de datos personales existente entre Europa y Estados Unidos, nos encontremos ahora con la posibilidad de que cada Estado ofrezca a los datos personales obtenidos en un país de la Unión o el Consejo en el curso de una investigación criminal, una tutela jurídica muy inferior a la exigida en aquellos contornos territoriales, rompiéndose así la pretensión armonizadora y dejando a la legislación doméstica la salvaguarda efectiva de los derechos fundamentales”⁸.

Lo anterior no sería un dato tan alarmante si no fuera por el hecho de que estas políticas, que se gestan en la comunidad internacional, y que pueden poner en riesgo el arsenal de garantías dispuesto en los ordenamientos, tienden a imponerse, ya sea porque dejan poco margen al legislador «nacional» para adaptarlas a las exigencias constitucionales, o porque simplemente éste las introduce sin oponer mayor resistencia. Como consecuencia de este condicionamiento, la incorporación de estas normas puede estar inspirada en afanes distintos a los que suelen justificar la producción legislativa en el contexto del Estado de Derecho.

En efecto, la introducción de las políticas legislativas supranacionales a las que se ha aludido, no siempre supone la asunción voluntaria por parte de los Estados, sino que en ocasiones responde a la inconveniencia [o incapacidad] de resistir que tienen éstos frente a esas iniciativas internacionales.

Así, por ejemplo, en Europa la primera Directiva [91/308/CEE de 10 de junio de 1991] que aludió a una regulación expresa del «lavado de activos», estuvo originada en la necesidad de cumplir un compromiso internacional para evitar, asimismo, una consecuencia financiera de naturaleza negativa. En este sentido, FABIÁN CAPARRÓS:

8 O. MORALES GARCÍA: “Seguridad en las redes telemáticas de comunicaciones. La tensión libertad *versus* control en la política criminal internacional”, en AA.VV. *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, coords. C. da Agra/ J.L. Domínguez/ J.A. García Amado/ P. Hebberecht/ A. Recanses, Atelier, Barcelona, 2003, pp. 141-142.

“A tenor de las afirmaciones de Pablo Bieger [«El nuevo Reglamento de la Ley de prevención del blanqueo de capitales», trabajo presentado con ocasión del Seminario organizado en Madrid por *Enfoque XXI* el 26 de septiembre de 1995, pp. 6-7], la Directiva 91/308/CEE fue aprobada como consecuencia de las presiones ejercidas por los Estados Unidos. Según parece, a finales de los años 80, la Administración de aquel país promovió una reforma legal interna conforme a la cual todas las entidades financieras que operaran en los Estados Unidos -con independencia de cuál fuera la nacionalidad o cuál el Estado en el que se realizaran- quedarían obligadas a comunicar a las autoridades norteamericanas -del mismo modo que ya lo estaban las domésticas- la ejecución de cualquier transacción en dólares cuyo importe excediera de 10.000, bajo amenaza de retirada de la licencia para operar en los Estados Unidos. Ante esta preocupante situación, la Comunidad Europea se vio obligada a emprender acciones diplomáticas, fruto de las cuales fue la retirada del proyecto norteamericano a cambio de la aprobación de la Directiva que ahora se comenta”⁹.

Pero incluso, y trascendiendo el continente Europeo, los mecanismos de evaluación acerca de la implementación de las recomendaciones del GAFI¹⁰, dan cuenta de la escasa capacidad que tienen los Estados para resistir a la incorporación de las normas relativas al «lavado de activos»¹¹.

Estas realidades permiten afirmar que la libertad para la introducción de las iniciativas anti-lavado de activos está en unos casos, condicionada y en otros, claramente recortada.

Parece ir en una dirección distinta MATUS ACUÑA, quien estima que: “(...) más allá de la existencia de fuertes intereses económicos en el origen de estas reglas, de burocracias internacionales dependientes [...] las convenciones que regulan los

9 E. A. FABIÁN CAPARRÓS: *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998, nota al pie 128, pp. 204-205.

10 Grupo de Acción Financiera Internacional.

11 Así pues, ilustran sobre los sistemas de evaluación del GAFI, las siguientes consideraciones, FEDERACIÓN LATINOAMERICANA DE BANCOS [FELEBAN], en: <http://www.latinbanking.com>: “Cuando se encuentra que un país no cumple con las *Cuarenta Recomendaciones*, el GAFI aplica una serie de medidas, entre ellas, la de declararlo país no cooperante y así presionarlo para que haga más estricto su sistema contra el lavado de dinero. Como primera medida, el miembro que no cumpla las recomendaciones debe presentar un informe de progreso en la siguiente reunión plenaria del GAFI. Si se requieren medidas subsiguientes, el Presidente del GAFI le envía a ese país una carta o misión de alto nivel. Además el GAFI puede emitir una declaración, requiriendo a las instituciones financieras prestar atención especial a las relaciones y transacciones comerciales con individuos, compañías e instituciones financieras con sede en el país que no cumple. Como medida de última instancia, puede suspenderse la condición de miembro del GAFI. Con el fin de reducir la vulnerabilidad del sistema financiero y asegurarse que todos los Centros Financieros adopten e implementen medidas para la prevención, detección y represión del delito del lavado de activos, el GAFI elabora desde febrero de 2000 una lista negra de *Países y Territorios No Cooperantes (NCCT's)* en las que refleja aquellas jurisdicciones cuya conducta impide la cooperación internacional, ya sea por carecer de normas suficientes con base en las *Cuarenta Recomendaciones*, o falta de aplicación de las existentes”.

delitos de trascendencia internacional -sujetas al procedimiento de ratificación y, por tanto, ajenas a la crítica de falta de legitimidad democrática de que son objeto organismos supranacionales como la Comisión Europea- parecen comprender un conjunto de hechos que según los Estados parte son merecedores de pena en su propio ordenamiento interno (...).¹²

En cuanto a esto se puede mencionar en primer lugar que son esos intereses económicos que están en el origen de estas reglas los que impiden sostener, al menos con carácter general, la libertad incondicionada de todos los Estados para intervenir en el proceso de ratificación de los tratados supranacionales¹³.

Tampoco puede afirmarse que ella exista plenamente en la determinación del «cómo» realizar el proceso de implementación de las demandas internacionales; pese a las cláusulas que se suelen incorporar en los tratados y convenciones internacionales, relativas a que la trasposición de esas medidas se realice bajo las condiciones de los respectivos ordenamientos jurídicos.

Justamente, en esta dirección MERCADO PACHECO, señala que es urgente paliar la ausencia de un verdadero proceso democrático en la formulación de las políticas y de las “(...) opciones de política exterior del Estado. Bien es cierto que siempre quedaría el expediente de la ratificación del Parlamento de los tratados internacionales (a menudo convertido en un trámite formal), pero la intervención final de los órganos representativos es a todas luces insuficiente, si no se introducen formas institucionales constantes de consulta y participación en los procesos previos a la toma de decisiones”¹⁴.

12 P. MATUS ACUÑA: “La política criminal de los tratados internacionales”, en *Derecho penal contemporáneo. Revista internacional*, n° 19, Legis, Bogotá, 2007, p. 96.

13 Piénsese por ejemplo en los problemas que podría suscitar que un país como Colombia se abstuviera de suscribir los tratados supranacionales que se diseñan para combatir el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Tal actitud, sin duda, generaría fuertes presiones económicas. Otro caso puede ser la aplicación de la «Lista Clinton», que ha sido objeto de pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional, así la Sentencia T-468/03 en la que se reconoce la incapacidad que tiene dicha corporación para exigir la tutela de los derechos fundamentales vulnerados a las personas incluidas en dicha lista; esta imposibilidad se fundamenta en el hecho de que el menoscabo se produce por aplicación de la Orden Ejecutiva n° 12.978, proferida por el presidente de los EE. UU, frente a la cual no puede hacerse control jurisdiccional en Colombia. Por otra parte, la perspectiva que se viene defendiendo coincide con lo planteado por A. NIETO MARTÍN: “¿Americanización o europeización del Derecho penal económico?”, en *RP*, n° 19, La Ley, Madrid, 2007, p. 121, cuando sostiene: “Si hacemos arqueología legislativa, y examinamos el origen de las normativas comunes [incluyendo a la UE], veremos que tras ellas se encuentran directrices de política jurídica que nacen de los EEUU y desde allí se extienden al resto del mundo. No existe un intercambio libre de «soluciones jurídicas» entre los distintos ordenamientos que conforman la comunidad internacional, sino una aproximación de todos ellos al sistema imperante de los Estados Unidos”.

14 P. MERCADO PACHECO: “Estado y Globalización. ¿Crisis o redefinición del espacio político estatal?”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° 9 (2005), ed. y trad. M. Cancio Melià, Universidad Autónoma de Madrid/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, p. 146.

Partiendo de allí habrá que aceptar que en todo caso el proceso de internacionalización del Derecho penal que se vislumbra en el ámbito supranacional extracomunitario desde un punto de vista jurídico-formal es menos explícito que el que se realiza en el contexto europeo. Esto no significa que estas iniciativas carezcan por completo de capacidad de condicionamiento de la política-criminal de los Estados parte. En este caso, la experiencia del «lavado de activos» puede dar cuenta de ello¹⁵.

Precisamente, en este aspecto, conviene no perder de vista que el proceso de globalización “(...) parece imposible sin establecer relaciones de dominación o sin dictar unas pautas homogenizadoras impuestas por aquellos (Estados, empresas, «lobbys»...) que disponen de mayor poder coactivo. En otras palabras, existen globalizadores que imponen sus criterios, y, globalizados que no tienen otra opción que aceptarlos. Tal vez el espacio ha cambiado pero no la relación de dominación”¹⁶.

En segundo lugar, es cierto que la política-criminal del nivel nacional puede coincidir y de hecho coincide en muchas ocasiones con la supranacional y que alrededor de la lucha contra el crimen se viene forjando un consenso en torno al privilegio de la eficacia en detrimento de las garantías pero esto no resta validez a la afirmación que se ha realizado aquí, siempre que no se pierda de vista que en caso de que tales políticas no coincidieran podrían activarse mecanismos de presión¹⁷.

15 J. VOGEL: “Derecho penal y globalización”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 9 (2005), ed. y trad. M. Cancio Melià, Universidad Autónoma de Madrid/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, p. 117, afirma: “(...) la interlegalidad, es el fenómeno clave del Derecho penal de la globalización. Conduce a nuevos agentes, formas, orientaciones y contenidos de la legislación penal. Forman parte de los nuevos agentes, [...], organizaciones inter y supranacionales como las Naciones Unidas y la Unión Europea. En el marco de las Naciones Unidas, cada vez son más las convenciones que se elaboran con el objeto de una armonización (mínima) global del Derecho penal, con frecuencia, también una expansión del Derecho penal a ámbitos nuevos. Bajo el concepto director «espacio de la libertad, de la seguridad y del Derecho», la Unión Europea está armonizando importantes sectores de la Parte Especial (...)”

16 A. RECASENS I BRUNET: “Globalización, riesgo y seguridad: El continuóse de lo que alguien Empezóse”, en AA.VV *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, coords. C. da Agra, J. L. Domínguez, J. A. García Amado, P. Hebberecht, A. Recanses, Atelier, 2003, p. 367.

17 En cuanto a las tendencias político-criminales actuales, A. DE GIORGI: *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, trans. J. A. Brandariz García y H. Bouvier, Traficante de Sueños, Madrid, 2006, nota al pie 32, p. 76: “(...) la desregulación económica y la hiper-regulación penal van de la mano: la falta de inversión social implica el aumento de inversión a nivel carcelario, que representa el único instrumento en grado de hacer frente al trastorno suscitado por el desmantelamiento del Estado social y por la generación de inseguridad material que inevitablemente se difunde entre los grupos sociales colocados en las posiciones más bajas de la escala social”; señalando, pp. 128-129, que: “Estas son por lo tanto, las coordenadas de la nueva estrategia represiva euro-americana que ha funcionado como trasfondo de la transición que va del fordismo al postfordismo y del «Estado social» al «Estado penal»”.

3. EL «BLANQUEO DE CAPITALES» Y LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

3.1 Configuración supranacional del «lavado de activos»

Al detenerse en el ejemplo que brinda el «lavado de activos» se puede decir que es una premisa obligada cuando se trata de analizarlo desde cualquier ordenamiento jurídico, afirmar que éste constituye un fenómeno de carácter transnacional en dos sentidos:

El primero, radica en que está vinculado con una criminalidad que se aprovecha de la liberalización financiera para poner a circular la riqueza obtenida con la ejecución organizada de conductas delictivas¹⁸. En esta primera perspectiva se destacarían en consecuencia los vínculos entre este delito, la criminalidad económica organizada y la criminalidad organizada en general, e, indirectamente, el terrorismo¹⁹.

El segundo sentido, ligado estrechamente con el anterior, es que como ya se ha expuesto, ante el desarrollo de esta criminalidad transnacional se proclama que debe ensayarse una respuesta de la misma naturaleza; esto si se quiere tener algún grado de eficacia²⁰.

En consecuencia, la configuración de medidas eficaces para la reducción, se realiza en un contexto que excede a los Estados nacionales; concretamente, este delito se introduce dentro de los códigos penales de los Estados para responder a las demandas de la comunidad internacional frente a la lucha contra las drogas²¹.

En su origen, éste estaba tan ligado a la delincuencia de drogas que se llegó a afirmar que “(...) pese a la tardía respuesta jurídico-penal a los comportamientos de esta naturaleza, es una realidad constatada que el tráfico ilegal de drogas y el blanqueo de dinero procedente del mismo son las dos caras de una misma moneda, son dos actividades indisolublemente ligadas”²².

18 V. MANES: “Il riciclaggio dei provente illeciti: Teoria e prassi dell'intervento penale”, en *DPdE*, n° 50, anno XVII, Cedam, 2004, p. 37.

19 L. FEROLA: *Il riciclaggio dei provente illeciti nel diritto internazionale*, AG, Milano, 2005, pp. 2-5.

20 En torno a ello, entre otros, M. GUTIÉRREZ FRANCÉS: “Las altas tecnologías de la información al servicio del blanqueo de capitales transnacional”, en AA. VV. *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario. Delitos financieros, fraude y corrupción Europa*, vol. II, ed. J. C. Ferré Olivé, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, pp. 199 y ss.

21 En este sentido, F. E. TOUMI: “Legitimidad, lavado de activos y divisas, drogas ilegales y corrupción en Colombia”, en AA.VV. *Ensayos sobre teoría económica*, comp. R. Alameda Ospina, Academia Colombiana de Ciencias Económicas, Bogotá, 1999, pp. 299-300.

22 J. A. ZARAGOZA AGUADO: “El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos, su investigación”, en AA. VV. *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria, CDJ*, dir. A. Martínez Arrieta, CGPJ, Madrid, 1994, p. 109.

La respuesta que a través del «lavado de activos» se pretendía ensayar frente al narcotráfico, estaba destinada a impedir el provecho de los beneficios generados en el desarrollo de esta actividad, con la finalidad de hacer poco rentable su comisión²³.

Justamente ahí se encuentra una razón para explicar la extensión del «lavado de activos» hasta alcanzar a la criminalidad organizada en general, incluyendo, como se ha expuesto, al terrorismo.

Anunciar que el interés supranacional por regular el «lavado de activos» se fraguó a la vera de la respuesta a la criminalidad de las drogas, no sólo tiene relevancia desde un punto de vista histórico, sino que resulta fundamental para el objetivo de encontrar explicaciones al hecho de que las medidas anti-lavado, una vez incorporadas a los ordenamientos jurídicos, entren en tensión con muchos de los principios que, como el de certeza o determinación, constituyen una garantía ineludible para los ciudadanos frente al *ius puniendi*.

En otras palabras, la configuración supranacional del «lavado de activos» y de las medidas que pretenden reducirlo, se caracteriza, precisamente, por la flexibilización y desformalización de las reglas de imputación y de los principios garantistas. Y eso explica por qué, cuando se empieza el análisis de este delito desde un ordenamiento jurídico determinado, se encuentran grandes dificultades para darle una solución racional a los problemas de injusto, como la autoría y participación, e incluso para la delimitación misma del bien jurídico tutelado.

Estas objeciones sin duda pueden realizarse en países tan distintos como son Alemania, España y Colombia, dado que sus legislaciones serán muy similares porque todas responden a las mismas demandas internacionales²⁴.

Lo anterior no es un dato irrelevante si no se pasa por alto que la producción normativa, en términos de necesidad y conveniencia, y sobre todo, los efectos que produce su aplicación, está condicionada por el contexto económico y social de los distintos países que aplican las legislaciones inspiradas en las iniciativas internacionales que se vienen mencionando.

En este punto, TERRADILLOS BASOCO, expone que un proceso de criminalización que es “(...) ejercicio de poder, desigualmente distribuido en los diversos merca-

23 En cuanto a las medidas de intolerancia frente a la acumulación de capital ilícito A. MANGIONE: “Mercati finanziari e criminalità organizzata: spunti problematici sui resenti interventi normativi di contrasto al riciclaggio”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3, AG, Milano, 2000, p. 1105.

24 Refiriéndose a la regulación alemana, F. HERZOG: “Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo -Perspectivas más allá del Derecho penal-”, en AA. VV. *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, coords. L. Arroyo Zapatero, U. Neumann y A. Nieto, Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2003, p. 255.

dos, no puede responder a pautas únicas, ni puede aceptarse como “natural”, sino como fruto de una decisión artificial en que se manifiesta la desigual distribución del poder de definición. La lucha contra el lavado de dinero puede criminalizarse en términos muy semejantes en el norte europeo y en Latinoamérica. Pero con toda seguridad, se perseguirá de modo distinto (...)”²⁵.

Por otro lado, la conformación supranacional de esta figura delictiva se ha realizado en gran medida a través del diseño de tratados internacionales, en el contexto de la cooperación interestatal. Estos instrumentos son múltiples, variados y se crean a gran velocidad.

No obstante, se puede decir que tienen mayor relevancia en la configuración del sistema de regulación de este delito, la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 y las Cuarenta Recomendaciones del GAFI con sus posteriores actualizaciones y adiciones, entre las que se destacan las Ocho Recomendaciones Especiales para la lucha contra el terrorismo que fueron expedidas después del ataque a las torres gemelas²⁶.

Al compás de estas dos iniciativas internacionales se han delimitado los ámbitos de intervención de las normas anti-lavado; los cuales son objeto de sofisticación, expansión, y reiteración por parte de los demás instrumentos; véanse, el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito de 1990, la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, etc.

25 J. M. TERRADILLOS BASOCO: “El Derecho penal de la globalización: Luces y sombras”, en AA. VV. *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, coord. J. R. Capella Hernández, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 203-204. También, W. PERRON: “¿Son superables las fronteras nacionales del Derecho penal? reflexiones acerca de los presupuestos estructurales de la armonización y unificación de los diferentes sistemas de Derecho penal”, en *RDPC*, 2º época, nº 2, UNED, Madrid, 1998, p. 218: “Bien es verdad que existe amplia coincidencia entre casi todas las sociedades con relación a un ámbito nuclear de comportamientos individual y socialmente dañinos: asesinato, lesiones corporales, hurto, estafa [...]. Pero, en otros ámbitos, se acusan importantes diferencias en base a las divergentes circunstancias culturales, sociales o geográficas [...]. En tales casos de situaciones de partida divergentes, no parece oportuna una unificación de las regulaciones jurídicas aún cuando sea pretendida por motivos políticos. Por citar un ejemplo, en un Congreso Internacional de Derecho penal relativo a estupefacientes, provocó hace algunos años gran sorpresa la constatación de que los procesos penales vigentes en Alemania, cuya estructura y contenido están ajustados a las necesidades de un país consumista económicamente próspero, rigen de forma completamente análoga no sólo en el resto de los Estados de la Europa Occidental y en los Estados Unidos de América, sino, entre otros, también en los países agrícolas de América Latina, en los que no existe hasta ahora un consumo y abuso de drogas equiparable. Las causas de esta legislación en el vacío son las correspondientes Convenciones de la ONU que también han sido firmadas por estos países y transformadas en Derecho nacional”.

26 Sobre ellas, C. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ: *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 109.

En concreto, los sectores de regulación en el contexto supranacional son el financiero y el punitivo²⁷. En el ámbito financiero, se interviene mediante la imposición de amplias obligaciones de recolección de información, de comunicación, de colaboración, etc., a los empleados bancarios y demás entidades financieras; extendiéndose las tareas impuestas en este sector hasta alcanzar a otros profesionales²⁸.

Dentro del punitivo, se dispone la criminalización de conductas relativas al «lavado de activos»; la criminalización de las personas jurídicas; la extensión del comiso, embargo e incautación de bienes; la flexibilización de los presupuestos para su imposición; la implementación de las nuevas técnicas de investigación [investigadores encubiertos y/o agentes provocadores, las técnicas de escuchas, etc.]; la incorporación del principio de universalidad de la intervención punitiva [mediante la adopción de medidas de extraterritorialidad de la ley penal]; la cooperación inter estatal en materia de investigación de los delitos, del comiso, embargo e incautación de bienes y de los procedimientos de extradición²⁹.

En el ámbito transnacional, cuando se trata de la criminalización de conductas se recomienda la creación de tipos penales dirigidos a impedir cualquier uso o goce de los beneficios del delito mediante su inclusión en el tráfico económico. Esto se

27 En este sentido, sobre la política-criminal contra la criminalidad organizada, A. MANGIONE: “*Mercati finanziari e criminalità organizzata...*”, citado, p. 1106, expone: “(...) surge con suficiente claridad una opción de política criminal que se articula a lo largo de una triple directiva: a) la primera de tipo preventivo, enteramente confiada a la legislación complementaria o de sectores, de naturaleza extrapenal, que actúa sobre los requisitos subjetivos de los operadores, sobre la actividad y sobre las formas organizativas de la misma, así como sobre la estructura del mercado bancario y financiero; b) la segunda de tipo represivo, encomendada a un número más o menos amplio de tipos penales [...] c) la tercera, finalmente, [...] centrada sobre el recurso a sanciones patrimoniales (...)”.

28 Los vínculos entre el «lavado de activos», la criminalidad organizada, el terrorismo, etc., y a su vez la instrumentalización del sistema financiero para su comisión han puesto en el centro de la lucha «eficaz» contra este injusto a los ciudadanos que por su rol tienen más posibilidades de obtener información económica de los participantes en el mercado. La evolución de estos deberes ha llegado a un punto en el cual a sus destinatarios se les termina imponiendo tareas de investigación que al mismo tiempo resultan condicionadas por verdaderas presunciones de sospecha. La expansión que han ido experimentando estas cargas, tanto en cuanto a sus titulares como a su contenido y carácter vinculante, ha implicado el levantamiento del secreto bancario, con las consiguientes consecuencias para el derecho a la intimidad de las personas, sobre todo porque no se ha regulado de manera tal que sea nítida la tutela a los ciudadanos inocentes aunque sospechosos. Adicionalmente, se ha operado la flexibilización del secreto profesional, que en el caso de los abogados resulta especialmente preocupante, en la medida en que estas iniciativas pueden ser en este aspecto más riesgosas para los derechos fundamentales dada la importancia que representa en el Estado de Derecho la asistencia de estos profesionales en el espacio pre-procesal y por supuesto, en el caso de un procesamiento. En cuanto a estas cuestiones, entre otros, R. M. MULLERAT BALMAÑA: “Confidente o Cancerbero (Algunas consideraciones sobre el secreto profesional del abogado)”, en *La Ley*, tomo 3, *La Ley-Actualidad*, Madrid, 2003, pp. 1454-1456.

29 Estos aspectos son denominados por J. P. MATUS ACUÑA: “La política criminal...”, citado, p. 79, como aspectos típicamente abordados en un tratado que configura delitos de trascendencia internacional.

pretende alcanzar adelantando las barreras de intervención penal, de manera que se abarque a la mayoría de conductas posibles.

Los mecanismos que se emplean para obtener la represión de un gran número de comportamientos son, en primer lugar, establecer la prohibición de una manera abierta e indeterminada, y en segundo lugar, ampliar el catálogo de los delitos subyacentes a este ilícito. En otras palabras, en la indeterminación de lo prohibido y en la extensión de la lista de los delitos de referencia descansa la estrategia para impedir que ninguna acción, por ínfima que sea, quede impune.

En este sentido, la Convención de Viena de 1988, estableció la pauta que han seguido, no sólo los tratados e iniciativas internacionales posteriores, sino además los países que han incorporado uno o varios tipos penales para regular el «lavado de activos». Allí se propone la punición tanto de los actos preparatorios de la conversión, transferencia, ocultación o encubrimiento de bienes o efectos originados en el delito, como la de actos preparatorios de actos preparatorios, y la participación en esos mismos actos, etc.³⁰

3.2 Configuración nacional del «blanqueo de capitales: España y Colombia

En este artículo se tratarán únicamente algunos temas relativos a la criminalización de las conductas del sistema de regulación del «lavado de activos»; dejando para otro lugar el análisis de otros aspectos relevantes como es la imposición de deberes policiales a los ciudadanos que por su rol en el sistema económico pueden proporcionar datos económicos de las personas, así como la penalización de los actos de recepción de honorarios pagados con dinero de origen delictivo...

Ahora bien, en cuanto al aspecto que se abordará aquí, recuérdese que en las iniciativas supranacionales mencionadas, se expresa la intención de que los Estados creen, en sus respectivos ordenamientos, un tipo penal que abarque el mayor número de conductas posibles; y esto sólo se logra, valga la reiteración, expresando la prohibición de una manera abierta.

Este mandato de amplitud dirigido desde el ámbito internacional, se cumple en el art. 301.1 y 2 del Código penal español³¹; cuestión que se ve agravada, cuando me-

30 J. L. DIEZ RIPOLLÉS: "Alternativas a la actual legislación sobre drogas", en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 46, Edersa, Madrid, 1992, p. 78.

31 El art. 301, dispone: "1. El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen en un delito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias

dante la Ley Orgánica 15/2003, se aumenta el catálogo de los delitos subyacentes al «lavado de activos» para abarcar a todos los delitos. La mencionada laxitud en la descripción de las prohibiciones en el precepto español genera diversas consecuencias, algunas de las cuales son:

En primer lugar, estando ante un tipo penal que describe la prohibición sin unos contornos precisos [especialmente en cuanto a las conductas del art. 301.1 del Código penal español], es apenas obvio que el ámbito de protección de la norma se amplíe hasta el punto de que sea posible subsumir en los tipos penales, actos diversos en su lesividad pero a los que se responde con la misma pena.

Este quebrantamiento del mandato de determinación en los tipos penales de «lavado de activos» es un rasgo que la doctrina destaca de manera generalizada; cuestión que se enfatiza especialmente respecto a la fórmula «(...) o realice cualquier otro acto (...)» que el legislador español incluyó en la descripción de la conducta típica³².

Con relación a ella se afirma que el propio precepto emplea una fórmula desproporcionadamente “(...) general para penalizar la realización de «cualquier otro acto» sobre los bienes que integran el objeto material del delito. De este modo las acciones de «adquirir», «convertir» o «transferir» se ven obligadas a abandonar gran parte de su significado, quedando reducidas a la categoría de simples ejemplos [...], subsumibles, en cualquier caso, bajo esa suerte de agujero negro, capaz de devorar cualquier conducta que a él se aproxime”³³.

En segundo lugar, se presenta el menoscabo de otros principios y derechos como por ejemplo los de bien jurídico, lesividad y defensa que dependen de una taxativa descripción de la prohibición.

personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuere temporal, su duración no podrá exceder de cinco años. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este código. 2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos. 3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa de tanto al triple (...).”

32 Por todos, R. Ragués I Vallés: “Blanqueo de capitales y negocios estándar”, en AA. VV. *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económica empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 129.

33 E. A. FABIÁN CAPARRÓS: *El delito...*, citado, pp. 378-382.

En este sentido y en cuanto al derecho mencionado cabe decir sucintamente, apelando a FERRAJOLI, que “es obvio que el presupuesto epistemológico de la defensa -como del resto de la prueba- es la taxatividad y materialidad del tipo penal: las hipótesis acusatorias, [...], deben consistir en aserciones empíricas que afirmen la comisión de un hecho exactamente denotado por la ley (...)”³⁴.

En Colombia, la descripción típica del «lavado de activos», art. 323 del Código penal³⁵, es similar a la regulación española, aunque está referida a una lista taxativa de delitos que, no obstante, en la práctica, dada no sólo su extensión sino la inclusión indirecta de otros numerosos ilícitos [mediante la referencia al delito de enriquecimiento ilícito de particular o la relativa a los delitos que sean objeto de concierto para delinquir] abarca prácticamente a todos los delitos.

Conforme a ello, en el ordenamiento colombiano, la vinculación del «lavado de activos» a unos determinados delitos no constituye límite alguno a la amplitud del tipo penal, por lo que la mencionada demanda internacional está plenamente satisfecha³⁶; por esto, la objeción, en torno al mandato de determinación realizada al art. 301 Código penal español, es oponible, también, al art. 323 Código penal³⁷.

A este balance hay que agregar enseguida que una estrategia legislativa como la descrita termina dejando decisiones importantes -que han sido tradicionalmente privativas del legislador- a los operadores jurídicos.

34 L. FERRAJOLI: *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1997, pp. 613- 614.

35 Art. 323. Modificado por el art. 8 de la Ley 747 de 2002, el art. 14 de la Ley 890 de 2004 y el art. 17 de la Ley 1121/2006: “El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá por esa sola conducta, en prisión de ocho (8) a veintidós (22) años y multa de seiscientos cincuenta (650) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos mensuales vigentes (...)”.

36 En todo caso, el sistema de delitos subyacentes al «lavado de activos», adoptado en el ordenamiento jurídico colombiano está incluido como uno de los admisibles en las iniciativas internacionales. Por todos, *Vid.* GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL: *Las Cuarenta Recomendaciones del GAFI*, www.gafisud.org, p. 4.

37 Es indicativa de que tal objeción también procede frente al precepto colombiano, la siguiente afirmación de H. HERNÁNDEZ QUINTERO: *El lavado de activos*, 3ª edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002, pp. 135 y 136, quien refiriéndose a la entrada en vigencia del Código Penal colombiano de 2000 y en concreto al art. 323 del Código Penal, expone: “(...) se reitera el criterio de la norma anterior de que el lavado de activos se tipifica cuando se “realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito”. Siempre hemos considerado que esta expresión resulta suficiente para englobar todos los comportamientos a que se refieren los verbos rectores utilizados en el tipo penal analizado”.

Concretamente, estando ante normas creadas con una defectuosa técnica legislativa, y que no satisfacen los estándares mínimos de taxatividad y determinación, se deja un apreciable espacio de incertidumbre para la interpretación y aplicación de los tipos penales con las correspondientes amenazas para la igualdad y la seguridad jurídica³⁸.

Sumado a ello, en las iniciativas internacionales se reitera la necesidad de relajar, para los efectos de eficacia preventiva y facilitación probatoria, los presupuestos de la prueba del conocimiento del origen ilícito de los bienes en el supuesto del delito de «lavado de activos»³⁹. Adscribiéndose tal tendencia a esa marcada intolerancia frente a las situaciones patrimoniales delictivamente conformadas.

Por eso no es extraño que se encuentren en el debate concepciones como aquella que estima que este ilícito es un tipo dirigido a cumplir fundamentalmente funciones en cuanto a la confiscación de bienes. Desde esta perspectiva, según CHOCLÁN MONTALVO, el delito de «lavado de activos» cumple dos funciones:

En primer lugar, la sanción de maniobras de ocultación del origen ilícito de los bienes que impiden la aplicación del comiso y la confiscación. En segundo lugar, “servir de tipo de recogida cuando no se puede probar la vinculación de los bienes con el hecho concreto que se enjuicia y del que es imputado el autor (...)”⁴⁰.

De estas dos funciones, a los efectos de este apartado interesa destacar la segunda, esto es, la percepción de este ilícito como tipo de recogida. Cuestión que es expuesta por el autor como eminentemente práctica y consistente en que la condena por «lavado de activos» permitiría superar las “(...) habituales dificultades probatorias inmanentes al proceso penal, [...] [cuando] no exista prueba suficiente de que el concreto hecho que se imputa al acusado sea el origen de los bienes o el patrimonio puesto de manifiesto durante la investigación”⁴¹.

La función del «lavado de activos» como un tipo dirigido a facilitar la confiscación de bienes, podría advertirse en la regulación colombiana cuando se señala en el art.

38 En este sentido, M. GASCÓN ABELLÁN: “El imperio de la Ley. Motivos para el desencanto”, en *JD*, nº 39, Madrid, 1998, p. 34: “(...) es evidente que la superproducción de leyes disminuye también la posibilidad de su formación esmerada y ponderada, y propicia, por el contrario, la creación de leyes confusas, ambiguas, farragosas, y en este sentido irracionales, lo que alimenta también la falta de certeza y con ello la primera condición de la justicia”. Asimismo, M. DONINI: “Jueces y democracia. El papel de la magistratura y la democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los principios”, en *Derecho penal contemporáneo. Revista internacional*, nº 19, Legis, Bogotá, 2007, p. 70; K. VOLK: *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoles, 1998, pp. 202-203.

39 Por todos, *Vid.* GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL: *Las Cuarenta...*, citado, p. 4.

40 J. A. CHOCLÁN MONTALVO: *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Dickinson, Madrid, 2001, p. 81.

41 J. A. CHOCLÁN MONTALVO: *El patrimonio criminal...*, citado, p. 82.

323 Código penal, que la misma pena, esto es, ocho a veintidós años, “se aplicará cuando las conductas descritas en el inciso anterior se realicen sobre bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada”.

Así pues, el «lavado de activos» es una figura delictiva que mediante la pena más drástica de la que se dispone en un sistema social, ayuda a la localización de los bienes para efectos confiscatorios, y, también, a la condena de quienes están relacionados con capitales de los que se presume un origen delictivo; esto último, pese a que no exista certeza ni sobre la fuente de los bienes, ni su relación con los inculpados.

Este estado de cosas permite afirmar al igual que lo hace MANES respecto al ordenamiento italiano que:

“El reciclaje es el fruto de una típica elección «artificial» del alcance del área de relevancia penal según razones estratégicas [...]: la opción de alcanzar todos los fines, también económicos, de la cadena de ilicitud implicada de las organizaciones criminales. Y su penalización es un ulterior signo de cómo el crimen es fruto de una elaboración conceptual, reflejando una opción de ubicación discrecional de la penalidad. Lo demuestra la historia normativa de la represión del reciclaje, que -en contradicción con el adagio jehringhiano- es historia de una progresiva dilatación de la intervención penal que cada vez ha ido aumentando, en este específico sector, el propio radio de acción”⁴².

Ahora bien, volviendo sobre la recomendación de invertir la carga de la prueba del origen de los bienes, así como del conocimiento, por parte de los imputados, de su proveniencia ilícita, se tiene lo siguiente: tanto en el ordenamiento español como en el alemán se tipifica el delito de «lavado de activos» imprudente; proceder legislativo que en todo caso no ha estado exento de críticas.

Así, respecto a la regulación alemana -§ 261. V, que centra la prohibición en el desconocimiento negligente del origen de los bienes- se ha enfatizado que esta modalidad es desaconsejable tanto si se concibe a este injusto desde un punto de

42 V. MANNES: “Il riciclaggio...”, citado, p. 37. Respecto al ordenamiento Alemán, sostiene I. BLANCO CORDERO: “Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por el delito de blanqueo de capitales. La situación en Alemania tras la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 30 de marzo de 2004 (BVerfG, Urteil v. 30.3. 2004)”, en *RGDP*, nº 3, Iustel, http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=8&z=4, 5/2005, pp. 2-3: “...el § 261 II StGB alemán castiga en su número primero a quien procure (*verschaffen*) a un tercero un objeto procedente de alguno de los delitos catalogados en el § 261.1 y en el número segundo sanciona a quien guarde (*verwahren*) o utilice para sí o para un tercero un objeto señalado en el apartado I, cuando conozca el origen del objeto en el momento en que lo obtuvo. Se configura así una norma de aislamiento, dirigida precisamente a aislar del autor del delito previo y a sus ganancias delictivas haciéndolas no aptas para la circulación [...]. Persigue una especie de excomunión económica de los delinquentes, y castiga a quien «quebra dicha excomunión económica»”.

vista patrimonial como si se parte de que es una punición autónoma de actos post-ejecutivos⁴³.

En el primero de los supuestos, se tiene que el castigo de los actos culposos contra los delitos patrimoniales y socioeconómicos podría interferir en el tráfico económico, que por lo demás, en un sistema de libre circulación de capitales, es un valor digno de atención; desde allí se percibe que esta tipificación no debería tener cabida⁴⁴.

En el segundo, es decir, cuando este delito se asume como una clase de “(...) participación autónoma en determinados hechos dolosos (facilitando su agotamiento o su futura perpetración), la punición de formas comisivas imprudentes (aunque se trate de imprudencia grave) necesita un detenido y nada fácil fundamento. Incluso en caso de restringirse a los supuestos de desconocimiento de la procedencia de los bienes sería necesario fundamentar de dónde deriva la obligación de conocer”⁴⁵.

Ahora bien, en el debate doctrinal que se adelanta con relación al art. 301. 3 del Código penal español, se señala que la fundamentación de la adopción de esta línea legislativa puede hallarse en dos razones.

Una de ellas es que la tipificación buscaría suplir la laguna de punibilidad que puede surgir por la imposibilidad de probar el conocimiento del origen de los bienes⁴⁶, y la que surgiría respecto a los errores vencibles que recaigan sobre dicho conocimiento⁴⁷.

La otra, es que esta opción permitiría criminalizar el incumplimiento de deberes especiales de información, examen y comunicación a los cuales están sometidos

43 HEITZER y DREHER-TRONDLE, citados por C. J. SUÁREZ GONZÁLEZ: “Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: Consideraciones críticas a la luz de la legislación española”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 58, Edersa, Madrid, 1996, nota al pie 93, p. 152.

44 M. MAILWALD: “Profili problematici del riciclaggio in Germania e in Italia”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, AG, Milano, 1999, p. 378.

45 C. J. SUÁREZ GONZÁLEZ: “Blanqueo de capitales...”, citado, p. 152.

46 En esta línea, I. BLANCO CORDERO: *Responsabilidad penal de los empleados de la banca por el blanqueo de capitales*, Comares, Granada, 1999, p. 191: “Una de las críticas más fuertes que se realiza al tipo imprudente en Alemania se centra en su consideración como norma dirigida a facilitar la prueba del blanqueo. La intención del legislador alemán, expresamente manifestada, se dirige en este sentido. En la actualidad existe una gran discusión en el ámbito de la doctrina penal respecto a la función de facilitar los problemas de prueba atribuida a algunos tipos penales. Mediante el derecho penal material se pretenden salvar las dificultades que plantea la prueba de algunos delitos. Por eso, se alega que la sanción por el blanqueo imprudente es una mera sanción por la sospecha, que es de aplicación cuando no se puede probar el dolo del inculpaado, aunque cabe suponer su existencia. El blanqueo imprudente actuaría entonces, como un tipo de recogida (Auffangtatbestand)”.

47 Así, J. CÓRDOBA RODA, M. GARCÍA ARÁN y otros: *Comentarios al Código penal. Parte especial*, t. I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 1163; M. DEL C. MOLINA MANSILLA: “El delito básico de blanqueo de capitales del artículo 301 del Código penal”, en *La Ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 42, La Ley, Madrid, octubre, 2007, p. 69.

algunos ciudadanos -por ejemplo, los abogados, los notarios, los funcionarios bancarios y de instituciones financieras en general, etc.-, en virtud de la normativa administrativa que regula la imposición de estas obligaciones.

Así pues, en cuanto al primer fundamento, se puede señalar que algunos autores han entendido que una estrategia legislativa justificada por tales motivaciones exterioriza un “(...) utilitarismo contrario a las garantías propias de un Estado democrático de Derecho. [...], un precepto como el 301.3 no tiende tanto a reprimir al que opera con unos bienes cuyo origen criminal no conoció, debiendo haberlo hecho, como a garantizar el castigo del sospechoso frente al que las autoridades policiales y judiciales se ven incapaces de demostrar la preexistencia en su mente de ese conocimiento (...)”⁴⁸.

En relación con el segundo motivo, se señala que un tipo penal dirigido a alcanzar a unos sujetos especialmente obligados al cumplimiento de tareas preventivas relativas al referido delito, podría también encontrar dificultades para erigirse como una norma plenamente legítima⁴⁹.

En Colombia, aunque no se consagra una disposición relativa al «lavado de activos» imprudente, tal como se ha dicho se realiza en España y Alemania, la relajación de los medios probatorios del conocimiento del origen de los bienes se realiza invirtiendo directamente la carga de la prueba, a través de la creación de un tipo penal distinto al del «lavado de activos».

En efecto, el art. 327 Código penal⁵⁰, consagra el delito de «enriquecimiento ilícito de particular», cuya prohibición consiste en la obtención de un enriquecimiento

48 E. A. FABIÁN CAPARRÓS: *El delito...*, citado, p. 417. Desde un punto de vista general, señala que tal enfoque legislativo es uno de los rasgos del «Derecho penal moderno», W. HASSEMER: “La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana”, en *ADPCP*, tomo XLVI, Madrid, 1993, p. 77.

49 En este sentido, resultan oportunas las siguientes consideraciones de W. BOTKE: “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania”, en *RP*, nº 2, julio, Praxis-Universidad de Huelva, Universidad de Salamanca y Universidad de Castilla-La Mancha, Barcelona, 1998, quien afirma que “(...) un deber de sospecha reforzado penalmente, que pudiera dar lugar a un reproche por imprudencia debido a la defectuosa perspicacia de quien debió sospechar no se sostiene. En una sociedad libre, tampoco puede sostenerse frente a entidades de crédito, financieras, de seguros y de casas de juego (...)”; y A. NIETO MARTÍN: “¿Americanización o europeización...”, citado, p. 130, refiriéndose a esta situación pero en cuanto al sistema fiscal: “(...) la asunción por parte del sistema fiscal del papel de instrumento general de investigación, prevaleciendo de la obligación que pesa sobre todo ciudadano de suministrar datos, bajo amenaza de sanción, genera importantes zonas de fricción con el principio *nemo tenetur se detegere* (...)”.

50 Art. 327 [el art. 14 de la Ley 890 de 2004 realizó un aumento de penas]: “El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a diez (10) años, y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil [50.000] salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

patrimonial injustificado. Figura delictiva que además está incluida dentro de los comportamientos con base en los cuales puede realizarse una incriminación por «lavado de activos».

Este delito ha sido designado por algunos como de sospecha, entre otras cosas, porque ante su imputación, la única defensa posible es probar que el incremento de la riqueza está plenamente justificado y en esa medida se desplaza del Estado al ciudadano, la prueba del origen de los bienes y su conocimiento, vulnerando claramente la presunción de inocencia⁵¹.

Por otra parte, y centrando de nuevo la discusión en la regulación que se realiza en el interior de los Estados en cuanto a la criminalización de la infracción de los deberes de información, examen, comunicación, etc., a un círculo de destinatarios, se tiene que no todos los países han procedido al establecimiento de una figura imprudente de «lavado de activos» como se hace tanto en España como en Alemania.

En este sentido, por ejemplo, en Italia algunas de las infracciones a las obligaciones establecidas en este ordenamiento son sometidas a sanción penal mediante una legislación especial⁵². Esta estrategia legislativa tampoco ha estado exenta de reparos. En esta línea SEMINARA expone:

“(…) la tipificación de estos deberes como tipo autónomo no puede no resultar extremadamente vaga e indeterminada, originándose la subsistencia de la obligación de la simple sospecha de que la operación financiera tenga como objeto bienes de procedencia delictiva [...]. Sustancialmente, nos encontramos frente

51 Así, J. A. ZARAGOZA AGUADO: “La nueva regulación del comiso de bienes en el Código penal y en el Derecho comparado”, en AA. VV. *Las últimas reformas penales II*, CDJ, tomo X, dir. S. F. J. Gómez Bermúdez, CGPJ, Madrid, 2006, 50, quien sostiene que en el ordenamiento español no sería admisible una figura delictiva de estas características que en definitiva desemboca en un delito de sospecha. Además, expone que: “A las propuestas que se contienen en los sucesivos Planes de Acción elaborados por la Unión Europea se han sumado en los últimos tiempos, debido sin duda, a las evidentes dificultades probatorias que arrastra el blanqueo de capitales en cuanto a la demostración de su origen criminal, una serie de iniciativas en el ámbito del derecho penal con las que se pretende dar una respuesta más eficaz y contundente a las estructuras económicas y financieras de las organizaciones criminales. La tipificación penal del delito de enriquecimiento ilícito es una de ellas”.

52 Ley 197/1991 de 5 de julio sobre procedimientos urgentes para limitar el uso del dinero y de los títulos al portador en las transacciones y prevenir la utilización del sistema financiero para los fines del reciclaje. Respecto a esta ley informa J. M. PALMA HERRERA: *Los delitos de blanqueo de capitales*, Edersa, Madrid, 2000, nota al pie (43), p. 53: “Que la Ley italiana 197/1991 tenga naturaleza penal no impide la existencia, además, de un tipo específico de blanqueo de capitales en el *Código penale*. Lo que sanciona penalmente dicha ley es el incumplimiento de las obligaciones que se imponen a los intermediarios financieros –como las de crear un archivo informático de operaciones, no comunicar las sospechas más que a los sujetos indicados (...)”. En cuanto a las obligaciones de la ley italiana A. MANGIONE: “Mercati finanziari e criminalità organizzata...”, citado, pp. 1132 y ss; asimismo, G. FIANDACA y E. MUSCO: *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, 5º ed., Zanichetti Editore, Bologna, 2008, pp. 247-248; S. SEMINARA: “La evolución...”, citado, p. 287. Por otra parte, sobre estas medidas en el ordenamiento suizo informa P. BERNASCONI: “La confisca e la punibilità del riciclaggio del provento della corruzione di pubblici funzionari” en *DPdE*, nº 2, anno IX, Cedam, Padova, 1996, pp. 8-12.

a ilícitos ontológicamente carentes de taxatividad, ligados a varios indicios de anomalía de la operación, no susceptibles de una descripción precisa. El peligro, como se ve, está representado por el elevado margen de discrecionalidad que caracteriza, primeramente, la valoración del precepto por parte del destinatario y consiguientemente del órgano competente para la imposición de la sanción; el ulterior peligro está constituido por la transferencia a los operadores financieros y a algunas categorías de profesionales de la carga de averiguación y control más propiamente atinentes a las fuerzas de policía⁵³.

Esta misma observación puede realizarse a la regulación colombiana que en el art. 325 del Código penal, regula el delito de omisión de control como un tipo especial dirigido fundamentalmente a criminalizar las conductas de los empleados o administradores de las instituciones financieras, o en general de cualquier corporación que ejerza actividades de ahorro y crédito, consistentes en la omisión de las medidas de control establecidas en el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo, con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero⁵⁴.

Esta carencia de taxatividad se acompaña a su vez con otra objeción en la medida en que esta disposición lo que hace es consagrar un tipo penal en blanco al reenviar a los efectos de las medidas de control a la normativa extrapenal⁵⁵.

Esta cuestión no sería censurable si esta disposición no completara el supuesto de hecho de la prohibición acudiendo a normas de inferior jerarquía; esto es, al decreto y a las circulares de la Superintendencia Financiera de Colombia⁵⁶.

Sumado a todo ello, PUYANA RAMOS ha entendido que el delito de “omisión de control no satisface los requisitos de las garantías de legalidad y tipicidad que tiene

53 S. SEMINARA: “La evolución...”, citado, p. 287 quien concretamente se refiere al art. 3 de la Ley n° 197 de 1991.

54 El art. 325 Código penal [Modificado por el art. 14 de la ley 890 de 2004 y el art 1 del decreto 4449/2008]. Analizan esta disposición, entre otros, H. A. HERNÁNDEZ QUINTERO, *El lavado de activos...*, citado, pp. 142 y ss; también G. PUYANA RAMOS, “Omisión de control de lavado de activos: un delito con tipicidad defectuosa”, en *RDPC*, vol. XXI, n° 67, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

55 Estas medidas se establecen en Colombia, entre otros, a través del Estatuto Orgánico del Sistema financiero, el Decreto 1497 de 2002, el Acuerdo interbancario sobre el conocimiento del cliente, y las circulares externas de la Superintendencia Financiera de Colombia: la Circular Externa 046 de 2002 y las Circulares 061 y 062 del 14 de diciembre de 2007, etc.

56 Sobre la naturaleza de estas circulares, se pronuncia E. MONTEALEGRE LYNETT, “Estudio introductorio. El riesgo permitido en la actividad bancaria. El caso especial del lavado de activos en Colombia”, en *El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 36 y ss. En este sentido, sostiene que: “Desde el punto de vista penal, estas circulares constituyen actos administrativos con efecto erga omnes, cuya finalidad es contribuir a delimitar el riesgo permitido en ciertas actividades del sector financiero y económico del país”. Por otra parte, acerca de los problemas que, para las garantías derivadas del Estado de Derecho, se presentan en los tipos penales en blanco se ha pronunciado en Colombia J. SANDOVAL FERNÁNDEZ: “Límites materiales de los tipos penales en blanco: una visión garantista”, en *NFP*, n° 61, Temis-Universidad de Antioquia, Bogotá, 1999, p. 116.

un defecto insubsanable porque cuando se integra con la norma complementaria, no se obtiene una descripción exhaustiva de la conducta típica⁵⁷.

Ahora bien, y sin dejar de considerar la relevancia de la anterior objeción, lo que resulta en verdad más cuestionable es la identificación entre el ilícito administrativo y el ilícito penal, toda vez que el injusto objetivo del tipo penal que se enjuicia está determinado en sus características más importantes por el Derecho administrativo sancionador, delegando sólo en la finalidad «de ocultar o encubrir el origen lícito de los bienes», la tarea de determinar cuándo se está ante un ilícito penal⁵⁸.

Por otra parte, y refiriéndose a una estrategia legislativa similar, ZARAGOZA AGUADO manifiesta:

“(…) algunos países (Suiza y Estados Unidos), por razones de eficacia, y soportando las enormes dificultades probatorias que la infracción por negligencia conlleva, al tener que demostrar en todo caso que los valores patrimoniales proceden de un delito, han optado por una solución parcialmente distinta que consiste en la configuración de un delito de peligro abstracto de mera actividad: sancionar el incumplimiento o la violación de las obligaciones exigidas por el ordenamiento jurídico a los operadores jurídicos con independencia de su resultado o de sus consecuencias⁵⁹.”

57 G. PUYANA RAMOS: “Omisión de control...”, citado, pp. 52 y ss. Es importante aclarar que el autor se refiere especialmente al art. 247B del Código penal derogado, siendo sus tesis trasladables a la disposición vigente, en la medida en que no sólo se configura de manera similar el delito, sino que las posteriores reformas que se han realizado se han dirigido precisamente a ampliar el ámbito del tipo penal. Justamente, en este sentido, H. A. HERNÁNDEZ QUINTERO, *Los delitos económicos en la actividad financiera*, 3ª ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, pp. 611-612, “Ahora, con la nueva redacción (art 325) se habla de omitir el «cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo, con lo que permite que esos mecanismos provengan de la Ley expedida por el Congreso de la República, o de un Decreto del Ejecutivo, generalmente por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito público, o de una resolución de las entidades de Dirección, Vigilancia y Control, como el Banco de la República, La Superintendencia Bancaria o la de la Economía Solidaria, entre otros”. Obsérvese que se realiza un reenvío general, no expreso, por lo que en la regulación vigente se ahonda en los efectos negativos que producen la técnica de los tipos penales en blanco.

58 Así por ejemplo, el art. 107 del Decreto 663/93, dispone que: “El incumplimiento de lo dispuesto en los artículos anteriores por la no adopción o aplicación de los mecanismo de control dará lugar a la imposición de sanciones administrativas correspondientes, sin perjuicio de las consecuencias penales a las que hubiere lugar”. Obsérvese que de la lectura que propone M. C. CHIROLLA LOSADA: “Los delitos del lavado de activos y omisión de control en el proyecto de código penal”, en *Vniversitas*, n° 106, Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2003, p. 385, en el sentido de que “el deber que se exige a los sujetos obligados no es el de impedir el lavado de activos y mucho menos el de disminuir el riesgo o de proteger el bien jurídico del orden económico y social; se exige adoptar los mecanismos de prevención y control de dicho riesgo y lo que es más importante ponerlos en práctica”; se puede afirmar que se está ante un delito de mera desobediencia; y aunque con algún esfuerzo argumentativo se pueda proponer otra interpretación del art. 325 del Código penal, hay que reconocer que el tipo penal admite tal exégesis.

59 J. A. ZARAGOZA AGUADO: “Receptación y blanqueo de capitales”, en AA. VV. *Código Penal (comentarios y jurisprudencia)*, tomo II, coords. A. del Moral García e I. Serrano Butragueño, Comares, Granada, 2002, p. 1969. Asimismo, S. SEMINARA: “La evolución...”, citado, p. 288, quien expresa: “(…) está claro que una

Finalmente, este panorama lleva a concluir que la imposibilidad de prueba del conocimiento del origen de los bienes, la impunidad por los eventos de error vencible sobre ese conocimiento, la dificultad de persecución de esa criminalidad (narcotráfico, terrorismo, y, en fin, toda la criminalidad organizada), se solventan en el Derecho penal de manera que los costos los sufraga el ciudadano al que se le imponen generosos deberes de información, y el cual se enfrenta a un sistema de intervención punitiva con garantías y reglas de imputación menos estrictas.

3.3 Algunas consecuencias de la internacionalización del Derecho penal

A manera de inventario, se puede decir que la internacionalización del Derecho penal que se viene describiendo genera un menoscabo del Estado de Derecho en dos sentidos.

El primero consiste en que, al menos indirectamente, el contenido de las normas que en los distintos países regulan las materias que son de interés internacional [como en el ejemplo, el «lavado de activos»], es configurado en el espacio propio de la cooperación intergubernamental y por tanto el debate parlamentario, acerca de la inclusión dentro del catálogo de lo protegible por la vía penal, se ha visto por lo menos condicionado⁶⁰.

El segundo aspecto en que se observa este menoscabo, reside en que una vez construidas estas demandas internacionales de una manera tal que dejan poco espacio para las garantías del ciudadano, al ser incorporadas a sistemas que desde sus niveles normativos superiores responden a las directrices propias del Estado de Derecho, entran en tensión con los límites y derechos que en esos ordenamientos se reconocen.

Lo anterior porque al diseñarse, por ejemplo, el «lavado de activos» en el espacio supranacional, se evidencia la preponderancia de la visión de aquellos países con mayor poder político y económico. En consecuencia, las iniciativas que terminan imponiéndose, en algunos casos, se gestan para un determinado contexto jurídico

vez se enfila esta calle, no existe ya ningún límite a la intervención sancionatoria. En esta dirección se ha orientado la SEC estadounidense, que ha propuesto integrar en el § 307 de la *SarbanesOxley Act* mediante la previsión de una obligación, penalmente sancionada, que tienen los abogados de referir, no sólo a los órganos sociales sino hasta el Consejo de administración, e incluso a la misma SEC, cualquier caso de violación de leyes mobiliarias o de abuso de fidelidad o violaciones análogas de las que se haya tenido conocimiento en el ejercicio profesional”.

60 Asimismo, aún en el supuesto de que la Unión Europea ostente competencias penales en algunas materias, y por tanto la producción del derecho no se realice a través de la cooperación intergubernamental, no logra colmarse el déficit democrático y satisfacer las demandas institucionales necesarias para la producción legítima de normas que como las penales afectan de manera intensa los derechos fundamentales de las personas.

que no siempre es compatible con todos los países que suscriben las medidas diseñadas en el nivel supranacional⁶¹.

Teniendo este panorama se puede avalar el pronóstico que realiza SILVA SÁNCHEZ, cuando afirma que el Derecho penal de la globalización “(...) será un Derecho desde luego crecientemente unificado, pero también menos garantista, en el que se flexibilizarán las reglas de imputación y en el que se relativizarán las garantías político-criminales, sustantivas y procesales (...)”⁶².

4. CONSIDERACIONES FINALES

La necesidad de acercarse a las decisiones que se adoptan en el ámbito supranacional sobre determinados delitos, como paso previo al análisis positivo del mismo en el contexto del Estado nacional, es una cuestión inevitable dadas las condiciones en las cuales se diseñan las medidas que pretenden contrarrestarlo, esto es, la internacionalización del Derecho penal y la interlegalidad que ésta produce.

Esto es válido tanto para el contexto europeo como para aquél que se sitúa fuera de él, pese a las diferencias que se encuentran entre ambos, y admitiendo que este rasgo se presenta de una manera más fuerte en el primero de ellos si se atiende al grado de obligatoriedad de las decisiones que se adoptan y al establecimiento de mecanismos para compeler a su incorporación en los ordenamientos de los países miembros⁶³.

61 En esta dirección afirma W. PERRON: “¿Son superables...”, citado, pp. 209-210: “Que la actividad de los juristas no termina en la frontera del Derecho nacional, hoy ya no se pone en duda seriamente. Las necesidades del tráfico económico internacional, la persecución de la criminalidad transfronteriza así como, en especial, la progresiva integración europea, obligan a una estrecha cooperación internacional y han conducido, en consecuencia, a una profusión de formas jurídicas trans y supranacionales que determinan decisivamente la praxis jurídica de numerosos países. En realidad, una gran parte de esta evolución se produce más bien a escondidas, porque muchos de estos Convenios, [...] son transferidos primero al Derecho nacional y aparecen entonces ante los ciudadanos y los aplicadores del Derecho como disposiciones convencionales francesas, inglesas o alemanas. Pero por esta vía penetran en los singulares ordenamientos jurídicos nacionales numerosas instituciones y conceptos jurídicos que antes les han sido extraños, situando a la praxis ante graves problemas”.

62 J. M. SILVA SÁNCHEZ: *La expansión...*, citado, pp. 81, 82 y ss. No comparte esta opinión, J. P. MATUS ACUÑA: “La política criminal...”, citado, p. 84.

63 M. DONINI: “Jueces y democracia...”, citado, pp. 52-53, afirma: “Con relación a la pérdida de soberanía de los Estados se aprecia que la ley está actualmente más condicionada, en su contenido, a decisiones adoptadas extramuros del parlamento que la aprueba: sean esas fuentes transnacionales –por ejemplo, el derecho comunitario para Europa–; o bien se trate de acuerdos internacionales, decisiones político-económicas externas que producen fuertes consecuencias en la legislación de los Estados nacionales, etc.; o se trate, incluso, de decisiones de grupos de presión, *lobbies* o empresas, que «contratan» fuera del parlamento el «estatuto penal» que los proteja (...)”.

Ahora bien, también parece que desde la descripción de algunas de las medidas anti-lavado confeccionadas supranacionalmente se puede afirmar que queda sentado que esta producción normativa se realiza de una manera vertiginosa, confluyendo en ella muchos y diversos instrumentos y a su vez múltiples y variados organismos internacionales⁶⁴, que se entrelazan sin una relación de jerarquización ni de subordinación⁶⁵.

Ya desde un punto de vista más específico, en definitiva, se puede decir que la construcción del sistema de regulación de este delito se caracteriza por una acelerada y abundante producción de iniciativas que tienen por objeto la expansión de los siguientes aspectos:

En primer lugar, del ámbito de personas sujetas a obligaciones relacionadas con la investigación de actividades delictivas que generan cuantiosas ganancias; en segundo lugar, de la correspondiente lista de delitos subyacentes; en tercer lugar, del alcance de la prohibición que contienen los tipos penales que lo regulan; en cuarto lugar, la progresiva intensificación de los vínculos con la «financiación del terrorismo» y en consecuencia, con las medidas que se orquestan para su reducción⁶⁶.

En esta línea de expansión, el menoscabo de los derechos de los ciudadanos que pueden ser implicados por estas iniciativas se convierte en la norma general y no en la excepción. Un ejemplo de lo que se acaba de decir lo constituye, sin duda, la flexibilización de los presupuestos de las medidas comisivas y confiscatorias⁶⁷.

64 J. HDEZ VIGUERAS: *Los paraísos fiscales*, Akal, Madrid, 2005, pp. 351-358, denomina a estos los organismos pseudoreguladores, y en sus palabras, constituyen “toda una constelación que integra la denominada *gobernanza mundial*, que se supone controla las finanzas mundiales, sin que estos organismos hayan tenido un referendo democrático”. Dentro de estos menciona los siguientes: G7/G8; Fondo Monetario Internacional; Organización de Cooperación y Desarrollo Económico [OCDE]; GAFI; Comité de Basilea; etc. Instituciones que por lo demás están todas ellas implicadas en la configuración internacional de las medidas anti-blanqueo.

65 Estos términos empleados por M. DONINI: “Jueces y democracia...”, citado, p. 53, cuando expresa: “Quien parte por el ordenamiento jurídico penal corre el riesgo de desviarse. Empero, en el ordenamiento extrapenal muchas fuentes operan fuera de una verdadera subordinación en lo que se refiere a principios y a reglas penales coexistentes, por ello, tales «fuentes» diversas deberían estar coordinadas, antes que colocadas en una relación de mera ejecución respecto a las otras. Esta complejidad disminuye el papel ordenador del Estado y aumenta el del intérprete”.

66 Así W. HASSEMER: “Localización de ganancias ahora con el Derecho penal”, trad. M. Abel Souto, en *Revista de Ciencias Penales*, Vol 1, n° 1, 1/semestre, USC, Santiago de Compostela, 1998”, citado, p. 217, entiende: “Nuestra política jurídico penal va a una velocidad vertiginosa: después de que se hubiese discutido con amplitud y prudencia sobre la reforma del Derecho penal en los años cincuenta y sesenta, mientras que modificaciones eventuales del Derecho de obligaciones desde hace tiempo habían estado dando vueltas de un lado para otro en manos de los expertos, siguen hoy sin interrupción profundas modificaciones del Derecho penal y del Derecho procesal penal. Ellas aumentan la conminación penal, amplian deberes y permiten intromisiones en el ámbito privado de los ciudadanos, pero también en el ámbito profesional de las instituciones de crédito”.

67 La flexibilización de los presupuestos del comiso de bienes que alcanza un momento paradigmático con el establecimiento, en la Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo, del comiso ampliado; en éste se permite el

Frente a este panorama, desde una perspectiva más amplia, BRANDARIZ GARCÍA preguntándose por los retos de mayor urgencia del Derecho penal en el contexto actual, en el que surgen evidentes tensiones para la soberanía estatal, expone que uno de ellos es la necesidad de pensar la intervención penal desde los parámetros garantistas del Estado democrático de Derecho, a pesar de que dicho paradigma se ha consolidado desde la perspectiva del Estado-nación y de que en la actualidad existen muchos ámbitos cada vez más vinculados con referentes globales.

En definitiva, expone que es prioritario pensar en los modos de articular estas garantías y límites en el ámbito internacional que es “(...) un terreno tradicionalmente menos permeable a la construcción de tales referentes de garantía del ciudadano frente a los poderes públicos y privados”⁶⁸.

Esta reivindicación se percibe como ineludible cuando se repara en las siguientes reflexiones de MANES al respecto de la regulación del «lavado de activos» en el

decomiso de bienes sin condena, en los supuestos en que haya convencimiento de que estos activos han sido obtenidos mediante la ejecución de conductas delictivas iguales o similares en periodos anteriores a una condena por los delitos que se regulan en el apartado 1 del art. 3. Por otra parte, presenta un interesante balance de la política criminal que se diseña para reducir el «lavado de activos» en el ámbito supranacional J. VOGEL: “Derecho penal y globalización...”, citado, p. 119: “Forma parte de ello [de las nuevas orientaciones del derecho penal] el aspecto esencial de que no puede seguirse tolerando las islas de impunidad: si un Estado: si un solo Estado tolera el blanqueo de capitales, bajo condición de la globalización de la libertad de movimiento de capitales ello conduce a que todo el dinero del mundo pueda ser lavado en ese Estado, lo que en última instancia priva de objeto la prohibición de blanqueo de capitales de todos los demás Estados. Materialmente, la nueva legislación penal frecuentemente se refiere a campos de la criminalidad que se perciben como peligro para el Estado, la economía y la sociedad como tales: terrorismo, ataques a los sistemas de información. Frente a ello, la protección del individuo sólo entra en consideración si con ello puede demostrarse simultáneamente el carácter de «empresario moral»: tráfico de personas, pornografía infantil, violencia contra las mujeres. No se puede evitar la sospecha de que en este ámbito se pretende que una legislación penal activista oculte los verdaderos déficit de ejecución”.

- 68 J. A. BRANDARIZ GARCÍA: *Política criminal y exclusión*, Comares, Granada, 2007, pp. 9-10, 261-261. En una línea similar, P. MERCADO PACHECO: “Estado y Globalización...”, citado, p. 141: “Las transformaciones del papel del Estado deben ser valoradas a la luz de la conexión con la cuestión de los derechos y de la democracia. [...] el problema no es qué instancia, qué institución, qué constelación de poderes debe asumir las funciones desarrolladas hasta ahora por el Estado, sino más bien, cómo satisfacer y garantizar hoy los derechos de los hombres y mujeres que en el pasado eran garantizados en sede estatal y los nuevos derechos que estén surgiendo”; también, A. APONTE: “Gustav Radbruch: ¿Constituye hoy el positivismo una condición de pluralismo liberal?”, en AA. VV. *Derecho penal y criminología como fundamentos de la política criminal*, drs F. Bueno Arús, H. Kury, L. Rodríguez Ramos, E.R. Zaffaroni, eds. J. L. Guzmán Dálbora y A. Serrano Maíllo, Dykinson, Madrid, 2006, p. 567: “(...) la fórmula de Radbruch se ha cumplido en el tiempo, no como búsqueda de un Derecho suprallegal justo, sino como búsqueda de la justicia en el Derecho legal. Sin embargo, los dilemas que surgen hoy frente a la globalización, por ejemplo, la internacionalización de la lucha contra el crimen o los problemas de la lucha contra el terrorismo internacional, hacen que el proceso descrito viva de nuevo momentos de aguda tensión. La lucha por el principio de legalidad en el Derecho penal apenas comienza. Y en relación con el tema de reflexión de este escrito, el esfuerzo por hallar espacio a pluralismo y relativismo, en medio de culturas totalizantes, tanto en el nivel internacional como en el interno, se sitúa en primer línea de exigencia para los juristas”.

ordenamiento italiano, consideraciones que por las razones ya expuestas valen para las demás realizadas en los países de la órbita occidental.

En primer lugar, desde la percepción de que en la regulación de este delito se reproducen las líneas de un Derecho penal de enemigo, el penalista señala que si se sitúa la reflexión en el plano empírico se tiene que ésta comporta un extraordinario déficit de efectividad, si por ésta se entiende la observancia de la norma por parte de sus destinatarios y la satisfacción de los objetivos fijados por ella -la disminución o eliminación del «creciente volumen de negocios de la economía criminal, y de la relativa actividad de reciclaje...»-⁶⁹.

En consecuencia, según este autor, estas estrategias legislativas expresan a su vez un marcado y negativo efecto simbólico de la intervención penal.

En segundo lugar, mantiene que por la estructura abierta y flexible que tienen estas normas, surge el peligro de que sus destinatarios sean los autores de conductas de bagatela, protagonistas del todo periféricos; en definitiva «(...) los transgresores pueden ser los verdaderos y propios *outsiders*» por lo que, en este caso, la ineficacia se convierte en «hiper-efectividad»⁷⁰.

Por ello no se trata tan sólo de que sea en sí mismo criticable que en una legislación se haga prevalecer la eficacia a costa de las garantías y que ésta esté destinada a producir indeseables efectos simbólicos, sino que en este caso no se puede perder de vista que aun hoy por hoy el Derecho penal sigue siendo selectivo y desigual.

69 V. MANES: "Il riciclaggio...", citado, p. 61; asimismo, A. MANGIONE: "Mercati finanziari e criminalità organizzata...", citado, p. 1106; quien recalca que los síntomas de ineficacia no son sólo atribuibles a la regulación italiana, enfatizando que esto induce a pensar que se verifica una crisis de adaptación del sistema punitivo y su mensaje cultural a la estructura socioeconómica del orden democrático capitalista y H-J. ALBRECHT: *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, trad. O. J. Guerrero Peralta, Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigaciones y Filosofía del Derecho, Bogotá, 2001, pp. 82-83, atendiendo a las ganancias derivadas del narcotráfico, señala la escasa efectividad de este delito y de las políticas de confiscación para alcanzar el retiro pleno de ellas del sistema económico: "En forma contraria a lo que se piensa, los hallazgos de la investigación criminológica remiten a que el comercio de estupefacientes y los mercados de drogas ilícitas puedan ser influidos muy marginalmente por las medidas de control de lavado de dinero. Las teorías económicas de la criminalidad y la investigación orientada económicamente a los mercados de drogas ilícitas apoyan más bien un punto de vista, emanado de la misma investigación, según el cual los mercados ilegales no pueden ser eliminados por las vías del Derecho penal, puesto que cada política de prohibición (y con ellas las del Derecho penal) son precisamente un presupuesto constitutivo del funcionamiento de los mercados ilegales. [...] las investigaciones indican que hasta hoy la práctica de confiscación de ganancias ilícitas conduce a complejos ordenamientos de embargo y retiro de valores patrimoniales, que equivalen a lo sumo, a unas muy modestas recaudaciones del total de transacciones que se llevan en los mercados ilegales".

70 V. MANES: "Il riciclaggio...", citado, p. 61, señalando que la experiencia italiana da cuenta de esto.



Autora: Paola Gamboa
Título: ¿Habitar?
Técnica: acrílico
y carburo de silicio
sobre lienzo
Dimensiones:
4.00 x 1.70 m
Año: 2008

EL TRATAMIENTO DEL CONFLICTO A TRAVÉS DEL PROCESO DE CONCILIACIÓN EN EL CENTRO DE CONCILIACIÓN “LUIS FERNANDO VÉLEZ VÉLEZ” DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA. EN EL FOCO DE LA RESOLUCIÓN O EN LA LUZ DE LA TRANSFORMACIÓN*

* Este artículo es producto 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 en el Acta No. 07 del 8 de septiembre de 2008, emitida por el Comité Técnico de Investigaciones.

Fecha de recepción: Marzo 31 de 2009

Fecha de aprobación: Mayo 5 de 2009

EL TRATAMIENTO DEL CONFLICTO A TRAVÉS DEL PROCESO DE CONCILIACIÓN EN EL CENTRO DE CONCILIACIÓN “LUIS FERNANDO VÉLEZ VÉLEZ” DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA. EN EL FOCO DE LA RESOLUCIÓN O EN LA LUZ DE LA TRANSFORMACIÓN

*Miguel Ángel Montoya Sánchez***

RESUMEN

Con lo esbozado en estas líneas, se intenta mostrar la forma en que se asume y desarrolla el proceso de conciliación en el Centro de Conciliación “Luis Fernando Vélez Vélez” de la Universidad de Antioquia, en el marco de lo hallado y analizado en la investigación de que se trata en el presente escrito y en el entendimiento de dicho proceso desde la perspectiva o el punto de vista de los conciliadores, sus conocimientos o preparación y del enfoque en el tratamiento del conflicto que éste como tercero utiliza para su puesta en práctica.

Palabras clave: conciliación, proceso conciliatorio, rol del conciliador o mediador, mediación, enfoques o modelos de mediación (resolutivo o transformativo).

RESOLVING THE CONFLICT THROUGH THE PROCESS OF CONCILIATION AT THE CONCILIATION CENTER “LUIS FERNANDO VÉLEZ VÉLEZ” OF THE UNIVERSITY OF ANTIOQUIA. IN THE FOCUS OF RESOLUTION OR IN THE LIGHT OF THE TRANSFORMATION

ABSTRACT

As outlined in these lines, the author attempts to show how it is assumed and gets develop the process of conciliation at the Conciliation Center “Luis Fernando Vélez Vélez” of the University of Antioquia, from what was found and analyzed in the research involved in this article and so from the understanding of this process from the perspective and personal knowledge of conciliators, and from their type of approach in treating conflicts, as a third party, when they implement such knowledge in real life.

Key words: conciliation, conciliation process, role of the conciliator or mediator, approaches or models of mediation (resolutive or transformative).

** Abogado, especialista en Derecho de Familia y candidato a Magister en la Maestría en Derecho de la Universidad de Antioquia. Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Miembro del Área de Derecho de Familia. Coordinador de Posgrados 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” de la Universidad de Antioquia”.

EL TRATAMIENTO DEL CONFLICTO A TRAVÉS DEL PROCESO DE CONCILIACIÓN EN EL CENTRO DE CONCILIACIÓN “LUIS FERNANDO VÉLEZ VÉLEZ” DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA. EN EL FOCO DE LA RESOLUCIÓN O EN LA LUZ DE LA TRANSFORMACIÓN

INTRODUCCIÓN

*Mirar de frente es de honestos. Ubicarse de frente es de valientes.
Así, ¿cuál conflicto se resistiría?*

Miguel Ángel Montoya S.

A través de los procesos de conciliación desarrollados en el Centro de Conciliación “Luis Fernando Vélez Vélez” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, con ocasión del interés de quienes pretenden solucionar sus conflictos por este medio, se ha venido presentando un interesante fenómeno que ha dado lugar a una lectura diferente de los conflictos que allí se conocen y de la actitud de las personas que en dicho proceso intervienen.

En esos procesos se ha estado gestando una comprensión más amplia y profunda respecto de la importancia de dicha figura y de las personas intervinientes. A la conciliación se le ha estado asumiendo más allá de un simple procedimiento, pues se le ha inyectado un elemento de relevante importancia, el formativo o pedagógico, en donde las partes conflictuadas y el mismo conciliador salen fortalecidos, de alguna manera, para el manejo de futuros conflictos. Y respecto de las personas, se ha venido generando un entendimiento tal de respeto mutuo y comprensión, que el desarrollo del proceso le apunta más a que las personas se reconozcan e identifiquen como tales, por encima del conflicto mismo que las enfrenta y de su posible resolución.

Con todo, lo que se delinea en este escrito, es el resultado de la contrastación que el autor intenta, entre lo hallado en la investigación referida a la práctica de la conciliación como método alternativo de resolución de conflictos realizado en este

Centro de Conciliación a través del proceso de conciliación¹, y algunas reflexiones que sobre el tema hace actualmente en la investigación² que realiza a efectos de optar el título de Magister en Derecho en la Universidad de Antioquia, sobre los contenidos básicos de algunos de los modelos de mediación existentes, el resolutorio y el transformativo, a más de esbozar las líneas sobre las cuales se dibuja el rol desempeñado por los conciliadores a través de las técnicas utilizadas por estos en el desarrollo del referido proceso.

Así, para el cumplimiento del propósito de estas reflexiones se presenta un apretado esbozo de los contenidos básicos de los denominados modelos de mediación “Resolutorio” y “Transformativo”, refiriendo de cada uno de ellos sus notas más características. En segundo lugar, se presentan algunos de los hallazgos que en la investigación se hicieron sobre el acercamiento al entendimiento del concepto de proceso conciliatorio por parte de los conciliadores y de las técnicas utilizadas por éstos en el desarrollo de dicho proceso. En tercer lugar, se presentan algunas referencias que respecto del desempeño o rol de los conciliadores se hallaron en la investigación. En cuarto lugar, se detallan algunos hallazgos de la investigación en lo atinente a los tres aspectos anteriores. Por último, se presentan algunas observaciones sobre el entendimiento y diferencias marcadas entre los modelos resolutorio y transformativo, para terminar haciendo algunas claridades, desde lo teórico, en contraste con las técnicas y prácticas seguidas en dicho Centro de Conciliación, de los modelos de mediación mencionados y del rol del conciliador.

Si bien la conciliación y la mediación son mecanismos alternativos de resolución de conflictos sustancialmente diferentes, diferencias que se enmarcan en aspectos tales como la finalidad, el grado de participación del tercero, el grado de participación de las partes y el grado de control del resultado por las partes; en este escrito se toman como equivalentes, al menos en el sentido de ser formas autocompositivas de tratamiento de los conflictos y en la característica que las identifica: la intervención de un tercero que facilita el proceso de comunicación, acercamiento y entendimiento entre las partes, y quien debe guardar su condición de tal al asumirse como imparcial ante las partes y neutral frente al conflicto.

Así mismo, cuando se hace alusión a los términos de conciliador y mediador, no se pretende significar que son lo mismo, más bien, se intenta mostrar que desde su rol

1 La conciliación en el proceso de transformación del conflicto. A propósito de la conciliación en el Centro de Conciliación “Luis Fernando Vélez Vélez” de la Universidad de Antioquia, es una investigación financiada por el CODI, realizada en 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.

2 El Trabajo de grado a que se hace referencia se titula “La Mediación familiar. De la resolución a la transformación del conflicto.”

o tarea, dichos términos se subsumen en la idea central de mediar o facilitar, pero teniendo siempre en claro, desde qué perspectiva o enfoque es que han de guiar su desempeño como terceros.

1. CONSIDERACIONES SOBRE ALGUNOS CONTENIDOS BÁSICOS DE LOS MODELOS DE MEDIACIÓN CONOCIDOS COMO *RESOLUTIVO* Y *TRANSFORMATIVO*

Del rastro que la literatura especializada deja sobre el tema del tratamiento del conflicto, se hallan algunos de los modelos que se han ensayado respecto de la llamada negociación mediada (o modelos de mediación) actualmente más difundidos y usados. Algunos de los modelos, compendiados en trabajo realizado por Demicheli (2004: 141), son: el Resolutivo (Escuela de Harvard), y el Transformativo (Bush y Folger). Demicheli presenta un interesante desarrollo de cada uno de ellos en la comprensión de la epistemología en que descansan, la teoría en que se fundan y en las técnicas que aplican:

Del modelo Resolutivo dice, que en su epistemología, el conflicto radica en la incompatibilidad de satisfacer simultáneamente los intereses de ambas partes. Se lo concibe como un proceso lineal, es decir, que tiene una causa u origen, temporalmente antecedente, y un efecto, el estado actual del desacuerdo. A partir de dicho entendimiento, se considera que eliminando la causa original, consecuentemente, el efecto, desacuerdo propio del conflicto, debe desaparecer o sus manifestaciones observables deben cesar.

En este modelo, el énfasis para superar el conflicto está puesto en el *contenido* de lo que se está tratando y no en *la relación* entre las personas. Señala la necesidad de separar las personas del problema. Respecto de la teoría que la soporta, agrega Demicheli, se concibe al mediador como *un regulador de* la comunicación entre las partes. Este dirige la conversación y establece las pausas necesarias para que la instancia de negociación no sea un “diálogo de sordos”. Y de las técnicas utilizadas en este modelo, refiere que el mediador ocupa una posición neutral, que el procedimiento está estructurado en etapas: análisis, planeación y discusión y que tal modelo se centra en la búsqueda de una solución colaborativa. Termina diciendo que el objetivo del modelo es *Resolver el conflicto consiguiendo un acuerdo, en el nivel del contenido, que permita dar satisfacción a los intereses de las partes.*

Del modelo Transformativo, apunta el autor citado, que su epistemología radica en que la explicación del conflicto no está centrada en una causa específica. El conflicto se considera como la expresión de un patrón de relación que mantienen las personas involucradas. La causalidad de los conflictos es circular e interactiva y

está instalada y mantenida en la pauta de relaciones con base en la cual se vinculan e interactúan esas personas.

Los modos aprendidos de comunicación compartida y el contexto cotidiano de interacción en que tiene lugar el desarrollo y el mantenimiento de las relaciones interpersonales, es el aspecto central y más determinante para la generación y la derivación del conflicto en una espiral cada vez más inmanejable. Estas dimensiones aparecen como más apropiadas para la descripción, el análisis y la explicación de ésta, que aquellas que remiten el origen a causas intra-psíquicas individuales. La teoría del modelo, entiende la mediación como una oportunidad para el crecimiento, desarrollo y asunción de protagonismo respecto de sus propias dificultades por parte de las personas conflictuadas. Asume que la potenciación de sus propios recursos se da principalmente en la modificación de las pautas habituales de relación, interacción y comunicación, que condujeron al conflicto.

En este modelo, el mediador es concebido como un observador externo, orientado en primer lugar a identificar patrones reiterativos de comportamiento entre las personas, que pone de relieve que en tanto forman parte de una díada, la situación en que se encuentran es una expresión de sus propias formas de relacionarse. Una segunda dimensión que el mediador transformativo busca traer a colación, es la posibilidad que tienen las partes de modificar dichas pautas previas de relación, a partir de lo cual no sólo se podría solucionar el conflicto puntual, sino salir fortalecidos del *impasse* por el que atraviesan, adquiriendo nuevas destrezas para eventuales conflictos futuros. Las técnicas de este modelo son colindantes con la acción psicoterapéutica. Se utilizan las técnicas que provienen de la Terapia Sistémica, ya sea familiar o de parejas. Este modelo resulta más útil para aquellos conflictos en que el aspecto relacional es preponderante y significativo, no sólo en términos de pasado y presente, sino también de proyección futura. En otras palabras, en aquellos casos en que la relación laboral, conyugal, comercial, entre otras, se proyecta hacia un tiempo posterior. El objetivo del modelo propende por *Transformar la relación entre las partes, más allá de la consecución de un acuerdo o la resolución del conflicto.*

2. EL PROCESO DE CONCILIACIÓN EN EL CENTRO DE CONCILIACIÓN “LUIS FERNANDO VÉLEZ VÉLEZ” Y LOS ENFOQUES DE MEDIACIÓN APLICADOS EN SU DESARROLLO

De la investigación referida y en atención a identificar la inclinación que en el desarrollo del proceso conciliatorio se tiene respecto de los modelos de mediación citados, es menester delinear lo que allí se halló.

Etimológicamente la palabra proceso viene del latín *processus* que significa acción de ir hacia adelante. En el Diccionario de la Lengua Española el término se encuentra definido como el *conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial*. Todo proceso, como lo refieren las definiciones entregadas, está compuesto de varias etapas o estadios que en rigor deben ser agotados en forma lógica, secuencial o sucesiva para efectos de que el resultado querido se pueda alcanzar. Así, el proceso conciliatorio, como el judicial, tienen en su estructura una composición tal que para alcanzar el resultado pretendido, exige conocer y seguir de manera rigurosa las etapas que lo componen. La Corte Constitucional, en una de sus tantas acepciones, se refiere a la conciliación de la siguiente manera:

El término conciliación tiene dos sentidos distintos según el contexto en que es utilizado: uno procedimental y otro sustancial. En relación con su acepción procedimental, la conciliación es “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”. **Según esta acepción, la conciliación es apenas una serie de pasos preestablecidos que tiene por objeto -eventual, no necesario- la celebración de un acuerdo entre dos o más personas.** No obstante, el término conciliación también se refiere al acuerdo al que se llega mediante la celebración del procedimiento conciliatorio. En este segundo sentido sustancial, la conciliación se materializa en un acta que consigna el acuerdo al que llegan las partes, certificado por el conciliador (Negrilla fuera de texto).³

En el Centro de Conciliación “Luis Fernando Vélez Vélez” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, la técnica que se ha venido implementando para el trámite del proceso conciliatorio, y más concretamente para el trámite de la audiencia de conciliación, como lo apunta Giraldo Montoya (2004) en investigación realizada al respecto, es una aplicación ecléctica que podría ubicarse en torno del Modelo de la “Escuela de Negociación de Harvard” y del Modelo Transformativo de Bush y Folger . Como lo anota Giraldo Montoya y en atención a los hallazgos que en este sentido arrojó la investigación sobre resolución de conflictos ya referida, es dable afirmar que realmente en el desarrollo de la audiencia de conciliación se alcanza a abrazar a uno y otro modelo, además de considerar, que en este Centro de Conciliación, la aplicación de la técnica por parte de los conciliadores evidentemente es amplia y flexible. Esto, por cuanto si la conciliación se entiende como una negociación mediada, al interior de la misma lo que realmente se vive es una negociación directa. Es decir, el proceso de la audiencia se desarrolla en obediencia a la marcada técnica de la mediación, pero en

3 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

una de sus etapas, específicamente en la del “acuerdo”, el esfuerzo se insinúa, con la dirección del conciliador, en la negociación que directamente agotan las partes.⁴ Se aplica la técnica de la negociación directa, pero el conciliador sigue ejerciendo su papel directivo, aún en esta fase (Ver gráfica N° 1 al final del texto).

En la práctica, en el Centro de Conciliación mencionado, la aplicación juiciosa y rigurosa de la técnica jurídica que se ha venido implementando en el proceso de conciliación, si bien ha tenido un cierto grado de éxito, también ha mostrado algunas falencias. De las encuestas aplicadas a los conciliadores, y respecto de algunas de las respuestas recogidas sobre las preguntas referentes a *Métodos y estrategias utilizadas para llevar a cabo el proceso de conciliación* y sobre el *Proceso y desarrollo de la audiencia de conciliación*, se analizó lo siguiente:

En términos generales, en la mayoría de las respuestas de los conciliadores consultados se evidencia una actitud positiva frente a la conciliación. Podría decirse, que una cosa es el manejo de los conceptos y teorías que al respecto tienen los conciliadores, y otra es la manera como éste los aplica y asume en la práctica misma. En muchos casos, se encuentra un buen manejo de la técnica en el desarrollo de la conciliación, pero poco se reconoce el valor de la teoría, no se tiene un dominio cabal de los conceptos de la conciliación.

La mayoría de los conciliadores encuestados, no conceptualizan y no diferencian claramente lo que es una actividad, una estrategia o un método en el desarrollo del proceso conciliatorio. Se aprecia alguna dificultad (o al menos una omisión) para relacionar la teoría con la praxis, esa relación, sobretudo para los estudiantes conciliadores (E.C.), es problemática al momento de enfrentarse con el desarrollo del proceso conciliatorio y específicamente de la audiencia.

Por su parte, los abogados conciliadores (A.C.) se centran en fijar reglas y directrices en la audiencia, utilizando métodos que permitan acercar a las partes e identificar el conflicto para poder buscar un arreglo mediante varias opciones que lleven a una salida del conflicto. Respecto del interrogante sobre *las estrategias, actividades y métodos*, los abogados conciliadores también presentan alguna dificultad al momento de conceptualizar y diferenciar unas de otras. Sólo algunos sugieren o hacen mención del nombre de algún método, pero no lo describen. Algunas de las respuestas al respecto, dicen:

4 Aquí, en punto de crítica, es menester señalar que en efecto el objetivo trazado por la ley de “descongestión de despachos judiciales”, se muestra claramente marcado. Pues, si se habla del principio de la voluntariedad para la posible solución de los conflictos por parte de las personas conflictuadas, no se entiende muy bien la concatenación de esto con la facultad otorgada al conciliador de *proponer fórmulas de acuerdo*, las mismas, que en más de las veces, terminan por ser las que se acogen o las que *acordadamente* se imponen.

El método que utilizo para estas conciliaciones es el que aprendí en mi materia de conciliación que es el modelo propuesto por la Escuela de Harvard (A.C.).

Se podría decir que los conciliadores tienen la capacidad de definir los procedimientos de alguno de los métodos más utilizados para la conciliación, sin embargo no señalan cuál es el método, o sencillamente los mezclan. Al respecto, una de las conciliadoras anota lo siguiente:

Preparación de la audiencia: hablo con las partes por separado antes de la audiencia para tratar de establecer sus necesidades. Luego elaboro un borrador que contenga intereses, opciones, etc. Determino si ese asunto es o no susceptible de conciliación. Al dialogar con cada parte, les dejo saber que como conciliadora estoy con el ánimo de que todos ganen (E.C.).

Los conciliadores son conscientes y recalcan la necesidad de apropiarse de un lenguaje claro y acorde con el nivel cultural y educativo de las partes, pues ello permite una mejor comprensión e interpretación de lo que se pretende por las partes inmersas en el conflicto, que finalmente, se verá reflejado a la hora de la confrontación y la negociación directa de sus intereses.

Cuando al conciliador se le presenta en el desarrollo de la audiencia un evento o incidente crítico⁵ con el comportamiento de las partes, muchos deciden terminar su trámite, sin asumir que ese momento es fundamental para darle otra mirada al conflicto, es ahí donde precisamente cobra importancia su labor de conciliador. De contera, con dicha actitud del conciliador, la conciliación no cumple su objetivo: se trunca la posibilidad del acercamiento de las partes que apunte al mejoramiento o restablecimiento de las relaciones, independientemente de que se logre un acuerdo. Con todo, en aplicación de las técnicas aprendidas por los conciliadores, según se deduce de la información analizada y las observaciones activas llevadas a cabo en el transcurso de la investigación, se ha venido propiciando la escucha entre las partes.

La persona que propicia el incidente crítico en la audiencia, se concluye según los resultados observados, no tiene la capacidad de proponer soluciones hasta tanto no sienta que es reconocido por el otro, es la lucha por el *reconocimiento*⁶ del otro que

5 Se denomina Incidente Crítico el evento en que por la actitud hostil, reticente o agresiva de las partes o de una de ellas en contra de éstas mismas o del conciliador, el normal desarrollo de la audiencia de conciliación se ve interrumpido o torpedeado.

6 En el calor del conflicto, es típico que cada parte en disputa se sienta amenazada, atacada y agredida por la conducta y las pretensiones de la otra. En consecuencia, concentra la atención en la autoprotección: adopta actitudes defensivas, suspicaces y hostiles frente al “contrincante”, y es casi incapaz de ver más allá de sus propias necesidades. Desde este punto inicial de relativa concentración en el yo, las partes llegan

lo ignora o desconoce. Cuando el conciliador presiona la propuesta de fórmulas de solución sin tratar lo que da lugar al evento crítico, desencadena, en la mayoría de los casos, el cierre de la audiencia.

Esencialmente el conciliador debe propiciar el develamiento del real interés que trae consigo cada una de las partes, que casi siempre está latente, pues se busca el reconocimiento del uno para con el otro, con miras a que se establezca una relación más adecuada para la negociación. Es importante que el conciliador genere empatía frente a las partes, porque generalmente, de la forma como éste dirija el desarrollo de la audiencia, dependerá que se genere el cambio de actitud en estos.

Una de las maneras que este Centro de Conciliación ha encontrado e implementado para sensibilizar y preparar a las partes en dicho cambio de actitud necesario para la negociación, es el proceso pedagógico, fundamental en el proceso general de la conciliación, el cual se inicia desde los pasos previos a la audiencia con la denominada "Consulta colectiva"⁷. Este proceso consiste no sólo en informar a las

al reconocimiento cuando eligen voluntariamente abrirse más, mostrarse más atentas y empáticas, y más sensibles a la situación del otro.

Asimismo, puede definirse este objetivo (el del reconocimiento del otro) muy concretamente señalando la clase de cosas que muestran que aquél fue alcanzado. Aquí tenemos una descripción de algunas de las formas específicas de hechos que constituyen el reconocimiento en el ámbito del proceso de mediación:

- Una parte concede reconocimiento en la mediación cuando: comprende que, más allá de poseer la fuerza necesaria para resolver su propia situación, posee la capacidad de reflexionar, considerar y reconocer en cierto modo la situación de la otra parte, no sólo como estrategia para facilitar su propia situación, sino por un impulso de sincero aprecio a la dificultad humana en que se encuentra el otro; comprende que se siente bastante seguro como para cesar de pensar exclusivamente en su propia situación, y concentrarse hasta cierto punto en lo que está viviendo la otra parte.
- Una parte otorga reconocimiento en la mediación cuando: asume que, más allá de poseer la capacidad para considerar y comprender la situación de otro, alienta el deseo real de hacerlo; advierte que desea concentrar su atención en lo que el otro está experimentando y encontrar un modo de reconocer esa experiencia a través de su comportamiento en la sesión.
- En cuanto al objetivo de la revalorización, apuntan Bush y Folger, que el compromiso en el conflicto, afecta de manera semejante a todos. Es típico que las partes en disputa estén conmovidas, confundidas, temerosas, desorganizadas e inseguras acerca de lo que deben hacer. En consecuencia, se sienten vulnerables y excedidas por la situación. Las partes se ven fortalecidas en la mediación cuando superan esta debilidad relativa, recuperan la calma y la claridad, adquieren confianza, capacidad organizativa y poder de decisión y, por consiguiente, obtienen o recobran cierto sentido de su fuerza como para asumir el control de la circunstancia.

Algunos hechos específicos que constituyen la revalorización en el ámbito del proceso de mediación, son: la revalorización por referencia a las metas; la revalorización de las alternativas; la revalorización de las habilidades, la revalorización de los recursos y la revalorización con respecto a la decisión de las partes. (Ver: R.A. Baruch Bush – J.P. Folger. *La Promesa de Mediación*. Editorial Granica, 1994. p. 141-142.

- 7 La Consulta colectiva es un espacio que el Centro de Conciliación "Luis Fernando Vélez Vélez" tenía implementado para la época en que se realizó la Investigación que se refiere en este escrito y consistía en la reunión, con cita previa, de un número de personas (no más de veinte), que habían solicitado el servicio de programación de audiencia de conciliación, en donde se les instruía en todo lo concerniente al proceso de conciliación y su responsabilidad en el conflicto y en el proceso de conciliación que pretendía promover.

partes (al menos en principio a los citantes) respecto de qué es la conciliación, sus ventajas, límites y efectos y sobre la figura del conciliador y su rol, sino en dar a conocer la importancia de la responsabilidad que cada parte tiene sobre el conflicto mismo, la valía de cada uno como persona y el reconocimiento del otro, es decir, dar a entender o hacer visible el hecho de que el conflicto o las circunstancias que lo provocan, no pueden ser más importantes que las personas mismas; es la posibilidad de generar inquietud sobre aspectos tales como escuchar, negociar, argumentar, disentir, acordar. Aquí se construye ciudadanía porque las partes realizan un verdadero ejercicio de participación.

En este sentido y en aprovechamiento de la disposición que muestra el usuario del Centro de Conciliación en el espacio de la Consulta colectiva, él mismo (el usuario) que muy probablemente ejercerá, como ya se dijo, el rol de citante en el proceso de conciliación que inicia; el Centro de Conciliación ha venido insistiendo también sobre las ventajas del generalmente mal entendido, elemento de la confrontación. Aquí, según se logró rescatar de las observaciones que al respecto se hicieron, la confrontación se asume, al modo como lo plantea Muldoon (1998) como la importancia del encuentro cara a cara con el “adversario”. Desde esta perspectiva, la solución de los conflictos se puede abordar básicamente en dos vías, haciendo énfasis, por supuesto, en la primera vía según el objetivo que se persigue con la conciliación: la vía alta y la vía baja. La primera, asumida como aquella que posibilita el encuentro, la confrontación de las partes bajo los siguientes requisitos: 1. se reconoce la fuerza del adversario, 2. se puede confiar en él, 3. ambas partes aceptan el desafío y 4. se tiene la convicción de la dinámica del conflicto y de su transformación; y la segunda, entendida como aquella que se utiliza cuando no se puede confiar en la contraparte y en consecuencia se accede a ella bajo las siguientes premisas: 1. se utiliza conscientemente la coacción para forzar la voluntad del adversario, 2. se sopesan cuidadosamente las debilidades del adversario y se actúa en su contra, 3. se utiliza cuando el adversario se niega a hacerse responsable de sus actos, no acata la ley, no quiere negociar o incumple un acuerdo y 4. se sigue cuando el adversario no muestra tener sentido del honor.

Continuando con la importancia que adquiere el proceso pedagógico para lograr el cambio de actitud de las partes, se hace relevante señalar, sin embargo, que los conciliadores conciben, en la mayoría de los casos, la audiencia de conciliación como el proceso mismo, a sabiendas de que ésta es sólo una etapa o estadio de dicho proceso; los conciliadores terminan centrando toda la atención en el desarrollo de la audiencia y descuidan, en buena medida, las otras etapas que componen el proceso. No se ve, en términos generales, a la conciliación como un proceso integral que involucra el elemento formativo de las partes, es decir, no se nota muy claramente, según los resultados arrojados por la investigación, que

se esté asumiendo por los conciliadores a cabalidad la importancia del proceso pedagógico de la conciliación.

Una buena parte de los conciliadores encuestados, limitan el tratamiento del asunto sometido a su conocimiento sólo desde el aspecto legal, sin tener en cuenta el contexto social, político, económico y cultural del que proceden o del lugar en que habitan las partes a fin de tener una mejor comprensión del conflicto y del imaginario que se tiene de éste; generalmente, tampoco se tienen en cuenta los elementos psicológicos de cada sujeto y de su comportamiento en la audiencia misma. No se ve a las partes como sujetos psicosociales, sino como sujetos pasivos de una normatividad legal.

Respecto del rol del conciliador la investigación mostró que éste, en más de las veces no tiene clara su tarea, pues en algunas de las respuestas se encuentra que el conciliador confunde o desconoce su rol de director de la audiencia y de tercero imparcial, ya que se encuentran comentarios como que *es importante hacerse amigo de las partes y que son ellas quienes están llamadas a producir las soluciones*. Al parecer se pasa por alto la exigencia de ley que demanda del conciliador en derecho como una de sus obligaciones, proponer fórmulas de arreglo cuando éstas no surgen de las partes. Sobre este aspecto, como ya se anticipó en líneas anteriores, es importante insistir en que la ley le marca una línea clara al conciliador para que ejerza su rol desde la perspectiva *directiva* (si las partes no acuerdan, él “acuerda” por ellas).

No obstante las situaciones analizadas, en la mayoría de los casos, los conciliadores perciben un cambio de actitud de las partes en el desarrollo de la audiencia, pues con su actitud final, se evidencia que a través del desarrollo de la misma se modifica en cierta forma la percepción que se traía del conflicto y aún del otro, independientemente de cual sea el resultado.

Un punto clave que se encuentra en común en todos los encuestados, es lo pertinente a la comunicación, y aunque no se diga de forma explícita, todo apunta a ello; es decir, se resalta la importancia del diálogo entre las partes, el diálogo con el conciliador, y la interpretación que el conciliador hace de las diversas versiones y las propuestas que de las partes surgen. Coinciden en que se debe escuchar a las partes, dejarlas expresar sus sentimientos, proporcionar herramientas para la conciliación (como invitarlos para que lleguen a un acuerdo, dialogar, dejar hablar a cada una de las partes, etc.).

Básicamente, el método tiene como eje fundamental la comunicación, en aplicación de la escucha activa como una de sus herramientas, lo cual ayuda a una mejor identificación del conflicto, posibilita de forma adecuada des-

cubrir los verdaderos intereses, y permite la propuesta de muchas opciones para encontrar salida por parte de los intervinientes al conflicto objeto de la audiencia (A.C.).

Muchos conciliadores anotan que buscan acercar a las partes para que éstas adopten una actitud positiva frente a la conciliación.

En general los conciliadores encuestados no hablan de estrategias, sino que hacen una descripción del proceso que se realiza para llegar a la audiencia de conciliación, esto es, después de recibir el asunto por reparto, el conciliador verifica los datos suministrados y propende por hablar con cada una de las partes para prever posibles soluciones y marcar alguna ruta, dentro de la audiencia se hacen preguntas claves para poder conciliar. Según lo extractado, los conciliadores en su mayoría aplican al interior de la audiencia, y específicamente en la etapa del acuerdo o de negociación mediada, el procedimiento de la Escuela de Harvard. Así, dan cuenta de los pasos del desarrollo de la audiencia, mas no de los métodos del procedimiento en la conciliación. Al respecto una de las conciliadoras encuestadas refiere: “1) *Ilustración a los asistentes sobre el mecanismo*, 2) *Reglas sobre la realización de la audiencia*, 3) *Escuchar a las partes*, 4) *Acercamiento de las partes por intereses comunes*, 5) *Posibles fórmulas de acuerdo*, 6) *Redacción del Acta*” (A.C.).

Otros manifiestan que es importante crear empatía, más no romper con la imparcialidad en la relación con las partes: “(...) *Trato de conocer a fondo la situación de conflicto, dialogo con las partes y busco propiciar un acercamiento entre ellos, a partir de la identificación de sus intereses, necesidades y diferencias. Busco construir amistad*” (E.C.).

Dentro del procedimiento que identifican los conciliadores, dicen como primer paso, que es importante hablarles a las partes sobre las ventajas y desventajas de la conciliación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

Este encuestado, a diferencia de otros, enuncia el método y la técnica que utiliza, más no es identificable claramente dentro de los métodos más utilizados en la conciliación: “*Para mí, el único método que funciona con los usuarios del Consultorio es el Inductivo. La técnica es ir por partes, guiando a las partes con preguntas hasta las soluciones posibles, e ir copiando por medio de cuadros sinópticos, que ambas partes puedan entender, para que ellos también aclaren las ideas. Ir cediendo el turno de la palabra*” (E.C.).

En este caso, la conciliadora menciona que “*El método es persuasivo para convencer a las partes de la conveniencia y oportunidad de la conciliación. Las estrategias se basan en el conocimiento de las necesidades, debilidades y fortalezas de las partes*” (A.C.).

En fin, en lo atinente al proceso y desarrollo de la audiencia de conciliación se destacan algunas de las respuestas que dan cuenta de los pasos llevados a cabo en el desarrollo de la audiencia, y que muestran distintas formas de asumir el manejo de la misma por parte del conciliador:

“Una presentación o ambientación previa para apaciguar los ánimos. Luego se escucha a las partes para que planteen el problema desde su punto de vista. En este punto se debe detectar cuál es el objeto principal que va a ser materia de conciliación, detectando el problema, se busca que las mismas partes propongan posibles soluciones para que sean discutidas. Si las partes no proponen, se pueden proponer posibles salidas por parte del conciliador. Llegado o no al acuerdo se cierra la conciliación y se levanta el acta (E.C.).

“En la audiencia explico el papel de la conciliación, sus efectos y doy a conocer las reglas para que ésta sea llevada a cabo en orden. Leo la citación para exponer brevemente el motivo de la audiencia. Luego cedo la palabra a las partes para que estas den a conocer su punto de vista, a continuación resumo cada una de las posturas para dar claridad y finalmente, los encamino en la búsqueda de soluciones. Para terminar leo el acta y agradezco la presencia (E.C.).

“Estudio jurídico de su viabilidad y legalidad, luego: escuchar la versión del conflicto del citante (individualmente). Por vía telefónica me comunico con el citado, explico el proceso de conciliación y escucho su versión de los hechos. En la audiencia, nuevamente explico el papel de la conciliación y sus efectos, cedo la palabra a cada parte y los encamino en la búsqueda de soluciones benéficas para ambos (E.C.)”.

A diferencia de los estudiantes conciliadores que no dieron respuesta a este punto, es decir, a la pregunta del *proceso y desarrollo de la audiencia de conciliación*, algunos de los abogados conciliadores manifiestan utilizar un método persuasivo, ilustrando a las partes sobre los beneficios de la conciliación y las consecuencias del arreglo o no.

Podría decirse que en el desarrollo de la audiencia juega un papel importante el carácter del conciliador, recursividad, estilo, métodos elegidos y el énfasis que da al procedimiento.

3. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES DE LA INVESTIGACIÓN

En lo que respecta al tratamiento del conflicto a través del proceso de conciliación, según lo referido en las líneas anteriores, algunas de las conclusiones finales de la investigación fueron:

- El Centro de Conciliación se ha convertido para los practicantes en un espacio incluyente que permite la participación, la comunicación y la mutua edificación. Como resultado de ello se observa mayor conciencia y valoración de la labor individual y colectiva que se realiza, y sobre todo, la valoración del por qué y para quién se hacen las cosas.
- Aún con la responsabilidad con que se ha venido asumiendo el papel de conciliador en el Centro, se aprecia que existe dificultad para la aplicación de la teoría en la práctica. Esto se evidencia en el hecho, por ejemplo, de que la generalidad de los conciliadores encuestados, al referirse a los métodos y estrategias utilizadas para la conciliación, no habló de estrategias, sino que hicieron una descripción del proceso que se realiza para llegar a la audiencia de conciliación.
- Hace falta más preparación del proceso conciliatorio y de la audiencia por parte del conciliador. La formación académica del conciliador parece que se queda corta con respecto a la exigencia de su función.
- 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 y de propiciar alguna solución. En esto radica, en 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.
- Sumado a lo anterior, según lo manifestado por los mismos conciliadores al referirse a las características personales y profesionales que debe reunir un conciliador, expresan, que en primer lugar se resaltan como características profesionales, los conocimientos jurídicos y de la legislación. Y en relación con las características personales, la paciencia, ligada con la capacidad de escucha y de comprensión sobre lo que dicen las partes, pero siempre conservando la imparcialidad respecto a su posición como conciliador; sin perder la autoridad y el liderazgo en el proceso conciliatorio. La tolerancia, el respeto y la capacidad para escuchar argumentos son complemento de la labor del conciliador, la cual debe ser preparada y no dejada al azar o a la improvisación, porque esto da cuenta del profesionalismo con que se realice dicha labor.
- Con la puesta en práctica de la conciliación sólo desde la mirada de lo jurídico, se tienden a desconocer aspectos de la interacción social que involucra afectos, sentimientos, valoraciones y sentidos de las relaciones interpersonales en la vida cotidiana de las personas.

- 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.

4. LAS BARRAS PARALELAS: LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA EN EL PROCESO DE CONCILIACIÓN

Si bien la investigación que se refiere arrojó algunos datos interesantes respecto del tratamiento del conflicto en aspectos tales como la utilización de algunos elementos básicos de los modelos de mediación ya mencionados, en el proceso de conciliación y en el desempeño o rol del conciliador, no se puede menos que señalar en estos aspectos, algunas apreciaciones que permitan una mejor comprensión de los hallazgos de tal investigación, en el afán de reconsiderar, al menos desde lo teórico, el marco que los contiene.

Si con la hallado en la investigación se aprecia que en el Centro de Conciliación “Luis Fernando Vélez Vélez” se han venido encontrando formas más eficientes de conocer el conflicto que traen las partes, bien vale la pena que se tenga claro cuál es la responsabilidad de éstas al asumir el trámite del proceso conciliatorio, pero también cuál es la responsabilidad del conciliador al tratar dicho conflicto y a través de qué herramientas o técnicas lo va a hacer.

4.1 La resolución o la transformación del conflicto. Elementos diferentes o distintos enfoques

Dos son las obras que dejan en pos de sí los hombres: una la obra en sí misma y otra, la imagen que del hombre se forman los demás.

Jorge Luis Borges

De los datos extraídos de la investigación que se refiere en este escrito, definitivamente huelga concluir que los conciliadores, ya sea por confusión, facilidad o falta de capacitación para el tratamiento de los conflictos que conocen; confunden (o refunden) los ya mencionados enfoques resolutivo y transformativo⁸. Aquí, es

8 En este aparte, independientemente de lo que se afirma, no se desconoce el hecho de que los conciliadores a los que se hace referencia lo son en derecho y que la ley les asigna una tarea y una instrucción aparentemente muy claras: dirigir la conciliación hacia un posible acuerdo (Ley 640 de 2001, artículo 8, numeral 5°).

menester aclarar que una cosa es que el conciliador en su calidad de tal eche mano de un particular enfoque de tratamiento de los conflictos y otra cosa es que utilice varios, indistintamente, en el mismo proceso. En efecto, hay autores (Suarez, 2008) que sostienen que en la intervención del conflicto a través de la mediación, no importa tanto el enfoque que se utilice como la actitud de quien media. Dice esta autora que en todo proceso de mediación, el mediador puede aplicar, según sea lo que convenga al interés del proceso y de las partes, elementos de los distintos enfoques de mediación (Resolutivo y Transformativo).

Así, es de considerar, con autores como Bush y Folger (1994), que dichas apreciaciones, distan mucho de satisfacer realmente el interés de quienes son realmente los responsables del conflicto y de su resolución o transformación, las partes.

Bush y Folger (1994:166), hablando de la diferencia entre mediación transformativa, respecto de la denominada resolutiva, dicen que lo que las distingue es el enfoque y no meramente los elementos diferentes que las integran. Argumentan que algunos autores han tratado de salvar las diferencias simplemente proponiendo que al enfoque resolutivo se le integren los elementos que son el objetivo de aquella, la revalorización y el reconocimiento. Agregan Bush y Folger, que dicha posición es errónea, posición que a efectos del tema se comparte, pues ambos enfoques son básicamente incompatibles y contradictorios; esto, por cuanto en el enfoque resolutivo aunque el mediador suele cambiar, la actitud directiva del proceso de mediación se conserva, el mediador concentra su esfuerzo en la resolución de conflictos y la producción de soluciones sin mucha consideración por la revalorización y el reconocimiento; más aún, dicen, este cuadro no es el resultado de la deficiencia del mediador, es el enfoque mismo y sobre todo su concepción de los objetivos de la mediación.

Respecto de la posibilidad de la integración de los dos enfoques, sostienen que esta presenta enormes dificultades, pues las prácticas esenciales de ambos se oponen entre sí; la adopción de un enfoque significa, de suyo, el desechar la práctica del otro, de modo que no cabe integrarlos eficazmente. Si el mediador se aparta, por ejemplo, de las preocupaciones intangibles referidas a las relaciones y destaca el futuro con el fin de trabajar para llegar a un arreglo concreto, esta actitud conspirará contra la exploración de las percepciones de cada parte con respecto a la conducta de la otra, búsqueda necesaria para revelar las oportunidades de reconocimiento.

Con lo dicho, estos autores resaltan las características de la revalorización y el reconocimiento como el objetivo del enfoque transformativo (Bush y Folger, 1994:135-147), dicen que en el enfoque transformador, la revalorización y el reconocimiento son los dos efectos más importantes que la mediación puede producir, y alcanzarlos es su objetivo más relevante y aluden a que es necesario definir cuidadosamente

estos conceptos, tanto teórica como prácticamente. En los términos más generales se alcanza la revalorización cuando las partes en disputa realizan la experiencia de una conciencia más sólida de su propia valía personal y de su propia capacidad para resolver las dificultades que afrontan, sean cuales fueren las restricciones externas. Se alcanza el reconocimiento cuando dado cierto grado de revalorización, las partes en disputa son capaces de reconocer y mostrarse mutuamente sensibles a las situaciones y las cualidades humanas comunes del otro.

Por último, para recalcar la diferencia marcada entre uno y otro enfoque al tratar los conflictos, se podría decir que en el enfoque resolutivo, es el tercero quien dirige todo el proceso, es algo así como quien va adelante, guiando a las partes en la oscuridad de su conflicto con el foco o haz de luz en su mano (lo siguen a él). En el enfoque transformativo, en cambio, son las partes quienes llevan la mayor carga del avance del proceso de tratamiento de su conflicto. Aquí el tercero o facilitador no interviene directivamente, en esta perspectiva se propicia que las partes procedan responsablemente sobre su conflicto y las posibilidades de resolución. En este enfoque se relleva más la importancia de las personas como tales y la relación de futuro, que el simple arreglo o solución. Aquí pues, el tercero actúa como quien sitúa la luz de las posibilidades en otra perspectiva (o lugar alto), para que los conflictuados se muevan en la dirección que ellos mismos vayan trazando a través de lo que van compartiendo y conversando y de lo que van identificando, según sus propios intereses y propósitos comunes.

4.2 El proceso de conciliación

El otro elemento importante a tener en cuenta para un cabal desarrollo de la conciliación, es el entendimiento de su proceso, enmarcado en uno u otro enfoque. El rol del tercero estará claramente definido, si tiene igualmente definido el enfoque que practicará. Si el conciliador no define previamente y de manera suficiente el enfoque con el cual desplegará su actividad, ciertamente cualquier cosa puede resultar.

En las propuestas de definición de *Mediación* que en la literatura se puede encontrar, la mayoría de los autores, en términos generales, le apuestan a la denominación de “proceso”, queriendo significar con ello, como ciertamente lo es, que la mediación se surte a través de ciertas etapas o momentos, las mismas que se deben ir agotando lógicamente y secuencialmente durante un determinado lapso. Así, y en dicho marco englobador, algunos autores refieren que la mediación es una técnica (Oyhanarte, 1996:30), una tecnología (Schilling, 2002:12), un proceso autocompositivo (Puerta y Builes, 2005:141), un proceso informal (Bush y Folger, 1994:20-21), un proceso de comunicación (Demicheli, 2000:140; Vinyamata, 2000:17), una intervención

(Moore, 2004:44; Grover Duffy y otros, 2004:52), un procedimiento (Slaikeu, 1996:30) o un dispositivo (Suarez, 2002:28-29).

En sentido estricto o específico, y contrariamente a lo que se dijo en líneas anteriores respecto del proceso de conciliación que se lleva a efecto en el Centro de Conciliación “Luis Fernando Vélez Vélez” de la Universidad de Antioquia, en la mediación transformadora, la dimensión que adquiere la denominación *proceso* y el agotamiento de las “etapas” que lo componen, es sustancialmente diferente. En este enfoque de mediación, es típico que el proceso comience con un campo más o menos estrecho de oportunidades de habilitación (revalorización) y reconocimiento, el cual está formado por las expresiones iniciales (verbales y no verbales) de las partes o adversarios (Bush y Folger, 1994:296). Aquí, el mediador aplica un microenfoque a cada indicio desde el momento en que las partes entran a la sala de mediación. Es usual que al comienzo de una sesión se manifiesten un conjunto de oportunidades posibles de habilitación y reconocimiento, como por ejemplo, aún antes de que el mediador suministre un enunciado inaugural, la sesión propone alternativas: si en efecto las partes desean encontrarse allí; qué quieren decir y cómo prefieren definir las cuestiones; si están dispuestos a comprometerse con las reglas fundamentales del proceso. En la medida en que el mediador inste a las partes a aprovechar una por una esas oportunidades, la mediación, por lo general, tiende a ponerse lenta, aquí, el mediador ha de propiciar un nuevo movimiento que promueva nuevamente la interacción de las partes y así sucesivamente, cada vez que se haga necesario el movimiento. Es decir, que con ocasión de que el mediador deja en manos de las partes la dirección, avance o desarrollo de la sesión de mediación, éstas tienden a relajarse o replegarse, por lo que aquél deberá *remover las aguas*, para que la interacción retome su curso.

De otro lado, en un interesante apunte Fisas (1998:231), al modo en que lo hace Brian Muldoon en su obra *El corazón del conflicto* (1988), hablando respecto del enfoque transformativo para tratar los conflictos, dice que el planteamiento de transformación de conflictos adopta como sistema de análisis el viaje al interior del conflicto para trabajar también desde su corazón. Al efecto, Paris (2006:163), refiere que al conflicto no basta con conocerlo o analizarlo desde lejos, es necesario conocer su ritmo y todas las circunstancias que lo rodean y agrega, citando a Maresca (1993:156), que “La alternativa al conflicto no es la paz, sino una dialéctica siempre abierta y creativa (...) Ante un conflicto, lo que hay que hacer es trabajar en su interior, situarse bien en él para reconocer y explorar sus mecanismos, moverse entre sus límites para tomar conciencia de nuestras fuerzas. Sólo la aceptación no culpable del conflicto como la verdadera sede de toda experiencia nos permitirá dos cosas: hacer expresable el conflicto, ser capaces de definirlo, de enunciarlo con un poder de convicción que lo convierta en un signo reconocible por otros, y

también modificarlo, alterar los términos en que lo reconocemos para, a partir de esos términos, producir una situación nueva en la que una vocación emancipatoria tenga más posibilidades de hegemonía moral y política. La transformación de conflictos es como una apelación a la creatividad humana, a una creatividad constructiva para lograr un beneficio no exclusivo y un consenso que potencie la confianza de las personas en superar sus dificultades”.

En conclusión, si se contrastan uno y otro enfoque de tratar los conflictos en el Centro de Conciliación a que se hace alusión, en éste se aplica una metodología tal en el proceso de conciliación, que difícilmente se puede identificar, de forma más o menos fiel, que corresponda a uno u otro. Lo que se evidencia, es una confusión teórica y metodológica, que conllevaría a observar y a repensar, como mínimo, la preparación de los conciliadores, pues de continuar la práctica tal cual se presenta, a la postre se terminaría por seguir aportando solamente al espíritu de la denominada ley de descongestión y muy poco al interés de quienes acuden a tal mecanismo para el tratamiento *real o de fondo* de sus conflictos⁹.

4.3 El rol del conciliador

Por último, es válido hacer referencia a un elemento no menos importante en la conciliación, el rol del conciliador. En este aparte, cuando se hace alusión al término *mediador*, debe entenderse igualmente *conciliador*; esto, en el sentido de que en ambas figuras (mediación y conciliación), el tercero ejerce una tarea que no se debe alejar precisamente de la tarea de mediar, de facilitar.

De la mediación, así como en la conciliación, también se habla de que puede ser judicial o extrajudicial. Con base en ello y por lo observado en la práctica, algunos autores (Ortuño y Hernández, 2007:13; Bernal, 2006:87), han venido sosteniendo que el lugar de la mediación no es el estrado judicial y que el mediador no debe ser el mismo que al final debe fallar. Con esta afirmación, la misma que se comparte por quien esboza estas apreciaciones, se delinea claramente, cuál ha de ser el perfil del mediador y el rol que éste debe desempeñar en la mediación.

Del término *perfil*, el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), dice en una de sus acepciones que es el *conjunto de rasgos peculiares que caracterizan a alguien o algo*; y del término *rol*, dice que es *el papel o función que alguien o algo cumple*.

9 Con lo anotado, no se pretende por supuesto, afirmar a pie juntillas que la conciliación en sí misma y aplicada en la práctica desde el enfoque de la transformación, sea la panacea o lo último en el tratamiento de los conflictos. Es sólo una forma diferente de hacer, de cumplir una tarea que ha sido designada o legitimada precisamente por quienes viven el conflicto: las partes.

Al hacer referencia al papel o rol que desempeña el tercero, es de considerar que necesariamente se hace referencia a su perfil. Esto, por cuanto la forma en que éste desempeña su papel, está directamente relacionada con su perfil. Tratando el tema del entrenamiento en habilidades en la persona del mediador, Donoso y Hamel (2005:5) apuntan precisamente que numerosas características personales de los mediadores en entrenamiento son identificadas en términos de facilitadoras o inhibitoras del rol que éstos desempeñarán. Y agregan, que basados en lo que la literatura y la práctica de la mediación sugieren como habilidades deseables (paciencia, serenidad, honestidad, capacidad de persuasión, sentido del humor, confiabilidad, confidencialidad y capacidad de trabajar en equipo, entre otras), se realiza un cotejo de éstas con las que se autoperciben por cada una de las personas en entrenamiento. Las atribuciones respecto a las maneras de ser, terminan diciendo Donoso y Hamel, provienen habitualmente de las experiencias tempranas en la familia o lugar de origen y otras instancias de socialización a lo largo del ciclo vital, de modo que es frecuente que se traiga al trabajo grupal y a la práctica de la mediación, experiencias o escenas vividas en esas etapas y contextos.

Con Donoso y Hamel, se podría decir, pues, que el *perfil* hace relación al *ser* del mediador, es decir, a lo que él es, a sus características personales y el *rol*, por otro lado, hace relación a su *quehacer*, al desempeño de su papel como tal. En otras palabras, el mediador cumplirá su tarea como tal (rol), según lo que él sea, lo que piense, lo que crea y generalmente, como haya sido entrenado (perfil). Así las cosas, y apostándole más al enfoque transformativo en el tratamiento de los conflictos, si el mediador no creyera en lo que pone en práctica, sino estuviera seguro de la posibilidad transformativa de su tarea o papel desempeñado, flaco aporte haría a las partes conflictuadas entrabadas en una confrontación, en muchas de las veces negativa y destructiva.

Así, entonces, es de considerar que el perfil del tercero, por encima de toda la parafernalia que a la figura se le ha querido colgar, debe corresponder con lo que éste es. Es decir, las habilidades o características que éste posee para desplegar su papel no son simplemente técnicas adquiridas, son más bien facultades potenciadas por sus propias vivencias o experiencias y el entrenamiento. Quien media sabe lo que es, lo que debe hacer, a través de qué medios, técnicas o enfoques y para quién lo hace. Con Puerta Lopera y colaboradores (2008) y en esa misma línea Cury (2006:41, 43, 185), es de tener en cuenta que el perfil que debe reunir el mediador es aquel que se conjunta en la llamada inteligencia emocional. Cury, al referirse a la posibilidad de influenciar positivamente a otros con lo que se dice y hace, sostiene que dicha persona debe estar desprovista de la dictadura del preconceito, del individualismo, de la competencia predatoria, de toda forma de discriminación y de la paranoia compulsiva de ser el número uno o de ganar cueste lo que cueste.

Bush y Folger (1994:131), sostienen por su lado, que en la mediación transformadora, la respuesta ideal a un conflicto no consiste en “resolver el problema”, sino en *ayudar a transformar* a los individuos comprometidos, en las dos dimensiones del crecimiento moral: el fortalecimiento del yo y superar los límites del yo para relacionarse con otros. Agregan que responder productivamente a los conflictos significa utilizar las oportunidades que ellos representan de cambiar y transformar a las partes como seres humanos. Significa alentar y ayudar a los adversarios a utilizar el conflicto para comprender y realizar sus cualidades intrínsecas, tanto por lo que se refiere a la fuerza del yo como a la relación con los demás. Significa destacar la bondad intrínseca de las personas enfrentadas. Si se procede así, la respuesta al conflicto mismo contribuye a transformar los individuos, que pasan de la condición de seres temerosos, defensivos y egoístas, a la de confiados, sensibles y considerados, con lo que en definitiva se transforma también a la sociedad.

Con lo expresado por dichos autores, y en la convicción de que lo que el hombre piensa tal es él, y de aquello de que de la abundancia del corazón habla la boca, es de considerar que el perfil que el tercero facilitador debe reunir, no es otro que el de una persona capaz de dudar de sus dogmas y desarrollar nuevas formas de pensar, un maestro en el arte de preguntar, enseñable, sensible, transparente, motivador, creativo, poseedor de una buena dosis de discernimiento, inteligente emocionalmente y compasivo.

En fin, en la idea de superar aquello de que el fin último en la conciliación es el logro de un acuerdo, sea de considerar, más bien, que la conciliación debe entenderse como la posibilidad real de interacción, en donde las personas conflictuadas se identifiquen como tales en términos de igualdad, respeto y dignidad y que el conciliador, en desempeño de su rol, no sea menos que un inmejorable facilitador de espacios de entendimiento y un esmerado propiciador de luz.

BIBLIOGRAFÍA

- Bernal Samper, Trinidad. La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja. Editorial COLEX, Madrid, 2006.
- Bush, Baruch y Folger, J.P. La promesa de mediación. Editorial Granica, Barcelona, España, 1994.
- Cury, Augusto. El Maestro de maestros. GMT Editores Ltda., Río de Janeiro, Brasil, 2006.
- Demicheli M., Guido. Comunicación y modelos de Mediación: Epistemología, teoría y técnicas. En: Revista de Estudios Sociales 106/ Trimestre 4/ 2000, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago de Chile.

- Donoso, Andrés y Hamel, Patricia (2005). Entrenamiento en habilidades en la persona del mediador familiar. Disponible en: http://www.cejamericas.org/doc/documentos/5_med_formpacif_3_adonoso_phamel.pdf - Página consultada el 18 de febrero de 2009.
- Giraldo Montoya, Claudia Emilsen (2004). La conciliación: una mirada desde la teoría de la mediación y su técnica en la práctica. Artículo preparado para optar al título de Abogada. Universidad de Antioquia.
- Grover Duffy, Karen; Grosch, James; Olczak, Paul (1996). La mediación y sus contextos de aplicación. Editorial Paidós. España.
- Lederah, John Paul. Un marco englobador en la transformación de conflictos sociales crónicos. En: Documento de trabajo No. 2, Centro de Investigación por la Paz Gernika Gogoratzuz, San Sebastián, 1998.
- Moore, Christopher. El proceso de mediación: métodos prácticos para la resolución de conflictos, Ediciones Granica S.A., Buenos Aires, 1995.
- Muldoon, Brian (1988). El corazón del conflicto. Editorial Paidós, 1º edición. Buenos Aires.
- 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. Disponible en: <http://www.solomediacion.com/Fitxers/Web43330/DOCUMENTOALTERNATIVAS.pdf> - Página consultada el 15 de agosto de 2008.
- Oyhanarte, Marta. Los nuevos paradigmas y la mediación. En: Gottheil, Julio y Schiffrin, Adriana. Compiladores. Mediación: una transformación en la cultura. Primera edición, Ediciones Paidós, buenos Aires, Argentina, 1996.
- Paris Albert, Sonia. La transformación de los conflictos desde la filosofía para la paz. Disponible en: <http://www.tdx.cesca.es/TDX-0324106-113557/> - Página consultada el 18 de septiembre de 2008.
- Puerta Lopera, Isabel y Builes Builes, Luis Fernando (2005). Formas de tratamiento de conflictos. En: Tratamiento de conflictos. Autor corporativo, Medellín, Editorial Universidad de Antioquia.
- Puerta Lopera, Isabel y colaboradores. Proyecto de Investigación “Programa de Mediación Familiar” presentado a la IPS de la Universidad de Antioquia en convocatoria de proyectos de investigación y extensión de la misma Universidad, 2008.
- Real Academia Española. Diccionario de La Lengua Española. Disponible en: <http://www.rae.es/rae.html> - Página consultada el 18 de julio de 2008.
- Schilling, Mario Tomás. Manual de mediación. Resolución de conflictos. Cuatro vientos editorial, Primera edición, Santiago de Chile, 2002.
- Slaikou, Carl. A. Para que la sangre no llegue al río. Una guía práctica para resolver conflictos, Buenos Aires, Ediciones Granica S.A., 1996.

- Suares, Marinés (2002). *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Editorial Paidós. Tercera edición. Buenos Aires. 2002.
- Suares, Marinés (2005). *Mediando en sistemas familiares*. Editorial Paidós. Segunda reimpresión. Buenos Aires.
- Suares, Marinés (2008). En entrevista concedida con ocasión del Cuarto Congreso Internacional Derecho de Familia Universidad de Antioquia, abril 28 al 30 de 2008, Medellín.
- Vinyamata Camp, Eduard. *Aprender mediación*. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 2000.



Autora: Paola Gamboa

Título: Natura y Ciudad

Técnica: acrílico y carburo de silicio sobre lienzo

Dimensiones: 80 x 80 cm

¿HAY UN *CORPUS JURIS AQUARUM AMBIENTALIS* APLICABLE AL CONFLICTO ENTRE ARGENTINA Y URUGUAY POR LAS PASTERAS INSTALADAS EN FRAY BENTOS?*

* Artículo producto final de la investigación terminada “*Sinergias ambientales entre las aguas continentales y las marítimas. De la prevención a la responsabilidad y de las normas consuetudinarias al derecho sustantivo (con especial referencia a Sudamérica y el MERCOSUR)*”. Investigación teórico-aplicada desarrollada en el marco del Proyecto UBACYT D-18, financiado por la Universidad de Buenos Aires y ejecutado en el período 2004-2008.

Fecha de recepción: Marzo 31 de 2009

Fecha de aprobación: Abril 30 de 2009

¿HAY UN *CORPUS JURIS AQUARUM AMBIENTALIS* APLICABLE AL CONFLICTO ENTRE ARGENTINA Y URUGUAY POR LAS PASTERAS INSTALADAS EN FRAY BENTOS?*

Griselda Delia Capaldo**

RESUMEN

Este artículo describe una parte de los resultados finales de la investigación teórico-aplicada llevada a cabo por la autora dentro del marco del Proyecto UBACYT D-018, ejecutado durante el período 2004-2008 y acreditado por la Universidad de Buenos Aires bajo la dirección de la suscrita, con el título “*Sinergias ambientales entre las aguas continentales y las marítimas. De la prevención a la responsabilidad y de las normas consuetudinarias al derecho sustantivo (con especial referencia a Sudamérica y el MERCOSUR)*”.

El artículo apunta a demostrar que los Estados ribereños de la Cuenca del Plata, a través de prácticas consuetudinarias y de regulaciones procedentes del derecho interno como del internacional, han consolidado un cuerpo normativo cuya solidez y coherencia dan pábulo a sostener que conforman un *corpus iuris aquarum ambientalis* aplicable al uso y la gestión sustentable del agua.

Por principio transitivo, ese *Corpus* sería aplicable no solo a toda la Cuenca como unidad hidrográfica de gestión, sino también a cada uno de sus tributarios, entre los que se encuentra el río Uruguay, sobre cuya margen oriental se asentó una fábrica de pasta de celulosa cuyo emplazamiento y actividad dieron lugar al inicio del conflicto entre la Argentina y Uruguay que actualmente se dirime ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya.

Palabras clave: Cuenca del Plata, río Uruguay, ríos internacionales, Derecho de Aguas, derecho ambiental, costumbre internacional, pasteras.

IS THERE A *CORPUS JURIS AQUARUM AMBIENTALIS* APPLICABLE TO THE CONFLICT BETWEEN ARGENTINA AND URUGUAY ABOUT “*THE PASTERA*”*** INSTALLED IN FRAY BENTOS****?

ABSTRACT

This article describes some of the final results of the theoretical and practical research conducted by the author under the Project UBACYT D-018, implemented during 2004-2008 and accredited by the University of Buenos Aires. The search was called “*Environmental synergies between inland water and sea. From prevention to responsibility and from the customary norms to substantive law (with special reference to South America and MERCOSUR)*”.

The article aims to demonstrate that the coastal States of Cuenca del Plata,***** through practices and regulations from the international and customary law, have consolidated a regulatory system which strength and consistency allow to sustain that there is a *corpus juris aquarum ambientalis* that can be apply to the sustainable use of water management.

Therefore, that *Corpus* would apply not only to the entire river complex as a management unit, but to each of its tributary rivers, including the Uruguay River, on which eastern margin was located a factory that produces raw material for paper based on cellulose and whose location and activity led to the beginning of the conflict between Argentina and Uruguay, one that is currently issue before the International Court of Justice in The Hague.

Key words: Cuenca del Plata, Uruguay River, international rivers, water Law, environmental Law, international customary, Pastera.

** Doctora en Derecho (Universidad de Buenos Aires) y Post-doctoral Fellow de la Alexander von Humboldt Stiftung (Universität Köln). Investigadora científica del CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas, Argentina). Profesora Adjunta por concurso de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Profesora Titular de Post-grado de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales de la misma Universidad. Desde 2000 dirige proyectos interdisciplinarios de investigación acreditados ante UBACYT (Universidad de Buenos Aires – Ciencia y Técnica).

*** This is the name given to a kind of industry that produces one of the raw materials used as basis for paper, mainly cellulose.

**** This is the name of a capital city in Uruguay, which is close to a city in Argentina called “Entre Ríos”.

***** This is the name of a major river complex which covers a significant part of territories belonging to Argentina, Brazil, Bolivia and Uruguay.

¿HAY UN *CORPUS JURIS AQUARUM AMBIENTALIS* APLICABLE AL CONFLICTO ENTRE ARGENTINA Y URUGUAY POR LAS PASTERAS INSTALADAS EN FRAY BENTOS?

I. INTRODUCCIÓN

Es evidente que desde el primitivo *homo sapiens sapiens*, el *homo modernus*, y los contemporáneos *homos videns* y *economicus*, los seres humanos han tratado de comprender, organizar y mejorar, no siempre con éxito, su relación con el agua.

La idea de que el agua es uno de los elementos fundamentales de la naturaleza fue concebida por Tales de Mileto hacia el año 600 a.C. Su percepción de que el origen de la vida proviene del agua fue adoptada tiempo después por Hipócrates 400 a.C. Hasta Marcus Polius Vitruvio, famoso arquitecto romano, destacó la interacción entre el agua y el suelo y la influencia de las lluvias y la nieve derretida en los caudales de los ríos y en el medio ambiente.

Dado que los ríos aún hoy son vistos como una vía natural para el transporte de bienes y el desarrollo comercial y social, resulta que el uso, navegación, control y distribución de su caudal sigue siendo un espacio de cooperación y de conflicto entre los Estados ribereños. Etimológicamente hablando, la raíz semántica de “río” es *rivus*. Por eso en el antiguo latín se llamó *rivalis* a “los que viven a ambos lados de una vía navegable”. La relación entre vecinos, sin embargo, no siempre fue pacífica, pues a pesar de estar vinculados por un común interés en utilizar el río, esa utilización del agua fue la semilla de muchas discordias. A medida que el número de conflictos aumentó, el significado original de *rivalis* mutó al de “los que litigan por la utilización del agua y la navegación”. El Derecho Romano recogió el nuevo sentido en su *Corpus Juris*, pero más tarde la voz adquirió el sentido más amplio de “los que litigan.” Naturalmente, de esta nueva acepción de *rivalis* vino “rivales”, por lo que habiéndose desplazado definitivamente el sentido original de la palabra surgió la necesidad de encontrar una nueva expresión para nombrar el significado perdido. Esta nueva expresión es la voz “ribereños” (VIDART, 2003).

Si bien las primeras manifestaciones proto-jurídicas sobre el manejo del agua datan del IV y III milenio a.C. y están referidas a la solución de conflictos sobre el uso

de los ríos Nilo y Éufrates, el contenido actual del Derecho de Aguas comienza a consolidarse durante la última centuria. Sin embargo, a nivel regional aún se desconoce si hay un Derecho Consuetudinario de Aguas aplicable a los ribereños de las tres grandes cuencas Sudamericanas.

Dada la magnitud contextual y espacial de ese objetivo, en este artículo sólo abordaremos el caso de la Cuenca del Plata y de uno de sus tributarios, el río Uruguay, con el fin de discernir si de la práctica de los cinco Estados ribereños surgen indicios suficientes para concluir que hay una tradición consuetudinaria arraigada, cuya coherencia y consolidación den lugar a sostener que componen un *Corpus juris aquarum ambientalis*.

Para ello, se hará un análisis comparativo de todas aquellas normas jurídicas de rango superior sancionadas por cada uno de los cinco ribereños de la Cuenca del Plata, que sean relevantes para el manejo sustentable del agua. Del mismo modo se procederá con las cláusulas ambientales contenidas en sus respectivas Constituciones. Finalmente, se examinarán aquellos tratados, declaraciones, y actas internacionales que tengan puntos de conexión con los ríos, el agua y el ambiente.

Si esa información se vuelca en cuadros de triple entrada (ver ejemplo de plantilla debajo de este párrafo), distribuyéndola en tantos campos conceptuales como sea necesario según el número de criterios o institutos jurídicos que se reiteran constantemente a lo largo del tiempo en todas las normas analizadas, o bien en la mayoría de ellas, obtendremos un gráfico que mostrará cuán coherente o no, es esa red normativa formada por normas internas, constitucionales e internacionales. Del grado de coherencia resultante dependerá la validez de nuestra hipótesis sobre la existencia de un *Corpus juris aquarum ambientalis* aplicable al manejo sustentable de la Cuenca del Plata y, *mutatis mutandi*, del río Uruguay.

Estado Instituto jurídico	Argentina	Bolivia	Brasil	Paraguay	Uruguay	Estado Norma Jurídica
Instituto a	✓	✓ ✓	✓ ✓			Norma A Norma X Norma Y
Instituto b		✓ ✓	✓ ✓	✓ ✓	✓ ✓	Norma A Norma B Norma Z

Estado Instituto jurídico	Argentina	Bolivia	Brasil	Paraguay	Uruguay	Estado Norma Jurídica
Instituto c	✓ ✓		✓ ✓	✓ ✓	✓	Norma A Norma C
Instituto n	✓ ✓ ✓		✓ ✓	✓ ✓	✓ ✓ ✓	Normas N1, N2, N3

II. SUCINTA DESCRIPCIÓN DEL CONFLICTO

A fines de 2005, en el predio correspondiente al padrón N° 1569, de la 1ª Sección Catastral del Departamento de Río Negro, adyacente a la costa del Río Uruguay y a corta distancia de la ciudad de Fray Bentos, BOTNIA inició la construcción de una fábrica de celulosa Kraft, tipo ECF. *The International Finance Corporation*, el brazo privado financiero del Banco Mundial, asistió financieramente a BOTNIA, quien a su vez cuenta con garantías de riesgo político dadas por la *Multilateral Investment Guarantee Agency*, otro miembro del Banco Mundial.

Según el gobierno argentino, su preocupación estriba no sólo en que el 14 de febrero de 2005 Uruguay aprobó de manera inconsulta la instalación de la planta (TAIANA, 2006), sino además en que, a nivel científico mundial, es reconocido que la denominada “industria de pasta para papel” es la que más agua utiliza por tonelada producida, es la quinta consumidora de energía y se ubica entre las mayores contaminantes del aire, del agua y del suelo (FISCALIA LETRADA EN LO CIVIL DE 3° TURNO).

El citado emprendimiento está a cargo de la firmas BOTNIA S.A. y BOTNIA FRAY BENTOS S.A., conjunto económico filial de una empresa industrial proveniente de Finlandia, OY METSA BOTNIA AB, que proyecta permanecer en Uruguay por 40 años.

Se trata de una industria dedicada a la producción de pulpa o pasta de celulosa, que obtiene de los bosques de eucaliptos uruguayos,¹ y que destina a la elaboración *off shore* de papel. Esa producción entraña sofisticados procesos químicos para el blanqueo de la materia forestal y está catalogada como la de mayor volumen de producción de celulosa en el mundo.² El proceso industrial empleado por BOTNIA es el denominado Kraft (pasta química al sulfato), tipo ECF, que supone la utilización de importantes cantidades de sustancias químicas de alta toxicidad empleadas para la cocción y el blanqueo de las astillas de madera, entre otras, y a saber: dióxido de cloro, soda cáustica, oxígeno, peróxido de hidrógeno, ácido sulfúrico, metanol, urea, etc. La sigla ECF (*Elemental Chlorine Free*, libre de cloro elemental) significa que en el proceso no se utiliza el cloro en su estado molecular o gaseoso, sino dióxido de cloro. Por último pero no menos relevante, la empresa ha desestimado la adopción de tecnologías menos contaminantes, como el procedimiento TCF (*Total Chlorine Free*, totalmente libre de cloro), o el proceso o tecnología de fábrica cerrada, TEF (*Total Effluent Free*, totalmente libre de efluentes).

La ubicación de la planta fue seleccionada, entre varias opciones, por su proximidad a los bosques, a la red de autopistas internacionales y a la naturaleza navegable de las aguas del río Uruguay. Su construcción fue autorizada por la Dirección Nacional de Medio Ambiente del Uruguay, después de aprobar un proyecto específico de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) realizado en sintonía con la ley 16466/94 y el decreto 435/94. Sin embargo, al momento de las audiencias celebradas a raíz de las medidas provisionales solicitadas por la Argentina ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ, con sede en La Haya), Uruguay reconoció que no había una EIA definitiva.

Originalmente, además de BOTNIA, la española ENCE también tenía planeado instalarse en Fray Bentos. Por gestiones diplomáticas directas del gobierno argentino ante el español, ENCE declinó hacerlo mudando su proyecto a la localidad costera de Colonia, también sobre el río Uruguay.

En su momento, en un esfuerzo por bloquear ambos proyectos, varias ONGs (todas ellas de la provincia de Entre Ríos) y diversas autoridades argentinas intentaron un variado número de estrategias legales, tales como:

- 1 Esas plantaciones son el fruto de numerosos estudios realizados durante 25 años gracias a muchos acuerdos bilaterales y multilaterales con agencias internacionales, tales como el Banco Mundial, la Agencia de Cooperación Internacional Japonesa, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Eximbank, entre otros (ver: *Cumulative Impact Study. Uruguay Pulp Mills*).
- 2 Con una producción estimada de casi 2 millones de toneladas anuales de pulpa, obtenida del procesamiento de 4 millones de toneladas de madera.

1. Una queja contra Uruguay, interpuesta por las presuntas víctimas ambientales, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006)
2. Una queja ante la *International Finance Corporation* (2006)
3. Una queja por incumplimiento, ante el BBVA, el ING Group y el *Calyon* de Francia, como eventuales financistas de las obras (2006)
4. Una instancia de queja, específica, ante la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), contra *Finnvera*, una agencia de crédito finesa (2006)
5. Una acción criminal contra los principales gerentes de BOTNIA y ENCE (rechazada por la Corte Suprema de Justicia de la nación Argentina, B. 183. XLII - “Busti, Jorge Pedro y otros s/ denuncia art. 55, ley 24.051, en grado de tentativa” - CSJN - 21/02/2006.)
6. Medidas provisionales pedidas por el *ombusman* de la provincia de Entre Ríos, reclamando medidas concretas de acción en defensa del derecho a la salud de los niños de la región (Juzgado de Familia, Civil y Penal de Menores de Gualeguaychú - 14/10/2005, Expte. Nro. 4005 – “Defensor General de la Provincia s/ medida cautelar genérica”)
7. Diligencias preparatorias pedidas por la Fiscalía argentina (“Fiscalía Letrada en lo Civil de 3º Turno contra PODER EJECUTIVO - M.V.O.T.M.A.”). Estas actuaciones fueron iniciadas por el Fiscal Letrado Nacional en lo Civil de 3º Turno ante los tribunales argentinos. Comprendían sendas peticiones de *diligencias preparatorias* con las cuales se persiguió que el demandado P.E., M.V.O.T.M.A. de Uruguay (Poder Ejecutivo, Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente), informara en relación a la instalación de la industria de celulosa denominada “BOTNIA”. El Uruguay, invocando su inmunidad soberana, no respondió a los requerimientos del Fiscal argentino.
8. El 31 de mayo de 2005 los gobiernos de Argentina y Uruguay crean el Grupo Técnico Bilateral de Alto Nivel (GTAN), que debía analizar el impacto de las pasteras, intercambiar información, y monitorear el impacto ambiental de las fábricas. El 30 de enero de 2006, luego de seis meses de negociaciones, el GTAN finalizó su labor sin haber podido alcanzar un consenso. En vista de ello, se dieron a publicidad sendos informes de parte que discrepan entre sí.

Para el gobierno argentino el GTAN constituyó la instancia de negociación directa entre ambos países, en relación con la cuestión suscitada por el proyecto de construcción de las dos plantas industriales de producción de celulosa. Al decir del Canciller Taiana, el fracaso del GTAN al 30 de enero de 2006, colocó la situación

al límite del plazo de 180 días previsto en el Estatuto del Río Uruguay para alcanzar un acuerdo que resolviese el conflicto, por lo que quedó habilitado para cualquiera de las partes el camino hacia la CIJ. Finalmente, en la convicción de que Uruguay violó las obligaciones asumidas por el Estatuto del Río Uruguay de 1975, la Argentina solicitó a la CIJ la adopción de medidas provisionales el 4 de mayo de 2006.

El 29 de noviembre de 2006 Uruguay también pidió medidas provisionales ante la CIJ, contra los cortes de rutas y de los puentes internacionales realizados por los grupos ambientalistas argentinos.

Ambas fueron rechazadas por la CIJ el 13 julio de 2006 y el 23 de enero de 2007, respectivamente, con la expresa salvedad de que nada de las decisiones prejuzgará ninguna cuestión relativa a la admisibilidad de las demandas.

Argentina presentó sus memorias el 15 de enero de 2007, y Uruguay presentó sus contramemorias el 20 de julio de 2007.

Mediante providencia de 14 de septiembre de 2007, la Corte autorizó que la Argentina y el Uruguay presentaran sus respectivas réplicas y dúplicas. Puesto que ambos escritos fueron presentados temporáneamente, la causa está lista para que se inicie el procedimiento oral.

Recientemente (agosto de 2008), la Corporación Financiera Internacional hizo público el primer informe de seguimiento ambiental elaborado sobre la base de las mediciones realizadas por 25 estaciones de monitoreo durante los primeros seis meses de funcionamiento de la planta. El informe fue preparado por la firma consultora ambiental EcoMetrix de Canadá e incluyó datos de monitoreo obtenidos por la Dirección Nacional de Medio Ambiente (DINAMA) y Obras Sanitarias del Estado (Uruguay), por BOTNIA, y por el Laboratorio Tecnológico del Uruguay. Las mediciones comenzaron antes de la puesta en marcha de la planta, con el fin de comprobar fehacientemente sus efectos posteriores. El documento expresa que el desempeño de la planta cumple con los parámetros de calidad del aire, el agua y los suelos previstos en el diseño, y que cumple los límites establecidos por los permisos ambientales emitidos por la DINAMA.

III. ACERCA DE LAS NORMAS DE DERECHO APLICABLES AL CASO

Si bien Argentina y Uruguay basaron sus reclamos y defensas en el Estatuto del Río Uruguay (1975), y colateralmente en el Tratado de Límites del Río Uruguay de 1961, demostraremos que el fundamento de los derechos y obligaciones que las asisten es mucho más amplio, extendiéndose a un cúmulo de prerrogativas y

deberes que por su solidez y afianzamiento a lo largo de varias décadas merece el calificativo de *Corpus Juris*.

Por otra parte, a pesar de que en sus respectivos escritos las partes aluden a “*todos los principios y reglas convencionales y consuetudinarias pertinentes a los fines de la interpretación y aplicación [del Estatuto del Río Uruguay de 1975]*”, ninguna de las dos menciona cuáles son esos principios, reglas, y normas consuetudinarias. Tampoco hay trabajos publicados de ningún internacionalista en donde se indague sobre las prácticas consuetudinarias sudamericanas en materia de cuencas transfronterizas, salvo un tibio intento hecho por la autora de estas líneas hace un lustro (CAPALDO, 2003).

En primer lugar, si rastreamos en la historia sudamericana, comprobamos que ciertas reglas seguidas por las culturas pre-colombinas (cultura de la Iglesia, Collagua, Diaguita, Inca) acerca del uso, manejo y distribución de los cursos de agua, fueron incluidas por los españoles en el Libro VI de la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680³, especialmente las referidas al uso, que hoy llamaríamos “sustentable”, de las aguas y el suelo, así como las prácticas equitativas respetadas para su distribución entre los distintos usuarios⁴ (LEVAGGI, entrevista 2004; GARCILASO DE LA VEGA, 1609; FUNARI, 1999). Alguna jurisprudencia de la época incluso ilustra sobre la existencia de un Fiscal especialmente designado para proteger los intereses de la población nativa, como Don Francisco Manuel de Herrera, que estuvo involucrado en un caso relativo a la privación del uso del agua a dos comunidades indígenas, asentadas en Aimogasta y Machigasta (Argentina), por parte de colonos españoles (LEVAGGI, 2003). El procedimiento ante el Tribunal de Buenos Aires duró trece años (de 1787 a 1800). La primera sentencia, anunciada el 19 de enero de 1798, reconoció los derechos de los pueblos indígenas a la libertad de utilizar el

3 Ley 12, por ejemplo, prescribe que la asignación de tierras entre la población española que vive en Hispano-América no debe afectar los derechos originales y anteriores de los aborígenes. Esta Ley obligaba a los agricultores españoles a establecerse tan lejos como sea posible de las tierras de los indígenas, a fin de evitar daños a los intereses de los nativos. Disponible en: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/LeyIndiaP.htm>

4 Un bello párrafo escrito por el Inca GARCILASO DE LA VEGA, en sus *Comentarios reales*, describe esas prácticas basadas en la distribución equitativa: “En el labrar y cultivar las tierras también había orden y concierto; labraban primero las del sol, luego las de las viudas y huérfanos, y de los impedidos por vejez o por enfermedad. Todos estos eran tenidos por pobres, y por tanto mandaba el Inca que les labrasen las tierras. Había en cada pueblo o en cada barrio hombres diputados solamente para beneficiar las tierras de los que llamamos pobres” (...) “Labradas las tierras de los pobres, labraba cada uno las suyas, ayudándose unos a otros. Luego labraban las del curaca, las cuales habían de ser las postreras que en cada pueblo o provincia se labrasen. En tiempo de Huayna Capac, porque un indio regidor antepuso las tierras del curaca que era su pariente a las de una viuda, lo ahorcaron por quebrantador del orden que el Inca había dado en labrar las tierras, y pusieron la horca en la misma tierra del curaca. Mandaba el Inca que las tierras de los vasallos fuesen preferidas a las suyas; porque decían que de la prosperidad de los súbditos redundaba el buen servicio para el rey, que estando pobres y necesitados, mal podían servir en la guerra como en la paz”.

agua del arroyo y ordenó la restauración total del disfrute de los derechos afectados. Sin embargo, nunca fue ejecutada debido a las influencias políticas que llegaron incluso a ordenar el traslado del Fiscal Herrera a la Audiencia de Santiago de Chile. Una nueva sentencia fue anunciada el 6 de agosto de 1800 negando a los derechos aborígenes los créditos y declarando la validez de los derechos de propiedad adquiridos por los agricultores españoles en el fértil valle.

A partir de los procesos independentistas, cada uno de los Estados sudamericanos fue desarrollando su propia matriz legislativa y fue anudando con sus pares una nutrida red de relaciones internacionales mediante la suscripción de tratados, declaraciones, actas, códigos de conducta, etc. A los fines de este esquicio, sólo examinaremos las vinculadas con los cinco Estados ribereños de la Cuenca del Plata, pues el conflicto suscitado entre dos de sus miembros nace por la utilización de uno de los afluentes principales de la Cuenca, el río Uruguay.

A. Fuentes del Derecho Internacional

Dentro de este acápite listaremos las normas ambientales vinculantes para los países miembros de la Cuenca del Plata, en la medida que tengan puntos de contacto directo e indirecto con el derecho de aguas y con los ríos y cuencas internacionales.

Respecto de las normas internacionales, sean o no regionales, tomamos en cuenta los siguientes documentos:

- La Primer Conferencia Panamericana de 1889, celebrada en Washington.
- La Séptima Conferencia Interamericana de 1933, donde catorce países centro y sudamericanos aprobaron la Declaración de Montevideo sobre Usos Agrícolas y Ganaderos de los Ríos Internacionales (*fue invocada y aplicada por Bolivia y Chile entre los años 1939 y 1962 para resolver la disputa que mantenían sobre el río Lauca*).
- La Carta de Punta del Este de 1961.
- Tratado de Límites del Río Uruguay de 1961 (*vinculante para Argentina y Uruguay*).
- El Acta de Santa Cruz de la Sierra de 1968 (*su principal objetivo es preservar para las generaciones futuras el acceso a bienes y recursos naturales*). Las estrategias que propone para lograrlo son: **(1)** el máximo aprovechamiento de los recursos naturales (Preámbulo, par. 3; y Sección II.C.1.); y **(2)** la promoción de proyectos compartidos para inventariar y evaluar los recursos naturales de la Cuenca (Sección II.A.3 y II.A.7).

- El Tratado de la Cuenca del Plata de 1969 (*vinculante para Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay*). Su principal objetivo es promover el desarrollo armónico y la integración física de la Cuenca, así como de sus áreas de influencia directa y ponderable (art. 1). A tal fin se comprometen a: **(1)** realizar una utilización racional del recurso agua, especialmente a través de un aprovechamiento múltiple y equitativo (art. 1.b); **(2)** preservar y fomentar la vida animal y vegetal (art. 1.c); cooperar en materia de educación, sanidad y luchar contra las enfermedades (art. 1.g); **(3)** promover el inventario, evaluación y aprovechamiento de los recursos naturales del área (art. 1.h); **(4)** desarrollar acciones colectivas dentro del respeto al derecho internacional y según la buena práctica entre naciones vecinas y amigas (art. 5); **(5)** mantener las condiciones de navegabilidad de los ríos (art. 1.a, y 1.d); **(6)** proveer al logro de los objetivos generales de desarrollo de la Cuenca mediante acuerdos específicos o parciales, bilaterales o multilaterales (art. 6); **(7)** adoptar las decisiones mediante el voto unánime de los cinco países miembros del CIC (art. 2, par. 3).
- La Declaración Argentino-Uruguaya sobre el Recurso Agua de 1971 (Por medio de ella ambos Estados adoptaron una serie de principios rectores, entre los cuales se destacan: **(1)** el derecho de cada Estado de aprovechar las aguas en razón de sus necesidades siempre que no cause un perjuicio sensible a otro estado de la cuenca (1er Principio); **(2)** el intercambio de información (3er Principio); **(3)** mantener en las mejores condiciones la navegabilidad de los ríos (5to Principio); **(4)** adoptar las medidas necesarias para preservar los recursos vivos de la cuenca, en caso de que se realicen obras en el sistema fluvial de navegación (7mo Principio)).
- Declaración de Asunción sobre la Utilización de Ríos Internacionales de 1971 (*suscripta por Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay*).
- Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo de 1973 (*vinculante para Argentina y Uruguay*). Además de las normas relacionadas con la navegación, el tratado se refiere al uso racional de los recursos del lecho y subsuelo del río con el fin de no causar daños significativos a las partes (art. 43); protección y preservación del medio acuático y de sus recursos y prevención de la contaminación de los ríos (arts. 48, 54); responsabilidad por daños a la otra parte derivados de la contaminación (arts. 51, 52); obligación general de cooperar (art. 52); obligación de llegar a un acuerdo sobre las actividades de pesca (arts. 54, 74-76); no causar daño a la otra parte por las actividades mineras a lo largo del límite lateral marítimo (art. 71); solución pacífica de controversias (artículos 59, 68, 69, y 87). La Comisión Administradora (art. 66) y la Comisión Técnica Mixta (art. 80) tienen la facultad de asumir varias funciones ambientales.

- Estatuto del Río Uruguay de 1975 (*vinculante para Argentina y Uruguay*). Con relación al medio ambiente exige: realizar un óptimo y racional aprovechamiento del río Uruguay (art. 1); mantener su navegabilidad (arts. 3-6); notificación y consulta previa a la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU) acerca de cualquier trabajo o proyecto que pueda afectar la navegación, el régimen del río o la calidad de sus aguas, (arts. 7, 11, 49); permitir la inspección de obras (art. 10); cada parte tiene el derecho de aprovechar las aguas del río, dentro de su jurisdicción, para fines domésticos, sanitarios, industriales y agrícolas, sin perjuicio del procedimiento de notificación y consulta previa (art. 27); suministrar a la CARU, cada 6 meses, un detalle de los aprovechamientos que emprendan o autoricen en las zonas del río bajo jurisdicción nacional (art. 28); derecho de explorar y explotar los recursos del lecho y subsuelo del río siempre que ello no cause un daño significativo a la otra parte (art. 30, 32); prevenir daños sensibles al régimen del río o la calidad de sus aguas (art. 35); limitar las actividades de pesca (art. 37-39); proteger y preservar el medio ambiente acuático (art. 41); compensar los daños producidos como consecuencia de la contaminación causada por la otra parte (arts. 42, 43); solución pacífica de controversias (art. 58 a 60). La CARU también está facultada para asumir directamente muchas funciones ambientales.
- Acuerdo sobre las Normas Aplicables al Control de la Calidad de las Aguas del Río Uruguay de 1977 (*suscripto por Argentina y Uruguay*).
- Convenio de Cooperación para Prevenir y Luchar contra Incidentes de Contaminación del Medio Acuático Producido por Hidrocarburos y Sustancias Perjudiciales de 1987 (*vinculante para Argentina y Uruguay*).
- Acuerdo sobre Evaluación y Control de los Recursos Ictícolas y de la Calidad de las Aguas del Río Paraná de 1989 (*vinculante para Argentina y Paraguay*).
- El Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra de 1992, sobre Transporte Fluvial por la Hidrovía Paraguay-Paraná y sus seis Protocolos Adicionales (*vinculante para Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay*). Si se presta atención a las normas ambientales contenidas en el Acuerdo, se comprueba que ellas apuntan a: **(1)** crear una comunidad de intereses adecuada, eficaz y mancomunada, basada en la igualdad de derechos y obligaciones de sus países ribereños (Preámbulo); **(2)** enfatizar el derecho de los países signatarios de adoptar medidas para proteger el medio ambiente, la salubridad y el orden público, de acuerdo con su respectiva legislación interna (art. 34); **(3)** el deber abstenerse de emplear medios o procedimientos que representen riesgos inaceptables para la seguridad de la navegación, de terceros, o del medio ambiente, al realizar operaciones tendientes a remover obstáculos no permanentes para la navegación (art. 38, del

Protocolo Adicional sobre Navegación y Seguridad); **(4)** la obligación de los dueños o armadores de buques de informar sobre la contaminación de las aguas a las autoridades competentes de cada país (art. 58, del Protocolo *ibídem*); **(5)** proteger, preservar, y conservar las aguas, la salud humana, la biota, y los recursos naturales de la Hidrovía Paraguay-Paraná, así como minimizar, controlar, y evitar su contaminación (arts. 82 a 101, del Protocolo *ibídem*); **(6)** adoptar las medidas necesarias para prevenir, reducir, y controlar las contaminación de las aguas ocasionada por los buques y sus operaciones en la Hidrovía (arts. 82 a 101, del Protocolo *ibídem*); **(7)** mantener la navegabilidad de los ríos (arts. 1 a 36 del Acuerdo, y arts. 35 a 39 del Protocolo Adicional sobre Navegación y Seguridad); **(8)** intercambiar información sobre seguridad de la navegación, contaminación de las aguas, y sobre toda norma que se prevea dictar en relación con la prevención de incidentes de contaminación, con vistas a que sean compatibles o equivalentes en sus respectivos ordenamientos jurídicos (arts. 51, 58, y 96, del Protocolo *ibídem*); **(9)** responsabilizar al Estado signatario por las actividades realizadas en sus aguas jurisdiccionales que constituyan o vayan a constituir peligro, obstáculo para la navegación, o amenaza de daños a terceros, o al medio ambiente (art. 39, del Protocolo *ibídem*).

- Tratado sobre Medio Ambiente de 1994 (*vinculante para Argentina y Bolivia*).
- Acuerdo de Cooperación en Materia Ambiental de 1996 (*vinculante para Argentina y Brasil*).
- Acuerdo Constitutivo de la Comisión Trinacional para el desarrollo de la Cuenca del Río Pilcomayo (*vinculante para Argentina, Bolivia y Paraguay*).
- El Acuerdo Marco de 2001 sobre Medio Ambiente para los Estados miembro del MERCOSUR (*vinculante para Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay*). Los signatarios se comprometen a respetar los siguientes principios: **(1)** proteger el medio ambiente y el aprovechamiento de los recursos disponibles mediante la coordinación de políticas sectoriales, sobre la base de los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio (art. 3.a); **(2)** promover el desarrollo sustentable (art. 1, art. 3.c); **(3)** promover una efectiva participación de la sociedad civil en el tratamiento de las cuestiones ambientales (art. 3.e); **(4)** incorporar los aspectos ambientales en las políticas comunes del MERCOSUR (arts. 3.b, y 6.b); **(5)** cooperar en el cumplimiento de los acuerdos internacionales ambientales de los cuales los miembros del MERCOSUR sean partes, e instrumentar la aplicación de aquellos principios de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, que no hayan sido objeto de Tratados Internacionales (arts. 2 y 5); **(6)** profundizar el análisis de los problemas ambientales de la subregión con la participación de los organismos nacionales

competentes y de las organizaciones de la sociedad civil (art. 6, primer párrafo); (7) armonizar la legislación ambiental (art. 6a. y 6.c); (8) intercambiar información (art. 6.a); (9) prevenir, controlar y mitigar los impactos ambientales en los Estados Partes, con especial referencia a las áreas fronterizas (art. 6.j); (10) promover la educación ambiental (art. 6.1); (11) considerar los aspectos culturales, cuando corresponda, en los procesos de toma de decisión en materia ambiental (art. 6.m).

- Otros tratados ambientales internacionales de los cuales los 5 ribereños de la Cuenca del Plata son parte (*son 12 en total*. En ellos se han consagrado los principios de: (1) desarrollo sustentable, (2) cooperación ambiental, (3) intercambio de datos, (4) protección y preservación de los ecosistemas, (5) prevención, reducción y control de la contaminación, (6) prevención y mitigación de las condiciones perjudiciales, y (7) principios precautorio y contaminador-pagador).

B. Fuentes del Derecho Interno

Dentro de este acápite pasaremos revista a las normas ambientales más relevantes, comenzando por las constitucionales.

Argentina:

Su Constitución Nacional de 1994 reconoce, en el art. 75 inc. 17, la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Además consagra, en el art. 41, el derecho al desarrollo sustentable, el principio de responsabilidad inter-generacional, el deber de preservar el ambiente y de hacer un uso racional de los recursos naturales, la obligación de recomponer el daño ambiental, y el derecho a la información y educación ambientales.

También indica que corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias las necesarias para complementarlas. En cumplimiento de esta pauta se sancionaron: la Ley General del Ambiente No. 26575/02, la Ley sobre Gestión Ambiental de Aguas No. 25688/02, la Ley sobre Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios 25612/02, la Ley sobre Gestión y Eliminación de los PCBs No. 25670/02, la Ley de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental No. 25831/03, la Ley de Gestión de Residuos Domiciliarios No. 25916/04, la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos No. 26331/07. A ellas deben sumarse otras tres, de sanción previa a la reforma constitucional de 1994,

pero igualmente relevantes para el cuidado del ambiente: la Ley de Residuos Peligrosos No. 24051/91, la Ley sobre Obras Hidráulicas No. 23879/90 y la Ley de Inversiones Públicas No. 24354/94.

Del escrutinio de estas leyes resulta que en la mayoría de ellas se reiteran los siguientes preceptos: **(1)** Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales; **(2)** Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras (principio de responsabilidad inter-generacional); **(3)** Fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión; **(4)** Promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales; **(5)** Asegurar la conservación de la diversidad biológica; **(6)** Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo; **(7)** Promover la educación ambiental; **(8)** Establecer un sistema federal de coordinación interjurisdiccional, para la implementación de políticas ambientales de escala nacional y regional; **(9)** Minimizar los riesgos ambientales y recomponer los daños causados al medio ambiente; **(10)** Regular las actividades antrópicas aun cuando no haya certezas científicas o la información científica sea insuficiente; **(11)** Considerar a las cuencas hídricas como una unidad ambiental de gestión; **(12)** Gestionar las cuencas interjurisdiccionales a través de Comités de Cuencas; **(13)** Realizar evaluaciones de impacto ambiental; y **(14)** Realizar una planificación ambiental del territorio.

Finalmente, la 25675/02 crea un Fondo de Compensación Ambiental a ser administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción.

Bolivia:

Los artículos 133, 136, 170 y 172 de la Constitución Nacional de 2004 consagran la defensa y el aprovechamiento de los recursos naturales, la conservación de los mismos y la planificación territorial de su explotación. Su art. 171 inc. 1 reconoce los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas garantizando –entre otros aspectos- el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. Finalmente, el art. 136 declara que son de dominio originario del Estado el suelo y el subsuelo con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales, así como los elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento.

Este país cuenta, además, con la Ley de Aguas del año 1906, la Ley de Medio Ambiente No. 1333/92, la Ley de Electricidad No. 1604/94, la Ley de Saneamiento Básico No. 2066/00, el Decreto Supremo sobre Concesiones del Sector Aguas No. 24716/97 y el Decreto Supremo No. 24176/95 que aprueba tres Reglamentos sobre

Gestión Ambiental, sobre Prevención y Control Ambiental (regula, entre otros temas, las EIAs), y sobre Contaminación Hídrica.

Todas ellas tienen en común los siguientes principios, derechos y obligaciones: **(1)** Proteger, prevenir y conservar el medio ambiente y los recursos naturales; **(2)** Promover el desarrollo sostenible; **(3)** Principio de responsabilidad inter-generacional; **(4)** Conservar la diversidad biológica; **(5)** Optimizar y racionalizar el uso de aguas, aire, suelos y otros recursos naturales renovables garantizando su disponibilidad a largo plazo; **(6)** Asegurar el derecho a la educación ambiental; **(7)** Realizar un ordenamiento territorial a través de la zonificación ecológica, económica, social y cultural; **(8)** Elaborar y mantener cuentas patrimoniales ambientales con el fin de medir las variaciones del patrimonio natural nacional; **(9)** Compatibilizar las políticas nacionales con las tendencias de la política internacional en los temas relacionados con el medio ambiente; **(10)** Promover y fomentar la investigación científica y tecnológica relacionada con el medio ambiente y los recursos naturales; **(11)** Registrar, organizar, actualizar y difundir la información ambiental nacional; **(12)** Promover acciones de saneamiento ambiental, garantizando los servicios básicos y otros a la población urbana y rural en general; **(13)** Promover el derecho a participar en la gestión ambiental y el deber de intervenir activamente en la comunidad para la defensa y/o conservación del medio ambiente; **(14)** Asegurar el derecho a recibir información veraz, oportuna y suficiente sobre las cuestiones vinculadas con la protección del medio ambiente; **(15)** Realizar un monitoreo continuo de la calidad ambiental; **(16)** Mitigar y evitar las incidencias ambientales negativas de un proyecto, obra o actividad en proceso de implementación, operación o etapa de abandono; **(17)** Recomponer los daños causados por la contaminación ambiental; **(18)** Realizar un manejo integral de las cuencas como unidad geográfica de planificación.

Finalmente, la Ley 1333 crea un Fondo Nacional para el Medio Ambiente (FONAMA) dependiente de la Presidencia de la República, como organismo de Administración descentralizada (art. 87).

Brasil:

El art. 225 es la columna vertebral de la Constitución de la República Federal de Brasil en materia ambiental. Según el texto consolidado de 2007, consagra el derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado, el deber de preservarlo para las próximas generaciones así como de preservar la diversidad e integridad del patrimonio genético del país, la obligación de realizar estudios previos de impacto ambiental, el deber de promover la educación ambiental y el derecho a sancionar las conductas y actividades lesivas para el medio ambiente. Otros preceptos consagran

la responsabilidad por daños al ambiente y al patrimonio histórico y cultural (art. 5.LXXIII y art. 24.VIII), la protección y preservación del medio ambiente (art. 24.VI, y art. 186.II), el deber de combatir la polución ambiental en todas sus formas, la preservación de la floresta, la flora y la fauna, la conservación de la naturaleza, la protección y defensa de los recursos naturales (art. 24. VI, y art. 170.VI).

La legislación ambiental más relevante de este país es: Código de Aguas de 1934 (Decreto-ley 24643), la Ley de Política Nacional del Agua No. 9433/77, la Ley de Política Nacional de Medio Ambiente, sus Fines y Mecanismos de Formulación y otras Providencias No. 6938/81, la Ley de Crímenes contra el Medio Ambiente No. 9605/98, la Ley de creación de la Agencia Nacional de Aguas No. 9984/00 y la Ley que instituye el Plan Nacional de Gerenciamiento Costero No. 7661/88.

Todas ellas tienen en común los siguientes principios, derechos y obligaciones: **(1)** Principio de responsabilidad inter-generacional; **(2)** Promover el uso sustentable del agua; **(3)** Preservar, mejorar y recuperar la calidad ambiental, haciéndola propicia para la vida; **(4)** Recomponer los daños causados por la contaminación ambiental y sobre los recursos hídricos; **(5)** Prevenir eventos ambientales e hidrológicos críticos; **(6)** Responsabilidad por el daño causado al ambiente y a bienes de valor estético, turístico y paisajístico; **(7)** Prevenir y minimizar el daño ambiental, así como los efectos de sequías e inundaciones; **(8)** Controlar la polución hídrica; **(9)** Promover el derecho a la información ambiental; **(10)** Asegurar el derecho a la educación ambiental; **(11)** Mantenimiento del equilibrio ecológico; **(12)** Realizar la planificación ambiental del territorio y del desarrollo económico y social; **(13)** Deber de preservar las áreas más representativas de los ecosistemas; **(14)** Promover la participación social en la gestión ambiental; **(15)** Principio de utilización racional e integrada del agua, el suelo, el subsuelo y el aire.

Como notas singulares de la legislación ambiental brasilera, puede señalarse que la gestión de los recursos hídricos es descentralizada y participativa. A ello se añade el principio de regulación del agua como recurso natural limitado, con valor económico y multiplicidad de usos.

Paraguay:

Promulgada en 1992, la Constitución Nacional garantiza -como objetivos prioritarios- la preservación, conservación, recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral (art. 7), la obligación de prohibir o restringir las actividades consideradas peligrosas para el medio ambiente (art. 8), la preservación del ambiente y la calidad de vida (art. 6) y el derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. Agrega luego que el

delito ecológico será definido y sancionado por la ley y que todo daño al ambiente importará la obligación de recomponer e indemnizar (art. 8). También consagra el derecho a recibir información veraz, responsable y ecuánime (art. 28).

Finalmente, el art. 63 referido a la Identidad Étnica, reconoce y garantiza el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat.

Paraguay cuenta con las siguientes leyes ambientales relevantes: la Ley relativa a los Recursos Hídricos del Paraguay No. 3239, la Ley sobre Evaluación de Impacto Ambiental No. 294/93, la Ley de Áreas Protegidas Silvestres No. 352/94 (entre cuyos objetivos está la preservación y el manejo de las cuencas hidrográficas y de los humedales), el Estatuto Agrario aprobado por ley 1863/01.

Todas ellas tienen en común los siguientes principios, derechos, y obligaciones: **(1)** Promover la gestión y uso sustentable, racional e integral de los recursos hídricos y de los recursos naturales; **(2)** Proteger, conservar y restaurar los territorios productores de agua; **(3)** Proveer al equilibrio armónico del ambiente con los intereses públicos y privados; **(4)** Utilizar el criterio de unidad de gestión de las cuencas; **(5)** Garantizar el derecho humano de acceso al agua potable; **(6)** Minimizar los efectos adversos o daños al ambiente; **(7)** Destacar el valor social, ambiental y económico de los recursos hídricos; **(8)** Propiciar el enfoque sistémico de las cuencas hídricas; **(9)** Asegurar el derecho a la información ambiental; **(10)** Promover la participación de los usuarios en la gestión ambiental y de los recursos hídricos; **(11)** Principio de responsabilidad inter-generacional; **(12)** Proveer la defensa del ambiente contra los efectos del cambio climático sobre las aguas, en especial las inundaciones y la salinización; **(13)** Armonizar las leyes y reglamentos ambientales con los tratados y convenios internacionales ratificados por el Paraguay; **(14)** Proteger los caudales ambientales o ecológicos; y **(15)** Asumir la responsabilidad por los daños causados al ambiente.

Por su singularidad, merece recordarse que en el Paraguay el derecho de uso y aprovechamiento de los recursos hídricos no podrá ser otorgado ni transferido a un Estado extranjero o sus representantes (art. 14, ley 3239).

Uruguay:

La Constitución uruguaya, reformada en 2004, concentra toda la regulación ambiental en el artículo 47. Desde allí se considera que la protección del ambiente así como la gestión sustentable -y solidaria con las generaciones futuras- de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico constituyen asunto de interés general. Establece el deber de abstenerse de cualquier acto que cause depre-

dación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. Específicamente, considera al agua como un recurso natural esencial para la vida, y el acceso al agua potable y al saneamiento como derechos humanos fundamentales. También alude al ordenamiento del territorio, la conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza. Se consagra además el derecho de los usuarios y de la sociedad civil a participar en todas las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos, estableciéndose las cuencas hidrográficas como unidades básicas de gestión.

Dentro de sus normas ambientales más significativas están: el Código de Aguas, aprobado por decreto-ley No. 14859/78 (reformado en 1987 y 1991), la Ley sobre Evaluación de Impacto Ambiental No. 16466/94 (necesaria para emisarios de líquidos residuales, puertos, obras de explotación o regulación de recursos hídricos, entre otras actividades) y la Ley sobre Protección Ambiental No. 17283/00.

Todas ellas tienen en común los siguientes principios, derechos y obligaciones: **(1)** Deber genérico de abstenerse de todo acto que cause impacto ambiental que se traduzca en depredación, destrucción o contaminación graves del medio ambiente; **(2)** Asumir la responsabilidad por el daño causado al ambiente; **(3)** Recomponer el medio ambiente dañado por actividades humanas; **(4)** Adoptar todas las medidas tendientes a prevenir, eliminar y mitigar al máximo los impactos ambientales negativos; **(5)** Asegurar la participación de los usuarios en la gestión ambiental; **(6)** Derecho al desarrollo sustentable; **(7)** Principio de responsabilidad inter-generacional; **(8)** Derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado; **(9)** Propiciar la efectiva integración de la dimensión ambiental al desarrollo económico y social; **(10)** principio de gradualidad; **(11)** Derecho a la información ambiental; **(12)** Asegurar el derecho a la educación ambiental; **(13)** Realizar el ordenamiento ambiental del territorio; **(14)** Considerar a las cuencas hidrográficas como unidades básicas.

Como aspectos particulares de la legislación uruguaya, se destacan el principio de cooperación ambiental regional e internacional, el reconocimiento de la naturaleza trans-sectorial de la gestión ambiental y el deber de conservar la configuración y estructura de la costa uruguaya.

IV. CORPUS JURIS AQUARUM AMBIENTALIS

En esta parte se pretende discernir si el conjunto de preceptos descritos en los puntos anteriores tienen la robustez, consistencia y coherencia suficientes y necesarias para constituir un *corpus iuris* aplicable al uso y manejo sustentable de la Cuenca del Plata.

La primera conclusión es que, del cruce de toda esta información emergen una serie de principios, objetivos, derechos, obligaciones y acciones que, por su reiteración y homogeneidad, nos permiten colegir que las analogías superan ampliamente en número a las discrepancias.

La segunda conclusión es que tal es el grado de coherencia jurídica alcanzado a lo largo de 75 años de historia común, que no dudamos en afirmar que el mismo compone un sólido *Corpus Iuris Aquarum Ambiental* de naturaleza consuetudinaria y vinculante, cuyo núcleo central está integrado por **22 principios, obligaciones, derechos y objetivos**:

- Preservación, protección y conservación del agua y de los recursos naturales;
- Derecho a la participación social en los procesos de gestión ambiental;
- Derecho a la información ambiental;
- Derecho a la educación ambiental;
- Utilización racional y equitativa del agua y de los recursos naturales;
- Derecho al desarrollo sustentable;
- Principio de responsabilidad inter-generacional;
- Deber de minimizar, controlar y prevenir la contaminación del agua y del ambiente;
- Deber de recomponer los daños causados al ambiente y a los recursos hídricos;
- Planificación y ordenamiento ambiental del territorio;
- Responsabilidad por los daños causados al ambiente;
- Deber de emplear el criterio de unidad de gestión de las cuencas hídricas;
- Cooperación y relación de buena vecindad entre los ribereños;
- Intercambio de datos e información entre los ribereños;
- Deber de notificar y de realizar consultas previas a cualquier plan, obra o acción concerniente a la utilización de un curso de agua internacional;
- Deber de mantener las condiciones de navegabilidad de los ríos;
- Principio de libertad de navegación de los ríos internacionales;
- Responsabilidad de los Estados por todo daño o amenaza de daño al ambiente a causa de sus propias actividades o de las actividades de las personas físicas y jurídicas domiciliadas en su territorio;

- Deber de evitar todo daño transfronterizo significativo;
- Enfoque ecosistémico;
- Solución pacífica de controversias;
- Deber de observar y fortalecer todos los tratados ambientales de los cuales los Estados ribereños son parte.

La tercera conclusión es que este *Corpus*, por su homogeneidad y por la naturaleza de las fuentes normativas de donde emerge, sería aplicable al manejo de los recursos naturales e hídricos de toda la región, y no solamente de la Cuenca del Plata. Por ende, *mutatis mutandi* también sería aplicable al conflicto suscitado entre la Argentina y Uruguay por la pastera instalada sobre la margen oriental del río Uruguay.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES FINALES

Hemos analizado el contexto jurídico, tanto de orden interno como regional e internacional, que se aplica en los cinco países ribereños de la Cuenca del Plata, y hallamos que Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay, tienen en común un amplio espectro de principios, derechos, obligaciones y objetivos. Tal es su grado de coherencia, que nos fuerza a sostener que existe un sólido *Corpus Iuris Aquarum Ambientalis* compartido por los cinco estados de la región (cuatro de ellos, a la sazón, miembros del MERCOSUR).

Ello nos conduce a afirmar que se trata de una excelente plataforma normativa, pues aporta un marco teórico-jurídico para desarrollar una política común, que facilite una acción regional integrada, enfocada a gestionar de manera sustentable y a prevenir la contaminación de los cursos de agua, sean o no transfronterizos. Por ende, su invocación parece insoslayable al caso de las pasteras sobre el río Uruguay.

Curiosamente, Argentina y Uruguay sólo basaron sus reclamos y defensas en el Estatuto del Río Uruguay (1975), y colateralmente en el Tratado de Límites del Río Uruguay de 1961. Sin embargo, del análisis efectuado en este artículo, se deduce que el universo de derechos y obligaciones que les asisten se extiende a un cúmulo de prerrogativas y deberes mucho mayor que no debiera ser soslayado, ni por las partes ni por la CIJ, al momento de encontrar una solución idónea para resolver el conflicto.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos

- CAPALDO, Griselda. South American Paraná-Paraguay Waterway (HIDROVIA). An Environmental Diagnosis and prognosis. En: YEARBOOK OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW, Volume 14. Referees: Prof. Dr. Geir Ulfstein, Prof. Dr. Jacob Werksman, Oxford University Press, London – New York (2003): pp. 185-210.
- LEVAGGI, A. (2003). Defensa y privación de antiguos derechos de pueblos indígenas, Córdoba del Tucumán, Argentina, 1797-1800. En: Revista de Historia y Ciencias Sociales. Buenos Aires. Nro. 4, (2003): pp. 1-12.
- Primer Informe de la Delegación Uruguaya sobre el Trabajo del Grupo Técnico Binacional de Alto Nivel para el Estudio de las Plantas de Celulosa. En: http://www.presidencia.gub.uy/_web/noticias/2006/01/delegacionuruguaya.pdf
- VIDART, Daniel. Imagen y símbolo. Una excursión etimológica. En: Idea Viva – Gaceta de cultura. Buenos Aires. No. 17, (Octubre 2003): pp. 16-20.

Capítulos de libros

- FUNARI, Pedro Paulo. La arqueología de las ciudades españolas y portuguesas en Sudamérica: una aproximación comparativa. En: Ciudad virtual de antropología y arqueología. Buenos Aires: ed. Equipo NAYa, 1999 (autor citado por A. BRAILOVSKY, Antonio. Historia ecológica de Iberoamérica – De los Mayas al Quijote. Buenos Aires: ed. Kaicron, 2006).

Documentos consultados

- 1680, Recopilación de las Leyes de Indias. Libro VI, Título 17, Ley No. 11. Ver también: Libro VI, Título III, Ley N° 8 y Libro VI, título IV, Leyes No 9 y 12.

Entrevistas con informantes clave

- Entrevistas mantenidas por la autora de este artículo con el Prof. Dr. Abelardo LEVAGGI en setiembre de 2004. El entrevistado es especialista en Historia del Derecho. Se desempeña como Profesor de la Universidad de Buenos Aires y es Investigador Científico del CONICET.

Jurisprudencia

- “Busti, Jorge Pedro y otros s/ denuncia art. 55, ley 24.051, en grado de tentativa” - CSJN - 21/02/2006, B. 183. XLII - El texto completo de la sentencia puede verse en “Revista elDial.com”, del 22 de febrero de 2006.
- http://www.eldial.com/publicador/tcj.asp?fecha=22/02/2006&id_publicar=3461&numero_edicion=1981&titulo_rojo=Jurisprudencia%20Nacional&id=13443&vengode=
- “Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina V. Uruguay) Request for the indication of Provisional Measures Order” – International Court of Justice- 13/7/2006.

Este documento está disponible en: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iau/iauframe.htm> (visitado el 13 de julio de 2006).

“Defensor General de la Provincia s/ medida cautelar genérica”. Juzgado de Familia, Civil y Penal de Menores de Gualeguaychú - 14/10/2005, Expte. Nro. 4005. El texto completo de la sentencia puede verse en “Revista elDial.com”, del 1 de Noviembre de 2005.

“Fiscalía Letrada en lo Civil de 3º Turno contra PODER EJECUTIVO - M.V.O.T.M.A.”. Argentina, 15 de setiembre de 2005.

Libros

GARCILASO DE LA VEGA, Inca: *Comentarios reales* (edición príncipe, oficina de Pedro Crasbeeck, Lisboa 1609, Re-editada por Espasa-Calpe, Buenos Aires 1970).

Páginas web

International Finance Corporation (IFC)-Malcom Pirnie draft on *Cumulative Impact Study. Uruguay Pulp Mills*. Este documento está disponible en:

[www.ifc.org/ifcext/lac.nsf/AttachmentsByTitle/Uruguay_PulpMills_Part1/\\$FILE-CIS_Part1_UruguayPulpMills.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/lac.nsf/AttachmentsByTitle/Uruguay_PulpMills_Part1/$FILE-CIS_Part1_UruguayPulpMills.pdf) (visitada el 22 de agosto de 2006)

CEDHA – BELLONA, 2006, OECD Guidelines for Multinational Enterprises. Specific Instance Regarding Nordea’s Involvement in Pulp Paper Mill Investment in Fray Bentos –Uruguay- by Botnia S.A. Este documento está disponible en:

www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper_pulp_mills/nordea-specific-instance.pdf (visitada el 22 de agosto de 2006)

CEDHA et al, 2006, *Complaint Letter to the CAO*. Este documento está disponible en:

www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper_pulp_mills/cao-complaint-letter.doc (visitada el 22 de agosto de 2006)

CEDHA et al, 2006, *Equator Principles. Compliance Complaint Regarding Proposed Pulp Paper Mill Investment in Fray Bentos –Uruguay*. Este documento está disponible en:

www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper_pulp_mills/complaint-letter-to-ing-eng.pdf (visitada el 22 de agosto de 2006)

CEDHA et al, 2006, *Finnvera OECD Specific Instance*. Este documento está disponible en:

www.cedha.org.ar/en/initiatives/paper_pulp_mills/nordea-specific-instance.pdf (visitada el 22 de agosto de 2006)

TAIANA, Jorge. Informe del Canciller Taiana al Senado de la Nación Argentina los días 14 y 16 febrero 2006. En: <http://www.cancilleria.gov.ar/>



Autora: Paola Gamboa

Título: Natura y Ciudad

Técnica: acrílico y carburo de silicio sobre lienzo

Dimensiones: 80 x 80 cm

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ESTADO MEXICANO Y EL CONTEXTO DE SU GARANTÍA*

* Artículo producto final de la investigación “*Garantías para la defensa de los derechos humanos en el Estado mexicano*”, que presenta número de registro 2640/2008. Esta investigación ha sido financiada por la Universidad Autónoma del Estado de México y su investigador principal es el Doctor Enrique Uribe Arzate.

Fecha de recepción: Marzo 6 de 2009

Fecha de aprobación: Abril 30 de 2009

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ESTADO MEXICANO Y EL *CONTEXTO* DE SU GARANTÍA

*Enrique Uribe Arzate***

*Hiram Raúl Piña Libien****

RESUMEN

La protección eficaz de los derechos humanos es una cuestión inaplazable para los Estados que siguen el paradigma del Estado constitucional. Para ello, se requiere una adecuada concepción de los derechos humanos que debe ser reforzada con otros elementos esenciales para la construcción de un sistema de garantías.

México realiza la defensa de los derechos humanos por dos vías: el sistema jurisdiccional y el sistema no jurisdiccional. En este contexto, el primero de dichos sistemas adolece de un completo escenario con variados instrumentos de protección de los derechos humanos; el segundo, carece de eficacia.

Desde luego es necesario un diseño integral que incluya el paradigma del Estado constitucional; la democracia como su motor principal; además de un sistema de garantías y un régimen de transparencia y rendición de cuentas que permitan sancionar constitucionalmente a quienes violentan los derechos humanos.

Palabras clave: Derechos humanos, derechos fundamentales, Estado constitucional, democracia, garantías.

HUMAN RIGHTS IN THE MEXICAN STATE AND *THE CONTEXT* FOR THEIR GUARANTEES

ABSTRACT

Effective protection of human rights is an urgent matter for the States that follow the paradigm of the constitutional State. This requires an adequate conception of human rights which must be supplemented with other essential elements for building a system of guarantees.

Mexico defends human rights through two ways: the judicial system and the non judicial system. In this context, the first of these systems has a full stage with various instruments for human rights protection, the second is not effective.

Of course it requires a comprehensive design that includes the paradigm of constitutional State: the democracy as its main engine. And it is necessary a system of guarantees and a regime of transparency and accountability to punish those who violate human rights.

Key words: human rights, fundamental rights, constitutional State, democracy, guarantees.

** Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor-investigador de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. Investigador Nacional Nivel II en el Sistema Nacional de Investigadores.

*** Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ESTADO MEXICANO Y EL *CONTEXTO DE SU GARANTÍA*

I. INTRODUCCIÓN

Para poder iniciar el tratamiento de la cuestión relativa a la forma en que están diseñados los derechos humanos en el Estado mexicano y las vías que existen para garantizarlos, es necesario establecer la dimensión epistemológica del objeto de investigación que nos ocupa.

En esta parte liminar, no podemos dejar de señalar que la conexión existente entre los derechos humanos y su garantía, se enmarca en la existencia de un Estado constitucional cuyos ejercicios democráticos permiten el funcionamiento de un adecuado sistema de justicia constitucional que cuenta con instrumentos jurídicos viables para hacer eficaz el aseguramiento de los citados derechos. En el mismo escenario, no está de más referir que la transparencia y la rendición de cuentas de quienes ejercen la potestad del Estado y el correspondiente sistema de responsabilidades, permiten completar el círculo que cierra el sistema constitucional.

Por principio, destacamos nuestra coincidencia con quienes afirman que los derechos humanos solamente pueden florecer en las democracias, pues ahí es donde existe la asociación política de libres e iguales (Greblo, 2005: 52). Incluso, podemos agregar que la vivencia plena de los derechos humanos es un asunto propio del Estado constitucional; el Estado diseñado con garantías suficientes y eficaces, es el escenario idóneo para el respeto absoluto de los derechos humanos.

Con esta afirmación podemos iniciar la delimitación teórico-conceptual indispensable para el tratamiento adecuado de la cuestión en estudio. En cuanto a los alcances de la expresión derechos humanos, es importante recordar que todo está sujeto a la perspectiva teórica desde donde se quiera mirar dicha temática.

Eso sí, en el contexto lingüístico que hoy prevalece, la denominación de derechos humanos exhibe clarísimamente el doble plano lexical: derechos humanos significa algo valioso que, oriundo de una instancia suprapositiva que el derecho positivo debe plasmar si aspira a participar de aquella valiosí-

dad, es capaz de ingresar –y “debe” ingresar- al mismo derecho positivo, en cuyo ámbito ya el nombre de derechos humanos admite tomar en canje otro parcialmente distinto: derechos fundamentales, derechos constitucionales, o hasta derechos públicos subjetivos y libertades públicas (Bidart, 1991:163).

Si la concepción se escudriña desde el jusnaturalismo para el que los derechos humanos son todos los atributos inherentes a las personas por el sólo hecho de “ser” humanos, entonces es posible que nuestra exploración nos conduzca a escenarios francamente deplorables. Si por el contrario, nos ceñimos a la dimensión juspositivista que ubica en el concepto de derechos humanos solamente aquellos que los Estados han sido capaces de incorporar a sus ordenamientos legales, entonces posiblemente nuestras conclusiones queden reducidas a la afirmación bastante simple de que el Estado y su potestad cumplen satisfactoriamente con lo que su función legislativa ha escrito en las normas jurídicas. En este supuesto tal vez podríamos agregar que la situación de los derechos humanos es acorde al grado de evolución jurídica del Estado mexicano, lo cual nos parece una afirmación poco seria y un tanto acientífica. Incluso, yendo más lejos, podríamos ubicar la discusión sobre la línea del garantismo (Ferrajoli, 2002) que nos permitiría otear el grado de exigibilidad de los derechos humanos y, por consecuencia, su eficacia en México.

Por todo lo aquí señalado, es evidente que para tratar científicamente el tema de marras, debemos iniciar la discusión en torno a los alcances de la expresión “derechos humanos”.

De acuerdo con las dos posturas tradicionales que existen al respecto, poco podemos avanzar pues una y otra se excluyen recíprocamente. Aunque desde la doctrina no es difícil sostener la existencia de derechos de los seres humanos que son consustanciales a su naturaleza “humana”, lo que sí tiene un grado supremo de dificultad es la materialización de esos derechos en las leyes y el establecimiento de dicha “dimensión normativa” como continente de los derechos humanos; esto es que los derechos humanos ya no se ubiquen en las personas sino que ahora se tenga que visualizar su existencia a partir de lo que las leyes son capaces de ofrecer en letras¹.

A la par de esta cuestión esencial, otra que de inmediato salta a la vista es la relativa a la aceptación de que los derechos de las personas deban sujetarse y limitarse a lo que “diga” el derecho. Este otro tópico es sumamente interesante, sobre todo si a la sola existencia legal de los derechos humanos agregamos la consecuencia necesaria de su garantía.

1 Como sabemos esta es una de las grandes cuestiones que trata la filosofía del derecho, pues no es fácil comprender y menos aceptar que el derecho se limite a lo que dicen las leyes; que lo jurídico se constriña a lo que dicen las leyes; *id. est.* que el derecho sea solamente leyes.

¿Hay una tercera dimensión teórica que nos permita superar los problemas aquí expresados? Parece que no, pues las aportaciones más sólidas conducen el debate incluso a través de la referencia a campos como la ética (Nino, 1989), la no discriminación (Colautti, 1995) o el multiculturalismo (Ansuátegui, 2005), ofreciendo con ello distintos conceptos de derechos humanos que están preformados por las ideas inicialmente tratadas por los autores. Como hasta ahora no existe alguna corriente de pensamiento que permita desbrozar todo este inextricable contexto, vamos a intentar establecer el alcance más o menos lógico de la expresión que nos ocupa.

Comenzaremos por decir que la cotidiana referencia a los “derechos humanos”, es cacofónica. Como podemos colegir, la incongruencia gramatical está situada en la conjunción de dos sustantivos; salvo el caso de que la expresión “humanos” se utilice como adjetivo, en cuyo caso la frase sigue careciendo de sentido, pues los derechos no pueden ser calificados como humanos, a menos que existieran también los derechos “inhumanos”.

En el orden lógico de este asunto, la expresión en estudio está referida a los sujetos –en este caso personas físicas, seres humanos- que tienen dentro de su amplio catálogo de derechos, una cierta categoría de derechos que resulta inseparable de su ser.

Como podemos ver, esa categoría especial de derechos que los seres humanos tenemos, no puede tomarse como la sustancia, sino como una calidad *sui generis* de atributos propios y exclusivos de los seres humanos. Por tal razón, resulta absurdo calificar a esa categoría especial de derechos de los seres humanos como si *per se*, ellos fueran algo independiente y distinto de las personas físicas a quienes se les atribuyen dichas cualidades inmanentes.

Podemos decir que la citada expresión es útil, en tanto se refiere a la *dimensión humana* de ciertos derechos que no pueden ser disminuidos ni cancelados por la potestad del Estado ni por las acciones de otros particulares; se trata de derechos que ni siquiera pueden ser alienados por su titular en virtud de que tienen como característica esencial el ser *indisponibles* (Ferrajoli, 2002: 47).

La citada *dimensión humana* de esos derechos, permite señalar que a diferencia de cualquier otro tipo de derechos como por ejemplo, los derechos del orden civil, los derechos llamados “humanos” no se pueden desprender del individuo que los porta; no son transferibles como por ejemplo los derechos sobre una propiedad o los derechos de tipo mercantil sobre un título de crédito; tampoco son irreductibles como los derechos sobre el patrimonio que cada cual puede acrecer o disminuir según su voluntad y posibilidades. Es más, los derechos humanos son universales y progresivos porque la doctrina imperante y los instrumentos internacionales reconocen idéntica calidad humana a todas las personas en cualquier latitud y además

se considera que los derechos de *dimensión humana* crecerán en la medida que las sociedades sean capaces de incluir nuevos derechos o al menos nuevas modalidades y formas de expresión de los derechos humanos hasta ahora reconocidos.

Hasta aquí podemos señalar que los derechos de *dimensión humana* se engarzan con la concepción jusnaturalista en la medida que se les concibe unidos a la naturaleza humana de quien los porta. Empero, es oportuno agregar que esos derechos sólo son jurídicamente exigibles cuando el orden jurídico del Estado² los incorpora a los textos de las leyes y los arma con su envoltura protectora que no es otra cosa que un adecuado sistema de garantías viables y eficaces.

En este sentido, es conveniente puntualizar que la incorporación de los derechos humanos al orden jurídico del Estado requiere que tal reconocimiento se lleve a cabo a través del ordenamiento de mayor jerarquía jurídica. Si tal incorporación no se materializa en la Constitución, el hecho de que en otros *corpus* de distinta jerarquía se puedan incorporar derechos humanos, no les sitúa en un rango de exigibilidad y eficacia adecuado. Por tanto, la exigencia de que sea en la Constitución donde se inscriban los derechos humanos, resulta ser *conditio sine qua non* para su posterior garantía en términos jurídicos. Por eso el garantismo sirve para decir que la Constitución es útil en tanto que es el instrumento *ad hoc* para el aseguramiento y la protección de los derechos de *dimensión humana*.

De modo tal que en esta proyección, los derechos de *dimensión humana* sufren una obligada conversión teórico-conceptual que nos lleva a concebirlos como *los derechos imbibitos en la naturaleza humana que están constitucionalmente reconocidos*. Lo cual significa que los derechos humanos se identifican en este punto con los derechos fundamentales que en el Estado constitucional tienen un altísimo significado como valedores al abuso de poder y límites infranqueables de las autocracias.

Es cierto que instrumentos jurídicos distintos a la Constitución, pueden reconocer en su redacción otros derechos humanos que la Constitución no ha incorporado a su texto (tal es el caso de los instrumentos jurídicos internacionales); estos derechos humanos existen; empero, no cabe duda que desde la proyección teórica que nos ha servido para hilvanar las ideas aquí expuestas, es necesario que los citados derechos humanos se conviertan en derechos fundamentales para poder apelar

2 Existe por supuesto la perspectiva teórica que sitúa en el orden jurídico internacional la mayor expectativa para la defensa plena de los derechos humanos; sin embargo, la falta de reconocimiento de algunos Estados a la jurisdicción de los Tribunales y Cortes Internacionales, muestra la fragilidad de este sistema de protección; por eso, optamos por considerar que el mejor escenario para la garantía de los derechos humanos –derechos fundamentales- constitucionalmente reconocidos es el Estado constitucional.

a su garantía. Sin dejar de reconocer la relevancia de los derechos humanos de nuevo cuño, vamos a contextualizar el desarrollo de nuestra exposición a partir de los derechos fundamentales, cuya exigibilidad –paradójicamente- es un poco más “humanamente” posible.

Como se puede comprender, el hilo conductor de todo lo hasta aquí señalado, nos permite establecer la conexión lógica entre los siguientes conceptos:

Derechos humanos (derechos fundamentales) →
Democracia → Estado constitucional →
Sistema de garantías → Sistema de responsabilidades

Esta es la forma en que opera el sistema de derechos fundamentales en el Estado constitucional. Es evidente que el Estado adecuado para tal diseño no puede ser otro que el Estado constitucional; ni siquiera el Estado de Derecho³ -estacionado en la idea de que el respeto a la ley (en sentido *lato*) es suficiente para garantizar la vigencia del orden constitucional- es un escenario adecuado para lo que aquí estamos planteando.

Desde luego que todos los componentes del gran sistema resultan esenciales; y aunque en una primera aproximación teórica podemos citar la regla matemática de que el orden de los factores no altera el producto, sí es aconsejable establecer un orden entre ellos, pues seguramente el mejor sistema de responsabilidades resultaría inoperante fuera de una genuina democracia vista en sus dimensiones electoral y material.

En este mismo sentido, vale preguntarnos si el Estado constitucional es siquiera concebible cuando en su diseño están ausentes los derechos fundamentales. Parece que no. El Estado es constitucional cuando sus órganos tienen claramente establecidas sus atribuciones y sus límites; cuando su Constitución establece ciertos derechos de *dimensión humana* que ningún servidor público puede reducir ni agraviar sin recibir la sanción constitucional correspondiente.

Desde luego que un Estado con semejante diseño requiere un evolucionado y complejo sistema de justicia constitucional que haga posible el ejercicio respon-

3 Dejamos de lado aquí la discusión teórica sobre el alcance de las expresiones Estado de Derecho y Estado constitucional. Bien sabemos que el grado de evolución del Estado de Derecho es distinto al del Estado constitucional; este último representa la más depurada construcción teórica sobre la relación poder – derecho, justamente a partir de la idea de que en el Estado, ninguna persona puede ejercer más atribuciones que las constitucionalmente establecidas y que cualquier exceso debe y puede ser jurídicamente sancionado, no sólo a partir de lo que establecen los ordenamientos legales ordinarios, sino principalmente a partir de lo que está constitucionalmente establecido.

sable del poder, medurado pero eficaz y que en consonancia con ello, cuente con medios de control de la constitucionalidad que permitan garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico superior y la pervivencia de sus valiosos *contenidos* frente a gobernantes y gobernados y, por supuesto por encima de cualquier otro producto legislativo formal o material.

De acuerdo con nuestro estudio, consideramos pertinente el análisis de los alcances de cada uno de los componentes antes citados, para poder establecer cuál es su desarrollo actual en México.

En cuanto a los derechos humanos, un análisis *ex lege lata* nos permite señalar las limitaciones teórico-conceptuales que están redactadas en las leyes. Al respecto, la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos, establece lo siguiente:

Artículo 102...

(...)

B. El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

En este orden de ideas la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos establece:

Artículo 2o. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos es un organismo que cuenta con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios, y tiene por objeto esencial la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano.

Como podemos advertir, la expresión “que ampara el orden jurídico mexicano” pone una inmediata limitación al carácter evolutivo de los derechos humanos, pues en tanto la legislación no incluya mecanismos de incorporación de nuevos derechos esenciales, tendremos que seguir estacionados en el *status quo* de los derechos que la ley ampara; es decir, ni siquiera en la perspectiva de que los citados derechos sean reconocidos por la ley. Estas disquisiciones que desbordan las cuestiones meramente semánticas, tienen una gran importancia en la concepción de los derechos de *dimensión humana*, pues si la medida de estos está dada por la capacidad de la ley para otorgarlos, entonces el desarrollo de los derechos humanos y su carácter evolutivo están sometidos y condicionados a una inapropiada limitación por la ley misma.

Como podemos advertir, el tema que abordamos en el presente trabajo tiene una importancia fundamental para el Estado constitucional; si bien los múltiples aspectos que pueden inscribirse bajo el título de este trabajo forman parte ya del acervo del constitucionalismo de nuestro tiempo, no hay que pasar por alto que la ineficacia general (al menos en México) de los mecanismos ideados para llevar a cabo la defensa de los derechos fundamentales, nos exige un replanteamiento de fondo sobre su actualidad y sus perspectivas. Es evidente que los derechos humanos tienen que ser estudiados con acuciosidad, desde una perspectiva integral, para que podamos acercarnos a su realidad, a sus fortalezas y debilidades.

Grosso modo, de acuerdo con lo que hasta aquí hemos señalado, los derechos humanos son comprendidos desde las dos visiones incompletas ya referidas del positivismo y el jusnaturalismo. La primera sostiene la existencia de los derechos humanos a partir de su redacción en las leyes del Estado; la segunda corriente identificada con el tomismo, sostiene que los derechos humanos son pre-existentes al Estado y que existen aún cuando ninguna ley los reconozca u otorgue. Esta misma corriente afirma que el derecho injusto es un derecho inválido que puede incluso ser desconocido por los habitantes. Los autores que han tratado esta cuestión, han destacado la riqueza que Santo Tomás aportó en su clasificación de la ley. La ley humana -la última de todas- deriva de la ley natural y no debe ser sino expresión de ese orden que desciende desde la ley eterna. Ningún hombre está obligado a la obediencia en todos los aspectos y aun el alma de un esclavo es libre (doctrina que difícilmente hubiera entendido Aristóteles). Esta es la razón de por qué la resistencia a la tiranía no es sólo un derecho, sino un deber (Sabine, 1988: 194).

Según nuestro punto de vista, entre derechos humanos y derechos fundamentales, es necesario tender un puente que acerque las dos cosmovisiones y permita que los “nuevos” derechos humanos que se van desarrollando en las sociedades contemporáneas⁴, alcancen la categoría de derechos fundamentales, a fin de que los habitantes puedan hacer exigible su respeto y garantía. Así, los derechos humanos de textura jusnaturalista podrán servir como auténtico andamiaje de los derechos fundamentales y como límite a los límites del Estado (Martínez-Pujalte, 1997: 20) empeñado no pocas veces en acotarlos o cuando menos en condicionar su ejercicio. Esta misma idea, nos permite señalar la relevancia que tiene la protección de los

4 A manera de ejemplo podemos citar la *Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial* publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de marzo de 2006, relativa a “*garantizar la viabilidad del patrimonio cultural inmaterial, comprendidas la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión -básicamente a través de la enseñanza formal y no formal- y revitalización de este patrimonio en sus distintos aspectos*” (art. 2.3). Disponible en: www.ordenjuridico.gob.mx. Consultado el 16 de enero de 2009. Lo cual da cuenta de otros derechos “humanos” que no están delineados en el orden jurídico mexicano y menos aún constitucionalmente protegidos.

derechos sociales en el Estado constitucional, pues estos deben ser garantizados, tanto o más que los derechos de corte individualista. No deja de ser interesante destacar que el déficit de garantías eficaces de los derechos sociales se da incluso en los sistemas más avanzados de protección como el europeo (Pisarello, 2007: 132).

Por ello, el Estado constitucional tiene frente a sí un enorme reto que consiste en permitir y auspiciar el desarrollo de los derechos fundamentales a partir de la innegable existencia de los derechos humanos, que deben ser -como decía la Constitución mexicana de 1857 en su artículo primero- *la base y el objeto de las instituciones sociales*⁵.

Con todo ello, el tema en estudio es una condición inmanente del Estado constitucional, cuya dimensión teórico-conceptual no queda colmada si en su comprensión falta el escenario *ad hoc* para el florecimiento de los derechos humanos y que no es otro que la democracia plena.

II. DEMOCRACIA Y ESTADO CONSTITUCIONAL

En el contexto así planteado, la democracia como principio encuentra en el Estado constitucional su campo natural de desarrollo. Aunque poco se discute al respecto, no sobra insistir que solamente los regímenes democráticos pueden permitir el crecimiento de los derechos humanos; aquí lo más interesante no se refiere a su desarrollo teórico sino, principalmente, en lo que concierne a su defensa eficaz. Democracia y Estado constitucional son, pues, el campo propicio para hablar de derechos humanos.

El orden ideal así diseñado, corresponde al Estado constitucional que indiscutiblemente representa la máxima aspiración jurídico-política de las sociedades de este siglo y aquí es donde la Constitución encuentra su dimensión meridiana: la Constitución como ordenamiento supremo que “contiene” lineamientos esenciales, historia y aspiraciones colectivas; la Constitución como extensión y límite del quehacer de gobernantes y gobernados; la Constitución como expresión normativa de los derechos consustanciales de los seres humanos; la Constitución como *quid* y *ratio* de la convivencia humana. Una “ley” de tal importancia es la más egregia referencia para el quehacer del Estado; por eso, las más grandes aspiraciones de cualquier sociedad no pueden alcanzar su plena realización sin la omnipresencia de la Constitución (Prieto, 1999: 16).

5 Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1985*, Porrúa, México, 1985, p. 607.

Así las cosas, la Constitución del Estado encuentra su expresión escrita más comprensible para los ciudadanos, en el texto que tal nombre recibe; pero la Constitución es mucho más que la Constitución “normativa”; la Constitución es también la realidad vaciada en el texto, las aspiraciones colectivas y las demandas de los habitantes que a lo largo del tiempo se han incorporado a su redacción; la Constitución como ley, es apenas una parte de la Constitución del Estado que se atisba como la *summa*, como la síntesis histórica de cualquier pueblo.

Una concepción aventajada sobre la Constitución, debe llevar hasta sus últimas consecuencias los principios que la teoría constitucional ha considerado la columna vertebral de este concepto. Para poner un ejemplo, la supremacía de la Constitución debe ser efectiva no sólo en relación con las demás leyes, sino también respecto de todos los servidores públicos. Además, una Constitución es verdaderamente suprema cuando no se limita a expresar el *desiderátum* de los derechos de los habitantes, sino que incluye los mecanismos jurídicos eficaces para su respeto y salvaguarda, *id. est.* sus garantías.

En este orden de ideas, el Estado constitucional, no es más que una construcción semántica útil para mencionar el propósito colectivo a que nos hemos referido. Para hacer patentes los supuestos que permiten arribar a estos escenarios, es imprescindible construir el basamento teórico que haga posible mantener el orden constitucional y defender los derechos de los habitantes, pues estos dos propósitos constituyen la parte sustancial de su *quid*.

¿Cómo debe armarse un Estado constitucional? Tal es la cuestión que sigue ocupando a juristas y politólogos, pues la simple operación mecánica, cotidiana, de las potestades⁶, no ha permitido hasta ahora, arribar a un estadio donde el ejercicio del poder esté sometido a estrictos controles. En la parte más oscura del diagnóstico, ni siquiera se ha pensado en la correlación que debe existir entre el agravio a derechos humanos y la consecuente responsabilidad “constitucional” de quien incurre en tal conducta.

Las preguntas que podemos plantear sobre el particular no dejan lugar a dudas sobre la urgente necesidad que tenemos de contar con procedimientos de restitución de los derechos humanos, adicionales a la imposición de sanciones administrativas como actualmente ocurre. ¿Cómo se subsanan las violaciones a derechos humanos?; ¿es suficiente con que se sancione al servidor público que agravia a otra persona?; ¿cómo puede llevarse a cabo la rehabilitación del derecho humano conculcado?; ¿cómo proteger los derechos fundamentales contra actos de particulares? Estas son sólo algunas de las cuestiones que deben converger en el tema en estudio.

6 No debemos pasar por alto la diferencia entre dos términos que a veces suelen utilizarse como sinónimos: la soberanía es un atributo del pueblo; la potestad, es la capacidad legal de actuación de los órganos del Estado.

Como hemos señalado, se trata de un gran sistema donde ninguno de los elementos destacados puede estar ausente, so pena de fracturar el contexto de la protección integral y eficaz de los derechos humanos. Como ahora se ha mencionado, en dicho contexto no debe faltar el estudio de los escenarios que propician la violación a derechos humanos por particulares (Julio, 2000); cuestión inocultable que por sí misma supera la clásica idea de que la violación es exclusiva de quienes ejercen el poder (Mijangos y González, 2007).

Nos parece que las respuestas tienen que buscarse en la conjunción de varios elementos como los anteriormente citados: necesitamos un Estado constitucional plenamente democrático que cuente con mecanismos de protección constitucional viables y eficaces con acusada pertinencia para reparar las violaciones a derechos humanos e imponer las sanciones por responsabilidad constitucional a quienes transgreden el orden constitucional y vulneran los derechos de *dimensión humana* de los habitantes. Aquí es justamente donde se ubica el tema de la democracia, como ingrediente esencial, no sólo para el Estado constitucional, sino primordialmente para la protección de los derechos humanos.

Resulta evidente que la dimensión epistemológica de la democracia necesaria para dichos propósitos, es mucho más abierta que la simple democracia electoral que en esencia no es más que cómputo de votos y calificación de las elecciones. La democracia supone cierto nivel de vida, cierta instrucción general, cierta igualdad social, cierto equilibrio político (Duverger, 1987: 450).

La democracia que es atinente al Estado constitucional, se identifica con lo que prescribe la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos:

ARTÍCULO 3º...

La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

(...)

II. El criterio que orientará a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios.

Además:

a) Será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo;

(...)

La democracia en este sentido tiene que ver con el ejercicio del poder. No puede haber ejercicio democrático del poder si el sentido de la acción estatal no tiene repercusiones directas, claras y tangibles en el nivel de vida de los habitantes, en sus condiciones económicas, en su desarrollo cultural. Aquí se sitúa una de las más recientes orientaciones sobre la Constitución y que justamente hace referencia a la importancia de su dimensión cultural. La Constitución no se limita sólo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos (Haberle, 2000: 34).

Vinculada con esta idea de Constitución, hay también una nueva orientación para la concepción de los derechos humanos que expresan nuevos compromisos más profundos para garantizar que todas las personas gocen de los bienes y libertades que son necesarios para vivir en dignidad (Castilho, 2007: 89-90). Así, Constitución, derechos humanos y democracia, conforman una magnífica tríada capaz de generar los mejores escenarios y las más amplias posibilidades para que los derechos de *dimensión humana* sean lo más valioso para el Estado constitucional. Aún así, el problema es que la democracia ha dado cumplimiento al ideal de la libertad política, pero la igualdad ha quedado en gran parte por realizarse (Sartori, 2007: 164).

Sobre el tema de la igualdad, resulta interesante la diferencia entre igualdad *ex post* y *ex ante* (Dworkin, 2007: 138 y ss.); con toda seguridad, los esfuerzos de los gobiernos deben atender ambas perspectivas. Para el caso de México, es posible que además de los esfuerzos por la igualdad *ex post*, deban instrumentarse programas y acciones para generar las condiciones *ex ante*, encaminadas a prevenir los escenarios de miseria que lamentablemente existen en casi cualquier parte de México.

Así las cosas, la pregunta obligada que debemos plantear, tiene que ver con esta dimensión de la democracia. ¿Qué tanta democracia se vive en México? ¿Qué tan democrático es el ejercicio del poder en México? La respuesta no puede ser más desalentadora. Vivimos una democracia instrumental a la que se destinan recursos exorbitantes⁷, pero la democracia real, la que exige la materialización

7 Un ejemplo basta para ilustrar esto: para el ejercicio 2009 fue asignado al Instituto Federal Electoral un presupuesto de 12,880,746,640 pesos; es decir, para la organización de las elecciones federales se destinaron casi 13 mil millones de pesos; cifra absolutamente inicua para un país donde la democracia real, materializada en bienestar, está lejos del alcance de la mayoría de los habitantes. *Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio 2009*, p. 60. Similar es el caso de las entidades federativas. En el caso del Estado de México (el llamado laboratorio político del país, pues casi siempre los resultados que ahí se dan marcan la probable tendencia de los resultados a nivel nacional) para el ejercicio 2009 fue asignado al Instituto Electoral del Estado de México un presupuesto de 1,152 millones 482 mil 267 pesos; para el Tribunal Electoral del Estado de México se destinó un presupuesto de 82 millones 964 mil 901 pesos; es

de los beneficios para los habitantes, solamente se percibe a través de paliativos poco eficaces⁸.

III. EL SISTEMA DE GARANTÍAS

Como otro aspecto sustancial en el tema que nos ocupa, destaca el relativo a los procedimientos e instancias necesarios para la defensa oportuna de los derechos de *dimensión humana*. En este orden de ideas, la moderna teoría constitucional nos enseña que la justicia constitucional -que debe servir para defender a la Constitución integral y no solamente a la Constitución normativa- necesita una profunda revisión; en este proceso que permitirá determinar la pertinencia de crear nuevos mecanismos e instrumentos para hacer más eficaz esta materia, nos parece que una tarea insoslayable tiene que ver con el rubro correspondiente a los mecanismos propicios para llevar a cabo el control previo de la constitucionalidad, así como el que está referido a las tareas de reparación constitucional. Por supuesto, desde la perspectiva teórica que nos ocupa, los derechos humanos se hallan situados en la parte central de esta problemática.

Ahora bien, las dos perspectivas sobre los derechos humanos antes citadas, generan en la práctica dos orientaciones distintas y hasta antagónicas. Los derechos humanos (para referirnos a la visión jusnaturalista) son un catálogo más amplio, sellado por las dificultades técnicas que conlleva su defensa. Esto significa que en el marco de un orden jurídico determinado, los derechos humanos tienen un espacio de protección más bien acotado, justamente porque las autoridades no pueden romper con el principio de legalidad que les ordena hacer sólo aquello que la ley les autoriza de manera expresa.

Los derechos humanos que no están incluidos en el limitado texto de la Constitución, no pueden ser defendidos por los órganos del Estado que en la mayoría de los casos difícilmente son capaces de cumplir con el principio de legalidad, menos

decir, en términos generales, la democracia electoral cuesta al año (solamente en el Estado de México, una de las 31 entidades federativas) más o menos 1,235 millones 447 mil 168 pesos. *Gaceta del Gobierno del Estado de México* del 18 de diciembre de 2008, número 119, Decreto número 234, p.117. Disponible en: www.edomex.gob.mx/legistelfon/doc/pdf/gct/2008/dic185.pdf. Consultado el 19 de enero de 2009.

- 8 Un ejemplo de esto se puede constatar en los programas de ayuda a los adultos mayores, como la entrega de despensas, lo cual poco sirve al mejoramiento de sus condiciones de vida. Lo que debería procurarse, son medidas que tiendan a proteger permanentemente a las personas de la tercera edad con programas como el otorgamiento del derechohabiente a los servicios de salud. *“En general conforme la edad aumenta, se incrementa la población no derechohabiente, hay más mujeres que hombres de 70 años o más no derechohabientes, en cuanto a la población derechohabiente hay más mujeres de 60 a 64 años derechohabientes que hombres en esta misma situación, es decir, conforme aumenta la edad disminuye la población asegurada.”* Román Sánchez, Yuliana y Suárez García Martha, *Adultos mayores, mortalidad y morbilidad en el Valle de Toluca 1980-2030*, COESPO, México, 2006. p. 77.

aún con el de constitucionalidad que los obliga a ceñir sus actos a la Constitución por encima de todos los demás ordenamientos legales⁹.

Sobre el particular, es común que los jueces ordinarios invoquen la aplicación de las normas contenidas en sus códigos, antes que cualquier precepto de la Carta Magna. En el caso de que alguna persona alegue la inconstitucionalidad de algún precepto de orden sustantivo o procedimental, dicha circunstancia deberá ser tramitada ante los jueces federales por vía de amparo. Por eso, en el sistema mexicano, el control constitucional difuso es inoperante, pues no es una práctica cotidiana que los jueces ordinarios prefieran la aplicación de la Constitución a la de los ordenamientos secundarios que regulan su materia y su competencia.

Ante un esquema de tal rigidez, la visión sobre los derechos humanos necesita otros instrumentos jurídicos que permitan ampliar su ámbito de protección. Sin embargo, la adecuación de la tutela procesal de los derechos fundamentales depende también de otros elementos que deben ser tenidos en cuenta en la conformación del sistema procesal (Carrasco, 2002: 515). Ahora bien, desde la concepción positivista, los derechos humanos se enfrentan a una franca limitación que los circunscribe a *ciertos derechos humanos* que tienen su garantía más sólida en su reconocimiento constitucional. Pero esto no basta; veamos por qué.

En todo México, los derechos humanos se enfrentan a una limitación sumamente sensible y difícil de superar: se les concibe como los derechos que *otorga* el orden jurídico del Estado en cuestión y hacia ellos se encaminan los mecanismos e instrumentos para su protección.

Para citar un ejemplo: la *praxis* de los derechos humanos en México se lleva a cabo por dos vías: una que es el sistema jurisdiccional, constituido básicamente por el juicio de amparo que permite la protección de las llamadas garantías individuales; otra que es el sistema no jurisdiccional, a cargo de las Comisiones Públicas de Derechos Humanos que incluye a la Comisión Nacional de Derechos Humanos y a las de las entidades federativas.

En cuanto al primer modelo, la tramitación de los juicios para la protección de los derechos humanos, se limita a aquellos derechos humanos que tienen la connotación de garantías individuales. Sólo los derechos humanos incluidos en las garantías individuales previstas por la Constitución, son objeto de este tipo de defensa.

Los resultados arrojados por la sentencia en tal caso, están constreñidos a dos principios que han restado eficacia al juicio de amparo o juicio de garantías -como

9 Es este el principio de supremacía constitucional contenido en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que en la Teoría de la Constitución podemos ubicar como principio de *primacía formal*.

también se le conoce. Uno es el principio de que el amparo sólo puede pedirse a instancia de parte agraviada¹⁰, con lo cual quedan fuera de toda protección los derechos humanos de afectación indirecta, como es el caso de los derechos difusos. El otro principio vertebral del juicio de amparo, se refiere a los limitados efectos de la sentencia que sólo ampara a individuos¹¹ y únicamente beneficia a quien ha interpuesto el correspondiente juicio de garantías y ha obtenido una sentencia favorable.

La crítica que de inmediato se endereza contra el sistema jurisdiccional es que resulta inadmisibles que solamente los derechos humanos que tienen la categoría de garantías individuales sean objeto de dicha protección. Además de ello, los efectos de la sentencia tienen alcances muy modestos, particularmente en una materia que necesita medios de defensa amplios, capaces de prodigar protección *erga omnes*.

Por otra parte, el sistema no jurisdiccional de protección de derechos humanos impulsado a partir de 1992 -año en que se elevó a rango constitucional a la Comisión Nacional de Derechos Humanos y se prescribió la creación de las Comisiones de Derechos Humanos en las entidades federativas- permite que los habitantes en general y no solamente los ciudadanos, puedan acudir a plantear quejas respecto de la actuación de autoridades de las que presuman violación a sus derechos humanos.

De las bondades de este sistema podemos destacar que la queja la puede presentar cualquier persona, no sólo aquella a quien se le han vulnerado sus derechos humanos. El radio de protección de las Comisiones se extiende hasta todos los derechos humanos, individuales o colectivos, incluidos en la Constitución o en cualquier otra norma *que forme parte del orden jurídico mexicano* como lo señalan los artículos 102, apartado "B" de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 2 de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos; además de ello, no se requiere la asesoría de abogado o representante y el procedimiento eminentemente sumario sólo se sujeta a reglas esenciales del procedimiento.

En contra de las Comisiones, se alega la poca eficacia de sus resoluciones, pues tratándose de un procedimiento no jurisdiccional, las recomendaciones que emiten dichos órganos, no tienen la fuerza vinculativa propia de las sentencias de pleno derecho¹².

10 Véase el artículo 4 de la Ley de Amparo: "*El juicio de amparo únicamente puede promoverse por la parte a quien perjudique la ley (...)*".

11 Véase el artículo 76 de la Ley de Amparo: "*Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares (...) limitándose a ampararlos y protegerlos (...) sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare*".

12 Así está anotado en el artículo 46 de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos que a la letra dice: "*La recomendación será pública y autónoma, no tendrá carácter imperativo para la autoridad o servidor público a los cuales se dirigirá y, en consecuencia, no podrá por sí misma anular, modificar o dejar sin efecto las resoluciones o actos contra los cuales se hubiese presentado la queja o denuncia.*"

Al estar abierta la posibilidad de que la resolución final donde se demuestre la violación a derechos humanos pueda ser desatendida, se plantea un escenario que es preciso revisar y replantear para la adecuada defensa de los derechos humanos¹³.

Sin duda, el trabajo de los organismos de esta naturaleza, ha traído importantes beneficios y ha propiciado interesantes cambios en la sociedad mexicana. Aunque todavía tienen lugar conductas irregulares de algunos servidores públicos, es claro que la cultura del respeto a los derechos humanos ha empezado a permear en los habitantes y en algunas autoridades.

Muy importantes han sido en este caso, los mecanismos y las instancias encargados de conocer y sancionar conductas irregulares de los servidores públicos, pues de acuerdo con la legislación en vigor, la actividad investigadora de las Comisiones Públicas de Derechos Humanos no impide ni condiciona el inicio de los procedimientos administrativos o penales correspondientes, encaminados a determinar la responsabilidad de algún servidor público en estas materias¹⁴. Hay casos incluso en que además de la recomendación emitida por alguna Comisión de Derechos Humanos se imponen tanto la sanción administrativa como la de orden penal.

Finalmente, aunque el juicio de amparo sigue siendo el más eficaz medio de defensa de los gobernados frente a los órganos del Estado, es necesario dirigir la mirada hacia otros instrumentos jurídicos y hacia otros mecanismos procesales que extiendan el manto de su protección hasta los derechos humanos que no son garantías individuales (aún los de tipo colectivo) y hasta los derechos humanos que no están incluidos en la Constitución o que no forman parte del “orden jurídico mexicano”¹⁵.

IV. LA PRÁXIS DE LOS DERECHOS HUMANOS

La situación hasta aquí descrita, sirve para corroborar la necesidad que tenemos en todo México de realizar un doble esfuerzo en materia de derechos humanos. Por un lado, el estudio y puesta en práctica de los mejores escenarios para el control

13 Este es uno de los problemas de mayor calado en la cultura del respeto a los derechos humanos, pues las autoridades destinatarias pueden aceptar o no la recomendación, cumplirla o desatenderla y nada sucede. Peor aún, es que los derechos humanos conculcados no tienen la garantía de su restitución.

14 El artículo 32 de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos establece: “*La formulación de quejas y denuncias, así como las resoluciones y recomendaciones que emita la Comisión Nacional, no afectarán el ejercicio de otros derechos y medios de defensa (...)*”.

15 Aunque es claro que los tratados internacionales suscritos y ratificados por México forman parte del orden jurídico de nuestro país, la lejanía que observamos entre el orden jurídico internacional y las disposiciones de orden doméstico, hacen necesario que el contenido de los tratados descienda al escenario donde es posible su *praxis* cotidiana.

del poder; por el otro, el diseño de los mecanismos e instrumentos de mayor pertinencia para llevar a cabo la defensa eficaz de los derechos de *dimensión humana*. Nos queda claro que el sólo reconocimiento constitucional de estos instrumentos y mecanismos no representa una “garantía” suficiente de respeto y mantenimiento del orden jurídico superior del Estado. Por ello, los juristas tienen que abundar en su estudio.

En este sentido, Estado constitucional y democracia, son dos temas que están fuertemente vinculados con el diseño del Estado, el repartimiento de las competencias, la jerarquía de los órganos, los mecanismos de control y los instrumentos para hacer eficaz el respeto y la observancia de los principios sostenidos por el propio Estado.

De esta forma, el ejercicio cotidiano de las atribuciones de los órganos estatales va de la mano con dos expresiones que en no pocas ocasiones resultan antitéticas: el ejercicio pleno de la potestad estatal y la vigencia de los principios contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre los que se encuentran los derechos humanos. Por eso, la justicia constitucional representa el más encomiable intento por hacer eficaz el respeto a la Ley fundamental.

De esta forma, el respeto a la Ley fundamental se patentiza con mayor fuerza en el acatamiento de los “principios” constitucionales que en algunos países son llamados “valores” de la Constitución. Así, el orden de valores, el contenido material de la Constitución es concebido, además, como un sistema, un todo coherente dotado de una específica estructura que importa determinar para comprender correctamente su significado (Parejo, 2001: 30). Queda claro que la Constitución se alimenta de esos valores superiores que son los objetivos máximos, el sentido que por el acuerdo de la mayoría, expresada por el legislador constituyente, se atribuye a ese fenómeno cultural que es la norma básica del sistema jurídico (Peces-Barba, 1986: 56 y 57).

Desde luego, la discusión teórica sobre el particular no debe desembocar en irreconciliables posturas, pues más importante que la definición y la posición de cada una de estas perspectivas, nos parece que la cuestión de mayor relieve estriba en definir cuáles son esos valores, cómo están ordenados y cómo funcionan; además, siendo los objetivos máximos del orden jurídico es comprensible por qué deben estar incluidos en la Carta Magna.

Así, valores de la Constitución o principios constitucionales son la columna vertebral de una estructura jurídico política que recibe de la propia Carta Magna su legitimidad y su fuerza; por ello, guarda singular relevancia intentar catalogar¹⁶

16 Entre los autores mexicanos destaca la obra de Jorge Carpizo, quien ha dedicado parte importante de sus trabajos a la detección de los citados principios.

o decir al menos, cuáles se estima que son esos principios que desde la misma Constitución se deben defender, más allá de la simple enunciación de su valor, de su contenido y alcances. Como en otros trabajos hemos dicho que la Constitución contiene principios constitucionales (Uribe, 2004), nos parece fundamental en este punto, establecer que uno de los principios fundamentales del Estado son los derechos humanos.

En este tenor, México practica la protección de los derechos humanos con medios ciertamente limitados. Es evidente que antes del diseño de los procedimientos más aconsejables, es preciso desarrollar una adecuada concepción de los derechos humanos que no puede estar completa si en dicha cosmovisión están desconectados los elementos antes referidos: el Estado constitucional como paradigma; la democracia como vehículo insustituible para el desarrollo del Estado; un sistema de justicia constitucional con potencialidades para propiciar una cultura de respeto a la Constitución y a los derechos de *dimensión humana* y, por supuesto, un sistema de transparencia y rendición de cuentas reforzado por un régimen de responsabilidades más amplio y eficaz que las simples responsabilidades administrativas y penales que actualmente tenemos en México.

Desde un análisis de *lege ferenda*, lejos por supuesto de cualquier intento de imitación extralógica, creemos que el sistema de Colombia en materia de justicia constitucional es un buen referente. En México necesitamos mecanismos de protección constitucional que subsanen las naturales limitaciones del juicio de amparo que es el más eficaz medio de protección pero que no es procedente en múltiples casos, los cuales quedan fuera de su égida protectora. La *práxis* de los derechos humanos en México, necesita un sistema de protección que incluya las acciones de clase, las acciones populares, la revocación de mandato, el proceso de habeas data, etc.

En la dimensión espacial, es indispensable además, la participación de las entidades federativas para revertir el desgastado diseño que nos llevó a federalizar la justicia. El juicio de amparo que nació en Constitución Yucateca de 1841, fue convertido en el mecanismo de protección de los derechos fundamentales por antonomasia, pero con la grave limitante de que al *federalizarlo* solamente puede ser tramitado ante los jueces del Poder Judicial Federal. Los jueces locales están impedidos de conocer y decidir sobre la defensa integral de la Constitución y por ende, sobre la protección de los derechos de los habitantes. Con ello, el más eficaz de nuestros medios de protección se vino a convertir, paradójicamente, en una de las instituciones que es urgente reformar en México, para hacer partícipes a las entidades federativas en la defensa y protección jurisdiccional de los derechos de *dimensión humana* de los habitantes.

V. HACIA UN DISEÑO INTEGRAL

Que la Constitución *normativa* es un mecanismo para la expresión de la realidad, está fuera de discusión; que materialmente representa la *summa* del Estado, la expresión que condensa en forma de normas jurídicas el complejo *desiderátum* de un pueblo y las identidades colectivas (Moya, 2003: 105), son afirmaciones que dan cuenta de la relevancia que tienen la Constitución y toda la teoría constitucional cuando se toca el tema de los derechos humanos. En una de sus tantas vertientes teóricas, la explicación de la formación del Estado y la adquisición de prerrogativas por parte de sus integrantes, nos permite comprender porqué la comunidad política ha tamizado, depurado y escrito en su Constitución su ser y forma de ser. El derecho es a fin de cuentas, el más claro intento por limitar el ejercicio del poder colectivo, el de las instituciones públicas y el esfuerzo permanente por mediar entre el poder y las libertades de los hombres.

Así las cosas, la cuestión relativa al alcance del concepto de Constitución normativa; los temas propios de las decisiones fundamentales inscritos en el texto de la Carta Magna; las cuestiones relacionadas con los principios y valores que nutren a la Constitución y otros más de parecida catadura, nos han servido para acercar nuestra comprensión a lo que realmente es la Constitución del Estado: no la comprensión incompleta que se refiere al texto jurídico avalado por la teoría de las normas; no la comprensión limitada que muestra sólo las expresiones desnudas y radicales del decisionismo; no la comprensión mediatizada por la búsqueda de mejores instituciones y normas jurídicas al margen de lo que resalta el sello secular y peculiar de toda Constitución; sino la Constitución fundamento, esencia y razón de ser de cualquier pueblo; por principio, recipiendario de los derechos esenciales de los seres humanos y la mejor garantía posible de su incuestionable respeto.

Afortunadamente, el constitucionalismo de nuestro tiempo ha empezado a desandar el camino para retomar la senda que permita la recomposición de estos conceptos. La comprensión de la Constitución tiene que enmarcarse en un momento histórico, pues sin duda, lo que la Constitución es hoy aparece como un conjunto de prácticas históricas en transformación, que crecen con la nación (Kahn, 2001: 121). Así las cosas, la Constitución se constriñe a establecer mediante grandes lineamientos normativos la naturaleza y sentido de las instituciones; corresponde a las normas secundarias determinar los procedimientos y mecanismos para su aplicación, pues entre unas disposiciones jurídicas y otras hay una diferencia abismal; la Constitución simplemente enuncia que: “El varón y la mujer son iguales ante la ley”¹⁷.

17 Artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Las demás leyes¹⁸ deben establecer las mejores condiciones posibles para que esto sea realidad.

Todo esto sirve para comprender la importancia de la defensa de los derechos humanos que debe tener lugar en el Estado constitucional. Resulta imperativo hacer prevalecer el orden constitucional sobre los actos que atentan contra las garantías y principios consagrados y reconocidos por la Ley Suprema (Vega, 2003: 69). ¿Cuál es el sentido, a fin de cuentas, de todo juicio de amparo o queja ante los organismos públicos para la protección de los derechos humanos? Precisamente la salvaguarda de principios, derechos, garantías o valores –como se le quiera ver- que sólo se logra mediante la apelación a un orden jurídico superior; es decir, a un orden constitucional cuyo mantenimiento y defensa son posibles a través de diversos mecanismos que permiten verificar el apego de cualquier acto o ley a las disposiciones de la Carta Magna.

Lamentablemente no se ha comprendido a cabalidad que la defensa de la Constitución es al mismo tiempo la defensa de la estructura estatal, y de manera muy destacada la defensa de los derechos de los habitantes. La justicia constitucional y sus dos expresiones primarias –el control de la constitucionalidad y la defensa de la Constitución- no son otra cosa que la defensa de los derechos fundamentales de los habitantes (Ruiz de Santiago, 2003: 57).

Por eso, para propiciar el escenario más adecuado tendente a garantizar los derechos de los habitantes, el Estado debe afianzar la práctica de algunos principios sin los cuales ni la justicia constitucional, ni el equilibrio de poderes, ni la defensa de los derechos fundamentales son posibles. Uno de estos, sin duda es el ejercicio de la democracia, pero por supuesto en su dimensión más acabada, no la democracia instrumental que solamente sirve para celebrar elecciones y permitir el relevo periódico de quienes ejercen el poder. La democracia tiene que ser mucho más que eso; debe concebirse como el andamiaje natural de los derechos humanos, pues –como ya se ha dicho- estos sólo pueden adquirir su plena efectividad en condiciones democráticas.

Es claro entonces que la justicia constitucional tiene que aprovechar estos instrumentos. El Estado constitucional debe promover el ejercicio democrático en todos los ámbitos, en la misma medida en que aspira a proteger el *contenido* o los *contenidos* de la Constitución y los derechos de sus habitantes.

Para llevar a acabo dicha tarea de manera eficaz, es preciso que el Estado dé cabida a ciertos principios entre los que destaca el ya citado régimen democrático como aspi-

18 Esta es la misma problemática que hemos resaltado líneas atrás. *Vid.* cita 15.

ración colectiva de bienestar y convivencia civilizada. La defensa de la Constitución y el referido control de la constitucionalidad, por sí mismos, no representan valor alguno si carecen de un propósito claro a favor de los derechos de los habitantes. Por eso, la defensa de la Carta Magna tiene que traducirse necesariamente en la defensa de los derechos humanos. Este binomio *democracia-derechos humanos*, precisa de un escenario propicio y de las herramientas jurídicas que hagan posible su materialización. En el primer caso, el fortalecimiento del régimen federal y el incremento del nivel de participación de las entidades federativas en las “cuestiones constitucionales”, es una premisa de primera importancia (Uribe, 2006: 117-132); en cuanto a lo segundo, los mecanismos de la justicia constitucional tienen que diseñarse a partir del principio de que *solamente los instrumentos jurídicos de rango constitucional pueden ser útiles para defender a la Constitución y sus contenidos*.

Este es el contexto para la defensa de los derechos humanos. Corresponde al Estado constitucional diseñar los mejores escenarios, mecanismos e instrumentos para afianzar su respeto. No dudamos que en este modelo de Estado constitucional se inscribe el Estado mexicano. Sin embargo, nos parece que todavía el camino es largo en la cuestión que hemos analizado, pues el Estado tiene que impulsar el mejoramiento de las condiciones de vida de los habitantes para poder empezar a expresar en el discurso la correspondencia entre la democracia que se pregona y los afanes tangibles de las autoridades por atemperar los rigores de la miseria que alcanza a la mitad de la población.

Es preciso además que las instituciones que tienen a su cargo la protección y defensa de los derechos humanos detonen todas las capacidades ínsitas en su ámbito competencial. En vía de ejemplo, basta con citar el caso de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos que investiga y documenta las violaciones a derechos humanos y emite las recomendaciones correspondientes. A estas alturas, resulta absolutamente grosero admitir que no obstante acreditarse la violación a derechos humanos en un caso concreto, la autoridad destinataria tenga la posibilidad de rechazarla o incumplirla¹⁹. Como se colige de todo esto, es urgente una reforma

19 Un ejemplo claro de lo que aquí hemos señalado se objetiva en el llamado “Caso Atenco” que tuvo lugar los días 3 y 4 de mayo de 2006, cuando habitantes del municipio de San Salvador Atenco en el Estado de México (opositores a la expropiación de los terrenos para la construcción del nuevo aeropuerto de la ciudad de México), se enfrentaron a la policía tanto federal como del Estado de México, dando como resultado un evidente abuso de poder y uso excesivo de la fuerza pública que se materializó en cientos de heridos, detenidos y hasta mujeres violadas por elementos policiales. La recomendación 38/2006 que sobre el particular emitió la Comisión Nacional de Derechos Humanos, fue rechazada por el entonces Secretario de Seguridad Pública Federal, dando con ello muestra evidente del alto grado de impunidad que priva en México y asimismo, de la inaceptable fragilidad que tienen los derechos de los habitantes, expuestos a los excesos del poder, a la brutalidad de la policía y a la ausencia absoluta de medios de protección de los derechos humanos. Disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/notas/387435.html>; consultado el 17 de febrero de 2009. Posteriormente, los resultados de la investigación que dio a conocer la Suprema Corte de Justicia de la Nación, confirmaron el

constitucional y legal que comience a conformar el carácter obligatorio de las recomendaciones; aunque desde luego no las podemos trasladar al ámbito de las resoluciones judiciales, consideramos que por tratarse de la defensa de lo más valioso de los seres humanos, el contenido de dichas recomendaciones debe ser atendido sin cortapisas y de manera eficaz e inmediata por cualquier autoridad.

Y para el caso de que alguna autoridad no las acepte, ¿por qué no abrimos el ámbito competencial de la jurisdicción constitucional para que en verdad exista un órgano capaz de garantizar la vigencia del orden constitucional y por ende de los derechos humanos? En este punto, hay mucho todavía por decir, pues en el Estado constitucional y democrático, el sistema de garantías y el sistema de responsabilidades forman parte del accionar de los Tribunales constitucionales, cuyas resoluciones de pleno derecho tienen el propósito de controlar el ejercicio del poder y protegen el radio de acción de los derechos de *dimensión humana* de los habitantes.

Finalmente, otro de los aspectos ineludibles en dicha tarea, consiste en proteger la calidad de vida de todas las personas. En este caso, la explosión demográfica y la agresiva expansión de incontables fraccionamientos a lo largo y ancho de las principales ciudades dan cuenta de la manera en que fácticamente se pueden agraviar derechos humanos de cariz colectivo por la vía del deterioro del medio ambiente.

Porque los derechos humanos se aplican a los humanos, por pura deducción, su marco debe aplicarse de manera proporcional en los lugares donde los humanos se encuentran. En un mundo que se urbaniza rápidamente, el acceso a los recursos y a los derechos se hace cada vez más contencioso; y los temas socioeconómicos se hacen cada vez más importantes, al lado de los temas vinculados a la democracia y derechos (Koenig, 2006: 300).

Esta es la tarea pendiente en el Estado mexicano. No perdamos de vista que los esfuerzos encaminados a este noble propósito de defensa y garantía de los derechos fundamentales, sólo es viable en un genuino Estado constitucional, en una verdadera democracia y con las herramientas que la justicia constitucional ha puesto a nuestro alcance (Prieto, 2003). En la parte egregia de este propósito, la garantía eficaz de los derechos fundamentales es la mejor apuesta al desarrollo sostenible que permitirá a nuestros hijos superar la miseria que hoy nos ahoga y erradicar la corrupción y la impunidad que hoy por hoy son Escila y Caribdis de nuestro agrietado Estado de derecho, pobre de *derechos* y casi miserable en cuanto a garantías.

escenario ciertamente atrasado en materia de protección de los derechos humanos, pues el más alto Tribunal de México se concretó a señalar que hubo abusos de la policía, pero nada dijo en relación con la reparación de los derechos humanos conculcados ni respecto a la responsabilidad de los servidores públicos de más alto nivel. *Vid.* <http://www.scjn.gob.mx>

VI. CONCLUSIONES

Primera.- La frase “derechos humanos” debe comprenderse más allá de su significado gramatical, pues la cacofonía que implica la unión de dos sustantivos desorienta el sentido prístino de lo que la expresión quiere indicar. Los derechos humanos no son otra cosa que los derechos de *dimensión humana* de las personas.

Segunda.- Es evidente que los derechos humanos deben ser afianzados con garantías viables y eficaces; por ello, acusa mayor pertinencia identificarlos en la expresión “derechos fundamentales”, pues estos tienen una dimensión constitucional que hace posible acompañarlos de los mecanismos y procedimientos para su aseguramiento.

Tercera.- Los derechos fundamentales forman parte de un entramado en el que se incluyen la democracia, el Estado constitucional, un adecuado sistema de garantías y un sistema de responsabilidades de fácil acceso para los gobernados, oportuno y eficaz.

Cuarta.- La democracia como el constante mejoramiento de las condiciones de vida del pueblo, constituye el mejor indicador para medir cuán democrático es un Estado y qué tanto se ha avanzado en el respeto y garantía de los derechos fundamentales.

Quinta.- En el Estado mexicano son necesarios cambios y ajustes en la forma de concebir y llevar a la *praxis* las tareas atinentes a los derechos fundamentales. Los mejores escenarios deben incluir un régimen democrático integral, eficacia en la protección y defensa de los derechos fundamentales, acciones de largo plazo para erradicar la miseria, superación de la corrupción y la impunidad; construcción en fin, de un Estado constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- Ansuátegui, Roig, F.J., *et. al.* (2005) *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Madrid, Dykinson.
- Bidart Campos, Germán J. (1991), *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea.
- Carrasco Durán, Manuel (2002), *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Castilho, Leonardo (2007), “Extrema pobreza: entre los derechos humanos y el desarrollo, un umbral mínimo para la dignidad humana”, en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, número 45, San José, enero-junio, 2007.
- Colautti, Carlos E. (1995), *Derechos humanos*, Buenos Aires, Editorial Universidad.

- Duverger, Maurice (1987), *Los partidos políticos*, México FCE.
- Dworkin, Ronald (2007), *La democracia posible, principios para un nuevo debate político*, Barcelona, Paidós.
- Ferrajoli, Luigi (2002), *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Madrid, Trotta.
- Greblo, Edoardo (2005), *Globalización, democracia, derechos*, Buenos Aires, Ediciones nueva visión.
- Haberle, Peter (2000), *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos.
- Julio Estrada, Alexei (2000), *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Kahn, Paul (2001), *El análisis cultural del derecho*, Barcelona, Gedisa.
- Koenig, Erin B. (2006), “La humanidad de lo urbano: derechos humanos entre las calles y los ciudadanos de América Latina”, en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, número 43, San José, enero-junio.
- Martínez Pujalte, Antonio Luis, (1997), *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Mijangos y González, Javier (2007), *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa – Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.
- Moya López, Laura Angélica (2003), *La nación como organismo. México, su evolución social 1900-1902*, México, Universidad Autónoma Metropolitana.
- Nino, Carlos Santiago (1989), *Ética y derechos humanos, un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea.
- Parejo Alfonso, Luciano (2001), “Valores Superiores”, en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo I. Aragón Reyes, Manuel (Coordinador). Civitas, Madrid.
- Peces Barba, Gregorio (1986), *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid.
- Pisarello, Gerardo (2007), *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid.
- Prieto Sanchís, Luis (1999), *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara.
- _____ (2003) *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.
- Román Sánchez, Yuliana y Suárez García Martha (2006), *Adultos mayores, mortalidad y morbilidad en el Valle de Toluca 1980-2030*, México, COESPO.
- Ruiz de Santiago, Jaime (2003), “Derechos humanos, derecho de los refugiados: Evolución y convergencias”, en *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*. Cancado Trindade, Antonio Augusto, et. al. (Coordinadores), México.
- Sabine George H. (1988), *Historia de la Teoría Política*, México, FCE.
- Sartori, Giovanni (2007), *¿Qué es la democracia?*, México, Taurus.

Tena Ramírez, Felipe (1985), *Leyes fundamentales de México 1808-1985*, México, Porrúa.

Uribe Arzate, Enrique (2004), *Mecanismos para la defensa de la Constitución en México*, México, UAEM.

_____ (2006) “Elementos para el diseño de un sistema de justicia constitucional en los estados federales”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XIX, número 2, diciembre de 2006, Valdivia.

Vega Hernández, Rodolfo (2003), *Derechos humanos y Constitución. Alternativas para su protección en México*, México, Fundap.

PAGINAS ELECTRÓNICAS

<http://www.ordenjuridico.gob.mx>

<http://www.edomex.gob.mx/legistelfon/doc/pdf/gct/2008/dic185.pdf>

<http://www.eluniversal.com.mx/notas/387435.html>

<http://www.scjn.gob.mx>



Autora: Paola Gamboa
Título: Natura y Ciudad
Técnica: instalación efímera con carburo de silicio
sobre lienzo
Dimensiones: 2.00 x 4.00 m

***RECORRIDO POR LAS POLÍTICAS
PÚBLICAS DE EQUIDAD DE GÉNERO
EN COLOMBIA Y APROXIMACIÓN A
LA EXPERIENCIA DE PARTICIPACIÓN
FEMENINA CON MIRAS A LA
CONSTRUCCIÓN DE ESCENARIOS
LOCALES****

* Artículo producto de avance del proyecto de investigación “*Mujer y participación política*”, desarrollada en el curso de la Maestría en Género, Sociedad y Política PRIGEPP-FLACSO. Apoyado por el Programa de Derecho de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco-Cartagena en convenio con la Universidad de Medellín.

Fecha de recepción: Febrero 26 de 2009

Fecha de aprobación: Mayo 5 de 2009

RECORRIDO POR LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EQUIDAD DE GÉNERO EN COLOMBIA Y APROXIMACIÓN A LA EXPERIENCIA DE PARTICIPACIÓN FEMENINA CON MIRAS A LA CONSTRUCCIÓN DE ESCENARIOS LOCALES

*Ana Milena Montoya Ruiz***

RESUMEN

La actividad política y la acción pública de las mujeres han hecho importantes aportes, recientemente, a la definición del “deber ser” del Policy Cycle de las Políticas Públicas de Equidad de Género (PPEG) en Colombia. Con el propósito de conocer estos avances, este artículo, informe parcial de la investigación “Mujer y Participación Política”, hace un análisis a partir de fuentes documentales, sobre las PPEG en el orden nacional, y expone algunas experiencias de participación de las mujeres en escenarios locales. Nos proponemos establecer, en primer lugar, en qué medida las PPEG nacionales y locales, han correspondido a verdaderos procesos de legitimación social y cómo han aportado a la redefinición de las relaciones de género; en segundo lugar, queremos indagar cómo desde aquellas se construyen contextos de gobernabilidad democrática nacional y local.

Palabras clave: género y derecho, Políticas Públicas de Equidad de Género, ciudadanía femenina.

A LOOK TO PUBLIC POLICIES FOR GENDER EQUITY IN COLOMBIA AND APPROACH TO THE EXPERIENCE OF FEMALE PARTICIPATION FOR THE CONSTRUCTION OF LOCAL SCENARIOS

ABSTRACT

Political activity and public action for women has made significant contributions, most recently, to the definition of the “must be” of the Policy Cycle of Public Policies for Gender Equity (PPEG) in Colombia. In order to know these advantages, this article, which is part of the research report “Women and Political Participation”, it makes an analysis, based on documentary sources, about PPEG in Colombia, and presents some experiences of women’s participation in the local scenario. We intend to establish, first, how national and local PPEG have come from real social processes of legitimation and how they have contributed to the redefinition of gender relations. And secondly, we want to search how those Public Policies can help constructing contexts of national and local democratic governance.

Key words: gender and Law, Public Policy for Gender Equity, women’s citizenship.

** Abogada de la Universidad de Medellín. Estudiante de la Maestría Género, Sociedad y Política del Programa Regional de Formación en Género y Políticas Públicas “PRIGEPP” y la Facultad Latinoamericana de Ciencias “FLACSO” - Argentina. Coordinadora de Investigaciones del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco - Cartagena en Convenio con la Universidad de Medellín y líder del Grupo de Investigaciones Sociales y Jurídicas de dicha institución.

RECORRIDO POR LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EQUIDAD DE GÉNERO EN COLOMBIA Y APROXIMACIÓN A LA EXPERIENCIA DE PARTICIPACIÓN FEMENINA CON MIRAS A LA CONSTRUCCIÓN DE ESCENARIOS LOCALES

1. CONCEPTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS Y ACCIÓN PÚBLICA Y POLÍTICA DE LAS MUJERES

La influencia del movimiento social y feminista en el contexto político nacional e internacional, que busca la inclusión del género en el debate público, el reconocimiento y materialización de los derechos de las mujeres, ha mantenido en pie de lucha exigencias para aumentar la democracia, la participación, la autonomía y la equidad entre hombres y mujeres, con el fin de hallar soluciones a los problemas de violencia e inequidad en la distribución del ingreso, hasta hacer desaparecer totalmente la exclusión social y política de las mujeres; exclusión social acentuada por los efectos de la globalización económica y perpetuación de las lógicas patriarcales.

Muchos avances se han visto reflejados en declaraciones, convenciones internacionales, normas y políticas públicas nacionales y locales, en las que ha tenido incidencia, en diferente grado, la actividad política y la acción pública de las mujeres, orientada a la redefinición de las relaciones de género.

Entendemos por *actividad política* de las mujeres su capacidad de organización y movilización para ubicar en la agenda pública necesidades, problemas, expectativas sociales y económicas; y por *acción pública*, la posibilidad de participar en la construcción de políticas públicas, a través, de procesos, programas y dispositivos político-administrativos.

La acción pública y política se concreta en el uso de mecanismos de participación ciudadana “tradicionales” como el voto, la vinculación a partidos y movimientos políticos; y formas de participación “no tradicionales” como la movilización, la militancia, la resistencia política, la reflexión académica, entre otras. Necesarias ambas, en primer lugar, para formular, diseñar, ejecutar y evaluar políticas públicas

(PP), y para la formulación de Políticas de Equidad de Género (PPEG); y en segundo lugar, para la construcción de contextos reales de gobernabilidad democrática.

El concepto de gobernabilidad democrática, retomado por Guzmán (2003), para identificar los sistemas políticos en los cuales las normas, los programas políticos y las acciones estatales son resultado de la participación, deliberación y confrontación de intereses de distintos actores sociales, en escenarios de reconocimiento y respeto por los derechos políticos, civiles y ciudadanos, sirve de referente conceptual para indagar en Colombia por la *actividad política* y la *acción pública de las mujeres*, en la formulación de Políticas Públicas, como mecanismo de materialización de sus derechos.

Las formas de participación dinamizaron los procesos de formulación, implementación y seguimiento realizado por hombres y mujeres de PP en la década del 90, lo cual contribuyó a trascender la mirada estatalista, que caracterizó su estudio a comienzos de la década del 60, época en la que eran concebidas como acciones de intervencionismo estatal, y consecuencia directa del actuar de los gobernantes o de quienes estaban representados en el sistema, mediante los partidos políticos para lograr objetivos (Hecló y Wildavsky 1974, citado por a Roth 2003:26).

Desde esta comprensión teórica se ha pretendido que las PP no sean simples estrategias organizacionales, sino que por el contrario respondan a procesos de legitimación social, para que el “conjunto conformado por uno o varios *objetivos colectivos* considerados necesarios o deseables y *por medios y acciones* que son tratados, por lo menos parcialmente, por una *institución u organización gubernamental* (tengan) la finalidad de orientar el comportamiento de *actores individuales o colectivos* para modificar una situación percibida como insatisfactoria o *problemática*” (Roth, 2003: 27), con pertinencia e impacto.

Asumimos que la existencia de las PP y las PPEG, como resultado de procesos de legitimación social, requieren de la participación de la comunidad beneficiada en los espacios de intermediación, formulación, diseño, implementación y posterior evaluación, además de:

1. La existencia de una autoridad gubernamental implicada que tome decisiones y realice asignaciones presupuestales.
2. La definición de objetivos y metas en función de las normas y los valores sociales acordes con la percepción de los problemas planteados por los actores involucrados.
3. La inscripción en un marco general de acción y desarrollo.
4. La existencia de una población beneficiada por la decisión que se tome. (Muñoz, 2008).

De otro lado, en el caso de las PPEG, demanda la inclusión de la intencionalidad o deber ser, el cual se ve evidenciado en el establecimiento de mecanismos y herramientas incidentes en planes, programas, leyes y acciones públicas; y la designación de bienes y servicios, que busquen “desmontar y eliminar las inequidades entre los géneros y todas las formas de subordinación y dominio. [Para] modificar las relaciones, funciones y obstáculos específicos que enfrentan hombres y mujeres para desarrollarse como personas” (Loria, 2002). De esa manera se establece como propósito la construcción de contextos de igualdad de oportunidades, en los que se redefina lo femenino para dar nuevos espacios a las mujeres en contextos sociales y culturales.

Con los referentes sobre “deber ser de la PPEG” y el concepto de *actividad política y acción pública de las mujeres*, exploramos el *Policy Cycle* en los términos Roth (2003) :

1. Identificación de problemas y demandas de acción pública.
2. Formulación acciones y soluciones, propuesta de resultados.
3. Toma de decisiones y políticas efectivas de acción.
4. Implementación e impacto.
5. Evaluación y acción política o reajuste.

Iniciemos el recorrido por las PPEG nacionales y las locales en su formulación, con el fin de determinar si ellas han sido o no resultado de “procesos de legitimaciones sociales”, teniendo en cuenta que las PP no son herméticas, sino que por el contrario hacen parte de “una serie de experimentaciones sociales cuyos efectos no son completamente asegurados, garantizados, ordenados o previsibles” (Roth, 2006).

2. ANTECEDENTES DE LAS POLÍTICAS DE GÉNERO A NIVEL NACIONAL

La ratificación por parte del Estado de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (Ley 95 de 1980), da apertura a la formulación de varias PPEG en el ámbito Nacional, que han estado influenciadas por diferentes concepciones ideológicas y políticas de los gobiernos de turno, así como por enfoques establecidos por el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES.

Encontramos como antecedentes de PPEG en Colombia los siguientes:

1. La política nacional para la mujer campesina (CONPES 2109 Año 1984).
2. La política de hogares y madres comunitarias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (Año 1988).
3. La política integral para mujeres en Colombia (CONPES 2626 Año 1992).
4. La política de salud para las mujeres (Resolución 1531 del Ministerio de Salud Año 1992).
5. La política para el desarrollo de la mujer rural (CONPES SOCIAL 23 Año 1993).
6. La política de equidad y participación para las mujeres (CONPES 2726 Año 1994 ajustada por el CONPES 2941 en el año 1997).

Algunas de ellas se caracterizaron, según las fuentes documentales¹, por incluir de un lado el enfoque de “Mujer en el desarrollo” (MED), predominante desde comienzos de la década del 60 y comienzos de los 80; del otro, el enfoque de “Género en el desarrollo” (GED) posicionado a mediados de la década de los 80 y finales de los 90; ambos enfoques fueron predominantes en el proceso de modernización y democratización de los Estados Latinoamericanos. Sus propósitos fueron los de favorecer la integración de las mujeres a los procesos de desarrollo, atender los grupos en situaciones de extrema vulnerabilidad, y avanzar en la comprensión y atención de las estructuras que producen desigualdad entre hombres y mujeres.

Moser (1998) plantea los enfoques de la siguiente manera:

El enfoque MED fue iniciado por el Comité de la Mujer en el Capítulo de Washington D.C. de la *Society for International Development*, conformado por una red de mujeres profesionales del desarrollo, influidas por los trabajos sobre desarrollo en el Tercer Mundo, acogido por la *United States Agency for International Development* (USAID); tiempo después, estas ideas orientaron la mayoría de las políticas de los estados del mundo. El MED planteó a la mujer como un recurso no aprovechado susceptible de aportar económicamente al desarrollo, y se basó en la lógica de que los procesos de desarrollo avanzarían mejor si las mujeres estuvieran plenamente incorporadas a ellos y no aisladas perdiendo su tiempo improductivamente.

El enfoque GED, a mediados de la década de los 80, realizó una interpretación del papel de injerencia de la mujer en el desarrollo diferente; se preocupó por superar la percepción sobre los problemas de la mujer en términos de su sexo, y diferencias biológicas con los hombres, asumiendo que el verdadero problema era la posición

1 Clases de fuentes documentales consultadas: documentos CONPES, informes de Organizaciones no Gubernamentales, artículos académicos, resultados de investigación, páginas web gubernamentales, entre otros.

subordinada de la mujer frente al hombre, proponiendo la instauración de PP que visibilizaran a la mujer como actora y participe del desarrollo.

Se ha identificado que el enfoque MED, en las PPEG en Colombia, instrumentalizó a las mujeres para el logro de objetivos económicos y sociales, haciendo énfasis en el rol tradicional de madre y ama de casa, lo cual se convirtió en sustento de programas materno-infantiles coordinados por secretarías de salud o bienestar social.

Más tarde, el enfoque GD fue acogido para buscar la satisfacción de las necesidades prácticas de las mujeres y sus derechos económicos y sociales, con fundamento en la teoría de que el desarrollo no favorece a hombres y mujeres por igual. Este enfoque orientó, y aún orienta, las PPEG basadas en la participación en el desarrollo y el reconocimiento de condiciones de igualdad, dentro de las que se encuentran los fondos para mujeres cabeza de familia, los programas educativos, la capacitación en artes y oficios, entre otras.

Los enfoques MED y GD, más el primero que el segundo, han pretendido conservar la “supuesta neutralidad” de las PPEG frente a las relaciones de género, sin aportes significativos a la transformación de la interacción cotidiana entre hombres y mujeres, y a la modificación de normas reguladoras de la familia, la intimidad y la sexualidad (Rodas, 2002). A esta situación se suma que las PPEG a nivel nacional no han sido, en términos generales, resultado de procesos de legitimación social, en los que las mujeres en ejercicio de la acción pública, sean las que identifiquen los problemas y formulen sus soluciones. De otro lado, tampoco identifican el ejercicio de la acción política en la participación de procesos de toma de decisiones para el diseño, implementación y evaluación de las PPEG. Muy por el contrario, estas se han caracterizado por haber nacido “desde arriba”, sin tener en cuenta el movimiento social de mujeres y feministas y las organizaciones de la sociedad civil.

No obstante, como único antecedente de acción pública y política de las mujeres, a nivel nacional, en el PPEG, encontramos en el año de 1998 la concertación del “*Plan de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*” (PIOMH). Su formulación generó un escenario de encuentro e intermediación entre la sociedad civil y el Estado, en el que confluyeron aproximadamente 150 organizaciones del movimiento social de mujeres y feministas, y la institución de género del Estado, que para la fecha era la Dirección Nacional para la Equidad de la Mujer, DINEM. Los debates centrales estuvieron relacionados con la educación, la salud, el empleo, la generación de ingresos, la vivienda, la participación en el poder, la situación de la mujer rural, la paz, y la lucha contra la violencia. Igualmente se plantearon problemas relativos a grupos especialmente vulnerables como mujeres indígenas, afroamericanas y desplazadas. Esta iniciativa, aunque construida participativamente, no fue integrada al Plan de Desarrollo Nacional por falta de voluntad política de

un gobierno que se escudó en pretextos jurídicos y de presupuesto para ignorar los esfuerzos realizados en su construcción (Niño, 2002).

Con fundamento en los antecedentes encontrados, y en la limitaciones a la iniciativa de acción pública y política, se concluye que el origen de las PPEG nacionales, se encuentra en las demandas y agendas institucionales formuladas de acuerdo a las percepciones que sobre los problemas y pretensiones de mujeres, tenían los encargados de tomar las decisiones; situación que dio origen a la creación de una telaraña institucional² de mujeres con trayectoria política en las altas esferas y en cargos de poder ejecutivo y legislativo, con lo que se pretendió superar una mirada miope sobre la equidad de género en la alta burocracia estatal, pero carente de la legitimidad para el movimiento feminista y de mujeres.

3. ACCIÓN PÚBLICA Y POLÍTICA DE LAS MUJERES EN EL NUEVO ORDEN CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

El replanteamiento del proyecto de Estado y las formulaciones de la Carta Constitucional de 1991, fruto de la Asamblea Nacional Constituyente, visibilizó la participación del movimiento social de mujeres y feminista, a través de su acción pública y política. En su acción pública y política resaltamos el papel desempeñado por la Red Nacional de Mujeres³ y las alianzas del movimiento social con grupos minoritarios como los/as indígenas. El objetivo de sus esfuerzos fue el de alcanzar el reconocimiento y la igualdad jurídica entre hombres y mujeres, así como la declaración de inconstitucionalidad de normas discriminatorias, además de la definición e implementación de las primeras acciones afirmativas.

De la nueva Constitución destacamos los siguientes artículos: el Art. 13 denominado “Igualdad ante la Ley y las autoridades”; el Art. 40 sobre “Derechos del ciudadano y garantía para la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública”; y, finalmente, el Art. 43 sobre “Igualdad y protección a la mujer”. Todos ellos constituyen el piso constitucional de las reivindicaciones públicas y políticas de las mujeres, las cuales pusieron en

2 Comentario de Magdalena León en entrevista realizada por María Emma Wills Obregón (enero de 2000).

3 La Red Nacional de Mujeres es una apuesta feminista por la realización integral de los Derechos Humanos de las Mujeres desde un enfoque de reconocimiento a la diversidad para la transformación Política y Cultural de la Sociedad. Se formaliza en 1992 después de una activa participación en el proceso de la Asamblea Nacional de 1991, en la cual desarrolló una estrategia de incidencia para la inclusión de artículos que garantizaran una realización efectiva de los derechos de las Mujeres. Disponible en: <http://www.rednacionalmujeres.org> - Fecha de consulta: octubre 27 de 2008.

la esfera pública la existencia de diversas formas de garantizar el libre ejercicio de derechos en el ámbito privado de las relaciones íntimas.

A partir de 1990 se generan las primeras instituciones de género en el país a las que se les atribuye la tarea de coordinación de políticas y control contra la discriminación de las mujeres. Con este proceso se gestan cambios en el enfoque para formulación de PPEG. En el año 1990 (según Decreto 1878 de 1990), se crea la primera institución de género en Colombia bajo el nombre de “Área de la mujer” que, bajo el auspicio de la Primera Dama en el Gobierno de Cesar Gaviria Trujillo, fue emplazada dentro de la “Consejería para la juventud, la mujer y la familia”. Esta área se convirtió en el antecedente de la “Dirección Nacional para la Equidad de la Mujer” (DINEM) que, con apoyo de la senadora Piedad Córdoba, se creó por medio de la Ley 188 de 1995 durante el gobierno de Ernesto Samper.

Posteriormente, en el gobierno de Andrés Pastrana, esta última se transformó en la “Consejería presidencial para la equidad de la mujer” (Decreto 1182 de 1999), cuya existencia se extiende hasta la actualidad. Este cambio de dirección a consejería conlleva, según Wills (2007), a la pérdida de estatus institucional y al recorte de la autonomía administrativa y financiera de la entidad.

La Consejería presidencial comienza entonces a implementar la Política Pública “*Mujeres Constructoras de Paz y Desarrollo*”, aprobada en el año 2003 e inscrita en el Plan Nacional de Desarrollo “*Hacia un Estado Comunitario 2003-2006*” del Gobierno de Álvaro Uribe Vélez, política que se ha mantenido hasta hoy. Su formulación obedece al cumplimiento de la Ley 823 de 2003, por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres. El enfoque de esta PPEG ha sido la construcción de relaciones de equidad entre hombres y mujeres, impulsar la igualdad de oportunidades y derechos, como dimensión ineludible del desarrollo humano.

Para su materialización se ha propuesto desarrollar las siguientes áreas programáticas: empleo y desarrollo empresarial; educación y cultura; salud y salud sexual y reproductiva; violencia contra las mujeres; participación política; comunicaciones; mujer rural; y fortalecimiento de las instituciones de género a nivel nacional y local (Política Pública Nacional, 2003). Destacamos en estas PPEG mezclas y coexistencias de diversos objetivos, como velar por el bienestar, erradicar la pobreza, buscar la equidad e igualdad de oportunidades, que, de forma exclusiva, han orientado el reconocimiento de la otredad por parte del Estado y sus instituciones.

La implementación de esta PPEG demanda el reconocimiento de los siguientes principios: *equidad, trato diferencial y preferencial* para las mujeres; *igualdad de oportunidades equitativas* para el pleno desarrollo como grupo humano; *partici-*

pación para incidir en los devenir de sus comunidades y en la construcción de las relaciones personales, familiares y sociales; *respeto a los derechos* de las mujeres consagrados en instrumentos de derecho internacional; *autonomía* para el empoderamiento individual, colectivo y comunitario; y *respeto a la diversidad* y las singularidades de sus demandas.

Finalmente, se asume la *descentralización* como principio político-administrativo, con la intención de liberar a las autoridades nacionales de la ejecución de esta PPEG en los departamentos y municipios, para asignar la responsabilidad de su implementación y desarrollo a los entes territoriales, desconociendo la limitación de sus capacidades técnicas y presupuestarias, que de por sí, son muy restringidas.

Este recorrido general por las PPEG nacionales dan cuenta que ellas no han respondido procesos fuertes de “legitimación social” del movimiento de mujeres y feminista, sino que por el contrario, han sido resultado de la transformación de intenciones políticas de los gobiernos de turno, y de diversas concepciones ideológicas y políticas sobre el tema, situación que ha limitado el reconocimiento y posicionamiento de las instituciones de género a nivel nacional frente a la sociedad civil y al movimiento social de mujeres y feminista.

Las PPEG nacionales han generado pocos cambios significativos en las condiciones de vida de gran parte de las mujeres colombianas y no han podido eliminar la desigualdad e inequidad de género que existe en Colombia. Por el contrario, las PPEG se han enmarcado en modelos de oferta política y anticipación que privilegian como “agente motor” a las autoridades públicas caracterizadas por lógicas masculinas y androcéntricas.

La PPEG actual, “*Mujeres constructoras de paz y desarrollo*”, incursiona tímidamente en el enfoque de derechos y empoderamiento; y resalta la participación política. En este enfoque, según Rodas (2002), se abre la posibilidad de un nuevo espacio de relación entre ciudadanía y Estado para la implementación de las PPEG, asumiendo que éste es un socio facilitador de las aspiraciones individuales y colectivas; y que las decisiones políticas no están representadas en actos de poder, orientación y mando, sino por consensos y acuerdos negociados. No obstante, esta nueva orientación, ha carecido de voluntad política para articular la participación del movimiento social de mujeres y feminista en el diseño, formulación, ejecución y evaluación de los planes, programas y proyectos derivados de las PPEG.

Los argumentos anteriores explican el por qué la escasa participación del movimiento social de mujeres y feminista en las fases de creación de las *Policy Cycle* en el ámbito nacional, y su desinterés para su formulación e implementación, de tal manera que configuren verdaderos procesos de legitimación social. Esta situación

unida a la insuficiente participación y representación de sus intereses en el poder central, a la violación y vulneración reiterada de los derechos consagrados en el orden constitucional, y la agudización del conflicto armado, han sido razones que han orientado el actuar público y político de los movimientos de mujeres a inspirarse en concepciones antiestatales.

4. PARTICIPACIÓN FEMENINA EN LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE EQUIDAD DE GÉNERO EN ESCENARIOS LOCALES

La participación política y la acción pública de las mujeres en la formulación e implementación de PPEG en escenarios locales y regionales, ha sido significativa y da cuenta del inicio de procesos de legitimación social que se contraponen a la escasa experiencia de participación en espacios nacionales, los cuales, según Lagarde (1986), limitan esa participación por ser configurados en su mayoría de manera cerrada y autoritaria, además de orientados por ideas patriarcales y conservadoras. Por esta razón, el movimiento social de mujeres y feminista, se ha abierto con mayor amplitud a espacios en la arena internacional y en escenarios locales y comunitarios, desde donde han comenzado a incidir en la planificación política y el empoderamiento de sus bases sociales.

Existen en Colombia, a nivel local, experiencias significativas de organización y participación de las mujeres en la construcción, promulgación y puesta en marcha de PPEG, así como en su sostenibilidad a largo plazo. Ocho de ellas fueron presentadas en el “*II Seminario Internacional de Políticas de Igualdad a Nivel Local*”⁴, espacio que se proyectó como un trueque de saberes entre diversas organizaciones feministas y de mujeres e instancias gubernamentales, para compartir estrategias y políticas discursivas, utilizadas en la participación, creación y puesta en marcha de las políticas PPEG locales y regionales⁵. En el seminario, además, se presentaron

4 II Seminario Internacional de Políticas de Igualdad a Nivel Local organizado por la Secretaría de Planeación Distrital de Bogotá con el apoyo de AECID. Realizado del 19 al 21 de septiembre del año 2007. Experiencias internacionales: Argentina, México, y España. Experiencias nacionales: Medellín, Pasto, Bogotá, Valle y Antioquia.

5 Entrevista a mujeres líderes de organizaciones sociales participantes del II Seminario Internacional de Políticas de Igualdad a Nivel Local: Silvia María García - Corporación para la Vida Mujeres que Crean, ciudad de Medellín. Graciliana Moreno Echavarría - Fundación Mujer y Futuro Red Metropolitana de Mujeres, ciudad de Bucaramanga. Visitación Asprilla - Red Departamental de Mujeres chocoanas, ciudad de Quibdó. Jeaneth Jiménez - Red de Empoderamiento, ciudad de Cartagena. Rosa Emilia Salamanca - CIASE, ciudad de Bogotá. Elizabeth Caicedo, ciudad de Cali. Claudia Mejía Henao - Consejo Ciudadano de Mujeres, ciudad de Pasto. Audes Jiménez - Red de Mujeres de la Región Caribe, ciudad de Barranquilla.

los balances de la implementación de los Planes de Igualdad de Oportunidades (PIO), en cinco ciudades del país⁶.

Su análisis e interpretación lo ubica como un esfuerzo valioso, pero no completo, de legitimación social dirigido a incluir “desde abajo” las demandas de las mujeres en las agendas institucionales, haciendo de lo público un espacio dinámico para la deliberación, la negociación, el acuerdo y la convergencia de interés con los gobiernos locales.

Las estrategias de acción pública y política lideradas por mujeres en los departamentos del Valle del Cauca, Antioquia y Chocó; y en las ciudades de Medellín, Pasto, Cartagena, Bucaramanga, Barranquilla y Bogotá pueden agruparse de la siguiente manera:

A) Articulación entre organizaciones sociales y fortalecimiento del movimiento social de mujeres y feminista. La convergencia de experiencias organizativas con diversos enfoques e ideologías en un mismo escenario de acción política, ha sido la estrategia local para ubicar en la agenda pública, las necesidades prácticas y los diversos intereses estratégicos de las mujeres; así como para establecer canales de comunicación con las administraciones locales, los organismos de control y la sociedad civil. Dentro de dichas articulaciones encontramos:

1) La conformación de **Mesas de Trabajo** dentro de las que se ubican las experiencias de “*Mujeres de Medellín*” y la “*Mesa diversa*” en Bogotá, las cuales han tenido como propósito interlocutar con otras organizaciones, movimientos sociales e instancias del gobierno local, entre las que se encuentran los Consejos Municipales y demás actores políticos, para incidir en la planeación y el desarrollo municipal.

2) La creación de **Redes** como espacios de convergencia de experiencias organizativas para el empoderamiento, la incidencia política y la acción comunitaria y ciudadana, dentro de las que se destacan “*La Red metropolitana de mujeres*”, de Bucaramanga; la “*Red de mujeres chocoanas*”; la “*Red de empoderamiento de Cartagena y Bolívar*”; y la “*Red de mujeres de la Región Caribe*”, de Barranquilla. Cada una de ellas plantea estrategias de acción política y pública para incidir en la PPEG, teniendo en cuenta las características en sus regiones.

3) La conformación de **Consejos Ciudadanos**, entre los que encontramos el “*Consejo ciudadano de mujeres de Pasto*”, que ha tenido como objetivo desde 2006 el diseño de propuestas y planes de acción para presentarlas a la “Oficina de género y derechos humanos municipal”.

6 Experiencias institucionales. Puesta en marcha de las PPEG en las ciudades de Medellín, Pasto, Bogotá, Valle y Antioquia.

B) Formación y empoderamiento de las mujeres. Este ha sido el inicio para enfrentar los condicionantes simbólicos existentes. Es por ello que las redes, las mesas de trabajo y los consejos de mujeres han diseñado e implementado dos tipos de procesos formativos y de sensibilización. El primero de ellos dirigido a las integrantes del movimiento social de mujeres y feminista que pretende su empoderamiento personal y la toma de conciencia de sus derechos para desarrollar acciones con incidencia política. El segundo está dirigido a representantes de la sociedad civil y a funcionarios públicos, con el propósito de formar en conocimientos puntuales sobre género, además de sensibilizar sobre las desigualdades entre hombres y mujeres.

Se destacan entre estos, “La escuela de formación política de mujeres chocoanas al poder”, en Quibdó; “La escuela de formación socio política con énfasis en género y derechos humanos”, en Barranquilla; “El proceso de cualificación del consejo ciudadano de mujeres de Pasto”, entre otros.

C) Elaboración de diagnósticos y desarrollo de investigaciones. Las redes, las mesas de trabajo y los consejos de mujeres han desarrollado periódicamente estudios sobre su realidad local, para formular propuestas viables al interior de la agenda pública. Estos indagan por la situación de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de las mujeres en contextos determinados, con énfasis en la situación general de la población femenina, analizando la violencia contra la mujer; la salud y salud sexual y reproductiva; el trabajo y la generación de ingresos; el acceso y calidad de la educación; además la participación política, entre otros. De otro lado, han realizado diagnósticos específicos, dentro de los que se encuentran los correspondientes a mujeres desplazadas, mujeres indígenas y mujeres en el conflicto armado.

D) Negociación y concertación con las autoridades locales para la formulación y diseño de las PPEG, que se caracteriza por recurrir a espacios institucionales en busca de apoyo y voluntad política de funcionarios gubernamentales con responsabilidad social y sensibilidad en los temas de género.

Entre estos se destacan espacios de intermediación tales como:

1. El lobby con concejales/as de consejos municipales y distritales en Medellín y Bogotá.
2. El cabildeo en temas de género para que los habitantes puedan discutir y participar directamente en el análisis de temas de interés para las mujeres en Bucaramanga.
3. La iniciativa de formulación de acuerdos y ordenanzas en las corporaciones públicas locales en las ciudades, como en Cartagena, Barranquilla y Medellín.

4. Los conversatorios con candidatos/as a las alcaldías y gobernaciones, para la presentación de agendas y la firma de compromisos. Así ocurrió en la ciudad de Pasto.

En estos escenarios se han tejido procesos de legitimación social que responden a dinámicas interactivas y transaccionales entre diversas concepciones sobre la equidad de género y la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, uniendo gradualmente relaciones restringidas y dispares, entre la esfera de lo social y el mundo gubernamental.

E) Acompañamiento técnico y consultivo. La articulación de esfuerzos de la sociedad civil, los entes gubernamentales y la cooperación técnica realizada por comités consultivos y agencias de cooperación internacional, han sido muy importantes para la identificación de las especificidades en el diseño y la formulación de las PPEG. Dichas entidades han realizado aportes técnicos y metodológicos para la identificación y construcción de las problemáticas de género, la identificación de la agenda política, la formulación de soluciones y la implementación de decisiones. Dentro de éstas se destaca el acompañamiento de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) en Bogotá y Cartagena.

F) Estrategias de comunicación. Han estado dirigidas a la visibilización del trabajo adelantado por las organizaciones de mujeres y feminista, en la formulación, implementación y seguimiento de las PPEG. Los propósitos de estas estrategias han sido la difusión de la base argumentativa para la incidencia en lo público, creada por las mujeres al interior de las redes, las mesas y los consejos; y para informar sobre su situación real.

Esta estrategia de mediatización con fines políticos, ha facilitado el posicionamiento de demandas específicas de las mujeres, las cuales poco a poco han logrado captar la atención de los gobiernos locales sobre asuntos concretas como: la violencia contra la mujer, la educación, su realidad laboral y su nivel de ingresos, además de su participación social y política, realizando presión para que las autoridades gubernamentales comiencen a ocuparse de sus asuntos. Igualmente han gestado ambientes para el encuentro de diversos actores, ya desde la concertación y cooperación, ya desde el enfrentamiento y el debate.

G) La construcción de problemas y agendas políticas. Por parte del movimiento social de mujeres y feministas con la finalidad de integrar asuntos, intereses y problemáticas consideradas como relevantes, legítimas y dignas de atención por parte de las autoridades públicas. A nivel local, en las ciudades referenciadas, han tenido como finalidad posicionar temas y angustias que generan tensión al interior del orden social androcéntrico. El objetivo de dichas agendas ha sido el de aportar

a la transformación de la vida cotidiana de las mujeres, además de trascender sus conflictos de la esfera privada y doméstica, a los escenarios público y político, para obtener garantías en el ejercicio de todos sus derechos.

Se han convertido en constante, en la experiencia de construcción de agendas locales, los siguientes temas:

1. El derecho al empleo digno y a la generación de ingresos.
2. La promoción y el derecho a la salud, la salud sexual y reproductiva y la prevención del embarazo en adolescente.
3. La erradicación de las formas de discriminación y violencia física, social, sexual, psicológica, política, intrafamiliar, afectiva, entre otras.
4. El acceso a la educación con equidad de género.
5. El empoderamiento y liderazgo político y social.
6. La promoción de la participación y representación en administraciones municipales, juntas administradoras locales y concejos municipales.
7. La inclusión y participación de las mujeres en proyectos regionales. En igual sentido, se han producido agendas sectoriales, entre las que encuentran las de mujeres en situación de desplazamiento, indígenas y afroamericanas.

Debido a la acción política y pública de las diversas redes, consejos y mesas de trabajo a nivel local, estas temáticas comenzaron a convertirse en problemas políticos relevantes para las autoridades gubernamentales. Su consecuente redefinición en espacios de intermediación entre la sociedad civil y el Estado, ha conllevado a las mujeres a proponer alternativas de solución para la efectividad de sus derechos, además de convertirlas en vigilantes de las responsabilidades de los gobiernos locales en la implementación de dispositivos, asignación de recursos y desarrollo de programas y proyectos. En este sentido, han propuesto acciones de veeduría y control ciudadano para hacer seguimiento al contenido de las PP, los planes, los programas y los proyectos de desarrollo municipal dirigidos a las mujeres. Entre éstas se destaca la experiencia en Cartagena de la veeduría “Con las mujeres cuentas claras”, para velar por la destinación de los dineros públicos con perspectiva de género.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Concluimos, terminado nuestro recorrido por los antecedentes de las PPEG nacionales, que éstas dan cuenta de la ausencia de articulación política entre las institu-

ciones de género y el movimiento social de mujeres y feminista, consecuencia de ello es la escasa legitimación y participación que han tenido éstos en su diseño y ejecución, toda vez que han sido ofertas “desde arriba” que han prescindido de las relaciones de intermediación de las mujeres en todo el *Polyce Cicle*, evidenciando la poca incidencia de éstas en el cambio de su realidad.

Por el contrario, en el recorrido local, encontramos los gérmenes e inicios de un proceso de legitimación social y de acciones públicas y políticas del movimiento social de mujeres y feministas, que promete mayores posibilidades de incidir en el desarrollo de las ciudades para modificar las relaciones de género y construir contextos de igualdad de oportunidades. Las PP y las PPEG a nivel local como dispositivos político-administrativos, se acercan más, aunque aún de manera incipiente, a modificar las relaciones de género para construir contextos que, reivindicando derechos de iguales, suscite cambios en beneficio de la equidad de género, otorgue oportunidades y así mismo alcance a eliminar todas las demás formas de subordinación, exclusión y dominio.

El seguimiento desde lo local se lee como un espacio de experiencia y participación en el que las mujeres han logrado aprendizajes políticos muy significativos, habida cuenta del compromiso, intermediación y consenso en el diseño de las PPEG, desde donde se están librando luchas que buscan redefinir los problemas de la mujer desde la deliberación para construir estrategias de acción pública de convergencia con gobiernos locales que propongan soluciones transformadoras del actual orden de género.

BIBLIOGRAFÍA

- CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL de COLOMBIA. Documentos CONPES: 2109 Año 1984, 2626 Año 1992, 2726 Año 1994, 2941 año 1997, y CONPES SOCIAL 23 Año 1993. Bogotá, B, Colombia, C. Recuperados octubre de 2008, del sitio web del Departamento Nacional de Planeación de la República de Colombia. <http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/tabid/55/Default.aspx>
- CONSEJERA PRESIDENCIAL PARA LA EQUIDAD DE LA MUJER. Presidencia de la República de Colombia (2003). Política pública “Mujeres Constructoras de Paz y Desarrollo”. Recuperada en octubre de 2008 del sitio web: <http://www.presidencia.gov.co/equidad/lineamientos.htm>
- GUZMÁN, Virginia (2003). Gobernabilidad democrática y género, una articulación posible. Serie Mujer y Desarrollo Unidad de Mujer y Desarrollo CEPAL y Naciones Unidas. Santiago de Chile, S.C: ONU.

- GUZMÁN, Virginia (2008). Seminario “Análisis Comparado de Legislación, Políticas Públicas e Instituciones Orientadas a la Equidad de Género”. Unidad N° 1, Políticas públicas. Espacio de interrelación entre el Estado y la sociedad civil. Unidad N° 2, Ámbitos de intervención del Estado. Unidad N° 3, Los dilemas de la transversalidad. Unidad N° 4, Desafíos para el logro de la equidad de género. Seminario PRIGEPP-FLACSO, Buenos Aires.
- LEGARDE, Marcela (1999). Democracia Genérica. Capítulo 5. Antología Latinoamericana y del Caribe: Mujer y Género Periodo 80-90. Vol 1. Nicaragua.
- LORIA, Cecilia (2002). El enfoque de género en las políticas públicas y la legislación mexicana. Documento preparado para el Programa Regional de Formación en Género y Políticas Públicas PRIGEPP-FLACSO.
- MEMORIAS II Seminario Internacional de Políticas de Igualdad a Nivel Local (2007). Colección Mujer, Géneros y Diversidad Sexual. Secretaría de Planeación de la Alcaldía Mayor de Bogotá. Bogotá, B, Colombia, C: Alta Voz Comunicaciones.
- MOSER, Caroline (1998). Planificación de género, objetivos y obstáculos. Género en el Estado de Género. Isis Internacional. Ediciones de las Mujeres, N° 27, Santiago S, Chile C.
- MUÑOZ RESTREPO, Nelson (2008). Políticas públicas, reto para la sociedad, desafío para el Estado. Cuadernos de Democracia, N°6, Medellín, M, Colombia, C: Instituto Popular de Capacitación –IPC-.
- NIÑO GUARNIZO, Catalina (2002). Dossier de Políticas Públicas para Las Mujeres en Colombia 1990 – 2002. Documento preparado para el Programa Regional De Formación En Género y Políticas Públicas PRIGEPP-FLACSO.
- PELÁEZ MEJÍA Margarita María & RODAS ROJAS, Luz Stella (2002). “Antecedentes históricos e internacionales de las políticas de género”. En: La política de género en el Estado colombiano: un camino de conquistas sociales. Medellín, M, Colombia, C. Editorial Universidad de Antioquia.
- ROTH, André Noel (2003). Políticas públicas formulación, implementación y evaluación. 1era Edición. Bogotá, B, Colombia, C. Ediciones Aura.
- ROTH, André Noel (2006). Discurso sin compromiso. La política pública de Derechos Humanos en Colombia. 1era Edición. Bogotá, B, Colombia, C. Ediciones Aura.
- WILLS OBREGÓN, María Ema (2007). Inclusión sin representación: la irrupción política de las Mujeres en Colombia 1970-2000. 1era Edición. Bogotá, Colombia. Grupo Editorial Norma.

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 a 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, FORMATO Y EXTENSIÓN DE ARTÍCULOS

Los artículos deben ser remitidos a la oficina de la Revista. Debe enviarse el texto completo del artículo y una copia en medio magnético o al correo electrónico de la Revista. El texto debe digitarse en letra tipo "Times New Roman", tamaño 12, a doble espacio, hoja tamaño carta, 3 cm de margen y con una extensión no mayor a 30 páginas en total.

INFORMACIÓN DEL AUTOR

El autor del artículo debe enviar los datos necesarios para reconocer los créditos como son: nombre completo, número de teléfono y/o fax, correo electrónico, nombre de la institución en la que labora y cargo que desempeña, información sobre el grado de escolaridad.

RESÚMENES Y PALABRAS CLAVE

El artículo debe contener un título, debe especificarse si el artículo es un proyecto de investigación, resultado de investigación, informe de una investigación, monografía o trabajo de grado o postgrado, o si es producto del trabajo intelectual del autor. Si es resultado o informe preliminar de investigación se debe especificar el tipo de investigación, el título de la investigación, cuál es el grupo de investigación (si lo hay) y quién apoya o financia la investigación.

Debe estar acompañado de un resumen, el cual no debe exceder 200 palabras y debe contener las ideas centrales del artículo. Así mismo, debe contener las palabras clave de acuerdo al contenido del artículo.

BIBLIOGRAFÍA

La bibliografía se citara al final del artículo y *puede* seguir las siguientes indicaciones:

Libro o folleto:

La referencia contiene en su orden: Autor (Apellido en mayúscula sostenida). Título. Ciudad: Editorial, Año. Páginas utilizadas en el trabajo.

Ejemplo un autor personal:

PÉREZ CARMONA, Rafael. Auxiliar para diseño y construcción de alcantarillado. Bogotá: Escala, 1978. 129 p.

Ejemplo dos autores personales:

BARABBA, Vincent P. y ZALTAMAN, Gerard. La voz del mercado: la ventaja competitiva a través del uso de la información del mercado. Madrid: McGraw Hill, 1992. p. 190-230.

Capítulo de libro:

Cara citar un capítulo o parte de una publicación, escrito por un autor diferente al autor que edita o compila, se utilizan los mismos elementos de la referencia bibliográfica, como se indica a continuación. Autor del capítulo. Título del capítulo. En: Autor que compila. Título de la obra completa. Ciudad: editor, año de publicación. Páginas del capítulo.

Ejemplo:

MORRISON, Elizabeth. La terapia familiar como prevención. En: LANCASTER, Jeanett. Enfermería Comunitaria: modelos de prevención de la salud mental. México: Interamericana, 1983. p. 172-180.

Artículo de revista:

La referencia contiene en su orden: Autor. Título del artículo. En: Título de la revista. Ciudad. Volumen (Vol.), número (No.) (período y fecha): páginas consultadas.

Ejemplo: NIETO POTES, Mauricio. Apertura comercial y política tecnológica. En: Normas y Calidad. Bogotá. Vol. 7, No. 13 (Ene-jun. 1991): p. 23.

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. En lo sucesivo se escribe solo la sigla o abreviatura correspondiente.

EJEMPLARES PARA LOS COLABORADORES

Los autores de los artículos publicados tendrán derecho a tres (3) ejemplares de la revista en la cual aparece su artículo.

Se terminó de imprimir en la editorial
L. VIECO E HIJAS LTDA.
en el mes de junio de 2009

