

ISSN 0120-1867
Estud. Derecho

ESTUDIOS DE DERECHO

DIRECTOR
Raúl Humberto OCHOA CARVAJAL

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

Año LXVI —segunda época— Diciembre de 2009
Volumen LXVI, N° 148

**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.

AUTOR DE OBRAS EN SEPARATAS

Luis Mario Marín Cadavid. Abogado de la Universidad de Antioquia y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Pontificia Bolivariana, profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, asignaturas de Derecho Administrativo General y Procesal Administrativo. Asesor del Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. Práctica de Derecho Público. Profesor de Derecho Administrativo Procesal en la Universidad de San Buenaventura. Sede Salento. Bello. Estudios de acuarela en Casa de la cultura de Pueblos Copacabana, con la maestra Ángela Cadavid. Facultad de Artes de la Universidad de Antioquia: Maestros Germán Vieco y Deisy Varela Úsuga. Realizó las exposiciones Colectiva Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho. 1998. Colectiva Centro Comercial Unicentro 2008, entre otras.

Traductor de resúmenes: Julián Alberto Zambrano Sánchez, 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://aprendeonline.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: lviecoehijasltda@une.net.co

MISIÓN

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



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

1803

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

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

ÍNDICE

EDITORIAL

<i>Raúl Humberto Ochoa Carvajal</i>	11-12
El derecho de petición individual en el sistema interamericano de derechos humanos y su relación con las obligaciones que surgen de las medidas interinas y provisionales	
<i>Juana Inés Acosta López</i>	13-40
<i>Martha Cecilia Maya Calle</i>	
La problemática conceptualización del terrorismo de Estado	
<i>Jorge Mario Cárdenas Estrada</i>	41-58
El momento fundacional de los derechos.	
<i>Notas sobre la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789</i>	59-79
<i>Miguel Carbonell</i>	
La Corte Constitucional: entre la libertad y la restricción	
<i>Juan Esteban Carvajal Hernández</i>	81-90
Constitución como provisión e irradiación constitucional. Sobre el concepto de “neoconstitucionalismo”	
<i>Leonardo García Jaramillo</i>	91-119
La función administrativa: una mirada desde el derecho colectivo al acceso y eficiente prestación de los servicios públicos	
<i>Hernán Darío Vergara Mesa</i>	121-143
Caracterización del ejercicio de la autonomía privada en el escenario de la transnacionalización de capitales	145-164
<i>Sandra Eliana Cataño Berrío</i>	
El patrimonio y la responsabilidad en las propiedades horizontales	
<i>Clara Inés Escobar</i>	165-200

Acción de cumplimiento y deberes de gasto	
<i>Adriana María Restrepo Ospina</i>	201-227
Aspectos del régimen federal en Antioquia	
<i>Ricardo Zuluaga Gil</i>	229-250
La potestad reglamentaria de las universidades como excepción a la potestad reglamentaria del presidente de la república	
<i>Diana Carolina Sánchez Zapata</i>	251-276
Reseñas bibliográficas	
Público y privado: estudio sobre las transformaciones del derecho, del Estado y de la empresa	
<i>Luisa Fernanda Cano Blandón</i>	279-282
La letra y el espíritu de la ley: reflexiones pragmáticas sobre el lenguaje del derecho y sus métodos de interpretación	
<i>Mauricio Aristizábal Peña</i>	283-286
Desmitificando la propiedad como derecho fundamental y absoluto	
<i>Marcela Vásquez Galvis</i>	287-293

EDITORIAL

2010. AÑO DE LA BIODIVERSIDAD

La ley 99 de 1993 señala en su primer artículo que la biodiversidad del país, por ser patrimonio nacional y de interés de la humanidad, debe ser protegida prioritariamente y aprovechada en forma sostenible.

Una aproximación excelente al concepto de biodiversidad encontramos en la sentencia C.519 de 1994. Dice la Corte Constitucional allí: “Biodiversidad significa, en principio, variedad de vida. Sin embargo, numerosas posiciones doctrinarias en materia ecológica le han dado alcances diferentes. Así, por ejemplo, algunos consideran que ella abarca la totalidad de genes, especies y ecosistemas de una región (cfr. Estrategia global para la biodiversidad, WRI, UICN, Pnuma 1992), otros, con planteamientos quizá más radicales, señalan que el concepto de biodiversidad ‘debería ser una expresión de vida que incluyese la variabilidad de todas las formas de vida, su organización y sus interrelaciones, desde el molecular hasta el de la biosfera, incluyendo así mismo la diversidad cultural’ (Declaración de la Reunión Alternativa de la Cnumad: El compromiso de los ciudadanos con la biodiversidad). El Convenio sobre Diversidad Biológica, que en esta oportunidad le corresponde revisar a esta corporación prevé lo siguiente sobre el tema: ‘Por diversidad biológica se entiende la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros sistemas acuáticos y complejos ecológicos de los que forman parte: comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas ‘Cualquiera que sea la interpretación que se le dé al término biodiversidad, puede decirse que ella incluye necesariamente la de variedad y multiplicidad de organismos vivos, ya sea de genes, de especies o de ecosistemas dentro de un marco territorial determinado’”.

Colombia es uno de los países más ricos en biodiversidad. Baste señalar que posee el 10 % de la biodiversidad mundial. La mitad de los páramos están en Colombia. Ocupa el primer lugar en aves, el segundo en plantas, el tercero en reptiles y mariposas y el cuarto en mamíferos y tiene más de doce millones de hectáreas protegidas de ecosistemas vitales. Esta riqueza obedece a que en nuestro territorio confluyen 5 regiones desde el punto de vista biogeográfico totalmente diferentes: el mar Caribe, los Andes, el Océano Pacífico, la Amazonia y la Orinoquia.

Si bien es cierto que mirar la biodiversidad como valor económico puede aparecer un despropósito o hacerle el juego a ciertas tendencias liberales que, pensando en

la maximización de los beneficios, le asignan un valor de cambio a los recursos naturales, colocando la biodiversidad en el mercado, como cualquier mercancía, y desconociendo su importancia como patrimonio común, no podemos desconocer que desde el punto de vista económico, la biodiversidad es una posibilidad que el Estado debe administrar, conservar y utilizar, con criterios de sostenibilidad y en beneficio de la Nación. Desde esa óptica se deben rechazar las políticas capitalistas de las transnacionales que se llevan nuestros recursos. Las potencialidades que nuestra biodiversidad posee para la industria, la agricultura o la medicina, debe servir a la nación con criterios de interés social. Un experto en el tema opina así: “Lo más asombroso de Colombia es su biodiversidad... nuestra biodiversidad es una inmensa biblioteca de información genética que hasta ahora, tímidamente, empezamos a descubrir... Nuestros recursos genéticos, además, son el gran botín del presente y el futuro de la humanidad, por el enorme potencial de productos y usos biotecnológicos que de ellos se derivan. Las grandes multinacionales farmacéuticas y biotecnológicas ya lo entendieron. Pero nosotros aún ignoramos, maltratamos y regalamos recursos biológicos sin siquiera percatarnos”. (Jorge Hernández Camacho. Revista Ecológica. N. 17. Mayo de 1994. P. 17)

Por ello, en este año de la biodiversidad, el Estado, desde el Ministerio del Medio Ambiente, debe promover campañas agresivas para la defensa y conservación de este recurso. De investigación científica, educación y capacitación sobre biodiversidad y rechazar los factores llamados antrópicos de menoscabo a la biodiversidad como lo son la deforestación, la caza, la pesca, la agricultura y ganadería irracionales, la colonización de las selvas tropicales, entre otros.

RAÚL HUMBERTO OCHOA CARVAJAL
Director



Autor: Luis Mario Marín Cadavid
Título: Silleterito
Técnica: Acuarela
Dimensiones: 61 x 46

EL DERECHO DE PETICIÓN INDIVIDUAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y SU RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES QUE SURGEN DE LAS MEDIDAS INTERINAS Y PROVISIONALES*

* Este artículo es resultado del trabajo en la línea de investigación de derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional del Centro de Estudios de Derechos Internacionales "Francisco Suárez" (CEDI), de la Pontificia Universidad Javeriana.

Fecha de recepción: Agosto 31 de 2009
Fecha de aprobación: Octubre 5 de 2009

EL DERECHO DE PETICIÓN INDIVIDUAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y SU RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES QUE SURGEN DE LAS MEDIDAS INTERINAS Y PROVISIONALES

*Juana Inés Acosta López**

*Martha Cecilia Maya Calle***

RESUMEN

El presente artículo busca responder a la pregunta de si el derecho de petición individual ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos puede ser entendido como un derecho autónomo o independiente. Para ello, (i) analiza comparativamente el asunto a la luz del Sistema Interamericano y el Sistema Europeo de Derechos Humanos, (ii) explica porqué el artículo 44 de la Convención no consagra dicho derecho independiente, (iii) presenta una alternativa a través del derecho a la protección judicial (artículo 25 de la Convención), con el fin de que dicho derecho no quede sin protección y (iv) analiza la incidencia que podría tener este asunto en el marco de las medidas provisionales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave: Sistema Interamericano de Derechos Humanos, derecho de petición individual, medidas provisionales, obligaciones internacionales, responsabilidad internacional.

THE RIGHT OF INDIVIDUAL PETITION IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS, AND ITS RELATION WITH INTERIM AND PROVISIONAL MEASURES

ABSTRACT

This paper addresses the concept of individual petition before the Inter American System on Human Rights. It discusses if such provision could be understood as an independent and autonomous right. Therefore, it (i) presents a comparative analysis of its' conception in the Inter American System and the European System on Human Rights, (ii) explains why article 44 of the American Convention on Human Rights does not include the right of individual petition as an independent right, (iii) proposes as an alternative to include the right of petition as a part of the right to judicial protection (article 25 of the American Convention) in order to guarantee its protection and (iv) analyses the incidence that this matter may have over the provisional measures under the Inter American Court on Human Rights.

Key words: Inter-American System of Human Rights, right of individual petition, provisional measures, international commitments, international responsibility.

** Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Realiza actualmente la Maestría en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Carlos III de Madrid y la Universidad Externado de Colombia. En curso. Profesora de la Universidad Javeriana (miembro del CEDI) y la Universidad de La Sabana en Derecho Internacional y Derechos Humanos. Coordinadora del Grupo de Litigio ante el SIDH y SUDH. Ministerio de Relaciones Exteriores/Ministerio de Defensa Nacional.

*** Abogada de la Universidad de los Andes. Especialista en Gestión Pública de la Universidad de los Andes. Asesora del Grupo de Litigio ante el SIDH y SUDH. Ministerio de Relaciones Exteriores/Ministerio de Defensa Nacional.

EL DERECHO DE PETICIÓN INDIVIDUAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y SU RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES QUE SURGEN DE LAS MEDIDAS INTERINAS Y PROVISIONALES

INTRODUCCIÓN

La facultad de interponer denuncias individuales y especialmente la facultad de acceder a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CorteIDH) y la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante CorteEDH), surgió como una conquista reciente en el ámbito de los derechos humanos. A diferencia del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH) que consagra expresamente la existencia de un derecho de petición individual en su artículo 34, en el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH), si bien la facultad de presentar denuncias individuales está consagrada en el artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), no es claro que esta disposición consagre un derecho autónomo e independiente a interponer peticiones y por tanto, no resulta un asunto sencillo analizar la responsabilidad internacional de los Estados en relación con este asunto. Sin embargo, como se verá, el derecho de acceso a la justicia internacional podría ser entendido como parte del derecho de protección judicial que consagra la CADH en su artículo 25.

En relación con este mismo asunto, resulta de la mayor importancia la concepción que estos tribunales tienen de las medidas de protección preventivas (interinas y provisionales), y cómo su objetivo o su eventual incumplimiento inciden en la protección del derecho de petición. En algunos casos, las medidas cautelares y provisionales permiten entrever una concepción determinada del alcance de este derecho.

El presente artículo buscará responder a la pregunta de si el derecho de petición individual ante el SIDH puede ser entendido como un derecho autónomo o independiente. Para ello, (A) empezará por poner de presente la concepción actual que del tema tienen el Sistema Interamericano y el Europeo de Derechos Humanos. En opinión de las autoras y como será expuesto, ante el Sistema Interamericano existe

una alternativa para que éste sea tenido como un derecho autónomo e independiente. Posteriormente, (B) se procederá a analizar el tema de las medidas interinas y provisionales, y su incidencia en el derecho de petición individual.

A. EL DERECHO DE PETICIÓN INDIVIDUAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: ANÁLISIS A LA LUZ DEL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El artículo 44 de la CADH establece que:

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

A raíz de algunos pronunciamientos de la CorteEDH que han reconocido que existe un derecho de petición individual en el Sistema Europeo (en virtud del artículo 34 del CEDH), ha surgido la inquietud de si el artículo 44 de la CADH consagra o no un **derecho** a interponer denuncias individuales ante el SIDH. Con el fin de analizar este aspecto, resulta pertinente hacer referencia a la disposición del CEDH que ha dado lugar a esta jurisprudencia y estudiar si existen allí elementos que puedan brindar luces al respecto.

1. El derecho de petición individual en el Sistema Europeo

El artículo 34 del CEDH establece que:

El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho. (Subrayas y negrillas fuera de texto)

De la sola lectura de esta disposición se puede observar que (i) califica la posibilidad de interponer demandas ante el SEDH como un derecho, y (ii) consagra una obligación autónoma para los Estados de no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho a interponer demandas. Una primera y visible diferencia que podríamos señalar entonces entre el artículo 34 del CEDH y el 44 de la CADH, es que este último no consagra expresamente ni la existencia de un derecho ni la de una obligación (al menos expresa), en relación con la posibilidad de interponer denuncias individuales.

La CorteEDH ha desarrollado en diversa jurisprudencia los alcances de la violación al derecho independiente consagrado en el artículo 34 (antiguo artículo 25 del CEDH). A continuación, reseñaremos algunos de los pronunciamientos más importantes, con el fin de presentar algunas conclusiones sobre sus alcances en relación con el derecho de presentar demandas individuales.

La jurisprudencia reiterada de la Corte Europea describe el contenido de este derecho así:

The undertaking not to hinder the effective exercise of the right of individual application precludes any interference with the individual's right to present and pursue his complaint before the Court effectively. That issue has been considered by the Court in previous decisions. It is of the utmost importance for the effective operation of the system of individual application instituted under Article 34 that applicants or potential applicants should be able to communicate freely with the Court without being subjected to any form of pressure from the authorities to withdraw or modify their complaints (...)

(...) As far as the applicant is concerned, the result that he or she wishes to achieve through the application is the preservation of the asserted Convention right before irreparable damage is done to it. Consequently, the interim measure is sought by the applicant, and granted by the Court, in order to facilitate the "effective exercise" of the right of individual petition under Article 34 of the Convention in the sense of preserving the subject matter of the application when that is judged to be at risk of irreparable damage through the acts or omissions of the respondent State.

(...) In addition, the Court considers that it is implicit in the notion of the effective exercise of the right of application that for the duration of the proceedings in Strasbourg the Court should remain able to examine the application under its normal procedure. In the present case, the applicants were extradited and thus, by reason of their having lost contact with their lawyers, denied an opportunity to have further inquiries made in order for evidence in support of their allegations under Article 3 of the Convention to be obtained. As a consequence, the Court was prevented from properly assessing whether the applicants were exposed to a real risk of ill-treatment and, if so, from ensuring in this respect a "practical and effective" implementation of the Convention's safeguards, as required by its object and purpose¹. (Subrayas fuera de texto)

Se desprende de esta jurisprudencia constante que el desarrollo de este derecho y sus posibles obstaculizaciones, están estrechamente relacionados con las acciones u omisiones del Estado directamente dirigidas (i) o bien a prevenir que la persona interponga una denuncia ante la Corte, (ii) o bien a presionar para que se retire

1 CorteEDH. Case *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* (2005). Ver también. *Case of Poleshchuk v. Russia* (application no. 60776/00) Judgment. Strasbourg. 7 de octubre de 2004.

una denuncia (iii) o a dirigir actividades para obstaculizar el proceso. Podría también concluirse que es un derecho que nace desde los primeros momentos en que se está preparando la denuncia ante el SEDH y que termina una vez la Corte ha tomado su decisión final. Quizá también perdure mientras el Consejo de Ministros se encuentra realizando seguimiento al cumplimiento de la sentencia, aunque no se desprenda de la jurisprudencia.

En adición a esta jurisprudencia constante, diversos casos han caracterizado situaciones que pueden constituirse como violaciones del derecho de petición individual. Así, en el caso de *Poleshchuk v. Russia (2004)*², el denunciante afirmó que las autoridades carcelarias no le permitieron presentar la demanda ante la Corte (le retuvieron las cartas) y que, luego de haber sido presentada la demanda, fue transferido a un nivel estricto de seguridad y se generó una presión constante contra él. El Gobierno aceptó que en un principio las cartas fueron retenidas, pero que luego se adoptaron medidas administrativas y esto no volvió a ocurrir.

El primer asunto que estudió la Corte, en relación con la admisibilidad de este caso, fue el relativo a si subsistía la alegada violación al artículo 34, a pesar de las medidas adoptadas por el Gobierno. Al respecto, la Corte consideró que el peticionario seguía siendo víctima pues si bien las medidas administrativas constituyeron una garantía de no repetición, las violaciones se consumaron respecto de la víctima y no se otorgó un remedio a su situación particular³. Por tanto, la Corte declaró admisible el caso.

En el fondo, la Corte precisó que el artículo 34 contiene un derecho y correlativas obligaciones de una naturaleza procesal, distinta a los demás derechos que tienen una naturaleza sustancial en el Convenio. Al respecto, afirmó que:

The Court recalls that Article 34 of the Convention imposes an obligation on a Contracting State not to hinder the right of individual petition. While the obligation imposed is of a procedural nature, distinguishable from the substantive rights set out in the Convention and Protocols, it flows from the very essence of this procedural right that it is open to individuals to complain of its alleged infringements in Convention proceedings (...) The Court also recalls that the undertaking not to hinder the effective exercise of the right of individual application precludes any interference with the individual's right to present and pursue his complaint before the Court effectively⁴. (Subrayas fuera de texto)

2 CorteEDH. *Case of Poleshchuk v. Russia* (application No. 60776/00). Judgment. Strasbourg. 7 de octubre de 2004.

3 Ibidem, párrafo 25.

4 Ibidem, párrafo 27. Ver también al respecto CorteEDH. *Manoussos v. the Czech Republic and Germany* (dec.), No. 46468/99, 9 July 2002.

Finalmente, la Corte decidió que efectivamente se violó el artículo 34, pues por la actitud de las autoridades penitenciarias, la presentación de la demanda fue dilatada por ocho meses.

Ahora bien, en cuanto a los actos de presión, luego de presentada la demanda el Gobierno alegó que el traslado al nivel estricto de seguridad estuvo relacionado con faltas disciplinarias y no con su demanda ante el Sistema Europeo. Al respecto, la Corte manifestó que:

The Court recalls that it is of the utmost importance for the effective operation of the system of individual application instituted by Article 34 that applicants should be able to communicate freely with the Court without being subjected to any form of pressure from the authorities to withdraw or modify their complaints. In this context, “pressure” includes not only direct coercion and flagrant acts of intimidation, but also other improper indirect acts or contacts designed to dissuade or discourage applicants from using a Convention remedy. The issue of whether or not a disputed measure taken by authorities amounts to unacceptable practices from the standpoint of Article 34 must be determined in the light of the particular circumstances of the case⁵.
(Subrayas fuera de texto)

Aunque la Corte no encontró que se hubiera violado el derecho contenido en el artículo 34, en relación con la supuesta presión ejercida para obstaculizar la denuncia, sí precisó que dicha presión no sólo puede presentarse de manera directa sino también de manera indirecta, a través de actos para desmotivar al peticionario a presentar o proceder con la denuncia en el marco del Convenio Europeo.

Esta presión indirecta mencionada por la Corte, ya había sido analizada en el caso *Petra c. Rumania*⁶ (1998). En dicho caso, el peticionario también alegó obstáculos en relación con su correspondencia. La Corte precisó que para analizar la presión indirecta en un caso concreto, se debe tener en cuenta la vulnerabilidad en la cual puede encontrarse el denunciante y su susceptibilidad de ser influenciado o presionado por las autoridades⁷. En dicho caso, la Corte sí encontró que existía una presión, dado que el peticionario manifestó que había recibido amenazas indirectas cuando trató de dirigir comunicaciones a la Corte y el Gobierno no contradijo estas manifestaciones⁸. La vulnerabilidad del denunciante fue igualmente tomada en cuenta por la Corte en el caso de *Kart c. Turquía* (1998)⁹. En efecto, la Corte manifestó que:

5 Ibidem, párrafo 31.

6 CorteEDH. *Petra v. Rumania*, judgment of 23 September 1998, *Reports* 1998-VII, pp. 2854-55, §43.

7 Ibidem, párrafo 43.

8 Ibidem, párrafo 44.

9 CorteEDH. *Kurt v. Turquía*, judgment of 25 May 1998, *Reports* 1998-III, p. 1192, § 159.

(...) having regard to the vulnerable position of applicant villagers and the reality that in south-east Turkey complaints against the authorities might well give rise to a legitimate fear of reprisals, has found that the questioning of applicants about their applications to the Commission amounts to a form of illicit and unacceptable pressure, which hinders the exercise of the right of individual petition, in breach of Article 25 of the Convention (...)

En el mismo caso, la Corte consideró que también constituía una violación al antiguo artículo 25, los procesos penales iniciados contra el abogado de la peticionaria. Al respecto, manifestó que *“it is not for the authorities to interfere with that process through the threat of criminal measures against an applicant’s representative”*¹⁰.

Otra posible situación que podría estar conectada con la violación al derecho de petición individual se analizó en el caso *Akdivar and Others v. Turkey (1996)*¹¹, y estuvo relacionada con preguntas que le realizó el Gobierno a las presuntas víctimas en relación con su petición ante el SEDH, sin la presencia de sus representantes. Se alegó que en general, en casos del Sur-Este de Turquía, las autoridades intentan obtener manifestaciones por escrito y video de las presuntas víctimas, en los cuales manifiestan que no quieren continuar con las peticiones. La Corte consideró, como en otros casos, la vulnerabilidad de los *villagers* y el miedo que podían tener en esa región a las represalias. La Corte aclaró que es irrelevante para efectos de la violación que posteriormente los peticionarios hayan podido presentar y llevar adelante la denuncia. Por tanto, encontró que se violó el derecho a interponer denuncias individuales ante el Sistema Europeo.

En otros casos, la Corte encontró que la violación se produjo por el incumplimiento de medidas interinas ordenadas por la misma CorteEDH. Este aspecto será estudiado con cuidado en el capítulo siguiente relativo a las medidas provisionales e interinas.

Por último, en relación con quién debe probar la obstaculización del derecho en los casos concretos, la CorteEDH ha manifestado que la carga está en quien alega la violación. Así, en el caso de *Aksoy v. Turkey (1996)*¹², la Corte estudió una posible violación al antiguo artículo 25 y encontró que el Estado no había violado el derecho de petición individual. En dicho caso se alegó que la muerte de Mr. Aksoy ocurrió como consecuencia de su persistencia en interponer una denuncia ante el SEDH. Se afirmó que había sido amenazado de muerte para obligarlo a retirar la denuncia. El Gobierno afirmó que Mr. Aksoy murió por razones diferentes y que

10 Ibidem, párrafo 164.

11 CorteEDH. *Akdivar and Others v. Turkey*, judgment of 16 September 1996, *Reports 1996-IV*, p. 1219, § 105.

12 CorteEDH. *Kurt v. Turkey*, judgment of 25 May 1998, *Reports 1998-III*, p. 1192, § 159.

incluso ya existían cargos penales contra un sospechoso. La CorteEDH no encontró que se hubieran presentado pruebas que permitieran afirmar que las autoridades del Estado fueran responsables de las amenazas y la intimidación y por tanto encontró que no se violó el derecho contenido en el antiguo artículo 25.

En conclusión, la Corte Europea por medio de su interpretación autorizada, ha venido llenando el contenido del derecho de petición individual consagrado en el artículo 34 (antiguo 25 facultativo) del CEDH. En este sentido, además de desarrollar las obligaciones generales, ha sentado jurisprudencia sobre circunstancias particulares que puedan dar lugar a la vulneración del derecho. Como se verá, este mismo ejercicio puede ser desarrollado por los órganos del SIDH pero, desde nuestro punto de vista, no a partir del artículo 44 sino a partir del artículo 25 de la Convención.

2. El derecho de petición individual en el SIDH

En el marco del SIDH, no existe doctrina de la Comisión ni jurisprudencia específica de la Corte Interamericana en relación con la posibilidad de que el artículo 44 de la CADH consagre un derecho independiente. Sin embargo, el Juez Cançado Trindade, en el voto concurrente a la sentencia de *Castillo Petruzzi c. Perú*, se refirió al “derecho de petición individual”, en relación con el artículo 44 de la CADH y especialmente en relación con el derecho de acceso a la justicia. Al respecto, afirmó que:

La importancia del derecho de petición individual no me parece haber sido suficientemente resaltada por la doctrina y la jurisprudencia internacionales hasta la fecha; la atención que han dedicado a la materia ha sido, sorprendentemente, insatisfactoria a mi modo de ver, dejando de guardar proporción con la gran relevancia de que se reviste el derecho de petición individual bajo la Convención Americana. Este es un punto que me es particularmente claro. No hay que perder de vista que, en última instancia, es por el libre y pleno ejercicio del derecho de petición individual que se garantiza el acceso directo del individuo a la justicia a nivel internacional.

(...) En mi entendimiento, no se puede analizar el artículo 44 como si fuera una disposición como cualquier otra de la Convención, como si no estuviera relacionada con la obligación de los Estados Partes de no crear obstáculos o dificultades para el libre y pleno ejercicio del derecho de petición individual, o como si fuera de igual jerarquía que otras disposiciones procedimentales. El derecho de petición individual constituye, en suma, la piedra angular del acceso de los individuos a todo el mecanismo de protección de la Convención Americana¹³. (Subrayas fuera de texto)

13 Ibidem, párrafos 2 y 3.

Como se puede observar, el Ex Juez encuentra que, en todo caso, el artículo 44 es una disposición procedimental, sólo que guarda una mayor jerarquía en relación con las demás normas de procedimiento de la Convención. Al respecto, afirma que el derecho de petición individual es una conquista del derecho internacional de los derechos humanos, luego de siglos de predominio de las soberanías estatales y la exclusión de los individuos.

En relación con el Sistema Europeo, Cançado Trindade reconoce que existe una diferencia, en virtud de que:

En primer lugar, hace casi medio siglo, aún al concebir el artículo 25 originalmente como una cláusula facultativa, los redactores de la Convención Europea cuidaron de determinar, en el primer párrafo *in fine* de la cláusula, la obligación de los Estados Partes que la aceptaron de no interponer cualquier impedimento u obstáculo al ejercicio del derecho de petición individual. En el caso *Cruz Varas y Otros versus Suecia* (1990-1991), la Corte Europea y, en escala más amplia la Comisión Europea, reconocieron el derecho de naturaleza procesal que el artículo 25(1) confiere a los individuos demandantes, en virtud del cual éstos últimos pueden recurrir libremente a la Comisión, sin que el Estado Parte en cuestión impida o dificulte su iniciativa.

El derecho de petición individual disfruta, pues, de autonomía, distinto que es de los derechos sustantivos enumerados en el título I de la Convención Europea. Cualquier obstáculo interpuesto por el Estado Parte en cuestión a su libre ejercicio acarrearía, así, una violación *adicional* de la Convención, paralelamente a otras violaciones que se comprueben de los derechos sustantivos en ésta consagrados. Su autonomía en nada se vio afectada por el hecho de haber sido originalmente previsto en una cláusula facultativa de la Convención (artículo 25)¹⁴. (Subrayas fuera de texto)

Así, resulta clara la independencia del derecho dentro del SEDH, mientras que en el SIDH se requieren argumentos adicionales para poder demostrar su existencia. Dentro de este mismo debate, el Juez Cançado Trindade se refiere al derecho como una cláusula pétrea de la Convención, así:

El derecho de petición individual es una cláusula pétrea de los tratados de derechos humanos que lo consagran –a ejemplo del artículo 44 de la Convención Americana–, sobre la cual se erige el mecanismo jurídico de la emancipación del ser humano *vis-à-vis* el propio Estado para la protección de sus derechos en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Otra cláusula pétrea es la de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que no admite limitaciones otras que las expresamente contenidas en el artículo 62 de la Convención Americana.

14 Ibidem, párrafos 19 y 20.

(...)

Las referidas cláusulas pétreas –el derecho de petición individual y la jurisdicción compulsoria en materia contenciosa de la Corte Interamericana– constituyen materia de *ordre public internacional*, que no podría estar a merced de limitaciones no previstas en los tratados de protección, invocadas por los Estados Partes por razones o vicisitudes de orden interno. Si de ese modo no hubiese sido originalmente concebido y consistentemente entendido el derecho de petición individual, muy poco habría avanzado la protección internacional de los derechos humanos en ese medio siglo de evolución. El derecho de petición individual, tan amplia y liberalmente reconocido bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, constituye, como ya se ha señalado, una conquista definitiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a ser siempre decididamente resguardada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como lo viene a hacer en la presente Sentencia sobre excepciones preliminares en el caso *Castillo Petruzzi*?. (Subrayas fuera de texto)

En este sentido, se compara el artículo 44 con otras cláusulas procedimentales, que no consagran derechos específicos protegidos por la CADH, tales como la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte. De nuevo, independientemente de la importancia que tienen estas cláusulas procesales, que consideramos que sí se encuentran por encima de otras disposiciones procesales en la CADH, no pueden ser considerados derechos independientes.

La titularidad de los derechos debe estar entonces siempre en cabeza del ser humano. En este sentido, Pedro Nikken afirma que:

El artículo 44 de la Convención es la expresión procesal de que el único y verdadero titular de los derechos protegidos por ese instrumento internacional es el ser humano. Esa titularidad debe ser la guía fundamental para la interpretación del Pacto de San José y para regular en el plano procesal la protección internacional de los derechos humanos.

La Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos han aprobado reglas procesales con arreglo a este principio, según las cuales el peticionario ante la CIDH tiene derecho a que, en el trámite del caso, se agoten todos los mecanismos de protección de la Convención. De acuerdo con su Reglamento (art. 44), si la CIDH concluye que se ha violado la Convención en un caso, debe enviarlo a la Corte, salvo por decisión fundamentada de la mayoría absoluta de sus miembros.

En cuanto a la Corte, su Reglamento ordena a la Secretaría notificar a la víctima cuando se introduce la demanda por parte de la CIDH (art. 35). Asimismo establece que las víctimas *“podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso.”*(Art. 23).

Por lo tanto, una vez introducida la demanda (actuación que, según la Convención, es monopolio de los Estados partes y de la CIDH), el ser humano individual tiene derecho a ser parte plena, con total autonomía, en el proceso ante la Corte.

Los Reglamentos de la Comisión y de la Corte han desarrollado un derecho autónomo: *el derecho a la protección internacional de los derechos humanos*. Esta formulación se sustenta sobre tres pilares: 1) el concepto de que el titular subjetivo de los derechos humanos es la persona; 2) la formulación procesal del artículo 44 de la Convención; y, 3) el sistema general de protección dispuesto en el tratado¹⁵. (Subrayas fuera de texto)

Así, resulta mucho más claro que el derecho de petición individual, que podría extraerse, desde nuestro punto de vista, del derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la CADH, tiene disposiciones procesales que lo protegen, pero que no consagran derechos independientes.

Por último, Nikken también ha considerado que este derecho de petición individual se extiende al cumplimiento de las recomendaciones de la CIDH y las sentencias de la Corte Interamericana.

Este derecho, como cualquier otro, debe ser *efectivo*, y está sometido a los mismos deberes de *respeto y garantía* que pauta el artículo 1(1) de la Convención. También comporta deberes para los Estados, como lo son, en primer lugar el deber (negativo) de no establecer obstáculos para el acceso de la persona a la protección internacional; en segundo lugar, el deber (positivo) de cooperar en el desarrollo del proceso; y, en tercer lugar, el deber (positivo) de adoptar las medidas legislativas y de otro carácter necesarias para ejecutar las decisiones de Corte y Comisión¹⁶. (Subrayas fuera de texto)

Desde nuestro punto de vista, como se mostrará, también esta faceta del derecho puede estar cobijada por el derecho a la protección judicial.

3. El derecho de petición individual bajo el derecho de protección judicial consagrado en el artículo 25 de la CADH

Como hemos anunciado, a pesar de que técnicamente no consideramos que el derecho de petición individual se encuentre consagrado en el artículo 44 de la CDH, sí consideramos que este derecho puede estar contenido y ser protegido plenamente

15 Nikken, Pedro. El derecho a la protección internacional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Disponible en http://www.icj.org/IMG/Articulo_Nikken_ESP.pdf

16 Nikken, Pedro. El derecho a la protección internacional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Disponible en http://www.icj.org/IMG/Articulo_Nikken_ESP.pdf

por el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la CADH. En efecto, dicho artículo señala que:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados partes se comprometen:
 - a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. (Subrayas fuera de texto)

Como se puede observar, esta disposición (i) no restringe el derecho a un recurso efectivo a los recursos de carácter nacional, (ii) incluye los recursos efectivos para proteger los derechos contenidos en la Convención, (iii) consagra como una obligación específica de los Estados el desarrollar las posibilidades del recurso, lo cual incluye sin duda alguna la obligación de no obstaculizar las peticiones y (iv) consagra la obligación expresa de garantizar el cumplimiento de las decisiones que sean la consecuencia de esos recursos, lo cual podría incluir, sin ninguna duda, las decisiones tanto de la CIDH como de la CorteIDH.

En conclusión, este derecho consagrado como sustancial dentro de la Convención, estaría protegido por una serie de disposiciones procesales, tales como las consagradas en los artículos 44 (legitimación en la causa) y 68 (obligatoriedad de las decisiones de la Corte) de la CADH. Así, el artículo 25 permitiría proteger plenamente el derecho de petición individual y sus obligaciones correlativas, las cuales están sujetas a interpretación por parte de los órganos del SIDH, según las circunstancias particulares de cada caso, tal como ha ocurrido en el SEDH.

B. EL DERECHO DE PETICIÓN INDIVIDUAL Y LAS MEDIDAS INTERINAS Y PROVISIONALES

En el marco de la pregunta de si el artículo 44 de la CADH consagra o no un derecho a interponer denuncias individuales ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es preciso estudiar la incidencia que pueden tener en esta cuestión las

medidas provisionales o medidas interinas ordenadas por un Tribunal Internacional de Derechos Humanos. Como se mencionó, la CorteEDH ha concluido en varios casos, que se produce una violación del derecho contenido en el artículo 34, cuando el Estado incumple las medidas ordenadas por la Corte. Como se verá, la CorteIDH no da este mismo tratamiento a las medidas provisionales, lo que permite entrever una visión distinta por parte de este Tribunal de las medidas, de sus principales objetivos y de las consecuencias que se derivan de su incumplimiento en relación con el derecho de petición ante el SIDH.

En este sentido, este segundo aparte del artículo se centrará en el tema de las medidas interinas ordenadas por la CorteEDH y las medidas provisionales ordenadas por la CorteIDH. La cuestión acerca de la posible incidencia de las medidas cautelares solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en este asunto, será aplazada para una oportunidad diferente, por cuestiones de espacio.

1. El Derecho de petición individual y las medidas interinas ante la Corte Europea

Como se evidenciará, la concepción de la Corte Europea de las medidas interinas y la posibilidad de que de su incumplimiento se derive una violación al derecho contenido en el artículo 34, varía sustancialmente de la que ha sido expuesta por la CorteIDH en relación con sus medidas provisionales. Para desarrollar el tema, se presentará el que ha sido el planteamiento común en la jurisprudencia de la CorteEDH frente a las medidas interinas y el marco jurídico en el que se sustenta el Tribunal Europeo. Para complementar lo anterior, se presentará el alcance que este Tribunal ha dado a las medidas en relación con el derecho consagrado en el artículo 34.

Para empezar, es necesario conocer el marco jurídico que guía las actuaciones del Tribunal Europeo. El artículo 39 del Reglamento de la Corte Europea dispone:

Rule 39 (Interim measures)

1. The Chamber or, where appropriate, its President may, at the request of a party or of any other person concerned, or of its own motion, indicate to the parties any interim measure which it considers should be adopted in the interests of the parties or of the proper conduct of the proceedings before it.
2. Notice of these measures shall be given to the Committee of Ministers.
3. The Chamber may request information from the parties on any matter connected with the implementation of any interim measure it has indicated".
(Subraya y negrilla fuera de texto)

El artículo 34 del Convenio Europeo ya expuesto dispone:

El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho¹⁷. (Subraya y negrilla fuera de texto)

Del mismo modo en que el artículo 34 califica la posibilidad de interponer denuncias individuales ante el SEDH como un derecho y consagra una obligación autónoma para los Estados de no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho, el artículo 39 de las Reglas de la CorteEDH establece que uno de los propósitos de las medidas interinas es el de garantizar el debido desarrollo de los procedimientos que se surten ante ese Tribunal. Conviene entonces estudiar detenidamente la interpretación que esta Corte ha hecho de estas disposiciones.

En el caso *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*¹⁸, por ejemplo, la Corte Europea estudió la violación del artículo 34 del Convenio Europeo, debido a que Turquía extraditó a la presunta víctima a Uzbekistán, en contra de una orden de la Corte en virtud del artículo 39 de sus Reglas de Procedimiento. La extradición le habría generado a la presunta víctima la imposibilidad de comunicarse con sus abogados y proporcionarles evidencias sobre los hechos, lo que finalmente le impediría a la Corte valorar el riesgo real al que se enfrentaba la presunta víctima. Se trataba de una comunicación que ya estaba en conocimiento de la CorteEDH como petición individual, y la medida estaba destinada a proteger a la persona, pero también a proteger el proceso internacional que ya se estaba surtiendo y que se había activado en virtud del artículo 34 del Convenio.

En dicho caso, la Corte Europea declaró que el Estado de Turquía fue responsable de la violación del derecho consagrado en el artículo 34 del Convenio, en virtud del incumplimiento de las medidas interinas ordenadas. La Corte consideró que el incumplimiento de las medidas en este caso tenía dos consecuencias graves para el proceso: por un lado le impedía a la Corte hacer un análisis del caso y por otro impedía al peticionario el ejercicio efectivo de su derecho. Así, la Corte afirmó que:

17 CEDH, artículo 34.

18 CorteEDH *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, (Aplicaciones nos. 46827/99 y 46951/99) Estrasburgo, sentencia del 4 February 2005.

128. The Court reiterates that by virtue of Article 34 of the Convention Contracting States undertake to refrain from any act or omission that may hinder the effective exercise of an individual applicant's right of application. A failure by a Contracting State to comply with interim measures is to be regarded as preventing the Court from effectively examining the applicant's complaint and as hindering the effective exercise of his or her right and, accordingly, as a violation of Article 34¹⁹. (Subrayas fuera de texto)

Como se observa, la Corte Europea establece una relación estrecha entre el propósito de las medidas interinas y la garantía del artículo 34. Las medidas interinas, como lo establece la Corte, están encaminadas exclusivamente a garantizar la efectividad del derecho de petición individual:

125. Likewise, under the Convention system, interim measures, as they have consistently been applied in practice (...), play a vital role in avoiding irreversible situations that would prevent the Court from properly examining the application and, where appropriate, securing to the applicant the practical and effective benefit of the Convention rights asserted. Accordingly, in these conditions a failure by a respondent State to comply with interim measures will undermine the effectiveness of the right of individual application guaranteed by Article 34 and the State's formal undertaking in Article 1 to protect the rights and freedoms set forth in the Convention²⁰. (Subrayas fuera de texto)

La Corte Europea ha venido ordenando medidas interinas a los Estados principalmente en casos relacionados con ejecuciones, exclusiones o extradiciones²¹ y en general su aplicación ha buscado limitarse a aquellos casos en los que existe un riesgo inminente de que se produzca un daño irreparable que le impida a la persona el ejercicio efectivo de su derecho de petición:

Interim measures have been indicated only in limited spheres. Although it does receive a number of requests for interim measures, in practice the Court applies Rule 39 only if there is an imminent risk of irreparable damage. While there is no specific provision in the Convention concerning the domains in which Rule 39 will apply, requests for its application usually concern the right

19 Ibidem, párrafo 128.

20 Ibidem, párrafo 125.

21 Véase: *inter alia*: CorteEDH. *Greece v. the United Kingdom*, no. 176/56, Commission's report of 26 September 1958, unpublished; *X v. the Federal Republic of Germany*, No. 2396/65, Commission's report of 19 December 1969, Yearbook 13; *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece*, nos. 3321/67, 3322/67, 3323/67 and 3344/67, Commission's report of 5 November 1969, Yearbook 12; *Denmark, Norway and Sweden v. Greece*, No. 4448/70, Commission's report of 4 October 1976, Decisions and Reports (DR) 6; and *E.R. v. the Federal Republic of Germany*, No. 5207/71, Commission decision of 13 December 1971, Collection of Decisions 39.

to life (Article 2), the right not to be subjected to torture or inhuman treatment (Article 3) and, exceptionally, the right to respect for private and family life (Article 8) or other rights guaranteed by the Convention. The vast majority of cases in which interim measures have been indicated concern deportation and extradition proceedings²². (Subrayas fuera de texto)

Llama la atención sin embargo que la Corte en el caso *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, va incluso más allá en la relación entre las medidas interinas y el artículo 34, al establecer ya no que la medida interina estaba encaminada a impedir trabas al ejercicio eficaz de este derecho sino incluso a facilitar el ejercicio eficaz de ese derecho. Al respecto dispuso la Corte:

[t]he interim measure is sought by the applicant, and granted by the Court, in order to facilitate the “effective exercise” of the right of individual petition under Article 34 of the Convention in the sense of preserving the subject matter of the application when that is judged to be at risk of irreparable damage through the acts or omissions of the respondent State²³.

En el mismo sentido, en el caso *Case of Paladi V. Moldova*²⁴, la Corte reiteró la importancia de asegurar el ejercicio efectivo del derecho de petición individual y agregó además que se trata de una obligación para los Estados que va más allá de las buenas intenciones, exige resultados e implica que no queda a merced de los Estados determinar si existe o no riesgo de que se produzca un perjuicio irremediable. Así:

87. The Court reiterates that the obligation laid down in Article 34 in fine requires the Contracting States to refrain not only from exerting pressure on applicants, but also from any act or omission which, by destroying or removing the subject matter of an application, would make it pointless or otherwise prevent the Court from considering it under its normal procedure (*ibid.*, § 102). It is clear from the purpose of this rule, which is to ensure the effectiveness of the right of individual petition (see paragraph 86 above), that the intentions or reasons underlying the acts or omissions in question are of little relevance when assessing whether Article 34 of the Convention was complied with (see paragraph 78 above). What matters is whether the situation created as a result of the authorities’ act or omission conforms to Article 34.

A partir de lo expuesto, es viable concluir que la CorteEDH ha tenido como principal objetivo de las medidas interinas, el de garantizar el ejercicio eficaz del derecho indi-

22 CorteEDH *Mamatkulov y Askarov v. Turquía*, (Aplicaciones nos. 46827/99 y 46951/99) Estrasburgo, sentencia del 4 February 2005. Párr. 104.

23 *Ibidem.* párr. 108.

24 CorteEDH. Caso *Paladi v. Moldova* (Aplicacion no. 39806/05). Estrasburgo, sentencia del 10 de marzo de 2009.

vidual a presentar peticiones, consagrado en el artículo 34 de la CEDH. Lo anterior a tal punto que ha llegado a establecer que las medidas pueden estar encaminadas no solo a garantizar el ejercicio o eliminar trabas que hayan sido impuestas a éste, sino incluso a facilitarlas. De ahí que pueda entenderse que el incumplimiento de las medidas interinas dispuestas por la Corte Europea puede derivar en la violación por parte del Estado del artículo 34 de la CEDH.

De otra parte, en su jurisprudencia el Tribunal Europeo cita varias decisiones del Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, también referidas al incumplimiento por parte de los Estados de medidas cautelares para proteger los procesos internacionales, por ejemplo, no ejecutar órdenes de pena de muerte²⁵ o no deportar a las presuntas víctimas hacia terceros Estados²⁶. El Comité de Derechos Humanos al respecto ha afirmado que:

By adhering to the Optional Protocol, a State Party to the Covenant recognises the competence of the Human Rights Committee to receive and consider communications from individuals claiming to be victims of violations of any of the rights set forth in the Covenant (Preamble and Article 1). Implicit in a State's adherence to the Protocol is an undertaking to cooperate with the Committee in good faith so as to permit and enable it to consider such communications, and after examination to forward its views to the State Party and to the individual (Article 5 §§ 1 and 4). It is incompatible with these obligations for a State Party to take any action that would prevent or frustrate the Committee in its consideration and examination of the communication, and in the expression of its Views²⁷. (Subraya fuera de texto)

En este sentido puede entenderse que en relación con el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas:

- a) El Estado tiene una obligación de no frustrar el examen de la comunicación que ya está analizando el Comité, y
- b) La Corte Europea también cita decisiones del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas en relación con medidas provisionales adoptadas en los procedimientos de denuncias individuales, medidas que pueden adoptarse desde la fase de estudio de admisibilidad de la petición. Las medidas provisionales solicitadas a los Estados por el Comité contra la Tortura, también han consis-

25 CorteEDH, Caso *Glen Ashby c. Trinidad and Tobago*, 26 de Julio de 1994.

26 CorteEDH, Caso *Dante Piandiong, Jesús Morillos y Archie Bulan c. Filipinas*, 19 de octubre de 2000.

27 CorteEDH, Caso *Dante Piandiong, Jesús Morillos y Archie Bulan c. Filipinas*, 19 de octubre de 2000. Ver también Corte Europea de Derechos Humanos, "*Sholam Weiss v. Austria*", 13 de junio de 2002.

tido, por ejemplo, en órdenes de no extradición²⁸. El Comité contra la Tortura al respecto afirma que:

...the State Party, in ratifying the Convention and voluntarily accepting the Committee's competence under Article 22, undertook to cooperate with it in good faith in applying the procedure. Compliance with the provisional measures called for by the Committee in cases it considers reasonable is essential in order to protect the person in question from irreparable harm, which could, moreover, nullify the end result of the proceedings before the Committee²⁹.
(Subraya fuera de texto)

En este sentido, el incumplimiento de las obligaciones por parte del Estado se presenta cuando sus actuaciones puedan redundar en la imposibilidad de llegar al resultado esperado en el proceso que el órgano internacional ya está conociendo.

A su vez, la Corte Europea cita a la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) en relación con la facultad de dictar medidas provisionales, las cuales también se adoptan cuando el proceso ya está en curso. Por eso la CIJ ha afirmado que el propósito de las medidas provisionales es preservar el derecho de las partes dentro de la disputa³⁰.

De todo lo anterior se deduce que (i) las medidas provisionales en los Comités y en la CIJ se adoptan para preservar las garantías de un proceso ya iniciado, y por ello (ii) cuando un Estado incumple con las solicitudes de estas medidas, se vulnera según estos órganos la obligación de los Estados de no obstaculizar la interposición de denuncias individuales ante los Sistemas de Protección.

Como se puede observar, el desarrollo de este derecho y sus posibles obstaculizaciones, están directamente relacionados con las acciones u omisiones del Estado directamente dirigidas (i) a prevenir que la persona interponga una denuncia ante la Corte, (ii) o a presionar para que se retire una denuncia (iii) o a dirigir actividades para obstaculizar el proceso, mediante el incumplimiento, por ejemplo, de medidas solicitadas por la Corte para proteger el trámite.

-
- 28 Organización de las Naciones Unidas, Comité contra la Tortura "*Cecilia Rosana Núñez Chipana c. Venezuela*," Comunicación 110 de 10 de noviembre de 1998. Ver también Comité contra la Tortura "*T.P.S. c. Canada*", 16 de mayo de 2000.
- 29 Organización de las Naciones Unidas, Comité contra la Tortura "*Cecilia Rosana Núñez Chipana c. Venezuela*," Comunicación 110 de 10 de noviembre de 1998 Ver también Comité contra la Tortura "*T.P.S. c. Canada*", 16 de mayo de 2000
- 30 Corte Internacional de Justicia "Nicaragua c. Estados Unidos de América", Sentencia de 27 de junio de 1986 y Corte Internacional de Justicia "*Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia*", revisión de sentencia de 11 de julio de 1996 en el caso referente a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

En síntesis, tanto en el marco jurídico como en la jurisprudencia de la CorteEDH, se hace evidente que las medidas interinas tienen como objetivo primordial garantizar el ejercicio del derecho de petición individual consagrado en el artículo 34 de la CEDH. Así, se desprende de la jurisprudencia citada, de las referencias que se hacen en ésta al Comité contra la Tortura de Naciones Unidas y a la CIJ, que el fin último de estas medidas es proteger el procedimiento ante el Tribunal Europeo. Eso refuerza lo ya estipulado en el artículo 34 de la CEDH y por ende el reconocimiento de que existe un derecho de petición individual y autónomo ante el SEDH.

2. El Derecho de petición individual y las medidas provisionales ante la Corte Interamericana

A diferencia de la exposición que acaba de hacerse sobre el Sistema Europeo y el propósito principal de las medidas interinas, en el SIDH las medidas provisionales no se concentran en la protección y garantía de un derecho de petición individual que por lo demás, como se ha venido presentando, no está aún consagrado como tal en la CADH de manera explícita.

A continuación, se presentará el marco jurídico que respalda las medidas provisionales ordenadas por la Corte Interamericana y se presentará el desarrollo jurisprudencial que se ha hecho de éstas, con el fin de analizar cuáles son sus objetivos y de qué manera pueden llegar a estar encaminadas a proteger un eventual derecho de petición individual ante el SIDH.

El artículo 63.2 de la CADH dispone que:

[e]n casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

De otra parte, establece el artículo 25 del Reglamento de la CorteIDH afirma que:

1. En cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio o a instancia de parte, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención.
2. Si se tratare de asuntos aún no sometidos a su conocimiento, la Corte podrá actuar a solicitud de la Comisión.
3. En los casos contenciosos que ya se encuentren en conocimiento de la Corte, las víctimas o las presuntas víctimas, sus familiares o sus represen-

tantes debidamente acreditados, podrán presentar directamente a ésta una solicitud de medidas provisionales en relación con los referidos casos.

De lo anterior es posible concluir que las medidas provisionales pueden ser adoptadas por la Corte Interamericana en los casos en que se cumplan dos presupuestos:

- a. En casos de extrema gravedad y urgencia y,
- b. Cuando se hagan necesarias para evitar daños irreparables a las personas.

De otra parte, se entiende que pueden solicitarse frente a casos de conocimiento de la Corte IDH e incluso frente a asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, estos últimos a solicitud de la Comisión Interamericana. No así cuando se trata de casos de medidas cautelares que están ante la Comisión Interamericana.

Así, en el caso *García Uribe y otros c. México*³¹ la Corte Interamericana dispuso:

4. Que de conformidad con una interpretación integral de la Convención Americana se desprende que para que exista una mínima posibilidad de que la Corte conozca el asunto que motiva la solicitud de medidas provisionales debe haberse iniciado ante la Comisión el procedimiento establecido en los artículos 44 y 46 a 48 de la Convención Americana. En consecuencia, no es suficiente que la Comisión señale que ha conocido tal asunto únicamente en su procedimiento reglamentario de medidas cautelares.

5. Que de lo anterior se desprende que la Corte sólo puede adoptar medidas provisionales cuando la Comisión Interamericana haya al menos registrado e iniciado el conocimiento de una petición conforme a sus normas reglamentarias pertinentes, sin que sea necesario que ésta decida sobre la admisibilidad o fondo de la misma. (Subrayas fuera de texto.)

Se observa de antemano una primera diferencia entre las medidas provisionales de la Corte Interamericana y las medidas interinas de la Corte Europea, como mecanismo de protección y garantía del derecho de petición individual. De una parte, en el SEDH, para efectos de decidir si se ordenan o no unas medidas interinas, se hace énfasis en el objetivo que tienen las medidas. Es decir, las medidas se ordenan en cuanto se requiera proteger, garantizar o facilitar el ejercicio del derecho de petición individual, al momento en que exista un riesgo de que se produzca un perjuicio irremediable que impida su ejercicio.

31 Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 2 de febrero de 2006. Solicitud de Medidas Provisionales Presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Respecto de los Estados Unidos Mexicanos. Caso *García Uribe y otros*.

En el SIDH, las medidas provisionales se ordenan en el momento en que se reúna una serie de circunstancias que obliguen a su adopción. Así, mientras que en la normativa europea la adopción de medidas está ligada directamente con la protección y garantía del derecho de protección individual, ante el SIDH pareciera que esta relación, si bien puede llegar a presentarse, no es un elemento necesario. Ante el SIDH se privilegia la función de prevención de violaciones a los derechos humanos, es decir, se intenta precisamente que **no existan** nuevas peticiones ante el Sistema, en la medida en que se eviten situaciones que puedan dar lugar a violaciones de nuevos derechos. Sin embargo, hay elementos de la aplicación de las medidas provisionales que permiten inferir que su adopción busca entre otras, proteger el proceso ante este Tribunal Interamericano e incluso ante la Comisión Interamericana.

En el caso *Acevedo Jaramillo y otros*³², estableció la CorteIDH que:

Que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no solo cautelar en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas. Siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo³³.

De otra parte, en el caso *Boyce y Joseph C. Barbados*, la Corte determinó que:

[i]n this case the measures mandated are designed to allow the organs of the Inter-American system of human rights protection to evaluate the possible existence of a violation of Articles 2, 4, 5 and 8 of the American Convention³⁴.

32 Resolución de la Corte Interamericana De Derechos Humanos del 23 de noviembre de 2004. Solicitud de Medidas Provisionales Presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Respecto del Estado del Perú. Caso *Acevedo Jaramillo y otros*.

33 *Cfr. Caso Luisiana Ríos y otros (Radio Caracas Televisión-RCTV-)*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de septiembre de 2004, considerando quinto; *Caso Masacre de Plan de Sánchez (Salvador Jerónimo y otros)*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de septiembre de 2004, considerando sexto; y *Caso de la emisora de televisión "Globovisión"*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de septiembre de 2004, considerando quinto.

34 Resolución de la Corte Interamericana De Derechos Humanos del 25 de noviembre de 2004. Solicitud de Medidas Provisionales presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Respecto del Estado del Estado de Barbados.

Como se observa, si bien la normativa interamericana no contempla de manera expresa, como sí lo hace la Europea, la protección del derecho de petición individual como objetivo primordial de las medidas provisionales, hay elementos para pensar que su garantía es también uno de los objetivos de las medidas provisionales, principalmente si se sigue la interpretación que propone este artículo, es decir, si se entiende que al derecho de petición individual relacionado con el artículo 25 de la CADH antes que con el 44.

En primer lugar, como se observó, la adopción de las medidas exige que se haya iniciado un procedimiento ante el SIDH, más específicamente ante la Comisión, diverso del que constituye la adopción de medidas cautelares. Lo anterior evidencia que existe una relación entre la adopción de las medidas provisionales y el curso del procedimiento ante el Sistema, luego se trata de medidas que se otorgan en el marco de ese procedimiento y que pueden constituir por tanto una protección a este último.

De otra parte, al denominar a las medidas provisionales como una “verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo”, se observa que uno de los propósitos de éstas es el de prevenir las violaciones a todos los derechos consagrados en la CADH, entre los cuales se encuentra el derecho consagrado a la protección judicial, consagrado en el artículo 25 de la CADH.

Finalmente, en la última jurisprudencia citada, caso *Boyce y Joseph c. Barbados*, la CorteIDH reconoce que uno de los propósitos de las medidas es el de permitir a la Corte analizar si existieron violaciones a los derechos consagrados en la CADH.

Sin embargo, una diferencia importante entre la Corte Europea y la Interamericana en el tema que nos compete radica en que la Corte Interamericana no ha llegado a determinar, por vía del incumplimiento de las medidas provisionales que el Estado ha violado el artículo 44 de la CADH, o el 25, si se tiene en cuenta la propuesta que este artículo formula. De ahí que, si bien es viable pensar que la CorteIDH contempla dentro de los propósitos de las medidas provisionales el de proteger el derecho de acceso al Sistema Interamericano, el procedimiento que se surte ante éste y la viabilidad de que la Corte conozca del caso sin obstáculos, no reconoce aún su incumplimiento por parte de un Estado, como la violación adicional de un derecho autónomo consagrado bien sea en el artículo 44 o en el 25 de la Convención. En otras palabras, de la protección que se hace del derecho a acceder al Sistema Interamericano a través de las medidas provisionales, no es viable concluir todavía que éste pueda ser entendido como un derecho autónomo.

Por otro lado, es preciso aclarar que a diferencia de lo que ocurre ante el Sistema Europeo, en el Interamericano del incumplimiento de las medidas provisionales

del Estado, no se deriva de manera inmediata una violación de lo consagrado en el artículo 44 de la CADH relativo al derecho a presentar peticiones. En el mismo sentido, tampoco podría decirse que su incumplimiento genere de manera automática una violación al derecho a la protección judicial o a cualquier otro derecho consagrado en la CADH, puesto que la naturaleza de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana también difiere del tipo de medidas que ordena la Corte Europea.

Al respecto, en *Ríos c. Venezuela*³⁵ la Corte Interamericana manifestó que:

Es necesario precisar que el procedimiento de medidas provisionales se ha desarrollado en forma paralela pero autónoma a la tramitación del caso ante la Comisión y la Corte. En definitiva, el objeto de ese procedimiento de naturaleza incidental, cautelar y tutelar, es distinto al objeto de un caso contencioso propiamente dicho, tanto en los aspectos procesales como de valoración de la prueba y alcances de las decisiones. Por ende, los alegatos, fundamentos de hecho y elementos probatorios ventilados en el marco de las medidas provisionales, si bien pueden tener estrecha relación con los hechos del presente caso, no son automáticamente considerados como tales ni como hechos supervinientes. Además, la Corte ha sido informada que existe otro procedimiento en curso ante la Comisión por un caso relacionado con el canal de televisión RCTV, por lo que las medidas provisionales podrían eventualmente tener incidencia en el mismo. Por todo ello, lo actuado en el marco de las medidas provisionales no será considerado en el presente caso, si no fue formalmente introducido mediante los actos procesales apropiados. (Subrayas fuera del texto)

Adicional a ello explicó que:

59. Es oportuno hacer referencia a lo alegado por la Comisión y los representantes en el fondo de la controversia acerca de los efectos del incumplimiento de órdenes de adopción de tales medidas dictadas por este Tribunal bajo el artículo 63.2 de la Convención. La Corte ha establecido que esa disposición confiere carácter obligatorio a las medidas provisionales que ordene este Tribunal. Estas órdenes implican un deber especial de protección de los beneficiarios de las medidas, mientras se encuentren vigentes, y su incumplimiento puede generar responsabilidad internacional del Estado. Sin embargo, esto no significa que cualquier hecho, suceso o acontecimiento que afecte a los beneficiarios durante la vigencia de tales medidas, sea automáticamente atribuible al Estado. Es necesario valorar en cada caso la prueba ofrecida y las circunstancias en que ocurrió determinado hecho, aún bajo la vigencia de las medidas provisionales de protección. (Subrayas fuera del texto)

35 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Sentencia de 28 de enero de 2009. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). *Parr*: 58-59

Las medidas provisionales, en el entendido de que están encaminadas a evitar daños irreparables a los derechos de las personas y prevenir la ocurrencia de violaciones, consisten en órdenes a los Estados de adoptar medidas de protección encaminadas a proteger a las personas en riesgo. De ahí que no es a partir de la ocurrencia de una violación que se determina que el Estado ha incumplido las medidas, sino de la no adopción de medidas de protección. En otras palabras, la obligación que surge para los Estados es de medio y no de resultado, puesto que no se trata, como en el caso europeo, de órdenes de no hacer, como no extraditar, expulsar o ejecutar a una persona (salvo contadas excepciones). En este caso, frente a las medidas provisionales, lo que estas le exigen al Estado es la adopción de una serie de medidas encaminadas a impedir la ocurrencia de hechos violatorios de los derechos de las personas. Su incumplimiento se evaluará es a partir de la no adopción de medidas de protección y no se deduce de manera automática de la producción de un resultado negativo. La obligación de un Estado en relación con las medidas provisionales ordenadas por la Corte Interamericana no genera responsabilidad objetiva o automática y deben evaluarse las medidas adoptadas, en cada caso concreto.

En síntesis, en relación con las medidas provisionales ordenadas por el SIDH, se observa con claridad la diferencia que existe entre éstas y las medidas interinas ordenadas por la Corte Europea. En primer lugar, porque su naturaleza difiere, bien sea porque se trata de órdenes que le generan al Estado obligaciones de medio y no de resultado, o porque su objetivo no está encaminado de manera primordial a la garantía del derecho de petición individual. De otra parte, porque si bien buscan garantizar de manera general que no existan violaciones a los derechos consagrados en la Convención Americana, de su incumplimiento no se derivan en ningún momento violaciones al derecho consagrado en el artículo 44, ni violaciones automáticas a otros derechos convencionales.

CONCLUSIONES

De lo expuesto en este artículo, es viable concluir que en la actualidad el derecho de petición consagrado en el artículo 44 de la CADH no constituye un derecho autónomo e individual y por ende, no se pueden declarar violaciones a éste. Así lo evidencian la jurisprudencia y el marco jurídico expuestos. Sin embargo, y según fue propuesto líneas arriba, se propone que el derecho de petición individual ante el Sistema Interamericano, en tanto derecho de acceso a la justicia, sea parte del contenido del derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la CADH.

Más allá de que lo anterior ocurra y la Corte Interamericana lo destaque así en su jurisprudencia, es de vital importancia tener en cuenta las diferencias reseñadas entre las medidas interinas decretadas por la Corte Europea y las medidas provisionales de la Corte Interamericana. No debe perderse de vista que en el Sistema Interamericano las obligaciones que surgen de las medidas provisionales ordenadas por la Corte son de medio y no de resultado, y no consisten simplemente en ejecutar o no ejecutar determinados actos. Sea cual sea la concepción que se tenga del derecho de petición individual, la imposibilidad de su ejercicio no puede llegar a ser de ningún modo imputable al Estado, por el simple hecho de que se haya producido una violación a algún derecho de una persona que contaba con medidas provisionales. Para poder concretar la violación, tendría que probarse, en cada caso concreto, que se incumplieron las obligaciones específicas derivadas de las medidas provisionales.

BIBLIOGRAFÍA

Instrumentos internacionales

- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades Fundamentales. 4 de noviembre de 1950. Revisado de conformidad con el Protocolo 11. Completado por los Protocolos No. 1 y 6.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.
- Reglas de Procedimiento de la Corte Europea de Derechos Humanos.
- Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por la Comisión en su 109º Periodo de Sesiones y modificado en su 116º Periodo de Sesiones, en su 118º Periodo de Sesiones y en su 126º Periodo de Sesiones.
- Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por la Corte en su XLIX período ordinario de sesiones y reformado parcialmente por la Corte en su LXI período ordinario de sesiones.

Decisiones de órganos internacionales

Corte Internacional de Justicia

- *Caso “Nicaragua c. Estados Unidos de América”*, Sentencia de 27 de junio de 1986.
- *Caso “Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia”*, revisión de sentencia de 11 de julio de 1996 en el caso referente a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Corte Europea de Derechos Humanos

- *Case Greece v. the United Kingdom*, no. 176/56, Commission's report of 26 September 1958, unpublished.
- *Case Glen Ashby c. Trinidad and Tobago*, 26 de Julio de 1994.
- *Case Akdivar and Others v. Turkey*, judgment of 16 September 1996.
- *Case Petra v. Romania*, judgment of 23 September 1998.
- *Case Kurt v. Turkey*, judgment of 25 May 1998.
- *Case Dante Piandiong, Jesús Morillos y Archie Bulan c. Filipinas*, 19 de octubre de 2000.
- *Case "Sholam Weiss v. Austria"*, 13 de junio de 2002.
- *Case Manoussos v. the Czech Republic and Germany*, 9 July 2002.
- *Case of Poleshchuk v. Russia* (application no. 60776/00). Judgment. Strasbourg. 7 octubre 2004.
- *Case Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, 2005.
- *Case Paladi v. Moldova* (Aplicacion no. 39806/05). Estrasburgo, sentencia del 10 de marzo de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- *Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de Septiembre de 1998. Serie C No. 41. Voto Razonado del Juez A.A. Cancado Trindade.
- *Caso Masacre de Plan de Sánchez (Salvador Jerónimo y otros)*. Resolución del 8 de septiembre de 2004, considerando quinto Resolución del 8 de septiembre de 2004. Medidas Provisionales. *Caso de la emisora de televisión "Globovisión"*.
- *Caso Acevedo Jaramillo y otros*. Resolución del 23 de noviembre de 2004. Solicitud de Medidas Provisionales Presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Respecto del Estado del Perú.
- Resolución del 25 de noviembre de 2004. Solicitud de Medidas Provisionales presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Respecto del Estado de Barbados.
- *Caso García Uribe y otros*. Resolución del 2 de febrero de 2006. Solicitud de Medidas Provisionales Presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Respecto de los Estados Unidos Mexicanos.
- *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). *Parr*: 58-59

Comité contra la Tortura de Naciones Unidas

- *Caso “Cecilia Rosana Núñez Chipana c. Venezuela,”*, Comunicación 110 de 10 de noviembre de 1998.
- *Caso “T.P.S. c. Canada”*, 16 de mayo de 2000

Doctrina

- Nikken, Pedro. El derecho a la protección internacional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Disponible en internet en la página web http://www.icj.org/IMG/Articulo_Nikken_ESP.pdf



Autor: Luis Mario Marín Cadavid
Título: Vislumbrando el futuro
Técnica: Acuarela
Dimensiones: 50 x 70

LA PROBLEMÁTICA CONCEPTUALIZACIÓN DEL TERRORISMO DE ESTADO*

* Este artículo es una síntesis de la monografía *Aproximación teórica al concepto de terrorismo de Estado*, presentada por el autor para la obtención del grado de Abogado

Fecha de recepción: Agosto 31 de 2009
Fecha de aprobación: Octubre 5 de 2009

LA PROBLEMÁTICA CONCEPTUALIZACIÓN DEL TERRORISMO DE ESTADO

*Jorge Mario Cárdenas Estrada***

RESUMEN

El artículo busca plantear hechos históricos para sustentar la existencia del terrorismo de Estado. Es fundamental exponer los vacíos jurídicos y conceptuales.

La existencia del terrorismo de Estado está sustentada en la manifestación explícita y reconocida de prácticas y métodos que miembros del Estado infringen a los individuos con el objetivo de disuadir y aleccionar.

Se analiza la problemática en cuanto a las posibles sanciones, castigos o penas que se podrían imponer y finalmente en cuanto a la posibilidad de tipificar el terrorismo de Estado.

Palabras clave: terrorismo, terrorismo de Estado, Doctrina de la Seguridad Nacional, enemigo interno, guerra sucia.

THE PROBLEMATIC CONCEPTUALIZATION OF TERRORISM OF STATE

ABSTRACT

The article presents the historic facts that support the existence of Terrorism of State. It is fundamental to expose the legal and conceptual empties.

The existence of the Terrorism of State is underlain on the explicit and recognized manifestation of practices and methods that members of the States infringe to the people with the objective of deter and teach.

It will be analyzed the problematic with respect to possible sanctions, punishes or sentences that could be impose and finally with respect to the possibility of categorize the Terrorism of State.

Keywords: Terrorism, Terrorism of State, Doctrine of the National Security, intern enemy, dirty war.

** Abogado de la Universidad de Antioquia, Medellín.

LA PROBLEMÁTICA CONCEPTUALIZACIÓN DEL TERRORISMO DE ESTADO

“El sistema que genera violencia como quien transpira y que practica el terrorismo de Estado cada vez que lo necesita, no tiene escrúpulos en utilizar la violencia terrorista como coartada de su mentira incesante.”

Eduardo Galeano

INTRODUCCIÓN

En el texto se reflexiona sobre la importancia de conceptualizar una cláusula tan problemática como es la del ‘terrorismo de Estado’ (en lo que sigue TE). Si bien se intenta llegar a una definición, lo que se evidencia es precisamente la dificultad de hallar una universal, de la cual carecemos, más no de utilización de métodos y prácticas que se consideran como TE. Sea pues este texto una aproximación al concepto de TE, a través del estudio de hechos históricos y de análisis discursivos acerca del TE.

Plantear el tema del TE entraña una dificultad de entrada, y es la problemática de definición de terrorismo, no sólo por la infinidad de interpretaciones que se pueden acuñar para terrorismo, sino también porque no hay un consenso en cuanto a su definición, es decir, no hay una sola definición que sirva para todo momento y para cualquier ubicación geográfica; por el contrario, cada país con sus gobernantes a la cabeza, le da una definición al terrorismo según su situación política, es decir a su conveniencia, ubicando las definiciones de terrorismo según el discurso político necesario a legitimar.

A pesar de esta dificultad de entrada, se hace necesario tratar de conceptualizar el terrorismo de Estado como una problemática independiente a la definitoria de terrorismo, esto por su importancia dentro de la historia mundial y sobre todo por sus consecuencias. Para llegar a hacer una interpretación responsable acerca de lo que es el terrorismo de Estado como tal, se hace necesario primero realizar un repaso histórico de lo que se ha conocido como terrorismo de Estado, segundo plantear precisamente la dificultad de definir el terrorismo, hablar de algunas de las interpretaciones y finalmente plantear propuestas e inquietudes desde el derecho.

REPASO HISTÓRICO DEL TERRORISMO DE ESTADO

En cuanto a los antecedentes del TE se podría decir que ciertas coyunturas históricas como la Inquisición¹ y la Revolución Francesa sirven como un prisma del concepto de TE en sus métodos y objetivos, siendo sus antecedentes más visibles en Occidente.

La Inquisición resalta no sólo por la aplicación de los métodos que más tarde serían característicos del TE, sino por la influencia del miedo y la sospecha generalizada que tuvo lugar en las distintas capas de la sociedad de entonces. Por otro lado, el “Gran Terror” en la Revolución Francesa, es un punto de referencia, no sólo para analizar el tema del terrorismo generado por el Estado hacia sus ciudadanos, sino para verificar la problemática de la persecución al pensamiento político divergente en épocas de convulsión generalizada.

No se pretende decir que durante la Inquisición haya operado el TE, como tampoco se puede plantear que el inicio de éste se haya dado en la Revolución Francesa; lo que se pretende mostrar es que en esos momentos de la historia se pueden encontrar rastros de luchas, enfrentamientos políticos y planteamientos ideológicos, que llevaron por diferentes vías a que el terror influyera en amplias capas de la sociedad de manera deliberada y como método para conseguir fines políticos.

En cuanto a la evolución histórica del TE, teniendo en cuenta que si bien conceptualmente no se ha teorizado mucho acerca del problema, se puede afirmar que los hechos históricos nos ayudan a hacer una lectura de lo que ahora se conoce como TE, por este motivo hay que señalar que históricamente fenómenos como el nazismo y el estalinismo fueron sustentados con base en métodos y mecanismos propios de lo que se considera de forma mayoritaria como terror estatal. “En todo caso, y de acuerdo con el criterio de la politóloga alemana Hannan Arendt, el más alto grado de Estado terrorista conocido en el siglo XX quedó representado por los sistemas nazi y estalinista.”²

Es indispensable a la vez mencionar que el fenómeno de terrorismo de Estado también se dio en el marco de las dictaduras latinoamericanas, especialmente en el cono sur, y en algunos países de centroamérica. Hay que dejar claro que este fenómeno en parte fue sustentado por lo que se conoce como la Doctrina de la Se-

1 Es el término con el que se alude a las instituciones de la iglesia católica, que abogaron por la supresión de la herejía. La primera Inquisición fue la medieval fundada en 1184. Derivaron de esta las demás, como la Inquisición española, comprendida entre 1478-1821, la inquisición portuguesa que comprendió desde 1536 hasta 1821 y finalmente la inquisición romana que fue fundada en 1546 y terminó en 1965.

2 Corte, Luis de la. *La lógica del terrorismo*, España: Alianza Editorial, 2006. p. 25.

guridad Nacional, que no es otra cosa que el adiestramiento de las fuerzas militares de América latina por parte del gobierno de Estados Unidos, con base en la teoría del “enemigo interno” y empleando lo que conocemos como la “guerra sucia”. La Doctrina de la Seguridad Nacional es un fenómeno típicamente latinoamericano, el cual consiste en militarizar la seguridad y las instituciones estatales. Se convierte, entonces, según Francisco Leal Buitrago “en una macroteoría militar del Estado y del funcionamiento de la sociedad”³.

Este tipo de concepción de la sociedad entiende las manifestaciones sociales y los movimientos reivindicativos de protesta, como manifestaciones subversivas y comunistas, lo que constituye una negación por parte del Estado de los problemas sociales y de inequidad preponderantes durante toda la historia de América Latina.

La Doctrina de la Seguridad Nacional no sólo hereda la vieja tradición militarista del siglo XIX, sino que también proyecta su rango de acción en la esfera del “colaboracionismo internacional”; es así como se produce a lo largo y ancho del continente americano la influencia de Estados Unidos en el adiestramiento militar de los diferentes países, lo que se manifiesta en asistencia militar, entrenamiento de oficiales en Estados Unidos y Panamá (en donde se encontraba ubicada la Escuela de Formación de Militares de Estados Unidos para América Latina), además de un apoyo logístico y económico a las dictaduras del cono sur:

La doctrina de la seguridad nacional tuvo su expresión en la adopción por todos los gobiernos latinoamericanos de leyes de “seguridad nacional”: decreto 8944 de 1965 en Bolivia, Ley 20.840 en Chile, Ley 16.970 de 1966 en Argentina, ley 48 de 1968 en Colombia, ley 348 de 1968 en Brasil, Ley Orgánica de seguridad y defensa nacional de 1976 en Venezuela, ley 275 de 1979 en Ecuador, etc.⁴

A través de dichas normas, se promovió en el hemisferio un generalizado sistema de seguridad nacional, como también la legitimación de la intervención militar en lo civil y lo público. Este ambiente generó un apoyo en cuanto a organización y disposición de recursos por parte del Estado para adelantar la guerra contra el “enemigo interno”.

Podemos caracterizar la Doctrina de la Seguridad Nacional como una expresión militar que promovió y permitió que se ejecutara el TE a lo largo y ancho de América latina; lo anterior sustentado en

3 Leal Buitrago, Francisco. *La seguridad Nacional a la deriva*, Bogotá: Numas, 2002. p.1.

4 OMC. *Terrorismo de Estado en Colombia*, Bruselas: ediciones NCOS, 1992. p. 6.

primer lugar por la característica represiva de los regímenes latinoamericanos que está fundamentalmente relacionado con los modelos económicos de acumulación, impuestos por las corporaciones multinacionales y las élites nativas. Segundo, los sistemas represivos son el producto superestructural de la intensa lucha de clases político-militar entre los regímenes capitalistas y los movimientos populares, democráticos y revolucionarios que ha caracterizado la historia de América latina desde la revolución cubana⁵.

De esta manera se hizo posible que la Doctrina de la Seguridad Nacional fuera el cuerpo ideológico que legitimara ante la sociedad y ante las élites políticas los golpes de Estado.

Los golpes de Estado legitimados y justificados por la dicha doctrina fueron el eje fundamental durante la segunda mitad del siglo XX en América Latina: Argentina 1966 y 1976, Brasil 1964, Chile 1973 y Perú 1968. Este tipo de nuevo militarismo legitimó operaciones como la reconocida “Operación Cóndor”, la cual pretendió aniquilar toda la influencia de pensamiento comunista mediante acuerdos y estrategias de cooperación militarista entre Estados Unidos y Argentina, Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay y Bolivia⁶.

Como culminación del proceso que se adelantó, se utiliza la negación del TE, y la coetánea condena del mismo, el afincamiento en procesos electorales y de mayorías para legitimar toda acción política y militar en la democracia representativa, a pesar de los amplios márgenes de abstención electoral. Es así como los crímenes, desapariciones, torturas y ejecuciones extrajudiciales son cometidos por escuadrones de la muerte, mecanismos de la justicia privada que son promovidos y patrocinados económicamente por élites comerciales y terratenientes locales,

5 Chomsky, Noam y Otros. *Terrorismo de Estado. El papel internacional de EEUU*, Navarra: Tafalla, 1990. p.117.

6 A mediados de los setenta, las fuerzas represivas del Cono Sur habían controlado la situación con un saldo de cuatro millones de exiliados en países vecinos, 50.000 asesinatos, al menos 30.000 desaparecidos, 400.000 encarcelados y 3.000 niños asesinados o desaparecidos. En julio de 1975, la séptima Conferencia Bilateral de Inteligencia entre Paraguay y la Argentina, llegó a la conclusión que era necesaria la coordinación de las actividades de inteligencia de ambos países. Tres meses después, la DINA organizó un encuentro de los jefes de inteligencia militar de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay; aunque la Operación Cóndor nació en una reunión posterior en la que sólo invitó a Paraguay. La misma consistía en la recolección, intercambio y almacenamiento de información sobre líderes y grupos políticos, entre los países del Cono Sur. Además, realizarían operaciones conjuntas en los países miembros con el fin de secuestrar y llevar a sus países de orígenes a los exiliados políticos o de eliminarlos (como ya había ocurrido con Carlos Prats y su esposa). Finalmente también acordaron la organización de una “Tercera Fase” para realizar tareas conjuntas en países no miembros de esta operación que asilaban a personalidades molestas para las dictaduras sudamericanas. Paredes, Alejandro. *La Operación Cóndor y la Guerra Fría*. Tomado de Revista Universum N° 19 Vol.1:122 - 137, Chile: 2004

realizando un doble juego, que tiene como desarrollo, por una parte, condenar las acciones de grupos paramilitares y los excesos de la fuerza pública pero, por otro lado, se firman pactos, se realizan reuniones para brindar apoyo clandestino con el fin de desaparecer la protesta social, deslegitimar las reivindicaciones laborales y cualquier petición de reforma agraria.

La nueva lógica del TE en América latina durante lo que va corrido en el siglo XXI, difiere del panorama que se presentaba durante la segunda mitad del siglo XX, ya que las dictaduras no son compatibles con el sistema internacional de protección de los derechos humanos y con el sistema político internacional que establece relaciones de dependencia diplomática, política y de economía entre democracias legitimadas electoralmente⁷.

Dicha lógica y estrategia de los Estados que han utilizado el terror, ha sido una construcción histórica basada en la persecución y estigmatización de sectores sociales identificados con determinada ideología política. El TE latinoamericano se ha configurado a partir del legado de las dictaduras del siglo XX, estableciendo una guerra frontal contra el libre pensamiento, cuyos gestores fueron el fascismo, el nazismo y el estalinismo, pero, ante todo, se configuró con la lucha antisubversiva enseñada por la Doctrina de la Seguridad Nacional, una lucha soterrada y clandestina, que en el contexto de una guerra fría aprendió a proteger el sistema del desprestigio internacional, ocultando, negando y condenando el terrorismo de Estado con la fachada de una democracia formal, pero practicando métodos propiamente dictatoriales en cuanto a la protesta social y a las manifestaciones políticas que denuncian las prácticas criminales del Estado y su fuerza pública.

7 Ibid. 127-128. “La necesidad de crear un “Estado clandestino” dentro del Estado se deriva del hecho de que la estructura democrática formal de la sociedad burguesa constituye una restricción potencial para el abuso del poder estatal contra un grupo o un individuo de la sociedad –tanto civil como política. Entonces, cuando el sistema entra en una crisis (real o percibida como tal) la estructura formal-democrática-constitucional llega a ser disfuncional para la ejecución de determinadas políticas (generalmente de represión o pauperación) y es remplazada parcial o totalmente... al operarse esta metamorfosis, el Estado trata de efectuar una reestructuración de facto de las relaciones entre sociedad civil y política, procurando dejar lo más intacto posible la estructura formal-constitucional, para evitarse problemas de legitimidad internos y en el exterior. Se trata de un proceso de concentración de autonomización del poder en el núcleo del Estado, es decir, en su complejo militar y de inteligencia-apoyado generalmente por fracciones de la clase dominante, y a veces, de sectores medios-el cual, mediante la creación de un sistema clandestino de represión y el uso del terrorismo, procura lograr cuatro objetivos:

- 1) Neutralizar los controles internos de la sociedad política.
- 2) Neutralizar los controles internos de la sociedad civil.
- 3) Aumentar el efecto psicológico de la represión.
- 4) Protegerse contra la crítica a la violación de derechos humanos”

LA DIFICULTAD DEFINITORIA DE TERRORISMO

Una vez delineados algunos antecedentes y analizada sumariamente la evolución histórica del fenómeno del TE, es necesario entrar en un examen conceptual, que buscará aproximarse a lo que universalmente comprendemos cuando escuchamos hablar del terrorismo de Estado; para esto hay que analizar un poco la problemática interpretativa del terrorismo.

Por el uso indiscriminado del término y por su importante lugar dentro de la política, la economía y la sociedad actual en general, se presenta la necesidad de entender y caracterizar el concepto de terrorismo, no sólo por lo que éste significa como fenómeno, sino también por las consecuencias de lo que allí se contiene. Por todo esto es valioso “*recuperar tanto algunas de las manifestaciones empíricas con que el fenómeno apareció en la historia, como aquellas reflexiones teóricas que esos fenómenos suscitarán sobre el terror y el terrorismo*”⁸.

El objetivo no es postular una definición de lo que es el terrorismo (porque eso sería irresponsable, en el sentido de que no hay una definición que sea única o universal) sino, más bien, hacer un recuento de por qué existe la dificultad de definir el terrorismo y por qué se le acuñan las diferentes concepciones que se tienen del concepto, dadas por algunos de los más importantes estudiosos del tema.

Es importante tener en cuenta como dice Walter Laqueur:

ninguna definición del terrorismo tiene posibilidad de abarcar todas las variedades de terrorismo que han aparecido a lo largo de la historia: las guerras campesinas, las disputas laborales y el bandidaje estuvieron acompañados de actos de terror sistemático, y lo mismo puede decirse respecto de las guerras generales, las guerras civiles, las guerras revolucionarias, las guerras de liberación nacional y los movimientos de resistencia contra ocupantes extranjeros. En la mayoría de esos casos, no obstante, el terrorismo no fue sino una más entre las diversas estrategias, y, por lo común, una estrategia de segundo orden⁹.

Es allí donde nos encontramos con la dilucidación que hace Bruce Hoffman en el texto *Mano Armada, Historia del Terrorismo*¹⁰, quien realiza un análisis particular acerca de las definiciones de terrorismo que se pueden encontrar en los diccionarios

8 López, Ernesto Justo y Ianni, Octavio y otros. *Escritos sobre terrorismo*, Argentina: Prometeo Libros, 2003. p.47.

9 Laqueur, Walter. *Una historia del terrorismo*, Barcelona: Paidós, 2003. p.37.

10 Texto citado en la bibliografía.

y en particular en el *Oxford English Dictionary*, que define lo siguiente: “Terrorismo: Sistema de terror. 1. Gobierno mediante la intimidación tal y como ejerció el partido en el gobierno en Francia durante la revolución de 1789-1794; el sistema del “terror”. 2. Política creada para golpear con terror a aquellos contra los que es adoptada; empleo de métodos de intimidación; acción de aterrorizar o condición de ser aterrorizado”¹¹.

Acerca de estas definiciones dadas por el diccionario citado por Hoffman, este afirmó:

Estas definiciones son totalmente insatisfactorias. Primero, en vez de comprender qué es el terrorismo, uno se encuentra con una descripción histórica un poco enlatada e inútilmente anacrónica, si se tiene en cuenta el uso moderno del término. La segunda definición que se nos ofrece es solo un poco más útil. Aunque comunica con exactitud la capacidad del terrorismo para sembrar el miedo, la definición es tan amplia que se puede aplicar a casi cualquier acción que nos aterrorice. A pesar de que esta capacidad es parte integral del terrorismo, la definición sigue resultando insuficiente para el propósito de explicar con exactitud el fenómeno que en la actualidad se define como “terrorismo.”¹²

Así es como se evidencia que la definición de terrorismo no sólo es problemática, sino que puede verse como desactualizada, dependiendo de las condiciones contemporáneas.

La definición de terrorismo presenta diferentes dificultades en el sentido semántico del término, así como en el práctico, esto argumentado precisamente en el problema de la subjetividad del terror generado por los actos considerados como terroristas. “Una de las primeras dificultades que surge a la hora de definir qué es terrorismo resulta de la característica eminentemente subjetiva del terror”¹³.

Es importante dejar claro en este punto que existe un problema que atraviesa a lo largo y ancho la revisión histórica que sobre el tema del terrorismo plantean algunos autores. Suele existir una confusión en términos de prácticas, métodos y objetivos del terrorismo, ya que se suele confundir el tema del terrorismo a secas, con el tema del TE.

11 The Oxford University Press Dictionary, Compact Edition (Oxford), Oxford University Press, 1971, pag. 3268, col. 216.

12 Hoffman, Bruce. *A mano armada: historia del terrorismo*, Madrid: Espasa, Hoy. 1999. p. 16.

13 López, Ernesto Justo y Ianni, Octavio y otros. *Escritos sobre terrorismo*, Argentina: Prometeo Libros, 2003.p.53.

[...] analistas suelen decir que el terrorismo en sentido estricto, o el “terrorismo moderno”, nace con la proclamación de la Revolución Francesa, ya que fueron los propios revolucionarios los que aportaron una primera definición del fenómeno. Para Robespierre, la instauración de un gobierno basado en la intimidación, la coerción y el terror sería el único método capaz de difundir las nuevas virtudes cívicas que requería el nuevo régimen. Por ello mismo, entre abril de 1793 y julio de 1794 los jacobinos instauraron en Francia un régimen de excepción durante el que proliferaron los juicios y las ejecuciones sumarias, diseñadas y celebradas de modo público con claros propósitos ejemplificadores. No es casual que ese brutal periodo acabara siendo bautizado como *régime de terreur*; según queda reflejado en el suplemento de 1798 del diccionario de la academia francesa. A partir de entonces, las palabras “terror” y la expresión “terrorismo de Estado” ganaron las connotaciones peyorativas que aún les acompaña. También desde ese momento numerosos Estados serían acusados de haber cometido o alentado actividades terroristas e incluso algunos han sido eventualmente definidos como “Estados terroristas”. Limitándonos al siglo XX, cabría mencionar como ejemplos más característicos de terrorismo de Estado los de varios gobiernos dictatoriales del Cono Sur iberoamericano (por ejemplo, el del general chileno Augusto Pinochet, establecido entre 1973 y 1988, o el gobierno impuesto por la Junta Militar argentina desde 1976 a 1983) o diversos regímenes comunistas (entre los que se podría destacar por su brutalidad el régimen camboyano de Pol Pot y los Jemeres Rojos, entre 1975 y 1979)¹⁴.

Podemos encontrar en el anterior acercamiento al problema del terrorismo, términos como “gobierno”, “régimen” y “Estado”, los cuales son ejes fundamentales, del tema TE. Pero el problema no sólo es semántico, sino de concepción histórica.

Plantear el origen del terrorismo con la Revolución Francesa, es un lugar común y una trampa que el facilismo promueve para identificar la época del “Gran terror” francés con el concepto terrorismo, esa mirada limitada de equiparar terror con las primeras seis letras del terrorismo nos debe llamar la atención, ya que el tema del surgimiento de los conceptos no va de la mano necesariamente con el tema de equiparaciones semánticas, sino que el contenido y el peso fáctico de los conceptos es lo que determina su aparición y su semejanza.

Para buscar las raíces de los problemas históricos, se debe buscar en los hechos y no en las letras. Lo que se pretende hacer notorio es que, algunos autores, como Luis de la Corte Ibáñez¹⁵, suelen confundir el nacimiento del terrorismo de Estado,

14 Corte, Luis de la. *La lógica del terrorismo*, España: Alianza Editorial, 2006. p. 25.

15 Citado anteriormente en este texto.

que impuso el gobierno jacobino con el tema del terrorismo subestatal¹⁶. Pero la problemática semánticamente hablando no es tan compleja como parece, simplemente el terrorismo a secas es una práctica realizada desde abajo hacia arriba, es decir, desde organizaciones o grupos hacia la sociedad, con el fin de influir en los que administran el Estado y políticamente en los ciudadanos; por otro lado, el TE es el que se fija desde arriba hacia abajo, en el cual los que administran el Estado, utilizan herramientas propias del terrorismo hacia grupos sociales de determinada orientación política, incluso el TE surge como respuesta al terrorismo subestatal, como lo han demostrado los hechos históricos, principalmente en las dictaduras del cono sur.

La problemática interpretativa del concepto de terrorismo, posee también la dificultad de su definición. Desde diferentes organismos internacionales, gobiernos, fuerzas militares e incluso reconocidos intelectuales se han planteado diferentes concepciones del terrorismo, la mayoría de ellas, de corto alcance dadas, por un lado, por la parcialidad de las visiones y, por otro lado, por la brevedad conceptual con la que se plantean, lo que hace sesgada y en ocasiones anacrónica y no-neutral la definición de terrorismo.

Es para tener en cuenta, que en relación con el terrorismo a secas, la etapa contemporánea no parece vislumbrar un fin cercano para el terrorismo, ya que en gran parte de Europa y Estados Unidos han surgido amplios movimientos de ideología fascista, neonazi y de ultraderecha, que plantean una lucha frontal y violenta en contra de los inmigrantes, judíos y cualquier otro grupo cultural que esté excluido de su ideología política. Como blanco de estos ataques no sólo están las personas, sino cualquier institución que represente un nexo con los grupos sociales de los marginados.

Por otro lado, la lucha contra el terrorismo surgida después del 11 de septiembre¹⁷, deja abiertamente inconclusa la agresión que desde la red terrorista *Al Qaeda* se

16 Debe quedar claro que el terrorismo subestatal es el que es realizado por organizaciones terroristas, o por otro tipo de organizaciones, políticas, religiosas, o de insurgentes con el fin de crear un impacto en la población y de atacar bien sea la institucionalidad o algún miembro representativo del Estado. Es así que se puede asimilar o entender la práctica del terrorismo subestatal con el terrorismo realizado en contra del Estado.

17 “El 11 de septiembre de 2001 hacía la clásica mañana en que todo parecía perfecto en el mundo. En la costa Este de Estados Unidos, la atmósfera era fría y transparente, el cielo de un puro color azul, infinito, sin nubes. Era una mañana muy norteamericana. La mañana ideal para sacar al perro a pasear, para parar a tomar un café y un bollo camino del trabajo. La mañana ideal para volar.

Era una cuestión de vital importancia para los diecinueve hombres de Oriente Próximo que subieron a los vuelos de Boston, Newark y Washington con destino a la costa Oeste. Cualquier retraso provocado por la meteorología, por insignificante que fuera, podía sabotear sus planes sincronizados para infligir daños inimaginables a su enemigo, los Estados Unidos de América.

ha proyectado hacia algunos gobiernos occidentales. Además de que la organización terrorista sigue funcionando y su principal líder Osama ben Laden no fue capturado aún.

Se puede afirmar, basados en los hechos, en la caracterización y en los testimonios históricos que ha dejado la humanidad, que de un modo general existen dos tipos de terrorismo y estos se pueden dividir de acuerdo a los métodos y a momentos históricos; es así que aparece una diferenciación entre ‘terrorismo de Estado’ y ‘terrorismo subestatal’, teniendo este último implicaciones históricas en los movimientos de resistencia, los cuales tienen sus antecedentes mucho antes del Siglo XIX.

Podríamos decir, que el terrorismo subestatal es una expresión social en la cual un grupo que tiene coincidencias políticas decide organizarse, armarse y enfrentar al Estado clandestinamente, con actos que por su magnitud generan terror en la población y en sus gobernantes. Igualmente, es posible afirmar que en el marco de la lucha frontal que internacionalmente se propuso dar contra el terrorismo, por parte de muchos gobiernos occidentales, se puede incurrir en el TE, no sólo a nivel nacional, es decir, que los Estados practiquen el terrorismo dentro de su propio Estado y en contra de sus propios ciudadanos, sino que lo hagan en contra de otras naciones, lo que se podría denominar como ‘terrorismo de Estado internacional’.

En este orden de ideas, debe quedar claro que los objetivos perseguidos por el terrorismo subestatal y el TE son muy diferentes, que tal vez la coincidencia la encontremos en la utilización de métodos y prácticas pero no en los objetivos. Es importante en este punto retomar la clasificación que del terrorismo subestatal hace

A las 7.45 de la mañana, el vuelo 11 de American Airlines despegó de Boston en dirección a Los Ángeles, seguido trece minutos después por el vuelo 175 de United Airlines, con el mismo destino. Al cabo de tres minutos, el vuelo 93 de United Airlines dejaba Newark camino de San Francisco. A las 8.10 de la mañana, el vuelo 77 de American Airlines despegó del aeropuerto Dulles de Washington.

Armados con cutres y cuchillos, los hombres se hicieron enseguida con el control de los cuatro aviones y los desviaron hacia sus objetivos de Manhattan y Washington. A las 8.45, el vuelo 11 de American Airlines (cargado de combustible, como los demás, para su larga travesía) se estrelló contra la torre norte del World Trade Center y provocó una gigantesca bola de fuego en el interior del edificio. Veinte minutos después, el vuelo 175 de United Airlines, convertido en una inmensa bomba volante, chocó contra la torre sur. Al cabo de una hora y media, ambos rascacielos se habían derrumbado. A las 9.39, el vuelo 77 de American Airlines impactó contra un lado del pentágono. Solo el heroísmo de los pasajeros que atacaron a los secuestradores del vuelo 93 de United Airlines impidió que lo utilizaran para otro ataque Kamikaze. Después del enfrentamiento, cuyos detalles nunca sabremos, el avión se estrelló al sudeste de Pittsburgh (Pensilvania) a las 10.10 de la mañana, matando a pasajeros, tripulantes y secuestradores.

En poco más de una hora, más de cinco mil personas perecieron en el acto más catastrófico de la historia de Estados Unidos.”

Bergen, Peter L. *Guerra Santa, S.A.*, Buenos Aires: Grijalbo Mondadori S.A., 2001. p. 45-46.

Michael Ignatieff¹⁸, para comprender que dentro de esta clasificación no cabe el TE. Este autor nos dice que “Hay seis tipos de terrorismo diferentes que deben ser identificados y cada uno de ellos exige su propia respuesta política:

- El terrorismo insurrecto, cuya meta es el derrocamiento revolucionario de un Estado,
- El terrorismo individualista o centrado en un asunto, cuya meta es la publicidad de una única causa,
- El terrorismo de liberación, cuya meta es el derrocamiento de un régimen colonial,
- El terrorismo separatista, cuya meta es lograr la independencia de un grupo étnico o religioso subordinado dentro de un Estado,
- El terrorismo de ocupación, cuya meta es echar a una fuerza ocupante del territorio adquirido mediante una guerra o conquista,
- El terrorismo global, cuya meta no es la liberación de un grupo concreto sino infligir daños y humillación a un poder global.”

Consideramos que el terrorismo de Estado exige también no sólo un análisis político, sino un estudio conceptual más claro y eficiente.

Así pues, que una vez contempladas algunas definiciones de terrorismo y conseguidas ciertas diferencias entre el TE y el terrorismo a secas, se hace necesario dejar claro, que si bien el terrorismo de Estado no es objeto de amplios estudios que se encarguen de éste en cuanto a su análisis discursivo, sí es muy amplio el recuento que de prácticas y métodos considerados como TE se ha dado en el mundo, es decir, que no es frecuente que conceptualmente se hable de este fenómeno, sino que su análisis ha sido dentro del estudio del terrorismo y no como una cláusula independiente. Esto es importante, porque nos parece necesario que se empiece a conceptualizar acerca del terrorismo de Estado como algo independiente al terrorismo, para así buscar soluciones a ciertos problemas jurídicos, ya que si bien se ha planteado una lucha frontal contra el terrorismo, dicha lucha como es obvio no comprende al TE, ya que sería una contradicción de orden mayor para los Estados que están involucrados en la mencionada lucha.

18 Ignatieff, Michael y Delgado, Maria Jose. *El mal menor: ética política en una era de terror*, Bogotá: Taurus, 2005.p.116.

PROPUESTAS DESDE EL DERECHO

Si bien el TE es una práctica común, como está evidenciado en la historia, cuestión que pudiera resultar incómoda no sólo de reconocer, sino de nombrar también, muy a pesar de esto, como se dejó esclarecido, se carece de suficientes análisis conceptuales, con una mirada desde el derecho, donde se podría hacer una relación con las responsabilidades jurídicas (penales), criticando el significado de que un Estado legítimamente constituido realice esta práctica (que no solo es denigrante sino también ilegal).

En este orden de ideas se hace importante analizar la problemática en cuanto a las posibles sanciones, castigos o penas que se podrían dar y finalmente en cuanto a la posibilidad de tipificar el terrorismo de Estado, ya que se entra en un campo casi absurdo, al hablar de una práctica que es realizada por el Estado y que es ilegal e ilegítima, pero que no por eso es inexistente. Lo anterior, considerando que las consecuencias del TE son casi siempre Crímenes de Lesa Humanidad, y que la mayoría de los países condenan estos crímenes y además están obligados a hacerlo.

Se debe tener en cuenta para este efecto, la existencia de la Corte Penal Internacional, que es un tribunal de justicia internacional permanente, cuya misión es juzgar a las personas que han cometido crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad como la esclavitud, el apartheid, el exterminio, los asesinatos, las desapariciones forzadas, las torturas, los secuestros y el delito de agresión, entre otros. Es necesario conocer que los mencionados crímenes que puede conocer dicha Corte, se encuentran señalados por el artículo 5 del Estatuto de Roma.

La importancia de darle una mirada desde el derecho al TE, en este texto, se justifica en la existencia de una serie de dudas y vacíos que se tienen en cuanto a estos problemas. A partir de la tan anunciada lucha contra el terrorismo que emprendieron varios gobiernos, a partir del 11 de septiembre de 2001, caben, entre otras, preguntas como por ejemplo, ¿es preciso también anunciar una lucha frontal contra el TE? ¿Cuáles podrían ser los mecanismos para enfrentar el TE? ¿Por qué no se anuncia con el mismo clamor una lucha contra el TE?

Asimismo, es importante tener en cuenta que la lucha contra el TE hay que darla, no sólo por medio de la denuncia, sino con mecanismos jurídicos aún inexistentes, en el sentido de que por ahora no ha sido condenado ningún Estado que haya practicado el TE.

Es así como Henry Torres Vásquez en su libro *Justicia universal, delitos de lesa humanidad y terrorismo de Estado*, plantea varias tesis interesantes, acerca de estos aspectos que pocos se han aventurado a realizar:

La acción del Estado, o más exactamente del gobierno de un Estado en cuanto a causar terror, el terror como medio para lograr su fin último, en el terrorismo de Estado es actuar en contra de una persona o de una colectividad inserta en el delito de genocidio (art.101 y s. del C.P) y la individual en los delitos contra personas o bienes protegidos por el derecho internacional humanitario (título II C.P). La trascendencia que para el derecho penal tiene la posibilidad de que sean el propio gobierno y sus miembros sujetos activo del delito de TERRORISMO DE ESTADO, haría que la defensa de la Constitución esté por encima del propio gobierno, y al defenderse la Carta Magna es de considerar que hemos dado un gran paso hacia la defensa de los derechos fundamentales¹⁹.

También es importante plantear la necesidad de un organismo que pueda llevar a cabo sanciones a los Estados, por la comisión de actos de terrorismo, pero para eso no sólo es necesaria una definición normativa de alcance mundial del fenómeno, sino también que el TE sea tipificado como delito internacional.

Por otra parte, una forma de intentar combatir el TE a partir del derecho, sería la aplicación del derecho penal en los delitos que se considera están contenidos dentro del TE; esto puede resultar una forma estratégica para desde el derecho presionar a que los Estados presten más atención al problema y sobre todo que se realicen análisis serios con respecto a este.

si consideramos que cuando se cometen delitos de lesa humanidad (tal y como son el genocidio, la tortura, desaparición forzada de personas, etc.), y existe una sentencia condenatoria contra un funcionario en ejercicio de un cargo público, o un gobernante, tal como ha sucedido en los casos en los que la responsabilidad de Estado se ha establecido por el delito de genocidio (casos como los de Chile o Argentina) esto equivale a amoldar estos delitos a lo que llamamos terrorismo de Estado; aunque los delitos de genocidio se hallan consagrados como de lesa humanidad, y la responsabilidad se ha tipificado respecto a unas determinadas personas del gobierno, considerar al Estado como delincuente bien podría darse para poder ejercer presión internacional que lleve al restablecimiento, o a diseñar un modelo de Estado verdaderamente Democrático y respetuoso de los derechos fundamentales²⁰.

A partir de lo anterior se pueden crear soluciones y sobre todo mecanismos para combatir el TE debido a que “la posibilidad de aplicar sanciones penales a los responsables de esos crímenes no está bajo la jurisdicción del Estado donde se cometieron, de manera exclusiva, sino que cualquier Estado puede y debe ejercer su jurisdicción, tal es el caso típico de los delitos que cometieron los militares ar-

19 Torres Vásquez, Henry. *Justicia penal universal, delitos de lesa humanidad y terrorismo de Estado*, Bogotá: Graficopias. 2006. p.68.

20 *Ibíd.* p.25.

gentinos en décadas pasadas, y a los que se les investiga por los delitos de torturas y genocidio, entre otros, ese gran avance en la persecución de esos delitos, nos hace más optimistas”²¹.

Si bien estas son formas de empezar a generar presión, no son una solución definitiva al TE, son pasos que se han dado, pero con los cuales no todos los países están comprometidos a ejercer su jurisdicción para contrarrestar estos crímenes, ya que en muchas ocasiones se verían comprometidas personas importantes de los respectivos gobiernos.

En cuanto a la necesidad de tribunales internacionales, encargados de perseguir e investigar el TE, valdría decir que si bien se hacen necesarios, pareciera una posibilidad muy lejana. Por todo lo planteado anteriormente, es decir, por la imposibilidad que se ha presentado hasta ahora de definir el TE a nivel mundial, como consecuencia también de la problemática definitoria del terrorismo a secas; también porque habría que precisar un Tribunal, con una capacidad lo suficientemente eficaz como para condenar a un Estado y no sólo a personas pertenecientes a ese Estado.

Finalmente, es necesario aclarar que si bien algunos países, por medio de sus tribunales, hacen algo para solucionar el TE, es realmente poco lo que se ha hecho desde el Derecho Internacional para combatir éste, comparado con la magnitud del problema.

Una forma de combatir el problema, es que en los países donde se da aún el TE, se respeten las respectivas constituciones y leyes, pero que se respeten sobre todo los derechos humanos previstos en la normatividad internacional, independiente del Estado donde se cometa el TE.

CONCLUSIONES

- El problema del TE es histórico con características políticas, lo cual nos permite rastrearlo en diferentes épocas y lugares del mundo. A pesar de no existir un consenso y una posición en la cual converjan los estudiosos acerca del nacimiento del TE, a través de sus características, es posible encontrar su origen, auge, manifestaciones y transformaciones. Es decir, la característica histórica del problema nos da ejemplos ciertos de sus características políticas, para de esta manera profundizar en el análisis del fenómeno.

21 Op. Cit. pp. 25-26.

- El terrorismo de Estado tiene explicaciones en el tema de la legalidad, la política y las manifestaciones culturales de los pueblos; es así como se puede diferenciar entre el terrorismo subestatal que ataca las instituciones y el orden del Estado, y el TE, que ataca a agentes subversivos o sospechosos de serlo, a agentes potencialmente peligrosos o inconvenientes políticos, con los recursos e investidura propia de funcionarios estatales.
- Se puede afirmar que el TE ha sido un método mediante el cual, los que detectan el poder estatal, utilizan fuerzas represivas del Estado con el fin de encontrar gobernabilidad, legitimidad y autoridad, frente a sectores contrarios a sus intereses políticos; de allí podemos expresar que es un fenómeno cierto y existente que se ha manifestado en diversos lugares del mundo y que ha sido negado por quienes cometen y ejercen prácticas propias del fenómeno, además ha sido denunciado por quienes lo han sufrido, algunos ejemplos que pueden sustentar esta afirmación es que durante la implementación de la Doctrina de la Seguridad Nacional en América Latina, se estableció el TE como política de Estado.
- Es importante tener en cuenta que el fenómeno del TE presenta una complejidad en el sentido de la caracterización de sus actores, es decir pueden ser de difícil identificación en especial cuando existen grupos al margen de la ley, dígase paraestatales que en alianza con agentes estatales, cometen atentados terroristas y crímenes de lesa humanidad. Estos delitos pueden ser considerados como TE en cuanto la participación del Estado es no solo por acción sino en muchos casos por omisión, pero que finalmente las consecuencias son las mismas: masacres, desapariciones, torturas, desplazamiento forzado entre otras barbaries.
- Queda planteada la necesidad de que se tipifique el TE, que las legislaciones internacionales se comprometan más con esta problemática, incluso que el TE pueda ser llevado a tribunales internacionales, es decir que se condene a los Estados por TE, no como pasa actualmente que se condena a las personas en cuanto han sido responsables de delitos de lesa humanidad, pero no a los Estados, respecto de los cuales aún no hay un alcance legislativo que permita definir al TE como una política gubernamental constitutiva de un ilícito autónomo.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Yamandu. *El sistema internacional del siglo XXI: entre el terrorismo de Estado y la Democracia*. tomado de: *Utopía y Praxis Latinoamericana: revista internacional de filosofía iberoamericana y teoría social*, Vol. 12, Maracaibo: No. 36, Ene.-Mar. 2007: p. 57-76.

- Benazzi, Natale. *El libro negro de la inquisición*, Bogotá: Ed Robinbook, 2001.
- Bergen, Peter L. *Guerra santa, S.A*, Buenos Aires: Grijalbo Mondadori S.A, 2001.
- Chanaguir, Elsa. *Democracia en América Latina: consolidación o degradación: las secuelas del terrorismo del Estado como obstáculos de la consolidación*, tomado de: Estudios: Revista del Centro de Estudios Avanzados, No. 10, Buenos Aires: Jul.-Dic. 1998 p. 109-116.
- Chomsky, Noam y otros. *Terrorismo de Estado. El papel internacional de EEUU*, Navarra: Tafalla, 1990.
- Corte, Luis de la. *La lógica del terrorismo*, España: Alianza Editorial, 2006.
- Gallego G, Gloria. *Guerra y desaparición forzada en Colombia*. Revista Estudios de Derecho N.138. Medellín, 2004.
- Hoffman, Bruce. *A mano armada: historia del terrorismo*, Madrid: Espasa Hoy, 1999.
- Ignatieff, Michael y Delgado, Maria Jose. *El mal menor: ética política en una era de terror*, Bogota: Taurus, 2005.
- Laqueur, Walter. *Una historia del terrorismo*, Barcelona: Paidós, 2003.
- Leal Buitrago, Francisco. *La seguridad Nacional a la deriva*, Bogotá: numas, 2002.
- Lefebvre, Georges. *La revolución francesa y el imperio*, Madrid: Fondo de la cultura económica, 1993.
- López, Ernesto Justo y Ianni, Octavio y otros. *Escritos sobre terrorismo*, Argentina: Prometeo Libros, 2003.
- Saxe Fernández, John. *Terrorismo de Estado y terrorismo internacional*, Tomado de: Nueva Sociedad, No. 177, Caracas: Ene.-Feb. 2002: p. 72-77.
- Slater, David. *Política de la memoria y estados terroristas*, Tomado de: Nueva Sociedad, No. 177, Caracas: Ene.-Feb. 2002: p. 60-71.
- Sohr, Raúl. *La guerra sin rostro*, tomado de: Desde La Región No. 40, Medellín: Sep. 2003: p. 11-17.
- Organización Mundial Contra la Tortura. *Terrorismo de Estado en Colombia*, Bruselas: ediciones NCOS, 1992.
- Paredes, Alejandro. *La Operación Cóndor y la Guerra Fría*: Revista Universum N° 19 Vol.1, Chile: 2004.
- The Oxford University Press Dictionary, Compact Edition (Oxford), USA: Oxford University Press, 1971.
- Torres Vásquez, Henry. *Justicia penal universal, delitos de lesa humanidad y terrorismo de Estado*, Bogotá: Graficopias, 2006.
- Valencia Murcia, Fernando. *El enemigo interno, tomado de*: Observatorio del Conflicto Urbano, No. 08, Medellín: Jun.-Ago. 2003: p. 29-38.



Autor: Luis Mario Marín Cadavid
Título: Entre amigos
Técnica: Acuarela
Dimensiones: 76 x 56

***EL MOMENTO FUNDACIONAL
DE LOS DERECHOS.
Notas sobre la declaración de los Derechos
del Hombre y del Ciudadano de 1789***

Fecha de recepción: Agosto 31 de 2009
Fecha de aprobación: Octubre 5 de 2009

EL MOMENTO FUNDACIONAL DE LOS DERECHOS

Notas sobre la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789

*Miguel Carbonell**

RESUMEN

Uno de los momentos más brillantes de lo que ha sido denominado la “hora inaugural” del Estado constitucional es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789. El presente ensayo destaca su importancia histórica al recordar su surgimiento, sus funciones –crítica, legitimadora constitutiva y pedagógica– y su contenido, enfatizando en algunos de los aspectos más importantes del texto (Preámbulo y artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 16). Concluye sintetizando los elementos que la Declaración aporta a la forma “Estado constitucional” a partir del análisis de Peter Häberle.

Palabras clave: historia, funciones y contenido de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, Estado constitucional, Revolución francesa.

FOUNDING MOMENT OF THE RIGHTS

Notes about the Declaration of the rights of Man and of the Citizen of 1798

ABSTRACT

One of the most brilliant moments of what has been called the “opening hour” of the constitutional State is the Declaration of the Rights of Man and Citizen of 1789, adopted by the French National Assembly on August 26 of 1789. This essay highlights its historic importance reminding its development, its functions -critical, legitimizing, constitutive and pedagogical- and its contents, emphasizing some of the most important aspects of the text (Preamble and articles 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 and 16). It concludes synthesizing the elements that the Declaration brings to the “Constitutional State” from the analysis of Peter Häberle.

Keywords: history, functions and content of the Declaration on the Rights of Man and Citizen of 1789, Constitutional State, French Revolution.

* Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de la Facultad de Derecho e investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

EL MOMENTO FUNDACIONAL DE LOS DERECHOS

Notas sobre la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789

1. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que uno de los momentos más brillantes de lo que se ha llamado la “hora inaugural” del Estado constitucional lo representa la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que ha sido calificada –seguramente con razón– como el texto jurídico más importante de la era moderna (Wachsmann). La Declaración representa, junto con la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, una especie de acta de nacimiento del constitucionalismo.

La Declaración es importante, desde luego, desde un punto de vista jurídico, pero también tiene mucha relevancia desde una óptica política, pues representa nada menos que la plasmación jurídica de los ideales del que quizá es el movimiento revolucionario más importante del mundo moderno, cuya influencia se extiende hasta nuestros días. La Declaración es “el documento fundacional de la Revolución y su signo emblemático, hasta hoy mismo” (García de Enterría). Al considerar que la Declaración es un texto fundacional o inaugural “se quiere decir que marca un inicio y que éste es consagrado mediante una ceremonia, esto es, que posee un carácter único y que cualquier texto que le siga será evaluado con el rasero del modelo inicial” (Fauré).

La Revolución francesa no solamente fue un intento por derrocar al Antiguo Régimen, en buena medida exitoso, sino sobre todo una consecuencia social y política de la filosofía racionalista del siglo XVIII. Las pretensiones de los iniciadores del movimiento revolucionario iban mucho más allá de un cambio de régimen. Como dice García de Enterría, autor de uno de los estudios más completos sobre las consecuencias jurídicas de la Revolución, “Se pretendía, nada más y nada menos, rectificar la historia entera de la humanidad, fundar un nuevo orden político y social completamente nuevo, capaz de establecer una nueva etapa de la trágica evolución humana y de asegurar para el futuro una felicidad segura e inmarcitable... Una embriaguez de omnipotencia, de la infinitud de posibilidades que la libertad abría, de esperanza sin límites, se extendió por doquier”.

Esta percepción de su propio lugar en la historia humana, cierta o falsa, pesó de manera importante sobre los trabajos y los contenidos de la Asamblea que daría lugar a la Declaración, la cual “supuso implícitamente que un orden coercitivo de normas generales y formales se transformaría inmediatamente en una organización de las relaciones vitales sociales” (Habermas).

Tanto por los sujetos a los que se dirige como por su contenido, la Declaración es una buena muestra del carácter universalista y potencialmente ilimitado de la perspectiva revolucionaria animada por el pensamiento ilustrado. Asomados a un precipicio, que lo mismo podía significar una caída que un salto hacia el futuro, los revolucionarios se decidieron a mirar hacia adelante, dejando para la historia del Estado constitucional un documento prodigioso, modelo hasta nuestros días de la filosofía humanista que ha marcado por siglos la mentalidad del mundo moderno. No cabe duda de que estaban animados por la firme creencia de “estar inaugurando una nueva época en la historia del hombre” (García de Enterría).

La Declaración contiene en forma de enunciados jurídicos los principios políticos que el nuevo régimen entendía como esenciales para la consecución de sus fines; conceptos tan relevantes como los de “derechos”, “ley”, “libertad”, “poder”, entre otros, se encuentran recogidos y desarrollados por el conciso texto de la Declaración.

2. SURGIMIENTO HISTÓRICO

Conviene recordar algunos datos bien conocidos sobre el antecedente histórico inmediato de la Declaración, la cual comienza a fraguarse en mayo de 1789. El día 5 de ese mes se reúnen en París por mandato del rey Luis XVI los Estados Generales, que no habían sido convocados desde 1614. Los Estados Generales, que no tenían claramente establecidas sus funciones, estaban integrados por tres estamentos de la sociedad francesa, como expresión de la forma de pensar típica del feudalismo: el clero, la nobleza y el “tercer estado”, que era el resto del pueblo. Cada uno de los tres estamentos elegía a sus representantes y éstos se reunían y votaban por separado diversas cuestiones. Su primera reunión fue en 1483 y hasta la convocatoria de 1789 solamente se habían reunido en cinco ocasiones.

El 17 de junio de 1789 los representantes del tercer estado se constituyeron como Asamblea Nacional, considerando que daban voz a toda la nación al rechazar la representación estamental que habían tenido tradicionalmente los Estados Generales. El 20 de junio los mismos diputados juraron no separarse hasta haber escrito una Constitución; para dar solemnidad a su pretensión hicieron el “Juramento del Juego de Pelota”.

A pesar de haber tenido inicialmente bastantes reticencias, el 27 de junio el Rey decidió que los diputados del clero y de la nobleza se debían reunir con los del tercer estado para que la Asamblea Nacional sustituyera a los Estados Generales. El 9 de julio la Asamblea se declara “constituyente”. Con dicha declaración la Asamblea rompe definitivamente las reglas del juego hasta entonces vigentes y se considera revolucionaria. Es opinable si la Asamblea tenía la legitimidad suficiente para hacerlo o no.

La Asamblea estaba compuesta por más de 1,000 diputados (algunos autores dicen eran unos 1,190, otros que eran 1,315 y otros más ofrecen la cifra de 1,223 diputados propietarios y 581 suplentes; de esta última cifra cabe mencionar que entre diputados propietarios y suplentes ocuparon escaños en la Asamblea 1,318 diputados), lo que dificultaba las discusiones de forma importante. Comenzados los trabajos de la Asamblea, los diputados presentaron sus *Cahiers de doléances*, que eran una especie de mensajes de reivindicaciones o de quejas de sus representados sobre las cuestiones públicas francesas (Peces-Barba).

La redacción de la Declaración tuvo que superar algunos obstáculos previos, como por ejemplo si debía ir antes o después de la Constitución que se proponía redactar la Asamblea; o si tenía que acompañarse de una declaración de deberes. Durante los trabajos de la Asamblea se presentaron diversos proyectos articulados de “declaración de deberes”; aunque su estudio exhaustivo se debería hacer en otro momento, conviene mencionar su existencia, sobre todo para demostrar que todavía en esas fechas no se había impuesto el “giro copernicano” de la modernidad que separaba la existencia de los derechos de la de los deberes, volviendo de esa forma la validez de los primeros independiente del cumplimiento de los segundos.

En un discurso presentado ante la Asamblea en la sesión del 12 de agosto de 1789, el abate Grégoire, diputado de Nancy, defendía la necesidad de incluir el catálogo de deberes junto a los derechos considerando que “Los deberes no derivan de los derechos... Son correlativos y marchan por líneas paralelas. Es imposible concebir derechos activos sin derechos pasivos, y estos últimos son los deberes... La Constitución que haréis será una consecuencia tanto de los deberes como de los derechos. La Declaración que será el preliminar debe poner, pues, los fundamentos de unos y otros... Presentad, pues, a los ciudadanos el preservativo de un poder que estaría tentado a crecer sin límites. Estableced los contrapesos de los deberes y de los derechos; que sepa no solamente lo que quiere, sino también lo que debe; mostradle no sólo el círculo que puede recorrer, sino también la barrera que no puede salvar” (Fauré).

Hay algunos proyectos de “declaración de deberes” que contienen cuestiones interesantes. Por ejemplo el diputado De Sinety presentó el 4 de agosto de 1789 una

“Exposición de los motivos que parece deben determinar que se una a la Declaración de los derechos del hombre la Declaración de los deberes del ciudadano”; en este texto se incluye luego de una exposición de motivos, una tabla con dos renglones, uno que contenía los derechos y otra los deberes, con lo cual seguramente se buscaba subrayar la reciprocidad entre unos y otros. Los deberes estaban redactados con la misma amplitud e incluso ambigüedad que los derechos; por ejemplo, en el artículo 6 se señalaba el siguiente deber: “La doble relación de los derechos y de los deberes mutuos no puede mantenerse sino por medio de las leyes: es, pues, sólo el respeto por las leyes lo que puede asegurar los derechos del ciudadano y hacerlepreciados sus deberes”. El deber establecido en el artículo 5 tenía una redacción igualmente amplia y curiosa: “Los hombres no pueden guardarse de los peligros de la desigualdad sino por medio del vínculo social que pone al débil a salvo de las agresiones del fuerte; y todos se deben ayuda mutua de humanidad y fraternidad, las cuales corrigen esa desigualdad”. El catálogo de Sinety terminaba con el siguiente deber, enunciado como artículo 16: “El hombre ciudadano debe todo a la sociedad y al sostenimiento del orden público que le asegure la libertad y la propiedad; y, aun cuando la Constitución le asegure sus derechos, la garantía más firme de la felicidad de cada individuo es el patriotismo de todos”.

Finalmente las dudas sobre si la Declaración debe acompañarse o no de una declaración de deberes se solventan y se comienza a trabajar en la redacción del texto. Se presentan a consideración de la Asamblea más de 20 proyectos, según algunos autores, aunque otros elevan esta cifra hasta 36 ó 43, si junto a los proyectos se incluyen también las opiniones que presentaban los diputados sobre el contenido que debía tener la Declaración (Fauré). Para organizar el trabajo y poner orden en la ingente cantidad de materiales que comienzan a producirse, la Asamblea designa primero un Comité de Constitución formado por 30 comisiones el 7 de julio; una semana después, el 14 del mismo mes, se nombra un nuevo Comité de Constitución formado esta vez por 8 miembros. Finalmente, el 12 de agosto se nombra a una comisión que tiene el encargo de actuar como ponente; la integran cinco miembros que son: Desmeuniers, La Luzerne, Mirabeau, Tronchet y Auvergnat Rhedon.

La comisión termina su trabajo y lo presenta a la Asamblea a través de Mirabeau el 17 de agosto, con el título: “Proyecto de Declaración de los derechos del hombre en sociedad”; en su intervención Mirabeau defiende el proyecto diciendo que está compuesto por “axiomas tan simples, evidentes y fecundos que sería imposible separarse de ellos sin ser absurdo”.

El proyecto presentado por Mirabeau tiene cuestiones interesantes; por ejemplo su primer párrafo sería luego recogido casi íntegramente para conformar el preámbulo de la versión definitiva de la Declaración. Además, varios de sus artículos ya

recogían derechos que luego serían considerados como grandes aportaciones de la Declaración. Tal es el caso del principio de igualdad, formulado en el proyecto en los siguientes términos: “Todos los hombres nacen iguales y libres; ninguno de ellos tiene más derecho que los otros a hacer uso de sus facultades naturales o adquiridas: este derecho, común a todos, no tiene otro límite que la conciencia misma del que lo ejerce, la cual le prohíbe hacer uso de éste en detrimento de sus semejantes” (artículo 1).

Como sucede también con otros proyectos y como quedará reflejado en el texto definitivo de la Declaración, el proyecto de la Comisión de los Cinco estaba influido de forma importante por las ideas del contractualismo, y sobre todo por la obra de Rousseau; esto se refleja, por ejemplo, en el texto del artículo 2 del proyecto, que establecía lo siguiente: “Cualquier cuerpo político recibe su existencia de un contrato social, expreso o tácito, mediante el cual cada individuo pone en común su persona y sus facultades bajo la suprema dirección de la voluntad general y, al mismo tiempo, el cuerpo recibe a cada individuo como parte”.

Hay en el mismo proyecto algunas disposiciones que recogen derechos que luego que quedaron en el texto de la Declaración y que sin embargo hoy reconocemos como cuestiones esenciales en cualquier catálogo de derechos; es el caso de la libertad de tránsito o de la libertad de reunión, que el proyecto recogía en sus artículos 9 y 10.

Finalmente, el proyecto contiene disposiciones curiosas, como las contenidas en los artículos 14 y 16, que deberían ser vistas como enseñanzas o lecciones del pasado, o bien como horizontes todavía incumplidos de nuestras actuales organizaciones sociales. El artículo 14 disponía que: “Cualquier contribución lesiona los derechos de los hombres, si ésta desalienta el trabajo y el ingenio, si tiende a provocar la codicia, a corromper las costumbres y a arrebatar al pueblo sus medios de subsistencia”. Por su parte, el artículo 16 tenía el siguiente texto: “La economía en la administración de los gastos públicos debe considerarse como un deber riguroso; el salario de los funcionarios del Estado debe moderarse, y no hay que acordar recompensas sino a verdaderos servicios”.

A pesar de contener cuestiones interesantes, la redacción del proyecto de los Cinco les parece a algunos diputados, con toda razón, demasiado farragosa; el hecho de que se reconozca como derecho inalienable el de modificar la Constitución (quizá por influencia de Jefferson), inquieta a diputados como Mounier y Lally Tollendal. El proyecto no convence a la Asamblea y el día 18 de agosto, es rechazado.

Al día siguiente, 19 de agosto, se elige como base de la discusión un proyecto distinto, que había sido elaborado por otra comisión, presidida por De la Fare,

Obispo de Nancy (Fauré); este segundo proyecto se impuso en la votación a uno que originalmente había presentado Siéyes. Al final, el proyecto de la comisión presidida por De la Fare (conocido como proyecto de la Sexta Comisión) fue muy cambiado, pues solamente 5 de sus 24 artículos quedaron integrados en el texto definitivo de la Declaración.

El proyecto presentado por Siéyes es relativamente largo, ya que está integrado por 37 artículos. Muchos de ellos tienen un contenido más filosófico o político que jurídico; también muestran una marcada influencia de las tesis contractualistas. El texto final de la Declaración no recoge la mayoría de sus postulados, pese a que algunos de ellos pudieron haber sido interesantes para la Asamblea.

Repitiendo las tesis de Rousseau, el proyecto de Siéyes afirma en su primer artículo lo siguiente: “Cualquier sociedad sólo puede ser la obra libre de una convención entre todos los asociados”. El artículo tercero establecía que “Cualquier hombre es propietario único de su persona y esta propiedad es inalienable”.

El proyecto de Siéyes contiene cuestiones novedosas, que no aparecieron en la versión definitiva de la Declaración, pero que con el tiempo se fueron incorporando a un buen número de textos constitucionales. Es el caso de la libertad de trabajo, que en el proyecto estaba contemplada en el artículo 6 en los siguientes términos: “Cualquier ciudadano está igualmente en libertad de emplear sus brazos, su habilidad y su capital como lo juzgue mejor y útil para sí mismo. Ningún tipo de trabajo le está prohibido. Puede fabricar y dar a conocer lo que le plazca y como le plazca; puede almacenar o transportar a su antojo todo tipo de mercancías y venderlas al por mayor o al por menor. En estas diversas ocupaciones, ningún particular, ninguna asociación tiene el derecho de molestarlo, y mucho menos de impedirsele. Sólo la ley puede marcar los límites que hay que dar a esta libertad como a cualquier otra libertad”.

Otra cuestión novedosa del proyecto es que proponía una clara separación entre la fuerza pública que debía actuar en el interior del Estado y la fuerza pública (el ejército) que solamente tendría por función preservar a la nación de un ataque exterior; así parece expresarlo el artículo 13 del proyecto cuando señala que: “El poder militar no se crea, no tiene existencia y no debe actuar sino dentro del orden de las relaciones exteriores. Así, nunca debe emplearse al soldado contra el ciudadano. Sólo puede ordenársele combatir al enemigo extraño”. En disposiciones de este tipo se encuentra el antecedente remoto del actual artículo 129 de la Constitución mexicana.

Otra novedad del proyecto es que alcanzaba a distinguir entre la igualdad *ante la ley* y la igualdad *de medios materiales*, que también suele llamarse igualdad sustancial

o material. El artículo 16 del proyecto establecía que: “El que los hombres no sean iguales en *medios*, es decir, en riqueza, en capacidad, en fuerza, etcétera, no quiere decir que no sean iguales en *derechos*. Ante la ley, un hombre vale lo que otro; la ley los protege a todos sin distinción”.

El proyecto declaraba que cualquier orden de la autoridad que fuera arbitraria o ilegal era nula (artículo 21), pero establecía también que si algún ciudadano era sorprendido de buena fe por alguna orden de ese tipo tenía “el derecho de contestar a la violencia con violencia” (artículo 22).

El proyecto contenía algunas consideraciones generales en materia de derechos sociales, si bien de forma todavía embrionaria. Por ejemplo, en sus artículos 24 y 25 se disponía que: “Cualquier ciudadano tiene derecho, además, a los beneficios comunes que puedan nacer del estado social”, “Cualquier ciudadano que se encuentre en la imposibilidad de subvenir a sus necesidades, tiene derecho a la ayuda pública”. Ahora bien, el propio proyecto, como parte de una serie de prevenciones que contenía contra los excesos del antiguo régimen, no permitía que esta ayuda pública pudiera traducirse en unas jubilaciones doradas y sin límites para altos funcionarios, cuestión que tal vez fuera una práctica común en ese entonces. En consecuencia, en su artículo 35 disponía que “En cuanto a la beneficencia pública, es evidente que no deben darse sino a las personas que están en una imposibilidad real de satisfacer sus necesidades; y hay que entender por esta palabra las necesidades naturales, y no las de la vanidad; pues nunca sería del ánimo de los contribuyentes el privarse, aunque sólo sea algunas veces, de una parte de lo necesario, para contribuir al lujo de un pensionado del Estado. Es menester, también, que la ayuda benéfica cese en el momento en el que termina la imposibilidad que la justifica”.

De la misma suspicacia frente a los abusos administrativos y funcionariales del antiguo régimen proviene seguramente la disposición contenida en el artículo 31 del proyecto, según la cual “Las funciones públicas deben derivarse de las necesidades públicas. El número de puestos debe estar rigurosamente limitado a lo necesario. Resulta absurdo, sobre todo, que haya en un Estado puestos sin función”.

El proyecto terminaba con una disposición que quizá estuviera inspirada por la idea de Jefferson sobre la sucesión de las generaciones y sobre el derecho de los vivos a imponer sus propias reglas, sin atenerse a las que habían heredado de las generaciones precedentes. El artículo 36 del proyecto disponía que: “El pueblo tiene siempre el derecho de revisar y de reformar su Constitución. También es menester que determine fechas fijas en las que tal revisión se celebrará, sea cual fuere la necesidad”.

Por su parte, el proyecto de la Sexta Comisión tenía también elementos de gran interés, que luego no fueron recogidos en el texto final de la Declaración, pero de los que vale la pena dar cuenta. Comienza con una manifestación de la visión romántica que estaba presente en algunos pensadores del siglo XVIII y que se acentuaría en el siglo XIX; su primer artículo expresaba: “Cada hombre tiene por naturaleza el derecho de velar por su conservación y el deseo de ser feliz”. A los autores del proyecto les preocupaba la desigualdad, aunque no supieran del todo cómo hacer para combatirla; en el artículo 5 del proyecto se establecía que: “...No todos los hombres recibieron de la naturaleza los mismos medios para valerse de sus derechos. De ahí nace la desigualdad entre los hombres: la desigualdad está pues en la naturaleza misma”. Pero esa asunción de la desigualdad como componente natural de las personas no les parecía un obstáculo para afirmar, en el artículo siguiente, que: “La sociedad se formó por la necesidad de mantener la igualdad de derechos en medio de la desigualdad de medios”.

La forma de recoger el derecho de acceso a los cargos públicos, que era una cuestión de gran importancia en esa época como se verá más adelante, no deja de ser llamativa; el artículo 11 del proyecto tenía el siguiente texto: “Siendo que el primer deber de cualquier ciudadano es servir a la sociedad según su capacidad y sus dotes, tiene el derecho a ser designado a cualquier cargo público”.

¿Por qué se elige el proyecto de la Sexta Comisión como base para las discusiones de la Asamblea? Fauré aventura la hipótesis de que la razón para elegirlo fue su mediocridad y cita en apoyo de esta idea la expresión de varios diputados de la Asamblea. Adrien Duquesnoy, diputado de Bar-le-Duc, escribió que “Es de maravillarse: a no dudar el proyecto que se adoptó es posiblemente el peor”; en sentido parecido, aunque menos contundente, Gaultier de Biauzat, diputado de Clermont-Ferrand, sostenía que “Estábamos convencidos de que a la redacción le faltaba energía. Pero ese vicio era bastante menos peligroso que los errores que creíamos percibir en algunos de los demás proyectos”. También es posible que el proyecto de la Sexta Comisión fuera adoptado porque ninguno de sus integrantes era muy conocido, con lo cual se disminuía el riesgo de estarle dando protagonismo a alguno de los diputados más notables, lo que le hubiera permitido a alguno de ellos situarse con mayores méritos en la carrera política que muchos querían emprender luego de los trabajos de la Asamblea.

Una vez adoptado como base de discusión el proyecto de la Sexta Comisión, los trabajos propiamente de redacción se llevan a cabo en un tiempo muy corto; el 20 de agosto se aprueba el preámbulo y el 26 se termina el último artículo. El 27 de agosto la Asamblea se reúne simplemente para acordar que la redacción de la Declaración ha terminado y que es momento de comenzar los trabajos referidos

al texto constitucional. Al parecer, la intención de los diputados era completar la Declaración con artículos adicionales, pero se decide que ese trabajo deberá hacerse después de redactar la Constitución; en cualquier caso lo que es obvio es que la adición de más artículos nunca se pudo llevar a cabo.

3. LAS FUNCIONES DE LA DECLARACIÓN

Son varias las funciones que la Declaración tiene en la visión de sus creadores: una función crítica, una función legitimadora, una función constitutiva y una función pedagógica, según algunos comentaristas (García Manrique); para otros las funciones de la Declaración son tres: política, pedagógica y de comunicación.

Desde luego, la Declaración quiere tener una función crítica respecto al antiguo régimen. Uno de los objetivos no solamente de la Declaración, sino del movimiento revolucionario francés es cerrar una etapa histórica y abrir una nueva página, para lo cual debe demostrar la injusticia del sistema hasta entonces imperante. La función crítica de la Declaración tiene que ver con una mirada hacia el pasado. Esta función se observa sobre todo en el Preámbulo, cuando se señala que “la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los Gobiernos”. También puede observarse una crítica hacia el antiguo régimen en el artículo 2 de la Declaración, que establece que “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”.

La función legitimadora de la Declaración debe entenderse desde dos puntos de vista diferentes. Hacia adentro de los trabajos de la Asamblea, la Declaración busca legitimar su carácter constituyente. Hacia afuera de la Asamblea y de forma más general la Declaración es un intento de legitimar el movimiento revolucionario. ¿Para qué se abandona el antiguo régimen si no para proteger los derechos “naturales e imprescriptibles” del hombre? ¿cómo no iba a tener carácter constituyente una Asamblea que se plantea escribir verdades sencillas e indiscutibles, que se antojan verdaderas no solamente para los franceses sino para el resto de la humanidad y no solamente para ese tiempo histórico sino también para el resto de la historia humana? La legitimación de la Declaración debe ser puesta en relación con el concepto que los miembros de la Asamblea tenían de sí mismos y con el papel que tenían que jugar en favor de la ideología de la Revolución.

La vocación universalista de la Revolución fue puesta de manifiesto, entre otros, por la aguda mirada de Alexis de Tocqueville, quien escribió que: “Todas las revoluciones civiles y políticas tuvieron una patria y en ella se encerraron. La Revolución

francesa no tuvo territorio propio; es más, su efecto ha sido en cierto modo el de borrar del mapa todas las antiguas fronteras... la Revolución francesa procedió precisamente de la misma manera que las revoluciones religiosas actúan en vista del otro: consideró al ciudadano en abstracto, al margen de todas las sociedades particulares, tal como las religiones consideran al hombre en general, independientemente del país y del tiempo. No sólo buscó cuál era el derecho particular del ciudadano francés, sino también cuáles eran los deberes y los derechos generales de los hombres en materia política... Como parecía orientarse a la regeneración del género humano, más aún que a la reforma de Francia, provocó una pasión que nunca antes habían podido producir las más violentas revoluciones políticas”.

La legitimación del movimiento revolucionario quizá se pueda desprender del artículo 2 de la Declaración, que establece lo siguiente: “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”. Con este artículo se ponía en evidencia al antiguo régimen, se legitimaba el derecho a sublevarse contra la injusticia (por medio del reconocimiento de la “resistencia a la opresión”) y se enviaba un mensaje sobre cómo debería ser el futuro al hablar del fin que debe tener toda asociación política. No se debe pasar por alto que la Declaración, además de ser un texto jurídico, es también un arma ideológica, que quiere servir a la vez como crítica del pasado y como instrumento de formación cívica para ganar adeptos hacia el futuro (García Manrique).

La función constitutiva de la Declaración consiste en que se plantea como un texto preparatorio o introductorio al texto constitucional que se propone redactar la Asamblea. En este sentido, para algunos la Declaración establece las bases para un amplio programa de acción que se debe concretar a través de los mandatos legales que sean emitidos después de su expedición. La tarea de la ley, en los meses y años siguientes, debería ser la de ir concretando cada uno de los derechos establecidos, pues en casi todos los casos la Declaración remite al “legislador” o a la “ley”.

La función pedagógica y comunicativa es esencial y todo parece indicar que la tuvieron muy presente los redactores de la Declaración. En parte se puede desprender del espíritu racionalista que recorre todo el siglo XVIII. Los miembros de la Asamblea eran en buena medida la elite de ese tiempo y se consideraban en capacidad para hacer una función de pedagogía social hacia el resto de la población: “Una vez vista desde una perspectiva filosófica, la verdad necesitaba, entonces, la propagación”, dice Habermas sobre la función pedagógica de la Declaración y sobre la función que debían desarrollar los diputados.

Finalmente, no hay que olvidar que la Declaración se mueve en dos espacios diferentes: uno político y social, que apuesta a dejar atrás al antiguo régimen y a

crear una sociedad donde primen las relaciones entre iguales; otro es el espacio metafísico y moral al que se sienten llamados los diputados, que piensan que la tarea de “declarar” los derechos contiene una fuerza positiva de gran alcance para oponerse al poder y para que los ciudadanos sean capaces de tener garantizados esos derechos.

Por otro lado, el “reconocimiento de los derechos” exigía que se produjera también su “conocimiento” por lo que la función pedagógica debía tener un lugar preponderante. El objetivo final de dar a conocer los derechos era asegurar el bienestar de todos. Así lo establece expresamente el Preámbulo al señalar que la Declaración busca estar “presente de manera constante en todos los miembros del cuerpo social”, con el fin de servirles para recordar “sin cesar sus derechos y deberes”.

4. EL CONTENIDO DE LA DECLARACIÓN

Aunque no es posible en este momento realizar un comentario completo sobre todo el contenido de la Declaración, conviene apuntar al menos algunos de los aspectos más importantes del texto.

El Preámbulo de la Declaración fue aprobado el 20 de agosto, junto con los tres primeros artículos de la misma, sobre la base de una propuesta de Mirabeau; está formado por dos párrafos. El primer párrafo, que es el más largo, tiene un mayor interés por la multiplicidad de conceptos importantes que contiene. Su texto es el siguiente:

Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los Gobiernos, han decidido exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, con el fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, le recuerde permanentemente sus derechos y sus deberes; con el fin de que los actos del Poder legislativo y los del Poder ejecutivo, al poder ser comparados a cada instante con la meta de toda institución política, sean más respetados, con el fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e incontestables, se dirijan siempre al mantenimiento de la Constitución y a la felicidad de todos.

Una cuestión a resaltar de este párrafo es que asume una visión iusnaturalista al sostener que la Declaración contiene los derechos “naturales, inalienables y sagrados del hombre”. No deja de ser curiosa esta afirmación, sobre todo porque no encaja con algunos de los artículos de la Declaración. Aunque se repite el concepto en el

artículo 2 cuando señala que el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos “naturales e imprescriptibles”, luego no se mantiene, pues se permite que el legislador limite los derechos (artículo 4) o que la ley, que es la expresión de la voluntad general (artículo 6), determine las “acciones perjudiciales para la sociedad” (artículo 5). Parece haber en la Declaración una curiosa mezcla de ius-naturalismo y iuspositivismo.

El Preámbulo menciona expresamente a “la Constitución”, que era la tarea que se había impuesto la Asamblea al declararse como asamblea constituyente. Lo hace al hablar de las reclamaciones de los ciudadanos, que deberán estar fundadas “en adelante sobre los principios simples e indiscutibles” y repercutir “en el mantenimiento de la Constitución y en la felicidad de todos”.

El texto del artículo 1 es el siguiente: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”. Este artículo fue aprobado sin dificultades y sin debates en la sesión del 20 de agosto de 1789, a propuesta de Mounier.

Se trata de uno de los artículos más conocidos de la Declaración. Su influencia hacia el futuro será determinante para la historia del constitucionalismo; todos los textos de derechos fundamentales en lo sucesivo contendrán declaraciones parecidas y el principio de igualdad se convertirá en un concepto clave para el entendimiento del conjunto de estos derechos. Por eso Peter Häberle apunta que este artículo “constituye una suerte de dogma permanente del Estado constitucional”.

Poniendo el tema de la igualdad en el primer artículo de la Declaración la Asamblea envía un claro mensaje ideológico de distanciamiento con el antiguo régimen, que justamente estaba construido sobre la base de la desigualdad. Uno de los objetivos más preciados para el movimiento revolucionario fue, precisamente, la abolición de los privilegios, para lo cual era necesario establecer en un texto jurídico el principio de igualdad. Visto desde el siglo XXI puede pensarse que es algo indiscutible (que no haya privilegios sociales de nacimiento y que las leyes traten a todas las personas como iguales), pero para finales del siglo XVIII se trataba de una visión ciertamente novedosa, o mejor dicho, revolucionaria. Como escribe Miguel Artola, “La igualdad ante la ley es, por definición, la antítesis de la organización social del Antiguo Régimen, basada precisamente en la diferenciación estamental, legalizada a través de un sistema de privilegios jurídicos, y en la diversidad territorial, consiguiente al mantenimiento de sistemas jurídicos y fiscales distintos para cada uno de los territorios integrados en las monarquías. La igualdad ante la ley es incompatible con el privilegio social y la diversidad territorial...”.

El texto del artículo 2 de la Declaración es el siguiente: “La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

La primera parte del artículo 2 contiene de forma resumida la filosofía política del liberalismo de la época, que abanderaba el movimiento revolucionario: ¿para qué queremos firmar un contrato social? ¿qué finalidad tienen los poderes públicos? ¿con qué fin nos unimos en sociedad y delegamos el ejercicio de la soberanía en nuestros representantes? La respuesta del artículo 2 a todas estas preguntas sería: para conservar nuestros derechos, en tanto que son derechos naturales e imprescriptibles. La segunda parte del artículo 2 es muy interesante porque enuncia esos derechos “naturales e imprescriptibles” del hombre, que son cuatro según la Declaración: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Parece difícil hacer una interpretación estrictamente jurídica de este artículo. Más bien debemos considerar que es un precepto que busca manifestar la filosofía política de la Revolución y que tiene un carácter fuertemente ideológico.

El artículo 3 de la Declaración señala que: “El origen de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún órgano ni ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella”.

Como puede apreciarse, este artículo no contiene un derecho fundamental en sentido estricto, sino que de nuevo trata de un principio básico de la organización política: el origen de la soberanía y la legitimidad para ejercer la autoridad pública.

La aprobación de este artículo por la Asamblea no generó mayores discusiones, probablemente porque su generalidad no molesta a nadie y porque sus partes fundamentales no están definidas; no se dice qué es la nación o quien la puede representar, por ejemplo. Quizá el mensaje más claro que puede deducirse del texto es que demuestra una vez más el rechazo de la Revolución a la monarquía, basada evidentemente en la soberanía del Rey. En esto la Declaración se asemeja al sentido que tuvo unos años antes la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, que en síntesis no era sino un manifiesto de rechazo al poder soberano del monarca inglés.

En los artículos 4, 5 y 6 de la Declaración se manifiesta uno de sus rasgos más característicos: el llamado legicentrismo, es decir, la posición central de la ley como instrumento de regulación social. El texto del artículo 5 establecía: “La Ley sólo puede prohibir las acciones perjudiciales para la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que aquélla no ordena”. Fue Sieyés el reconocido impulsor de este precepto.

El *legicentrismo* de la Declaración, escribe García de Enterría, “supone una idea nueva de la Ley como liberadora y creadora de felicidad, en cuanto garante suprema de los derechos del hombre proclamados”. Pese a su brevedad y concisión, la Declaración utiliza once veces la palabra “ley” y una el adverbio “legalmente”; aunque su reiteración no implica de forma automática mayores consecuencias, este dato ya da buena muestra del importante papel que la ley tiene en la Declaración. Comentando el artículo 5 Maurizio Fioravanti señala que su contenido “Atribuye a la ley el formidable poder de prohibir, de impedir, de obligar y de ordenar; pero también, al mismo tiempo e inseparablemente, presta a los individuos la garantía basilar de que ninguno será coaccionado sino en nombre de la misma ley, en contra de la antigua realidad de los poderes feudales y señoriales”.

Si hubiera alguna duda (como la tenía Jellinek) de la influencia del pensamiento de Rousseau en la Declaración, el artículo 6 sería el indicado para resolverla, pues es el que con mayor claridad parece hacerse eco de las tesis sostenidas por el autor de *El Contrato Social*. Su texto es el siguiente: “La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos”. Este artículo fue aprobado por unanimidad de la Asamblea Nacional el 21 de agosto de 1789. Su contenido todavía resuena más de dos siglos después y su presencia, según algunos, sigue siendo majestuosa.

La primera frase podría haber sido redactada por el mismo Rousseau. Lo curioso es que, por sí misma, no significa nada. O mejor dicho, significa mucho en términos políticos e ideológicos y muy poco en términos jurídicos. Políticamente es un mensaje claro de repulsa al antiguo régimen y a la potestad de gobierno soberano que por mucho tiempo había ejercido la monarquía. Si la ley era la expresión de la voluntad popular ninguna otra norma o decisión podría ir contra ella sin enfrentarse directamente con los deseos del pueblo. La Revolución había situado en un lugar muy elevado “la idea de que el poder político es una autodisposición de la sociedad sobre sí misma, a través de la voluntad general surgida del pacto social, la cual se expresa por medio de la Ley, una Ley general e igualitaria, cuyo contenido viene a restituir la libertad del ciudadano y a articular la libertad de cada uno con la de los demás, a asegurar, pues, la coexistencia entre los derechos de todos, que son entre sí recíprocos e iguales” (García de Enterría).

El artículo 7 de la Declaración es el primero de los preceptos de la misma que se refiere a las garantías procesales. Lo mismo harán los artículos 8 y 9. El texto del artículo 7 es el siguiente:

“Ninguna persona puede ser acusada, detenida ni encarcelada sino en los casos determinados por la Ley y según las formas prescritas en ella. Los que solicitan, facilitan, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o requerido en virtud de lo establecido en la Ley debe obedecer inmediatamente: se hace culpable por la resistencia”.

La humanización del derecho penal había sido una de las banderas más arraigadas en el pensamiento de la Ilustración (Prieto). Y no era casual que el pensamiento ilustrado pusiera atención en el campo de lo penal, pues los abusos de poder del *Ancien Régime* con frecuencia se tramitaban por la vía de los castigos penales, es decir, sobre el cuerpo de las personas.

El artículo 16 de la Declaración es quizá uno de los más famosos. Se suele citar en todos los manuales de derecho constitucional. Su texto dispone: “Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución”.

Este precepto establece lo que se ha llamado el “contenido mínimo” de cualquier texto constitucional y, en consecuencia, de la correspondiente forma de organización del Estado: la división de poderes y la garantía de los derechos. Es la única vez en que el término “Constitución” aparece en la Declaración, con excepción de lo que señala el Preámbulo.

Como apunta Blanco Valdés, el artículo 16 es mucho más que la simple constatación del principio de división de poderes: “es una afirmación solemne de la consustancialidad entre la Constitución y la defensa de la libertad y de la indisponibilidad de esa defensa –y de la protección de la Constitución misma como orden de derechos– si los poderes que nacen con la revolución se concentran en unas mismas manos y no permanecen separados”.

La redacción del artículo no es, desde luego, perfecta. La doble negación que contiene el texto no es un modelo de gramática.

El objetivo del artículo 16, sin embargo, sí que es claro: servía no solamente como definición de la ideología de la Asamblea, sino también para enviar un mensaje hacia adelante, hacia los trabajos que tendrían que desarrollarse a efecto de redactar el texto constitucional del que la Declaración era solamente el Preámbulo. Esa Constitución debía contener la garantía de los derechos y la separación de poderes. Es curioso que se haya elegido el término “garantía” de los derechos y no se haya

mencionado simplemente a los “derechos”, porque justamente una de las omisiones de la Declaración fue un sistema de garantía de los derechos, al menos desde el punto de vista moderno (puesto que el término garantía de los derechos aparece no solamente en el artículo 16, sino también en el artículo 12, en el que la garantía de los derechos se le asigna a una “fuerza pública”).

La referencia a la división de poderes refleja la influencia sobre todo de Montesquieu y en menor medida de Locke, con cuyas obras estaban desde luego muy familiarizados los diputados de la Asamblea Nacional.

5. CONCLUSIÓN

Ha sido Peter Häberle uno de los juristas que con mayor perspicacia y profundidad ha entendido el significado de la Declaración francesa para el universo jurídico del siglo XXI. Partamos de una certeza: la Declaración encierra todavía hoy en día una multitud de significados y de mensajes aprovechables. Su lectura es obligada para todos aquellos que quieran comprender de dónde venimos en materia de derechos fundamentales, pero también para quienes quieran imaginar hacia dónde vamos. Para no ir más lejos, en Francia la Declaración es un texto jurídico vinculante ya que forma parte de la Constitución de 1958, tal como lo reconoce su preámbulo y como lo ha sostenido en su jurisprudencia el *Conseil Constitutionnel*.

La Declaración contiene, leída desde el presente, el pasado y el futuro del Estado constitucional, lo que ha sido, lo que ha querido ser y lo que probablemente será el constitucionalismo en relación con los derechos fundamentales. La Declaración significa una especie de “barrera cultural” a favor de la dignidad y la libertad humanas que no admite retroceso. Häberle cita a Kant para recordar que “Un fenómeno tal en la historia de la humanidad *ya no se olvida*, porque ha dejado al descubierto en la naturaleza humana una capacidad de perfección y una predisposición hacia ella”.

Los elementos que 1789 aporta a la forma “Estado constitucional” se pueden sintetizar, siguiendo a Häberle y de acuerdo a lo que hemos analizado en los incisos anteriores, en los siguientes puntos:

- A) El carácter escrito de las constituciones, en la línea de lo establecido por las cartas constitucionales de las colonias norteamericanas, a partir sobre todo del modelo del *Bill of rights* de Virginia, del año 1776.
- B) Los derechos fundamentales como derechos innatos (traducción jurídica de los antiguos derechos “naturales”) e imprescriptibles de la persona, tal como lo establece el artículo 2 de la Declaración. Estas características de los derechos

se han proyectado en varias teorías contemporáneas de los derechos fundamentales.

Tal es el caso, por mencionar solamente uno, de la teoría de Luigi Ferrajoli, que en buena medida se basa en la idea de que los derechos fundamentales, para ser tales, deben estar asignados universalmente a todas las personas, a todos los ciudadanos o a todas las personas con capacidad de obrar. La asignación universal de los derechos impide que una persona pueda disponer de ellos (de los propios y de los ajenos) y permite diferenciar a los derechos fundamentales de los derechos patrimoniales, que sí son disponibles en tanto que no están asignados universalmente.

Quizá la idea de que los derechos sean innatos, no sea tan aceptable para el pensamiento constitucional contemporáneo, aunque autores como Ferrajoli no entran al tema y son calificados por ello como “cripto-iusnaturalistas”, es decir, como defensores de una especie de iusnaturalismo racionalizado a través de la positivación de los derechos en las constituciones, sin que sean capaces de explicar cuál es el origen de esos derechos o porqué deben ser unos y no otros, o sin que justifiquen normativa o lógicamente porqué los derechos se constituyen como barreras infranqueables hacia abajo, al no poder ser reformadas las constituciones en sentido negativo o restrictivo para los derechos.

- C) Las declaraciones de derechos como conjunto unitario, incluyendo no solamente la enunciación de los mismos, sino también su función y sus ámbitos protegidos.
- D) La idea de la codificación y de la positivación del derecho. Esta idea toma como punto de partida la peculiar representación de la historia que se hicieron los revolucionarios franceses y en concreto la idea de que la Declaración venía a marcar una nueva época en la historia de la humanidad. Positivizando *ad eternum* los derechos naturales de toda la especie humana, con ambición de valer universalmente. Dupont de Nemours lo expresaba claramente poco antes de comenzar los trabajos de la Asamblea que redactó la Declaración: “No se trata de una Declaración de derechos destinada a durar un día. Se trata de una ley sobre la que se fundan las leyes de nuestra nación y las de las otras naciones y que debe durar hasta el final de los siglos”.

Hay que considerar que las declaraciones aparecen casi contemporáneamente a las grandes codificaciones (cuyo paradigma sigue siendo el Código Napoleón de 1804); el pensamiento de la época consideraba posible y deseable reunir todo el derecho en las leyes y códigos, haciendo una especie de suma total que rigiera a la sociedad en su conjunto.

- E) La doctrina del poder constituyente del pueblo.
- F) La separación de poderes, siguiendo las ideas de Montesquieu y los planteamientos constitucionales que se toman de los Estados Unidos.
- G) El concepto de ley como expresión de la voluntad general, en el sentido de Rousseau, junto con el procedimiento legislativo.

De todos los elementos aportados por la Declaración y de algunos otros que podrían añadirse siguen siendo tributarios los Estados constitucionales del presente. Por eso es tan importante recordar y regresar al ideal ilustrado, humanizador y progresista de la Declaración en nuestro tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

- Artola, Miguel (1986) *Los derechos del hombre*, Madrid, Alianza.
- Blanco Valdés, Roberto L. (2002) “La configuración del concepto de constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana” en Carbonell, Miguel (compilador), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH.
- Blanco Valdés, Roberto L. (1994) *El valor de la constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, Alianza.
- Bluche, Frédéric, Rials, Stéphane y Tulard, Jean (2003) *La révolution française*, 6ª edición, París, PUF.
- Boutmy, Emile (2003) “La Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano y M. Jellinek” en Jellinek, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, traducción y estudio preliminar de Adolfo Posada, estudio introductorio de Miguel Carbonell, México, IJ-UNAM.
- Burke, Edmund (2003) *Reflexiones sobre la Revolución en Francia*, Madrid, Alianza.
- Cruz Villalón, Pedro (1999) “Formación y evolución de los derechos fundamentales” en su libro *La curiosidad del juristas persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEPC.
- Carbonell, Miguel (2005) *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, CNDH.
- Duguit, León (1996) *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, traducción y presentación de Pablo Pérez Tremps, Madrid, CEC.
- Fauré, Christine (1999) *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, México, FCE, CNDH (segunda reimpresión).

- Ferrajoli, Luigi y otros (2001) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.
- Fioravanti, Mauricio (2000) *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 3ª edición, Madrid, Trotta.
- Fioravanti, Maurizio (ed.) (2004) *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Madrid, Trotta.
- Fioravanti, Maurizio (2001) *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta.
- García de Enterría, Eduardo (1994) *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza.
- García Manrique, Ricardo (2001) “Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”, *Historia de los derechos fundamentales*, tomo II, volumen III, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III.
- González Amuchástegui, Jesús (comp.) (1984) *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Madrid, Editora Nacional.
- Häberle, Peter (1998) *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid, Trotta.
- Habermas, Jürgen (2002) “Derecho natural y revolución” en el libro del mismo autor, *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, 4ª edición, Madrid, Tecnos.
- Jellinek, Georg (2003) *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, traducción y estudio preliminar de Adolfo Posada, estudio introductorio de Miguel Carbonell, México, IJ-UNAM.
- Peces-Barba, Gregorio (2001) “Fundamentos ideológicos y elaboración de la Declaración de 1789”, *Historia de los derechos fundamentales*, tomo II, volumen III, Madrid, Universidad Carlos III, Editorial Dykinson.
- Prieto Sanchís, Luis (2003) *La filosofía penal de la Ilustración*, México, INACIPE.
- Troper, Michel y Jaume, Lucien (directores) (1994) *1789 et l'invention de la constitution*, París, LGDJ.
- VV. AA. (1993) *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, París, Económica.
- Vitale, Ermanno (2001) “Sobre la fundamentación de los derechos fundamentales. Entre iusnaturalismo y iuspositivismo” en Ferrajoli, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.
- Wachsmann, Patrick (2003) “Déclaration des droits de l'homme et du citoyen” en Alland, Denis y Rials, Stéphane (directores) *Dictionnaire de la culture juridique*, París, PUF.



Autor: Luis Mario Marín Cadavid
Título: El lechero
Técnica: Acuarela
Dimensiones: 76 x 56

LA CORTE CONSTITUCIONAL: ENTRE LA LIBERTAD Y LA RESTRICCIÓN

Fecha de recepción: Agosto 12 de 2009
Fecha de aprobación: Septiembre 30 de 2009

LA CORTE CONSTITUCIONAL: ENTRE LA LIBERTAD Y LA RESTRICCIÓN

*Juan Esteban Carvajal Hernández**

RESUMEN

Es conocida la tensión latente que genera la existencia de instituciones que apuntalan su poder en fuentes de legitimidad distintas: de un lado encontramos a los órganos políticos (Gobierno y Congreso) como entes que derivan su legitimidad de las mayorías democráticas; y de otro, la jurisdicción, la cual no es elegida de manera directa por el pueblo y que a su vez sirve para contener las pasiones eventuales de este último (el pueblo). Ante la resurrección de tesis conservadoras, se hace necesario un estudio histórico y jurídico del fundamento de la jurisdicción constitucional y el Tribunal Constitucional –como parte integrante de la jurisdicción–, pues ante los constantes cuestionamientos que se les hace, es inevitable interrogarse acerca de si es posible predicar la existencia de la democracia sin la presencia de esta figura dentro del panorama orgánico de un Estado de Derecho.

Palabras clave: supremacía constitucional, mayorías democráticas, Corte Constitucional, control de constitucionalidad.

CONSTITUTIONAL COURT: BETWEEN FREEDOM AND RESTRICTION

ABSTRACT

It is known the tension that generates the existence of institutions that underpin their power in different sources of legitimacy: in one side are the politic organs (Govern and Congress) as entities that derive their legitimacy from democratic majorities; and in the other side, is the jurisdiction, which is not elected directly by the people and that at the same time controls the possible passions of this one (the people). In front of the resurrection of conservative thesis, it is necessary a historic and legal study about the foundation of the constitutional jurisdiction and the Constitutional Court –as an integral part of the jurisdiction–, because of the constants questions that are made, we try to analyze if it is possible preach the existence of democracy without the presence of this institute into the organic panorama of the State of Law.

Keywords: Constitutional supremacy, democratic majorities, Constitutional Court, Constitutional control.

* Abogado de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Diplomado en Docencia Universitaria –UNAULA– y actualmente Estudiante de la Especialización en Derecho Constitucional de la Universidad de Antioquia.

LA CORTE CONSTITUCIONAL: ENTRE LA LIBERTAD Y LA RESTRICCIÓN

“El derecho es un arte que exige un largo estudio y una larga experiencia antes de que un hombre pueda hacer uso de su conocimiento”.

Magistrado Lord COKE-1612

El problema que se plantea en este escrito consiste en las constantes tensiones que se dan entre dos grandes instituciones en una República, las cuales son el Congreso de la República (como lugar de expresión política del pueblo) y el Tribunal o Corte Constitucional (como órgano de elección indirecta y no popular), ya que se ha cuestionado el poder de éste último frente a las decisiones del poder político. En sí la supremacía constitucional deslegitima las decisiones de las mayorías democráticas en un Estado Constitucional de Derecho.

Para tratar este tema y darle una solución se hará un desarrollo histórico de los actos más representativos de la supremacía constitucional, luego se abordará un planteamiento de lo que hay actualmente frente a esta tensión, y como está determinado en Colombia y aclarar a favor de quién se soluciona esta tensión a mi consideración.

Hace más de 200 años que el abad Sieyes planteó crear una jurisdicción constitucional¹ con el propósito de limitar el poder exorbitante en que caerían esas mayorías políticas representadas en la Asamblea Nacional de Francia en 1791, prácticamente tendría tres funciones²:

1. Que vele fielmente por la guardia del depósito constitucional.
2. Que se ocupe, al abrigo de las pasiones funestas, de todos los pareceres que puedan servir para perfeccionar la Constitución.
3. Por último, que ofrezca a la libertad civil un recurso de equidad natural en ocasiones graves en las que la ley tutelar haya olvidado su justa garantía.

1 Sieyes, escritos políticos, FCE México 1998, Trad. David Pantoja Moran, X Opinión de Sieyes sobre las atribuciones y la organización de la “Jury Constitutionnaire” propuesta el 2 del Termidor.

2 Ibid.

Esta idea de jurisdicción no tuvo buena acogida, por lo tanto fue rechazada y archivada en los resguardos del olvido.

Pero una de las tantas cosas buena que dejó, no sólo para el constitucionalismo, sino para la humanidad la Revolución Francesa, fue la promulgación de los derechos del Hombre y del Ciudadano, ya que consagró en su artículo dieciséis (16), “que una sociedad no tendrá constitución si no tiene consagrado una separación de poderes y establecido una garantía de los derechos”, esto con el único fin de contener la arbitrariedad de los gobernantes y asegurar la libertad de los miembros de la sociedad.

Con estos principios mínimos comienza la Edad Contemporánea y con ello un pensamiento político de respeto para el ciudadano, de igualdad de oportunidades y de respeto a una ley superior que se considera la norma fundamental de una sociedad.

Es así que para 1803 se concreta la Teoría de la Supremacía Constitucional, puesto que en el histórico fallo *Marbury vs. Madison*³ de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, el juez Marshall, determina que “si una ley ordinaria es contraria a la Constitución se debe de tener como no válida y por ende inaplicarse por parte del operador jurídico, ya que esa Constitución consagra los valores supremos de la voluntad popular, la cual es un poder originario y supremo”.

Por lo tanto la Constitución es uno de los principios básicos de nuestra sociedad y ha sido escrita, para que los límites a los poderes públicos no se confundan y se olviden, ya que si no fuese así no habrá ninguna distinción entre una democracia y una dictadura y por lo tanto cualquiera de los poderes públicos podría reformar la Constitución o darle una interpretación diferente a su modo, constituyendo en un absurdo la teoría de la separación de poderes.

Así nos fuimos sumergiendo dentro de la Teoría Constitucional durante todo el siglo XIX, época donde se fueron desarrollando y determinando las bases de la Supremacía Constitucional, al paso que propició los conflictos con la expresión de la democracia, conflictos que fueron importantes porque se llegó a denominar esta teoría como la manifestación más clara del gobierno de los jueces.

Luego pasamos al siglo XX, donde se presenta una de las discusiones jurídicas más bellas e ingeniosas, entre Carl Schmitt, con su obra “La Defensa de la Constitución”⁴,

3 Sentencia *Marbury vs. Madison* de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América (1, Cranch, 137, 1803).

4 *La Defensa de la Constitución*, Carl Schmitt, Trad. Manuel Sánchez Sarto, Editorial Tecnos, Edición 1983.

y Hans Kelsen, quien responde a las críticas que formula Schmitt en su contra, con la obra “¿Quién Debe Ser el Defensor de la Constitución?”⁵

En esta discusión jurídica, se plantea, por parte del primero, que la defensa de la Constitución radicaba en la figura visible del poder ejecutivo (presidente de la república) por haber sido elegido directamente por las mayorías populares y es en él, en el que únicamente se debía confiar la guarda e integridad de la Constitución.

A esta propuesta se opone Kelsen ya que se pregunta quién debe ser el verdadero defensor de la Constitución, dando una respuesta maravillosa y neutral, donde manifiesta confiarle la guarda y la supremacía constitucional a “un órgano específico cuya función es defender la Constitución contra las violaciones ya que esta por ser una norma también puede ser violada”⁶.

Por lo anterior Kelsen propone crear un Tribunal Constitucional, el cual genera un control concentrado de constitucionalidad, donde se constata que una norma de inferior jerarquía a la constitución, viola a esta, y por lo tanto ordena anular la norma violatoria y sacarla del ordenamiento jurídico.

Este fue el modelo que se impuso en toda la Europa continental, separándose del llamado Control Difuso de Constitucionalidad, modelo desarrollado principalmente en el Sistema Jurídico Anglosajón, el cual consiste en inaplicar la norma que es contraria a la Constitución al respectivo caso que se está estudiando, pero no anula la controvertida norma.

Hay que destacar, en cuanto a este tribunal que propone Kelsen, que su naturaleza jurídica⁷ es muy singular, ya que lo considera un legislador negativo, porque se parece al legislador por la naturaleza de los actos que profiere y se parece a un tribunal jurisdiccional por la forma en cómo produce sus actos.

Esta propuesta de garantía constitucional configura un respeto al principio de la separación de poderes y un equilibrio democrático y no la violación de estos.

Luego de terminada la segunda guerra mundial se concretan en el mundo occidental los tribunales constitucionales, a los cuales se les confía la Guarda e Integridad de la Constitución; pero aquí ya se entiende esta Constitución no sólo como portadora de unos derechos y de unas reglas de separación de poderes, sino que traza unos

5 ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, Hans Kelsen, Trad. Roberto J. Brie, Editorial Tecnos, Edición 1999.

6 Ibid.

7 “La Garantía jurisdiccional de la Constitución”, Hans Kelsen. En Escritos sobre la Democracia y el Socialismo, Madrid, Debate, 1988.

principios y valores que tienen más énfasis en los derechos que constituyen unos límites materiales a las Mayorías Legislativas.

Esto es así porque las mayorías democráticas pueden abusar del poder que tienen y cometer muchas arbitrariedades contras las minorías democráticas y es la existencia de un Tribunal Constitucional la que garantiza que estas mayorías no se extralimiten en sus funciones y competencias.

Al redactar estas palabras podríamos traer a colación un jurista llamado Jon Elster, puesto que ha trabajado este tema de las mayorías democráticas, sus pasiones y las auto restricciones, proponiendo con su obra “Ulises y las Sirenas”⁸, el cual es un texto de Filosofía y Derecho Constitucional, una paradoja con la sociedad actual frente al mitológico viaje de Ulises en busca de su hogar, viaje por el cual tiene que pasar cerca a unos riscos donde hay unas bellas sirenas que embrujan a los marinos con sus bellos cantos para atraerlos hacia los riscos y así hacerlos naufragar. Para evitar todo esto Ulises le pide a sus marinos que lo aten al mástil del barco y que ellos se tapen los oídos con cera, para no poder escuchar qué dicen y así poder salir avante en su trayecto.

Con este pasaje el jurista hace una relación metafórica con la sociedad occidental, donde Ulises representa la sociedad civil, las sirenas representan a esas mayorías apasionadas que con sus cantos se mantienen llamando a la sociedad para que les pongan atención, el mástil representa las constituciones democráticas que no sólo promulgan unos derechos sino que también garantizan unos límites materiales a esa comunidad en general y particularmente a las mayorías democráticas para que se auto restrinjan en sus pasiones y no se dejen encantar o embrujar por los bellos llamados de esas mayorías desaforadas.

Esto da a entender, como dijo John Potter Stockton reseñado por Elster, que las Constituciones son “cadenas con las que los hombres se atan a sí mismos en sus momentos de lucidez para no morir por su propia mano el día de su locura”⁹.

Pero como el derecho es evolutivo y más en sus nutridas teorías, aparece en el trasegar del siglo XX, una nueva teoría en materia constitucional, con la clásica obra “Democracia y Desconfianza”¹⁰ escrita por John Hart Ely, la cual constituye un punto neutral y de enfriamiento entre las agudas fricciones de la democracia y la

8 Ulises y las Sirenas, Jon Elster, Cambridge University Press, Cambridge, 1984.

9 Ulises revisitado, compromisos previos y constitucionalismo, Jon Elster, Trad. Juan Carlos Rodríguez y Miguel García, Artículo de Revista, Análisis Político (Santa fé de Bogotá), No. 035, Sep.-Dic. 1998, p. 70-96

10 Democracia y desconfianza. Una Teoría del Control Constitucional, John Hart Ely, Editorial Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 1997.

supremacía constitucional, proponiendo que el control de constitucionalidad de las leyes se restrinja a tres propósitos: vigilar el proceso de representación política al estilo de un árbitro, mantener despejados los canales de cambio político y facilitar la representación de las minorías.

Además de estas tres restricciones, Ely tiene una visión procedimental de la Constitución, la cual para él propicia “una deliberación y entendimiento entre los ciudadanos, de lo cual no pueden derivarse, mediante razonamientos certeros, soluciones sustantivas para los problemas jurídicos”¹¹, como bien lo anota Carlos Bernal Pulido.

De estas discusiones en torno a la supremacía constitucional y la democracia, se ha llegado a unas corrientes conservadoras en América Latina por parte de algunos juristas como Marina Gascón Abellán¹² y Sebastián Linares¹³, quienes acogen una visión de respeto y confianza a la voluntad de las mayorías democráticas, dejando a un lado la garantía que puede establecer un tribunal constitucional en la protección que brindan a las minorías frente a las avasalladoras fuerzas de las mayorías.

Es simpática esta nueva corriente conservadora ya que no toma en cuenta la existencia de unas cartas de derechos fundamentales, las cuales se lograron con mucho sudor y sangre en nuestra América Latina durante la consolidación de la democracia en este continente después de los sucesivos regímenes de facto que asolaron estas tierras.

Es en la Supremacía Constitucional, a través de su vocero el juez constitucional, ya como órgano colegiado o como individuo, que se encuentra la estabilidad de nuestras democracias, ya que permiten que sean respetadas las reglas de juego que fueron establecidas en nuestras Constituciones por los grandes consensos logrados por la sociedad civil en los albores de los años 90 del siglo XX, como ocurrió en Colombia y otros países latinoamericanos.

Frente al caso colombiano, el control de constitucionalidad de las leyes ha sido a partir de la Constitución Política de 1991 que es de gran relevancia no solo jurídica, sino también política. Aunque hay que anotar que existe en nuestro país este control desde 1910 cuando fue adicionada a nuestra anterior Constitución por medio del

11 El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales, Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, 2005.

12 Justicia Constitucional: la invasión del ámbito político, Marina Gascón Abellán, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, www.juridicas.unam.mx.

13 El Dialogo Democrático Entre Las Cortes y Las Instituciones Representativas, Sebastián Linares, Revista Mexicana de Sociología 70, núm. 3 (julio-septiembre, 2008), pág. 487 a 532.

Acto Legislativo n° 3 de esa anualidad y a partir de aquí ha logrado meterse y ser parte de la vida de los colombianos, y desde allí, la Corte Constitucional, como guardián de la integridad y supremacía constitucional, no ha permitido que los límites materiales sean violados por nuestras mayorías democráticas, y ni mucho menos por nuestro Gobierno.

Este control por parte de la Corte nos lo han enseñado como de naturaleza semidifusa, y la razón para esto, es porque en nuestro país existe un órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional, que es la Corte Constitucional, y porque los demás jueces pueden inaplicar las leyes que sean incompatibles con el texto fundamental.

Esta teoría pienso se debe reevaluar y considerar a este control no como difuso o concentrado sino más bien diseminado porque hay que pensar también en el Consejo de Estado¹⁴ como órgano de relevancia constitucional por ser concededor de la Acción de Nulidad por Inconstitucionalidad y además ser órgano supremo de las acciones populares.

No es descabellada esta forma de control de constitucionalidad porque da pie a pensar en otro tema de relevancia constitucional, el cual consiste en la constitucionalización de la jurisdicción ordinaria. Esto es importante para el tema que se desarrolla en este ensayo, porque no podemos desconocer ni ignorar que los miembros que pertenecen a la Rama Jurisdiccional del Poder Público son todos Jueces Constitucionales¹⁵ y no sólo cuando conocen de acciones de tutela sino también cuando desarrollan otros tipos de procesos judiciales, para que sean ellos los primeros en garantizar la efectividad de los derechos constitucionales de todo rango en cualquier momento y así legitimar ante los ciudadanos en su mejor expresión nuestra democracia constitucional para que esta, sea enaltecida y respetada por todos nosotros.

En nuestra vida práctica no todo ha sido tan ideal o utópico y más para la Corte Constitucional. Lo digo por las decisiones que ha tomado, las cuales no sólo benefician a muchas personas, sino que también levantan ampollas en algunos círculos de poder como lo ha sido en los económicos y en los políticos.

En ese orden de ideas se puede notar lo anteriormente dicho con las decisiones que tomó nuestra Corte Constitucional frente al tema del referendo constitucional de

14 Constitución Política de Colombia, Título VIII De La Rama Judicial, Capítulo 3, Art. 237 núm. 2.

15 Constitución Política de Colombia, Título I De Los Principios Fundamentales, Art. 4.

2003¹⁶ y la reelección presidencial¹⁷, ya que determinaron que el Congreso de la República como constituyente derivado tiene límites competenciales, en el sentido de que existen temas vedados a su capacidad de reformar las normas constitucionales, y por lo tanto no tiene competencia para destruir o sustituir la Constitución de 1991, porque si no existiera este límite se eliminaría la diferencia y no tendría razón de ser la distinción entre poder constituyente primario y poder constituyente derivado o de reforma.

Estas sentencias son importantes porque frenan las pasiones acaloradas de nuestras mayorías democráticas, pues mirando un poco a fondo se podría decir que éstas son una coalición del gobierno de turno, presentándose así una gran gama de intereses particulares que pueden llevar a un desenfreno de arbitrariedades y despotismos.

Pero debemos esperar el pronunciamiento de nuestra nueva Corte Constitucional frente a los tres nuevos referendos de iniciativa popular que se están tramitando en el Congreso de la República y los cuales han sido modificados en sus textos originales por parte de este, para saber si esto es permitido o se debe de respetar la voluntad del Constituyente Primario y poder determinar esta teoría frente a la supremacía constitucional y la voluntad de las mayorías democráticas.

Como se puede notar, éste no es un tema pasivo, sino todo lo contrario, es un debate de fuego ardiente y explosivo, en el cual de entrada no se puede escoger ninguna de las dos instituciones en sus extremos porque sería una violación flagrante del principio de la separación de poderes, de la Constitución misma y de la soberanía popular.

Por todo lo anterior debemos dejar tantos miedos que afligen la confianza en un Tribunal Constitucional, y por ende hay que apostarle o, mejor dicho, confiarle la Constitución a esta Institución para que así comience la verdadera hora de los derechos y la democracia, a través de sus mayorías, vaya cambiando de tal manera el concepto que tiene frente a esta y lo articulen a la actualidad de un Estado Constitucional de Derecho, para que en sus decisiones tomen en cuenta a las minorías políticas, se desarrollen políticas públicas en materia social y exista una participación democrática de inclusión a todos los miembros de la sociedad civil.

16 Sentencia de Constitucionalidad 551 de 2003, MP: Eduardo Montealegre Lynett.

17 Comunicado de Prensa del 20 de octubre de 2005 de las Sentencias de Constitucionalidad 1040,1041 y 1043, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

BIBLIOGRAFÍA

- Sieyes, escritos políticos, FCE México 1998, Trad. David Pantoja Moran, X Opinión de Sieyes sobre las atribuciones y la organización de la “Jury Constitutionnaire” propuesta el 2 del Termidor.
- Sentencia Marbury vs. Madison de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América (1, Cranch, 137,1803).
- Schmitt, Carl. Trad. Manuel Sánchez Sarto, La Defensa de la Constitución, Madrid, Editorial Tecnos, Edición 1983.
- Kelsen, Hans. Trad. Roberto J. Brie, ¿Quién debe ser el defensor de la constitución?, Madrid, Editorial Tecnos, Edición 1999.
- Kelsen, Hans. “La Garantía jurisdiccional de la constitución”,. En Escritos sobre la Democracia y el Socialismo, Madrid, Debate, 1988.
- Elster, Jon. Ulises y las Sirenas, Cambridge University Press, Cambridge, 1984.
- Elster, Jon. Ulises revisitado, compromisos previos y constitucionalismo, Trad. Juan Carlos Rodríguez y Miguel García, Artículo de Revista, Análisis Político (Santa fè de Bogotá), No. 035, Sep.-Dic. 1998, p. 70-96.
- Hart Ely, John. Democracia y desconfianza. Una Teoría del Control Constitucional, Editorial Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.
- Bernal pulido, Carlos. El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2005.
- Gascón abellán, Mariana. Justicia Constitucional: la invasión del ámbito político, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, www.juridicas.unam.mx.
- Linares, Sebastián. El Diálogo Democrático Entre Las Cortes y Las Instituciones Representativas, Revista Mexicana de Sociología 70, núm. 3 (julio-septiembre, 2008), pág. 487 a 532.
- Constitución Política de Colombia, Título VIII De La Rama Judicial, Capitulo 3, Art. 237 núm. 2.
- Constitución Política de Colombia, Título I De Los Principios Fundamentales, Art. 4.
- Sentencia de Constitucionalidad 551 de 2003, MP: Eduardo Montealegre Lynett.
- Comunicado de Prensa del 20 de octubre de 2005 de las Sentencias de Constitucionalidad 1040,1041 y 1043, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.



Autor: Luis Mario Marín Cadavid

Título: Pastando

Técnica: Acuarela

Dimensiones: 76 x 56

***CONSTITUCIÓN COMO PROVISIÓN E
IRRADIACIÓN CONSTITUCIONAL.
Sobre el concepto de “neoconstitucionalismo”
Segunda parte***

Fecha de recepción: Octubre 4 de 2008

Fecha de aprobación: Noviembre 10 de 2008

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

SEGUNDA PARTE

*Leonardo García Jaramillo***

RESUMEN

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

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

CONSTITUTION AS PROVISION AND THE SPREAD OF THE CONSTITUTION

PART TWO

The main attempt of this essay is to contribute with the national discussion concerning the reception of neo-constitutionalism movement. In order to achieve this task, it will adopt the theoretical suggestion of Miguel Carbonell, a well-known Constitutional Law Professor who has argued that it's possible to determine the level in which a singular legal order is settled by the phenomenology of that way to envisage the rebirth of the law in general, given three features. Namely, in a nutshell, a new Political Constitution, the renewed case law practices and law literature developments. From this appealing structure of analysis, our main juridical institutions and provisions are develop to sustain that the neo-constitutionalism postulates, allow to describe and –more importantly– to demonstrate the usefulness of the constitutionalization of legal order. In this context, the judge role it's emphasizes and some critiques in relation to neo-constitutionalism are rejected.

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

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

** Abogado con estudios de Filosofía. Editor y profesor, Escuela de Ciencias y Humanidades, Universidad EAFIT-Medellín. Ha publicado artículos y traducciones en libros y revistas especializadas sobre derecho constitucional y teoría jurídica.

CONSTITUCIÓN COMO PROVISIÓN E IRRADIACIÓN CONSTITUCIONAL.

Sobre el concepto de “neo-constitucionalismo”*

SEGUNDA PARTE

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

Alexy

IV. EL NUEVO ROL JUDICIAL COMO INSIGNIA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

La clave de la práctica jurídica sigue estando en la conciencia del juez, pero ésta ya no es conciencia cognoscente, sino libérrima conciencia decisoria; el juez ya no es contemplado como servidor de la ley sino como señor absoluto del derecho.

García Amado

Desde el inicio mismo del cambio constitucional en 1991 se ha abogado al interior de la academia, así como de la doctrina y la jurisprudencia nacionales, especialmente la constitucional con base en el influjo iusteórico trasnacional, por la demanda a un tipo distinto de juez respecto del administrador de justicia que ejercía su cargo siguiendo los lineamientos de la Constitución del 86. Como afirma Carlos Gaviria: “Cuando se dio la Constitución del 91, una de las mayores virtudes que en ella advertí fue la exigencia implícita de un nuevo juez colombiano. Que no se nutra sólo de incisos y párrafos incitantes a la hermenéutica (¿o no hermenéutica?) exegética, sino de reflexiones que le permitan descifrar la clave de un universo axiológico tan apasionante y complejo como el que acoge nuestra Carta”¹.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 constitucional, decíamos, y sabemos, que los jueces en sus sentencias encuentran una exclusiva sujeción al imperio de la ley con miras a garantizar su independencia y por tanto su impar-

1 Carlos Gaviria, “Prólogo” a *Los jueces de mármol*, de Andrés Nanclares. Medellín: La Pisca Tabaca, 2001.

cialidad, pero entonces qué debe hacer el juez ante los casos de penumbra cuando hay lagunas o donde se presentan defectos lógicos en el sistema jurídico (contradicciones entre normas jurídicas, la redundancia o inoperancia de ciertas normas y las lagunas jurídicas). Los problemas que surgen al momento de interpretar las leyes, especialmente en los casos difíciles para los cuales el juez cuenta con criterios auxiliares explícitos: la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina (despojadas de cualquier posibilidad de servir como fuentes directas y principales de las providencias judiciales)², presuponen dudas acerca de las consecuencias lógicas que se pueden inferir de ciertos textos jurídicos, quedando sin determinar la calificación normativa que ellos estipulan para determinados casos. La respuesta comporta una reconceptualización de “criterio auxiliar” respecto de lo que se dice en la Constitución hacia lo que ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ya que la atribución de poder obligatorio –o fuerza vinculante (“*binding precedent*”) como se le dice en los países del *Common Law*– se va haciendo cada vez más imperativa.

Dejando de lado las cuestiones de fundamentación ius-filosófica y asuntos constitucionales relativos a problemas teóricos y prácticos que presenta la tesis de la atribución de fuerza vinculante de los precedentes, sí es necesario al menos por ahora llamar la atención sobre la dificultad que subyace a la defensa de dicha tesis en nuestro contexto. La vaguedad en la que muchas veces incurren los juristas al tratar de sustentar sus apologías a la misma, no se corresponde con la frecuencia y vehemencia con la que es referida su conveniencia en el ordenamiento jurídico. Basta ilustrar este aspecto al señalar una llamativa similitud del papel de la jurisprudencia en los países de tradición anglosajona y romano-germánica, como el nuestro:

el precedente juega ahora un papel significativo en el proceso de decisión judicial y en el desarrollo del derecho en todos los países y tradiciones jurídicas (...) Ello es así sin importar si el precedente ha sido reconocido de manera oficial como formalmente obligatorio o como vinculante en algún grado por su fuerza normativa. Por razones históricas en algunos sistemas jurídicos se ha des-estimulado formalmente o incluso descartado que los precedentes sean citados abiertamente en las sentencias proferidas por las altas cortes. Pero aun en estos casos el precedente juega en realidad un papel crucial. Por ejemplo, el derecho francés contemporáneo sería incomprensible si no se hiciera referencia a los precedentes sentados por las altas cortes para llenar vacíos o para complementar los códigos y las otras fuentes formales tradicionales del derecho³.

2 Ver, sobre la costumbre como fuente del derecho, la SC-486 de 1994.

3 Neil MacCormick - Robert Summers, *Interpreting Precedents*. London: Ashgate, 1997, p. 532.

En relación con el principio de integración normativa, al regular las diversas situaciones que le plantea la compleja realidad social, económica, política e institucional, el legislador no está en capacidad de prever en las leyes todas las situaciones que se le pueden presentar al juez para su composición, por lo que inexorablemente siempre quedarán vacíos en la legislación. Escribe Portalis en su Discurso preliminar al proyecto de Código Civil francés: “Es imposible que el legislador lo prevea todo (...) una masa de cosas queda necesariamente abandonada al imperio de los usos, a la discusión de los hombres instruidos y al arbitraje de los jueces (...) Cuando la ley es clara, hay que seguirla, cuando es oscura hay que profundizar en sus disposiciones”⁴. Circunstancia que, junto con la prohibición al juez de rehusarse a decidir argumentando falta de norma aplicable (laguna), o contradicción entre normas, nos permite decir que el juez tiene que encontrar la norma para la decisión, siendo el razonamiento analógico un recurrido medio para resolver el conflicto planteado en caso de vacío⁵.

La función del legislador, en consecuencia, no consiste en prever casuísticamente la totalidad de tales situaciones, sino en el establecimiento de preceptos de carácter general que permitan mediante interpretación alcanzar la regla, o sub-regla, que le permita resolver el caso, por esto es por lo que en toda controversia sometida a la decisión del juez, al tener que ser resuelta jurídicamente, lo obliga a llenar los vacíos dejados por la legislación, a “legislar intersticialmente”, en palabras de Benjamin Cardozo, lo que debe ser entendido como un bien, y no como un mal menor; por supuesto que no puede llevar a cabo esta tarea en forma arbitraria, sino mediante una decisión que deberá ajustarse a los hechos, las pruebas y el derecho, y en atención a los principios.

Respecto a los diversos tipos de casos que se le pueden presentar al juez para su composición, con la teoría jurídica contemporánea distinguimos entre ‘casos fáciles’ y ‘casos difíciles’. El ‘caso fácil’ es aquel que, aplicando una “racionalidad formal”⁶, se produce una decisión que no resulta controversial, por lo que no resulta problemático establecer las premisas del argumento y cuya conclusión no reviste de singular reflexión porque las normas jurídicas constituyen la única razón de la decisión. De otra parte, los casos en donde existe más de un alternativa razonable

4 Esto sucede en materia civil, porque en penal a falta de ley que justifique la condena, se debe absolver al acusado. Cfr.: Portalis, “Discours préliminaire du projet de Code civil”, en: Loqué. *Législation civile de la France*. T. I. Cit. en Chaim Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas, 1988, p. 30.

5 En materia penal, como lo señaló en su intervención el Ministro de Justicia en la sentencia C-083 de 1995, el problema de la analogía cambia totalmente porque de acuerdo con lo dispuesto en el art. 29 constitucional, el fundamento de la acción estatal es la propia ley, de ahí el principio “*nullum crimen nulla poena sine lege*”.

6 Manuel Atienza, *Tras la justicia*. Barcelona: Ariel, 1997, p. 177.

aplicable, o ‘caso difícil’, se presentan cuando el caso sometido a la composición del juez no se puede subsumir claramente en una norma porque las leyes no son siempre exactas y dejan unas “zonas grises” o “campos de juego incierto”⁷, o cuando no obstante existir varias normas aplicables resultan no sólo incompatibles, sino incluso contradictorias⁸. Más precisamente, cuando en la situación concreta (a) existe más de una norma pertinente aplicable (como cuando se da una colisión entre principios)⁹, (b) hay una laguna¹⁰, (c) los hechos y las normas relevantes permiten más de una solución (norma aplicable lingüísticamente ambigua, como dice Hart, de “textura abierta”)¹¹, (d) de haberse establecido un precedente, debe ser modificado (*overruling*, como se conoce en los países del *Common Law*), o cuando (e) no obstante existir una sola norma pertinente y su enunciado es claro, su aplicación puede ser perjudicial –circunstancia que le permite al juez el recurso excepcional al criterio auxiliar de decisión de la equidad– la cual “es el retorno a la ley natural ante el silencio, la oposición o la oscuridad de las leyes positivas”¹².

El juez, entonces, al ser competente funcional y no encontrar excusa para el fallo inhibitorio, tiene la obligación de decidir todo caso que se someta a su consideración, halle o no en el ordenamiento ley aplicable, so pena de incurrir en denegación de justicia tal como lo estipula el artículo 48 de la ley 153 de 1887: “Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia”¹³. De esta norma se

7 Arthur Kaufmann, *Filosofía del derecho*. Op. cit., pp. 107-108.

8 Sobre los casos difíciles frente a los cuales no es claro si procede o no la acción de cumplimiento, y si de lo que se trata es de la aplicación directa de la Constitución para la protección de derechos de rango constitucional o del cumplimiento de la ley y de los actos administrativos para exigir la realización de un deber omitido, ver: SC-1194 de 2001.

9 Ver, como un ejemplo singular y local de este tipo de caso difícil, la SC-221 de 1994.

10 Los casos difíciles a y b, que se resuelven por medio de mecanismos de integración (analogía), los señala Dworkin en “Judicial Discretion”, en: *The Journal of Philosophy*. No. 60, 1963, pp. 627 y ss. Ver también: César Rodríguez, “Teoría del derecho y decisión judicial: en torno al debate entre H.L.A. Hart y R. Dworkin”. Estudio Preliminar a, Herbert L.A. Hart - Ronald Dworkin, *La decisión judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre - Uniandes, 1997.

11 Herbert L. A. Hart, “The open texture of Law”, en: *The Concept of Law*. Op. cit., pp. 124-136.

12 Portalis, “Discours préliminaire du project de Code civil”, en: Loqué. *Législation civile de la France*. T. I. Cit. en Chaim Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Op. cit., p. 30.

13 Tal artículo encuentra su origen en el artículo 4 del Código de Napoleón (*Code*, 1804), en el que se lee: “El Juez que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser procesado como culpable de denegación de justicia”. Legislaciones locales adoptaron una provisión similar a esta. Así se lee en el Código Civil español, art. 1: “Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan”; en la ley chilena de oct. 16 de 1875 (*Ley Orgánica de Tribunales*), art. 9: “los tribunales no pueden ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio. Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia

desprende el ejercicio de la coerción sobre las conductas que se estiman judicialmente indeseables, pero se debe subrayar que, más allá de las disposiciones civiles que exigen al juez fallar en derecho, se encuentra la naturaleza ontológica propia de la función judicial, cual es garantizar que todo hecho sometido a su composición reciba la correspondiente valoración jurídica y solución.

El derecho mismo existe para resolver conflictos, por lo que sin la posibilidad de proyectar la norma sobre el caso concreto, el derecho pierde su razón de ser. La obligación de decidir del juez no sólo se deriva de la anterior disposición del derecho positivo, sino que ésta implica el significado de ser juez, por lo cual, lógicamente, en el derecho no hay lagunas porque habiendo jueces que decidan ninguna conducta puede quedar sin la valoración jurídica concreta. La respuesta de la jurisprudencia y la teoría jurídica con respecto a la existencia de lagunas en el derecho es unánime: “No, porque hay jueces”, y como se dice en la SC-083 de 1995¹⁴, “Más fácil se concibe un sistema jurídico sin legislador que sin jueces”¹⁵. Afirma la Corte que dicha concepción pertenece a Carlos Cossio¹⁶, quien subraya el hecho innegable de que el juez constituye un momento esencial del derecho, ya que la vocación inherente a las normas jurídicas es la aplicación en todos los casos. López Medina trae a colación a Kelsen quien, en su propósito de discernir el derecho de los demás sistemas reguladores de la conducta humana, sostuvo que “A diferencia de las otras normas que simplemente se observan o no, las normas jurídicas se aplican (...). El juez no puede menos que fallar, halle o no en el ordenamiento elementos que le permitan justificar su decisión”¹⁷.

no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión”; y en el Código de Procedimiento Civil italiano, art. 113: “Al pronunciarse sobre alguna causa, el juez debe seguir las normas del derecho, salvo que la ley le atribuya el poder de decidir en equidad”. En el Discurso precitado de Portalis, defiende este artículo aun cuando reconoce que “en virtud de su interpretación el juez se ve llevado a contribuir a la elaboración de la ley y a violar en cierto modo el principio de la separación de los poderes” Portalis, “Discours préliminaire du projet de Code civil”. Cit., pp. 29 y ss.

14 Demanda de inconstitucionalidad contra los arts. 8 (“Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”) y 13 de la ley 153 de 1887 por infringir el art. 230 constitucional. Como ya se había emitido pronunciamiento de exequibilidad sobre el art. 13 (SC-224 de 1994) se rechazó la demanda contra este artículo y la Corte decidió estarse en lo resuelto en aquella sentencia por haberse operado el fenómeno procesal de la cosa juzgada constitucional. En esta sentencia, asimismo, la Corte adoptó la distinción hartiana sobre reglas y principios.

15 *Ibidem*.

16 Ver, fundamentalmente, *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley*. Buenos Aires: Losada, 1947.

17 Diego López Medina, *Teoría impura del derecho*. Op. cit.

En el Estado Social de Derecho se acentúa de manera dramática el problema de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de las normas por medio de la intervención del juez, la cual, como se lee en la ST-406 de 1992 (M.P.: Ciro Angarita): “no se manifiesta sólo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica”.

IV, I. Neoconstitucionalismo y renovación de la labor judicial

El Estado Social de Derecho¹⁸ adoptado en el artículo 1ro. constitucional, ampliado y respaldado a través de todo el texto fundamental y desarrollado por la prolija jurisprudencia de la Corte Constitucional, le ha impuesto a los jueces unas estrictas obligaciones en su actividad que trascienden las cognitivas, lo cual ha desembocado en que demandemos un perfil renovado del ‘juez del nuevo derecho’, donde se le exige que “escriban a mano alzada” en casos muy complejos en donde no tienen la excusa de que el caso se tipifica en tal norma específica de tal código, resolviéndose sin mayor labor interpretativa.

La implicación de la adopción del Estado Social de Derecho en la labor judicial, se encuentra resumida por Rodrigo Uprimny en el siguiente interrogante: ¿Cómo garantizar que unas personas que no son elegidas democráticamente, (los jueces) y que en muchos casos no deben serlo precisamente para que puedan ser independientes y garantizar los derechos de las personas, sin embargo, decidan los casos de manera objetiva y justa, garantizando lo liberal, lo democrático, lo social de este tipo de Estado?¹⁹. El juez en el Estado social de derecho, derivado de sus principios constitutivos, sostiene Uprimny, debe respetar tres exigencias fundamentales: (I) conforme a la filosofía liberal, debe garantizar los derechos de las personas por

18 La bibliografía sobre el Estado Social de Derecho es extensísima, pero dentro de los principales trabajos se encuentra, José Ramón Cossío, *Estado social y derechos de prestación*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1989. Y en nuestro medio, Ramón Eduardo Madriñán, *El estado social de derecho*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001. Fernando Álvarez Rojas, “El Estado social”, en: *Temas Jurídicos*. No. 3. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá (oct.) 1991. La Corte Constitucional colombiana ha expuesto la importancia y los alcances de esta fórmula política, entre otras, en ST-406 de 1992, SU-111 de 1997 y ST-505 de 1992.

19 Rodrigo Uprimny, “Estado social de derecho y decisión judicial correcta: Un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica”, en: VV.AA. *Hermenéutica jurídica*. Bogotá: Ediciones rosaristas, 1997. Ensayo que corresponde a un desarrollo de “La motivación de las sentencias y el papel de juez en el Estado social y democrático de derecho”, en: *Pensamiento Jurídico*. No. 4. Facultad de Derecho, ciencias políticas y sociales. Universidad Nacional, Bogotá, 1995.

medio de decisiones previsibles con base en el principio de seguridad jurídica, que es el principal instrumento para que su actividad no sea arbitraria y no vulnere derechos ni libertades. (II) En virtud de la soberanía popular, el juez debe respetar las decisiones mayoritarias de los órganos políticos, porque debido a su carencia de legitimación democrática, no tiene una fuente de poder autónomo, debiendo respetar los acuerdos sociales mayoritarios expresados en los órganos políticos de origen popular. Y (III) debe lograr decisiones materialmente justas, ya que en virtud del principio social, la actividad judicial debe contribuir al logro de una sociedad materialmente más justa.

Este juez se ve enfrentado a casos sobre diversas cuestiones que, además de las pruebas, los hechos y el derecho, son objeto de una importante literatura filosófica. Por ejemplo, el que roba por estricta necesidad y el demente que comete un homicidio, pero que sin embargo resultan plenos responsables de sus actos; la madre que decide suspender el embarazo porque resulta perjudicial para su salud. En su ensayo *¿Pueden o deben nuestros jueces ser filósofos?*²⁰, Dworkin expone las siguientes preguntas como algunas de las más significativas que muchas veces tienen que resolverse en la decisión de un juez: “¿Es el feto una persona con derechos e intereses propios?, ¿hay una distinción moralmente relevante entre el acto negativo de conservar los soportes artificiales de la vida y el acto positivo de administrar píldoras letales?, ¿violan principios fundamentales los gobiernos decentes al negar el derecho a morir a ciudadanos agonizantes cuándo y cómo ellos desean?, ¿que los ciudadanos tengan derecho de independencia moral en las decisiones personales, significa que la manera como deben morir es asunto de ellos?, ¿en la controversia del suicidio asistido, cuál es el papel de la distinción frecuentemente citada entre matar y dejar morir?”²¹. Para Dworkin, en el derecho constitucional es en donde con mayor relevancia se presentan las discusiones filosóficas, particularmente dramáticas en nuestro contexto por las polémicas decisiones de la Corte Constitucional sobre la eutanasia, el consumo de la dosis personal de droga, el mínimo vital, el suicidio asistido; así como, por ejemplo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la igualdad.

La jurisprudencia constitucional reivindica la concepción en virtud de la cual el nuevo papel del juez ya no es “*el orientador de unos ritualismos procesales vacíos de contenido, ni menos el inflexible fiscalizador del cumplimiento de los rigores*

20 Ronald Dworkin, *Must our Judges be Philosophers? Can they be Philosophers?* Conferencia, New York, Council for the Humanities, 2000. Vers. cast. de Leonardo García J., “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿pueden ser filósofos?”, en: *Estudios de Derecho*. No. 144. Año LXIV. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín (jul.-dic.) 2007.

21 *Ibidem*.

de la ley. Si así fuera, nada diferenciaría al Estado constitucional de otros modelos de organización política que se superaron precisamente para darle cabida a aquél. Lejos de ello, la jurisdicción, en una democracia constitucional, es el ámbito de concreción y protección, por excelencia, de los derechos fundamentales de las personas. De allí que en los estados modernos se configuren mecanismos para que el ciudadano pueda acudir ante sus jueces en aquellos eventos en que se le desconoce su dignidad, se le confisca o, en fin, se es indolente ante sus padecimientos²².

IV, II. El juez del neoconstitucionalismo: ¿un juez filósofo del derecho?

Considero que la expresión “filósofo del derecho” o “filosofía del derecho” es utilizada recurrentemente respecto de los jueces como una forma sesgada o indebidamente genérica de hablar de un juez estudioso, responsable y con unas virtudes que tienen que ver más con sus propios hábitos intelectuales. No obstante el resurgimiento revitalizado de los temas y problemas de la filosofía del derecho en las decisiones de los jueces, la importancia de su papel en el ‘nuevo derecho’ no tiene que ver con su formación teórica o iusfilosófica como muchas veces se sostiene: no es tanto que tengan que ser filósofos del derecho en sentido estricto, ni formarse en una rama especializada de la filosofía del derecho, ni porque uno piense que tengan que estudiar el género propiamente dicho, ni adentrarse o tomar posición, por ejemplo, en el debate entre Hart y Dworkin sobre la discrecionalidad judicial en los casos difíciles, o la discusión de este último contra el realismo jurídico sobre la creación judicial de derecho.

No es del todo diáfana la demanda a un “buen juez” como un juez “filósofo del derecho”, así como tampoco es clara la afirmación del profesor Oscar Mejía Quintana, –que un tanto extrañamente se hace en el marco de un análisis a la tesis dworkiniana del derecho como concepto interpretativo– de la que, puede decirse, se asume favorablemente una concepción del juez como filósofo del derecho propiamente dicho. Dice Mejía Quintana: “El juez introduce un principio de orden en la discusión iusfilosófica y determina, con su interpretación de las prácticas y normas legales, un “acuerdo inicial suficiente” que pueda ser tenido en cuenta por los abogados (...) Paralelo a las discusiones bizantinas de los filósofos del derecho, el juez, como un filósofo de hecho, al interpretar como principal protagonista del proceso jurídico, las normas legales y, determinar con ello sus reglas de juego,

22 ST-119 de 2005. Énfasis añadido.

establece con su práctica y su jurisprudencia justificatoria un parámetro que ordena el proceso jurídico y el cual es tenido en cuenta por los otros actores del mismo”²³.

En su ensayo *Must Our Judges Be Philosophers? Can They Be Philosophers?*, Dworkin se pregunta sugestivamente, y en todo un tanto irónico, si “¿Realmente quisiéramos encontrar a nuestros jueces divididos en partidos filosóficos, con Kant, por ejemplo, dominando el Segundo Circuito, y Hobbes el Séptimo? ¿No sería una pesadilla si las decisiones judiciales dependieran de qué filósofo atrapó la imaginación del respectivo juez?”²⁴.

Se demanda socialmente este, digamos, perfil, pero porque bien sabemos que quienes estudian *concienzudamente*²⁵ filosofía del derecho poseen, entre otras, una especie peculiar de densidad intelectual, capacidad de estudio, detenimiento en el análisis conceptual, elaborado sentido crítico, así como un importante desarrollo de provisionales síntesis interpretativas. En últimas, es un juez concebido, no como un constructor de grandes modelos teóricos cuya cultura jurídica (teórica o iusfilosófica) va más allá, o está por encima, de otras virtudes no-cognitivas, defendidas por positivistas como Atienza (‘*soft positivism*’)²⁶ o Neil MacCormick, que sí vendrían a estar en la cúspide de la pirámide kelseniana.

El juez que responde a las exigencias del Estado social de derecho y no desentona con el nivel implícitamente impuesto por la jurisprudencia constitucional, es el que además de conocer la legislación y aplicarla sin prevaricar, cometer faltas disciplinarias o delitos (cohecho, concusión o tráfico de influencias, por ejemplo), ha desarrollado o vinculado a su labor ciertas virtudes —o ‘rasgos de carácter’ como dice Atienza— tales como valentía y discreción para ejercer debidamente su función, y coraje para enfrentar los riesgos que acaece; imparcialidad e independencia respecto a las partes, sus colegas, las otras ramas del poder público y los medios; un juez sin prejuicios ni pactos burocráticos. Un juez con la capacidad, tanto de conmiseración para aproximarse al problema, como de considerar más adecuadamente los pros y contras en los casos donde hay serios costos morales para una de las partes o para la sociedad; y consciente de la necesidad de capacitarse permanentemente, que rinda en lo cuantitativo sin ir en demérito de lo cualitativo.

23 Oscar Mejía Quintana, *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*. Op. cit., p. 116.

24 Ronald Dworkin, *Must Our Judges Be Philosophers? Can They Be Philosophers?* Op. cit.

25 Hago énfasis en *concienzudamente* porque hartos hemos padecido al interior de nuestras academias la presencia de personajes que no hacen más que recordarnos aquella dicente advocación de Nietzsche: “La ciega ignorancia es menos fatal que el mediocre y confuso saber”.

26 Manuel Atienza, “Virtudes judiciales: selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho”, en: *Claves de Razón Práctica*. No. 86 (oct.) 1998.

Virtudes, bien entre otras, sin las que no se puede ser un buen juez, un juez como el que demanda la Constitución de 1991. Es particularmente en los casos difíciles, por el ejercicio de la discrecionalidad y la posibilidad de aplicar más de una alternativa razonable (respuesta correcta), donde los jueces tienen, digámoslo así, una “carga de la justificación”, pues se pone de relieve la cuestión de justificar la elección de la decisión el fallo mediante una argumentación correcta, donde incluso es necesario trascender la ley y atender las fuentes auxiliares, e igualmente debe llevar el derecho al diálogo con otras disciplinas. En la perspectiva hartiana estos casos se presentan, singularmente, por la variedad de interpretaciones que permiten las normas de “textura abierta”. Varias interpretaciones pero no cualquier interpretación, como dice Hart²⁷, por lo que sustenta que al ejercer la discreción en los casos difíciles, el juez no puede dictaminar el caso de cualquier forma. Siendo este el primer límite que le impone al poder creativo de los jueces²⁸. El segundo es precisamente porque en los casos difíciles los jueces tienen que dejar entrever una serie de virtudes, inexistentes en el proceso legislativo, y al respecto escribe en un breve párrafo de *The Concept of Law*: “Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas, consideración del interés de todos aquellos que serán afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada para la decisión”²⁹.

La inerte función de aplicación de la norma a través de una interpretación literal y restringida de su alcance y sin ver mucho los contextos sociales, los propósitos políticos y económicos de esas normas, es trascendida por este ‘juez virtuoso’ que propongo que mira a hacer efectivos los derechos, principios y valores plasmados en la Constitución, lo que se traduce en lograr en cada caso específico una equidad real y unas condiciones económicas y sociales justas. No se limita a plantear el problema técnico jurídico de mayor o menor complejidad que se somete a su jurisdicción, sino que es también un portador de la visión institucional del interés general, manteniendo un compromiso con su despacho, pero también con la institución que representa y con la sociedad.

No se trata, entonces, un juez ‘filósofo del derecho’ sino un juez ‘virtuoso en el derecho’: quien no sólo tiene una boca que pronuncia las meras palabras de la ley (parodiando aquella bien conocida función que le atribuyera Montesquieu), sino que crea derecho en la medida en que interpreta las leyes prestando atención cuidadosa al espíritu de la tradición jurídica y cultural. Cumple su tarea atendiendo

27 Herbert L.A. Hart, “The open texture of Law”, en: *The Concept of Law*. Op. cit., pp. 124-136.

28 Ver: César Rodríguez, “Teoría del derecho y decisión judicial”. Op. cit., pp. 70 y ss.

29 Herbert L.A. Hart, *The Concept of Law*. Op. cit. p. 205.

la validez de las normas, pero con miras a su legitimidad y a la eficacia social de sus decisiones, para que así puedan ser socialmente deseables y aceptadas, no sólo como válidas a la luz de un ordenamiento jurídico-positivo, sino también como legítimas según los principios constitucionales que sirven de marco normativo a la democracia, tendiendo así a garantizar que los principios consensualmente concertados en la Constitución filtren todo el ordenamiento para que en las decisiones judiciales coincida tanto la perspectiva de validez jurídica intrasistémica, como la perspectiva de legitimidad política extrasistémica³⁰.

Se atiende así, en últimas, la pretensión de corrección del derecho que nos enseña Alexy, en virtud de la cual la sentencia judicial debe ser racionalmente fundamentada en el contexto del ordenamiento jurídico vigente, porque al interior del discurso jurídico ninguna afirmación puede prescindir de la respectiva fundamentación y la respectiva indicación de las razones que se aducen para tomar tal o cual decisión. A este respecto, la jurisprudencia alemana determina que “Las decisiones de los jueces deben basarse en decisiones racionales”³¹. La decisión judicial, y todo discurso que verse sobre el derecho positivo, cae bajo la pretensión de corrección que implica una pretensión de justificabilidad. Esta pretensión permite al derecho corregir las deficiencias del procedimentalismo legal injusto sin necesidad de vulnerar la estructura del andamiaje jurídico.

Demandamos del *nuevo* juez ese perfil –implícito en la Constitución del 91 y en el alto estándar de la labor judicial signado por la jurisprudencia– porque el otro, el descuidado, superficial y hasta irresponsable, nos parece lejano a la evolución que el derecho ha venido teniendo en estos (al menos) 17 años de nuevo constitucionalismo que les exige a los jueces que “escriban a mano alzada”, que “respondan a mano alzada” en casos muy complejos en donde no tiene la excusa de que ese caso se tipifica en tal norma específica, que ese caso se resuelve, sin mayor inconveniente, con base en lo estipulado por el artículo tal de tal código.

Los jueces que no han asumido esta demanda implícita, deciden sus casos usando una técnica de argumentación que es la tipificación en normas, y por lo tanto pasando la responsabilidad de sus consideraciones y decisiones a otro agente jurídico, en este caso el legislador, concibiendo a la Constitución, aun, como un texto de referencia,

30 Consúltese al respecto, Niklas Luhmann, *A Sociological Theory of Law*. London: Routledge & Kegan, 1985. Alfred Büllsbach, “Enfoques de Teoría de Sistemas”, en: Arthur Kaufmann - Winfried Hassemer (eds.) *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate, 1992. Oscar Mejía Quintana, *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*. Bogotá: Temis, 2005, cap. III.

31 BVerGE 34, 269 (289). Cit. en Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. Barcelona: Gedisa, 2da ed., 1997.

como una especie de principio de trasfondo (*background-principle*). Mientras que la Constitución del 91, y gracias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se concibe como norma directamente aplicable, especialmente por la acción de tutela.

Si los partidos políticos son (o *deberían ser*) los brazos de la democracia, guardando esta relación analógica, la Corte Constitucional, gracias a la Constitución de 1991, se convirtió en los brazos de la Constitución, para que así el *nuevo* juez pueda convertirse, en últimas, en el brazo de la justicia.

V. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Los tres cambios señalados a partir de los cuales puede decirse que Colombia se encuentra regida por el paradigma neoconstitucional, guardan estrecha relación con el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico cuyo proceso se caracteriza en un primer momento, y fundamentalmente, por una profunda imbricación de la Constitución en el ordenamiento jurídico, ya que sencillamente no se entiende si no es a partir de la omnipresencia de la Constitución.

Para Guastini por este fenómeno puede entenderse “un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”³².

El profesor italiano señala puntualmente unas condiciones necesarias para determinar el grado de constitucionalización en el que se encuentra un determinado ordenamiento jurídico, a saber, la rigidez de la Constitución que impida que principios esenciales puedan modificarse (ni siquiera mediante el procedimiento de revisión judicial)³³, la garantía jurisdiccional de la Constitución que permite imponer sus postulados a todo el ordenamiento³⁴, la fuerza vinculante de la Constitución en virtud de la cual todas sus normas son plenamente aplicables y obligan a sus destinatarios ya que las mismas están dotadas de contenido normativo³⁵, la

32 Riccardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*. Ed. y pres. de Miguel Carbonell. México D.F.: IJ-UNAM - Fontamara, 3ra ed., 2007, p. 153.

33 *Ibidem*, p. 155.

34 *Ibidem*, pp. 155-157.

35 *Ibidem*, pp. 157-158.

“sobre-interpretación” constitucional a partir de la cual los jueces no se limitan al literalismo sino que adoptan una interpretación extensiva que permita extraer normas implícitas (“adscriptas”) para regular nuevos casos, y la aplicación directa de las normas constitucionales, la Constitución rige también a las relaciones entre particulares y no es un texto dirigido solamente a las autoridades u órganos públicos, todos los jueces pueden aplicar la Constitución, incluso sus normas programáticas o normas de principio, la interpretación de las leyes conforme a los mandatos constitucionales y, finalmente, la determinante influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

V, I. La lectura local de las “normas adscriptas de derecho fundamental”: las sub-reglas constitucionales

Respecto a estas condiciones, es relevante para sustentar el propósito demarcado con este ensayo analizar la forma en la cual, mediante la denominación de “subregla”, la Corte Constitucional³⁶ y la doctrina jurídica colombianas³⁷ receptaron la noción (autoría de Alexy³⁸) de las “normas adscriptas” como fundamento y respaldo a la tesis optimista del carácter vinculante de la jurisprudencia³⁹.

Cuando la Corte Constitucional se encuentra en un caso concreto ante vaguedades o inconsistencias en el lenguaje jurídico que surgen cuando la Constitución habla “con voz incierta” o “con muchas voces”⁴⁰, tiene la imperativa necesidad de desplegar el significado normativo explícito de las normas constitucionales para determinar su contenido prescriptivo y resolver así la nueva situación que se somete ante la

36 Consúltense, entre muchas otras, las sentencias T-438 de 1996, T-606 de 1997, T-450 de 2001, T-137 de 2003.

37 Cfr.: Rodolfo Arango, *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

38 El concepto y contenido de las normas adscritas se encuentra en la *Teoría de los Derechos Fundamentales* de Alexy. Ver también, Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Op. cit. En el contexto constitucional mexicano a la norma adscrita se le denomina “sub-norma constitucional”. También se denomina como “norma subconstitucional” o “subregla jurisprudencial”. Ver, por ejemplo, Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

39 Sobre los problemas teóricos y prácticos de esta tesis, así como sobre los aspectos que debe comprender su fundamentación, ver, Carlos Bernal, *El derecho de los derechos*. Op. cit., cap. 6, II. Sobre la obligatoriedad de las sentencias y el sistema de precedentes de nuestro derecho, ver: C-131 de 1993, C-083 de 1995, T-260 de 1995, SU-047 de 1999. Sobre la vía de hecho en la que se incurre por contradecir un precedente, SU-640 de 1995.

40 José Juan Moreso se refiere así, respectivamente, a la vaguedad y a la inconsistencia del lenguaje normativo *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 87 y 108.

composición jurisdiccional. Lo que se hace en estas situaciones tan comunes es concretar normas adscritas de derecho fundamental.

El estado de cosas sometido a un examen constitucional puede ser determinado, entonces, por medio de una norma adscrita, la cual es más específica que la norma iusfundamental directamente estatuida, tal como si fuera una norma propiamente que se ha originado en el derecho legislado. Dos características esenciales distinguen a tal tipo especial de normas, a saber, (i) están vinculadas interpretativamente a una disposición iusfundamental o bien a la norma directamente estatuida que constituye su expresión deóntica, y (ii) guardan una relación directa con el objeto del caso concreto explicitando un contenido normativo relevante para resolver el problema jurídico en debate⁴¹.

La norma adscrita califica deónticamente un supuesto de hecho conformado por las características relevantes del nuevo caso. De otra parte, la validez de la norma que adscribe el intérprete dependerá enteramente de la fundamentación que se aduzca para establecer un vínculo sólido y riguroso entre ésta y la norma positiva. En síntesis: la argumentación justifica la adscripción. Extendiendo aquí la conocida pretensión de corrección del derecho en la teoría de Alexy⁴², podría hablarse, como lo hace Carlos Bernal, de una “corrección interpretativa” en virtud de la cual una norma adscrita sólo puede considerarse válida si su vinculación interpretativa puede fundamentarse correctamente en una disposición jurídica⁴³. Conforme a este autor el deber que tiene la Corte de fundamentar la validez de las normas adscritas se sustenta en tres argumentos esenciales: el deber general de motivación de las sentencias judiciales, la pretensión de corrección y la presunción de constitucio-

41 Ver, Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Op. cit., pp. 12 y ss.

42 La pretensión de corrección del derecho consiste en que el enunciado jurídico normativo, en forma de sentencia judicial, debe ser racionalmente fundamentado en el contexto del ordenamiento jurídico vigente. Al interior del discurso jurídico ninguna afirmación puede prescindir de la respectiva fundamentación y las razones que se aducen para tomar tal o cual decisión deben ser indicadas. A este respecto, la jurisprudencia alemana determina que “Las decisiones de los jueces deben basarse en decisiones racionales” (BverfGE 34, 269 (289)). Por esto es por lo que la decisión judicial, y todo discurso que verse sobre el derecho positivo, cae bajo esta pretensión, la cual implica una pretensión de justificabilidad. En el Postfácio a la versión castellana de *Teoría de la argumentación jurídica*, “Respuesta a algunos críticos”, Alexy pone de presente que la pretensión de corrección se plantea necesariamente en el discurso jurídico y ejemplifica la falta de tal pretensión con un ejemplo: “En nombre del pueblo, se condena al señor N a diez años de privación de la libertad, aunque no hay para ello buenas razones”. La cuestión de la pretensión hace parte de la dimensión de validez, no de legitimidad, de las decisiones judiciales; así estas decisiones por la falta de pretensión de corrección no dejan de ser decisiones judiciales válidas, pero sí las hacen defectuosas. La pretensión se satisface, no con cualquier tipo de argumentación sino con una que sea correcta.

43 Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Op. cit., p. 127, n. 83.

nalidad de las leyes y la exigencia de sustentar la inconstitucionalidad de una ley en una argumentación correcta⁴⁴.

La norma adscrita, una vez determinada para el caso concreto, constituye la proposición normativa del razonamiento que fundamenta la decisión (conclusión) producto de la deducción, es decir que opera como premisa mayor (PM), o como *ratio decidendi*, en la estructura argumentativa que edifica el juez para resolver el caso. El principio justificativo de una sentencia –o varias– a partir de su *ratio* se extrae para constituir una subregla que, como norma de derecho constitucional jurisprudencialmente derivada, asiste al juez de pleno fundamento para resolver casos concretos que tengan hechos materiales sustancialmente análogos respecto del que origina, y los que desarrollan, la subregla. Es decir que para que una norma adscrita se constituya en proposición de derecho fundamental válida en un razonamiento judicial, debe ser posible dar una argumentación iusfundamentalmente correcta; no puede perderse de vista entonces el condicionante lógico respecto a la fundamentación de la adscripción entre la subregla y la norma de derecho positivo. Las razones normativas *prima facie* que juegan a favor y en contra de la adscripción se ponderan para determinar la formulación de una subregla.

La constitucionalización propende, entonces, por sustentar el que las normas que hacen parte de un sistema jurídico pueden ser las estipuladas explícitamente en la Constitución o las que, como las adscritas, resultan de una ponderación iusfundamentalmente correcta realizada por la institución que ejerce el control constitucional.

La denominación local de la norma adscrita como “subregla” no ha estado exenta de críticas. Para Carlos Bernal⁴⁵ no parece apropiada debido a que tal denominación puede dar la errada impresión de que este tipo de normas son reglas implícitas en otras reglas o una clase de normas de inferior jerarquía respecto de la fuente del derecho en la que se encuentra la disposición a la que se adscribe. La norma adscrita, o subregla, no es inferior –se sustenta– porque al ser concreción de las disposiciones constitucionales o legales posee el carácter propiamente de regla o de principio⁴⁶, pero en cualquier caso tiene rango constitucional o legal, según el caso, para resolver casos futuros.

Esta crítica ha sido desestimada por Rodrigo Uprimny, para quien el concepto “subregla” es respetuoso del sistema de fuentes adoptado en Colombia y de la distinción entre los textos constitucionales en sí mismos y sus interpretaciones jurisprudencia-

44 Ibidem, pp. 126 y ss.

45 Carlos Bernal, *El derecho de los derechos*. Op. cit., pp. 213-214 y 260.

46 Sobre este punto en particular, consúltese, Ibidem, cap. VI, II, 3.2.3.

les derivadas. A criterio de este profesor sólo a partir de un “exceso de racionalismo” puede situarse al mismo nivel una regla construida jurisprudencialmente de la que, aunque respetable porque constituye precedente, el propio tribunal puede apartarse a partir de un proceso de argumentación y justificación menor al que se tendría que realizar si fuese a alejarse de alguna disposición del texto constitucional, el cual obviamente tiene que ser respetado por los jueces constitucionales, aunque pueda haber divergencias e incluso oposiciones respecto a su alcance⁴⁷.

A mi juicio, por la interpretación que se le atribuyó a la noción de norma adscrita y su función, como subregla, respecto al caso concreto –independientemente opere como regla o tenga estructura de principio⁴⁸ (por lo que admitiría ponderación)– adquiere plena autonomía respecto a la disposición constitucional original y posee toda su fuerza normativa. De otra parte, la relación con el prefijo ‘sub’ podría justificarse desde el punto de vista de su constitución genealógica, dando así a entender sin imprecisión que es una norma plena pero que deriva de otra, es decir que no fue constituida originalmente como tal por el poder que tiene la competencia original para tal actividad. Es independiente entonces que una subregla opere como único respaldo normativo y fuente de derecho para el juez en un caso concreto, pues su origen dependió de una disposición constitucional, o grupo de disposiciones, que a juicio del intérprete, no del legislador, se debió encaminar en una u otra dirección. Podría ilustrar al respecto el advertir que la denominada (propia)mente por el traductor de *Teoría de los derechos fundamentales* (Ernesto Garzón Valdés) “norma adscripta”, corresponde a la expresión germana “*Zugeordnet Normen*” que significa también “norma implícita”.

Al indicar las condiciones jurisprudencialmente establecidas de aplicación de los preceptos constitucionales, las subreglas que ha construido argumentativamente la Corte determinan lo que un derecho fundamental prohíbe, ordena o permite –o sea cuando se trata de determinar su contenido definitivo–⁴⁹, por lo que entonces, así tengan propiamente estructura de regla al aplicarse a un caso concreto, frente a la

47 Esta idea se planteó originalmente en Rodrigo Uprimny et al. *La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Manuscrito. Se reiteró en la “Introducción metodológica” de Rodrigo Uprimny – Catalina Botero et al. *Libertad de prensa y derechos fundamentales*. 2006, pp. xviii-xix.

48 Desde el punto de vista de Alexy, que transversaliza todo el análisis al respecto, debe clarificarse que tanto los principios como las reglas son dos tipos de normas que se distinguen por su criterio de generalidad (relativamente alto y relativamente bajo) es decir, son especies del género de norma. Consúltese la *Teoría de los Derechos Fundamentales* de Alexy (Op. cit., pp. 82 y ss.). Desde un punto de vista amplio, que vincula tal distinción en la teoría de Dworkin y su enfrentamiento con el positivismo suave de Hart, ver Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Op. cit., pp. 570 y ss.

49 Para una explicación del contenido definitivo de los derechos fundamentales, en el contexto de un cuidadoso examen a la teoría de los derechos fundamentales que sustenta la aplicación del principio de proporcionalidad,

norma constitucional de que la deriva –más no está implícita en ella– sí resultaría de inferior jerarquía al contrastar las exigencias para la modificación de alguno de los artículos constitucionales, frente a los requisitos, más de carácter doctrinario, para apartarse en un caso determinado (*distinguish*) o para cambiar del todo (*overruling*) un precedente jurisprudencial establecido con el fin de precisar o corregir uno nuevo, ya que si bien es del todo cierto que la Corte debe ser consistente con sus fallos anteriores bajo circunstancias especiales se puede apartar de los mismos, y a partir de una carga argumentativa menor que la requerida al modificar el articulado constitucional⁵⁰.

En la medida en que una cultura jurídica particular incorpora una noción que da efectiva cuenta de una arraigada realidad constitucional, así el término adecuado pudiera en un momento determinado ser otro, podría contra-objetarse que sólo en la esfera del purismo doctrinario recaería la crítica hacia un concepto que, como el de subregla, hace alusión, más que a una degradación normativa, a una realidad constitucional en virtud de la cual con esta nomenclatura se dio a entender que tal tipo especial de reglas proviene de otras que fueron instituidas por el legislador o el constituyente, mas no por el intérprete.

Cuando, en su célebre discusión con Waismann sobre la concepción de la filosofía y el carácter distintivo del filósofo, Popper respaldaba la existencia de genuinos problemas filosóficos (en contra de Wittgenstein y el Círculo de Viena), advertía no obstante una preocupación por la influencia que ejercían en la filosofía académica en general los “filósofos minuciosos” (el nombre se debe a Berkeley) que reemplazan las preguntas importantes por interrogantes de mínima envergadura. Sostiene que, si bien es cierto que la crítica es la savia de la filosofía, hay que evitar el empeño en

ver, Gloria Patricia Lopera, *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, cap. 2, II, 2.1.

50 La mayor posibilidad de apartarse de un precedente en nuestro sistema jurídico resulta más ilustrativa si se contraponen a lo excepcional de tal posibilidad en la jurisprudencia constitucional norteamericana. Como uno de los principales ejemplos históricos, véase el *overruling* que constituyó *Brown vs. Board of Education of Topeka* (347 U.S. 483. 1954) sobre *Plessy vs. Ferguson* (163 U.S. 537. 1896) en la cual la Suprema Corte aprobó, con base en la doctrina de los “separados pero iguales”, que los afro-americanos se educaran en escuelas diferentes a las de los angloamericanos blancos. La Corte se apartó de este precedente en *Brown* y sostuvo que “[Separar a los niños afroamericanos] de otros de edad y capacidades similares únicamente debido a su raza, genera un sentimiento de inferioridad respecto a su estatus en la comunidad, que puede afectar sus corazones y sus mentes de un modo que probablemente jamás será superado (...) Una sensación de inferioridad afecta la motivación de un niño para aprender. La segregación, con la aprobación de la ley, por tanto, tiende a [retardar] el desarrollo educativo y mental de los niños negros y a privarlos de algunos de los beneficios que recibirían en un sistema escolar racialmente integrado”. Traducción propia. Sobre esta decisión, consúltense, Herbert Wechsler, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, en: *Harvard Law Review*. No. 73, 1959. Cass Sunstein, “Why Markets Don’t Stop Discrimination?”, en: *Free Markets and Social Justice*. Oxford University Press, 1997.

partir un pelo. Me parece fatal la crítica minuciosa de aspectos minúsculos, decía, y agregaba que “Frente a los filósofos minuciosos y sus minúsculos problemas, creo que la principal tarea de la filosofía es especular críticamente sobre el universo y sobre nuestro lugar en él, incluidas nuestras facultades de conocer y nuestra capacidad de hacer el bien y el mal”⁵¹.

El asunto podría radicar también en la perspectiva desde la que se observe la situación: en sentido objetivo como normas integrantes de un sistema jurídico, las subreglas estarían un paralelo de bloques debajo en la pirámide normativa respecto de las disposiciones constitucionales, o subjetivo, como regla para la solución de un caso concreto, al ser la única norma que regula el caso, pues opera como norma en sentido pleno, pero igual apoyándose en la reiteración mediante la coherencia y corrección que el propio tribunal, o en algunos casos concretos el intérprete, le otorga a sus sentencias con el fin de constituir sólidos precedentes.

VI. DOS ERRORES RECURRENTES QUE CONDUCEN A MALENTENDIDOS

Aludíamos en el primer artículo que la profusión de investigaciones y estudios, a nivel transnacional y local, sobre y en torno al neoconstitucionalismo como modelo ideológico y fórmula teórico-jurídica, no ha conducido a una clarificación particularmente meridiana del concepto ni a una delimitación precisa de los límites de su contenido. Lo anterior se refuerza por el hecho de que casi cualquier persona, no sólo abogada sino cercana disciplinariamente a los estudios jurídicos, cree tener por lo menos alguna idea vaga, creencia o intuición sobre aquello que (al menos) parece implicar el uso del concepto “neoconstitucionalismo”.

Se ha sostenido que la carencia de unanimidad en su uso despierta una cierta sospecha o, como advirtió Carlos Bernal Pulido, la heterogeneidad en el recurso al concepto es un argumento que desaconseja su uso⁵². Como sucede con otros conceptos de reciente acuño (multiculturalismo, democracia deliberativa, posmodernidad) el neoconstitucionalismo ha abrazado amplios rasgos que inevitablemente lo han conducido a una amplitud semántica que debe reconocerse como riesgosa. Algunas de las tendencias adeptas al modelo procuran enmarcar ideas diversas e

51 Karl Popper, “Mi concepción de la filosofía”, en: *En busca de un mundo mejor*. Barcelona: Paidós, 1994, p. 239.

52 Carlos Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, cap. 3, segunda parte. Sobre este punto, cfr. con mi reseña al libro que aparecerá en el próximo No. de la Revista *Estudios Sociojurídicos*, Universidad del Rosario.

incluso divergentes de autores provenientes de variadas tendencias surgidas en distintos países y durante muchos años. Juan Antonio García Amado ha criticado la falta de plasmación completa y coherente del neoconstitucionalismo en una obra central con perfiles precisos, lo cual a su juicio ha derivado en que sus caracteres deban ser espigados de lugares dispersos, contruidos más como descripción del común denominador de una tendencia genérica actualmente dominante en la teoría constitucional y iusfilosófica (y particularmente en la jurisprudencia de numerosos tribunales constitucionales), que como balance a partir de una obra canónica con contornos diáfanos y teóricamente bien delimitados⁵³.

El concepto “neoconstitucionalismo” no sólo se ha acuñado con rapidez sino que se ha arraigado en la literatura jurídica del occidente hispano-hablante con solidez, desde cuando la profesora italiana Susanna Pozzolo lo utilizara por primera vez en 1997, en una conferencia presentada en el *XVIII Congreso de la Asociación Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social* (IVR por sus siglas: *Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*) celebrado en Buenos Aires. En esa oportunidad se hizo referencia a un movimiento teórico⁵⁴ que comparte algunas tesis y perspectivas especiales en torno a la concepción, interpretación y aplicación del derecho, así como a los problemas que traen aparejadas dichas actividades. Defendió allí Pozzolo que la interpretación constitucional contiene una serie de especificidades que la distinguen de la interpretación de otros textos normativos, tales como las leyes, y la cual asimismo está relacionada con una forma particular de configurar la Constitución.

En Colombia no todas las aproximaciones teóricas al neoconstitucionalismo se distinguen por el mismo nivel de profundidad y de rigurosidad académica, por ejemplo, respecto a la revisión del estado del arte extranjero o nacional. O se pretende mostrar como un modelo de constitucionalismo neoliberal prácticamente al servicio exclusivo del sistema capitalista en Latinoamérica⁵⁵, restringiendo de forma apresurada el marco del neoconstitucionalismo al neoliberalismo económico (Hayek, Buchanan)

53 J. A. García Amado, “Sobre el neo-constitucionalismo y sus precursores”. Me baso en la versión manuscrita facilitada por el autor.

54 Los principales representantes de la doctrina serían, a su juicio, Dworkin (*Freedom's Law*), Alexy (*El concepto y la validez del derecho*), Zagrebelsky (*El derecho dúctil*) y “sólo en parte” Nino (*La constitución de la democracia deliberativa*). Cfr.: S. Pozzolo, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en: *Doxa* No. 21-II, 1998. Coincidente con Atienza en algunos referentes que reúne dentro del “paradigma constitucionalista”: MacCormick, Raz, Alexy, Ferrajoli, Nino y Dworkin. Ver: *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2001, pp. 309 y ss.

55 Pedro A. Díaz, *El Estado y el Tercer Mundo: el constitucionalismo*. Bogotá: Temis, 3ra ed., 1997. El fundamentalismo islámico, que trata en el capítulo 6, le parece al autor “que roza” con el fundamentalismo occidental o “postmodernismo neoliberal en su dimensión constitucional” (cap. 7, p. 489).

y reduciendo indebidamente la comprensión del fenómeno neoconstitucionalista a la promulgación de nuevas constituciones políticas (que denomina “constituciones instrumentalizadas”) que sirven de andamiaje para la instauración del neoliberalismo. O, de otra parte, se pretende desestimar el neoconstitucionalismo como un modelo perverso que les permite a los jueces tiranos plasmar impunemente en sus sentencias sus valores y cosmovisiones del mundo.

En gran medida estas opiniones han desembocado en el enderezamiento de críticas superfluas basadas también muchas veces en el prejuicio con el que los abogados, dignos representantes del clasicismo, se aproximan a los cambios que va presentando el derecho por vía del comparativismo y del papel de las altas cortes, entre otros. Asumo que precisamente por la precariedad del arsenal crítico de los objetores neoconstitucionalistas, es que no han recibido la atención cuidadosa de los profesores que, no sin diferencias pero sí conscientes de los cambios y, fundamentalmente, de su beneficio para nuestro sistema, pueden adscribirse a la fenomenología neoconstitucionalista.

Respecto a la primera parte de la primera objeción hacia el neoconstitucionalismo que hemos destacado, vale la pena decir que, si bien en Colombia la instauración de una nueva forma de organización política en 1991 trajo consigo la implementación de políticas como la apertura de mercados y la liberalización de precios, resulta bastante reduccionista asignar a estos aspectos propios de la filosofía capitalista el eje del cambio que tuvo nuestro sistema jurídico gracias a la nueva Constitución, la subsiguiente renovación en las prácticas jurisprudenciales y la evolución en la literatura jurídica.

Podría refutárseles a los críticos (o deberíamos decir más bien, escépticos, ya que las críticas, aunque frecuentes y numerosas, no se dan a conocer con rigor académico con la misma asiduidad⁵⁶) del neoconstitucionalismo para quienes no hacía falta inventar una nueva etiqueta o un rótulo distinto para identificar tales elementos, diciéndoles que la pertinencia de la novedad del neoconstitucionalismo no radica en la constatación de la existencia de uno u otro elemento respecto de los tres que

56 A manera de reporte, ilustra en este punto el debate entre los profesores Javier Tamayo Jaramillo y Diego López Medina desarrollado en varios números del periódico *Ámbito Jurídico*, a saber, 23 de mayo a 5 de junio, 2005; 18 al 31 de julio de 2005; 21 de mayo al 3 de junio de 2007; a esta última López Medina respondió en el No. correspondiente a 13 a 26 de agosto de 2007. En el *IV Seminario Internacional de Teoría General del Derecho*, sobre vivencia y permanencia del Derecho Natural (mayo 18 y 19 de 2007) Sergio Estrada Vélez, profesor de la Universidad de Medellín, presentó una conferencia en la cual se pregunta si el neoconstitucionalismo puede llegar a entenderse como una expresión de un iusnaturalismo renovado o de un positivismo moderado. En el mismo evento uno de los paneles de discusión fue sobre la cuestión: ¿Es el neoconstitucionalismo un tipo de iusnaturalismo? Sin entrar a discutir esta cuestión, quiero sólo dejar sentada parte de la importancia de esta temática en el escenario académico nacional.

se acaban de señalar (verbigracia, la expedición de una nueva Constitución, la renovación jurisprudencial en algunas áreas o la literatura jurídica fértil), sino en la conjunción de los tres, es decir, en la expedición de una Constitución que sumado a su desarrollo mediante las prácticas jurisprudenciales que, vinculadas en todos los rincones de nuestra realidad socio-jurídica, reifican junto a la tutela –y a partir de ella– el entramado garantista de la Constitución, así como debido a la respuesta académica a los retos impuestos por tal desarrollo y creación del derecho.

Si se toma cada uno de los eslabones por separado no se visualizaría la relevancia del neoconstitucionalismo en Colombia con su real dimensión, ya que si bien la génesis se dio con la promulgación de una nueva Constitución, a partir de ahí la jurisprudencia y los desarrollos teóricos se han enriquecido mutuamente pues, de un lado, el hecho de que la jurisprudencia haya empezado a incorporar en sus *Ratios* autores o tradiciones teóricas transnacionales, ha puesto de presente la necesidad por parte de las facultades de acometer el estudio de los paradigmas jurídicos a los cuales la Corte recurre en sustento de su jurisprudencia, la cual, entonces, se ha establecido en una especie de filtro respecto a cuáles de los materiales jurídicos académicos que hacen aparición en el escenario intelectual transnacional sirven, digamos, para reconocer tal tipo de derechos o para clarificar la interpretación de determinadas disposiciones constitucionales, es decir, sirven en la práctica del derecho más que en la elucubración abstracta.

De otro lado, la academia se ha encargado de insertar en “el espíritu de nuestros tiempos”, en nuestro *Zeitgeist*, diversas teorías y paradigmas jurídicos, así como las tesis de otras latitudes constitucionales, de los cuales la jurisprudencia se ha nutrido y gracias a las cuales igualmente ha evolucionado. Por esta retroalimentación, en lugar que por cada elemento considerado aisladamente, es por la que puede afirmarse que nuestro contexto jurídico en particular se encuentra regido por los postulados neoconstitucionalistas.

Quizás al observar las evoluciones académica y jurisprudencial, palmarias en el aumento de títulos que sobre literatura jurídica se publican actualmente y en el reconocimiento que la jurisprudencia constitucional recibe por parte de expertos constitucionalistas (mencionábamos dicho reconocimiento siguiendo a Roberto Gargarella y Miguel Carbonell), Oscar Mejía Quintana estaría abocado a moderar su crítica enderezada al “nuevo derecho” una década atrás. Para este profesor el “nuevo derecho” en Colombia no es más que “viejo derecho” con una nueva Constitución: “siguen siendo los mismos paradigmas convencionales de concepción e interpretación jurídico-constitucional, con ropajes híbridos de diferentes escuelas difícilmente combinables, que no logran una asimilación crítica y creativa de las teorías jurídicas universales que permitirían renovarlos (...) El “nuevo derecho”

se disfraza, en una combinación malsonante, de ropajes de todas las especies para presentarse como innovador y radical, cuando no es otra cosa —una vez más— que un pastiche teórico contradictorio e inconsistente cuya desmedida pretensión es darle “nuevos contenidos” a los nacientes ordenamientos institucionales de la democracia participativa en el área andina⁵⁷. De forma discutible, para Mejía Quintana son precisamente Dworkin y Alexy, dos de nuestros autores de cabecera en la apología al neoconstitucionalismo colombiano, quienes resultaron supuestamente siendo víctimas del “sincretismo neotradicionalista”⁵⁸.

¿Alguien acaso pone en duda ahora el impacto ejercido por teorías como las de Alexy y Dworkin en los contenidos curriculares, en la literatura jurídica nacional y en alguna medida también en la jurisprudencia constitucional?

En general, encuentro en dos críticas recurrentes al nuevo derecho omisiones que podríamos examinar para determinar en qué grado son ellas fundadas o infundadas, o en qué medida lo son nuestras objeciones a las mismas.

Entender el carácter de “nuevo” en sentido absoluto

Cuando se hace referencia al nuevo derecho en Colombia una de las principales y más recurrentes críticas que se le endereza al mismo, y a quienes sustentan dicha novedad, tiene que ver con lo dudosamente “novedoso” que vendría a ser la lectura e interpretación judicial (más allá de la influencia exclusivamente académica) de las teorías y obras cardinales del neoconstitucionalismo transnacional (léase, por ejemplo, *Tomando los derechos en serio* (1977) de Dworkin o la *Teoría de los derechos fundamentales* (1985) de Alexy). Se suele increpar la alusión al nuevo derecho con la aseveración de que son obras escritas, como se ve, desde hace varias décadas, por lo cual su carácter de novedoso se pone manifiestamente en entredicho.

Además de que lo novedoso de nuestro derecho a partir de 1991 no radica exclusivamente en un aspecto puntual sino en la intersección de los tres eslabones examinados atrás, considero que el “nuevo derecho” no puede entenderse como “nuevo” en sentido absoluto, pues posee una larga y conocida tradición teórica en el mundo occidental. Luis Recasens Siches en su libro de 1956, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, determinó algunos de los perfiles que lo sustentan.

57 Oscar Mejía Quintana, *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*. Op. cit., pp. 66 y 114. Para una perspectiva opuesta, o matizada, ver, Rodrigo Uprimny, “Constitución de 1991, estado social y derechos humanos”, en: VV.AA., *El debate a la Constitución*. Op. cit.; Carlos Gaviria, “Un enfoque positivo de la Constitución”, en: *Ibidem*.

58 Oscar Mejía Quintana, *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*. Op. cit., p. 127.

Bien podríamos referirnos a un nuevo derecho en un medio como el nuestro, donde la hegemonía del dogmatismo formalista del siglo XVIII propio de la Constitución de 1886 pervivía anquilosado en numerosas “academias” jurídicas, por la aspiración, no únicamente nacional, sino global (Tribunales constitucionales como los de Alemania, España, Bolivia, India y Sur África⁵⁹), que se venía gestando desde la Escuela Histórica de K. F. von Savigny⁶⁰, la Jurisprudencia de Valores alemana y desde autores como el segundo Ihering y su Jurisprudencia Teleológica⁶¹, de romper con la exégesis en la interpretación del derecho. Recasens argumenta que la corriente anti-formalista del derecho consolida una nueva teoría de la interpretación jurídica⁶².

Es decir, no resulta un disparate aludir a lo novedoso del derecho en Colombia posterior a la Constitución de 1991, y gracias también a la renovación en las prácticas jurisprudenciales y a los desarrollos teóricos originales, si se entiende en sentido subjetivo, es decir, no respecto al neoconstitucionalismo trasnacional ni a la ciencia o a la dogmática jurídicas, sino a las lecturas locales cuya inédita interpretación académica y aplicación práctica, constituye evidentemente una novedad respecto a la forma en la cual se concebían todas las instituciones jurídicas.

Si bien, entonces, el nuevo derecho en Colombia dista mucho de ser “nuevo” (en el referido sentido objetivo, e independientemente se haya constituido y generalizado mediante la recepción tardía de diversas tendencias teóricas trasnacionales), es a todas luces novedoso que las principales instituciones judiciales del país recurran en sustento de sus decisiones más controversiales a la doctrina y a la jurisprudencia extranjeras, así como a diversas obras y tradiciones teóricas que ya han mostrado réditos significativos en otras jurisdicciones constitucionales. Aunque distintas jurisdicciones políticas y jurídicas de occidente pudieron haber concurrido alguno de los elementos estudiados, la novedad, como dijimos, radica en el conjunto de la nueva Constitución que posibilitó renovadas prácticas jurisprudenciales que hicieron consecutivamente imperativa la necesidad de renovar la literatura jurídica.

59 Un análisis sobre este punto, respecto a los derechos sociales, se encuentra en Cass Sunstein, *The Second Bill of Rights*. New York: Basic Books, 2004.

60 Antonio Hernández, *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*. Madrid: Civitas, 1981.

61 A la cual la releva la Jurisprudencia de Intereses. Ver, Philipp Heck, *El problema de la creación del derecho*. Barcelona: Ariel, 1961.

62 Representada por Bentham, Holmes, Ehrlich, Pound, Dewey, Cossio, Levi, el realismo jurídico, Viehweg y Carnelutti.

Si se requiriera un ejemplo para ilustrar lo anterior, digamos que un país africano decide incorporar en una reforma constitucional la religión católica, apostólica y romana como la prioritaria y favorecida del Estado, por lo cual para los ciudadanos que decidan cambiar su credo, la Biblia vendría a ser un texto completamente nuevo para cuyo estudio se requerirán expertos y estudiosos orientadores, así como una nueva exégesis interpretativa que en otros contextos como el americano llevan adelante mucho tiempo.

Entender el “nuevo derecho” como un modelo teórico uniforme

El otro error que a mi juicio se presenta al atacar el neoconstitucionalismo en Colombia (o “nuevo derecho” como hemos dicho) proviene del hecho de concebirlo como un modelo uniforme, es decir, como una teoría o como una escuela de pensamiento determinada y con sus contornos perfectamente delineados, y cuyos autores representativos revelan una unidad temática o metodológica que permite, en tal sentido, atribuirle al fenómeno neoconstitucionalista en nuestro país unas características y propiedades fruto de la homogeneidad epistemológica y la diafinidad investigativa.

Atrás mencionamos la crítica del profesor García Amado, en un ensayo próximo a publicarse en Colombia, relativa a la falta de plasmación completa y coherente en una obra central y de referencia. En contra, podríamos asistimos de una tesis wittgensteiniana con poder explicativo para nuestro propósito en este punto. El neoconstitucionalismo posee lo que puede denominarse un “aire o parecido de familia”⁶³, es decir, una red de similitudes y diferencias unidas entre sí y que se entrecruzan a la manera en que se parecen unas a otras como los miembros de una familia. Puede entenderse más adecuadamente como una especie de mosaico de concepciones teóricas del orden constitucional, político y judicial, cuyos apologistas pertenecen a lo que Thomas Kuhn denominó “una comunidad de investigación”. En otras palabras, el nuevo derecho no es como un queso Gouda que se ve igual y sabe igual por donde se le corte.

En lugar de hacer referencia, entonces, *al* neoconstitucionalismo en Colombia, o al nuevo derecho, como una teoría monolítica, sistemática y perfectamente delimitada, podría sustentarse la existencia de variopintas escuelas y doctrinas que desde

63 Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*. Frankfurt: Suhrkamp, 1969, pp. 324-325. Referencia adecuada a Vicente Durán Casas. Tal concepto (*Familienähnlichkeit*), a criterio de Alexy, es el ejemplo más famoso del modelo no clásico del debate sobre el concepto de derecho. Cf.: Robert Alexy, *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares, 2005, cap. IV, 1.

diversas perspectivas y provenientes de distintas tradiciones y países, dan cuenta de agendas propias de estudio e investigación. Las similitudes y coincidencias nos permiten utilizar el mismo concepto para referirnos a los modelos existentes como un ‘neoconstitucionalismo’.

Esta idea se expresa ya en el título del libro pionero *Neoconstitucionalismo(s)*⁶⁴, pues se observa con claridad como de entrada se reconoce la existencia de varios tipos, clases y gradaciones del fenómeno neoconstitucionalista. Pero curiosamente por lo que estamos procurando sustentar en este punto, podría no seguirse con tanto entusiasmo el título otorgando a un segundo –e igualmente interesante– libro: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Pareciera desde sus respectivas nomenclaturas que se da a entender la idea de que dentro del tiempo transcurrido entre la publicación de uno y otro libro, es decir de 2003 a 2008, el estado del arte actual ya permitiera plantear la referencia al mismo como una teoría, es decir y siguiendo una definición estándar, como un conjunto de teoremas organizados sistemáticamente que han sido exitosamente sometidos a verificación experimental. Independientemente sea o no la intención del libro sustentar la existencia de una teoría del neoconstitucionalismo, aun se corre el riesgo –al menos por lo que respecta a Colombia– de no atinar en una descripción de dicha doctrina con un parecido de familia, como una teoría que puede no corresponderse en realidad con alguna teoría efectivamente operante en la actualidad⁶⁵.

No es tarde para afirmar que en este ensayo hemos seguido una versión, digamos, estándar del neoconstitucionalismo siguiendo las tesis afines entre sus autores más conspicuos, varios de los cuales contribuyen en tales libros, pero desde las cuales difícilmente puede sustentarse tal grado de precisa identidad conceptual y tal nivel de indefinición teórica. No obstante, la referida falta de, digamos, unidad científica no justifica la crítica hacia los cometidos neoconstitucionalistas de las facultades de derecho o de la Corte Constitucional, sino que más bien constituye una exhortación para no demorar el deber de avanzar hacia una cada vez mayor sofisticación de nuestro derecho constitucional a partir de su progresiva clarificación conceptual y fundamentación teórica, así como de la delimitación de su contenido; tarea esta en la cual la fortaleza de las sub-reglas está llamada a desempeñar un papel de singular importancia. Las teorías que hacen parte del nuevo derecho –sometidas a un tamiz riguroso respecto a su recepción– están en capacidad de contribuir a las imperativas obligaciones (del orden judicial y académico, por ejemplo) que se imponen en el

64 Editado igualmente por el profesor mejicano Miguel Carbonell y publicado por la editorial Trotta en 2003, con reimpressiones en 2005 y 2006.

65 Juan Antonio García Amado, “Sobre el neo-constitucionalismo y sus precursores”. Op. cit.

proceso de constitucionalización del derecho en procura de desarrollar el proyecto social que encarnan los postulados constitucionales.

Las necesidades contextuales de recepción y aplicación tendrán que ser producto de estudio posterior. Baste por lo pronto concluir este aparte señalando que desde que se estableció una nueva Constitución, su protección y –fundamentalmente– su aplicación judicial fue haciendo cada vez más imperativa la necesidad de contar con andamiajes teóricos y estructuras conceptuales de las que hasta ese momento se carecía. Autores, bien se sabe, como Alexy y Dworkin habían proveído teorías sugestivas y ampliamente influyentes en los ámbitos continental y (aunque éste más que aquél) anglosajón a partir de la década del 80, a las cuales tempranamente los juristas colombianos acudieron en sustento de la nueva estructura constitucional que, aun hoy, se continúa edificando. Fueron, pues, las necesidades contextuales propias de una jurisprudencia que, seguidora del principio de legalidad pero consciente de la necesidad de proveer justicia material mediante la garantía a los derechos mínimos, ha procurado cada vez más estructurada y sólidamente propender hacia la realización del ambicioso proyecto social que contiene la provisión constitucional.

Así pues, además de las diferencias propias de las teorías que en algunas ocasiones corresponden en gran medida a las particulares circunstancias de su propio contexto (Estados Unidos, Alemania, Francia...), la relatividad de la novedad se acrecienta al constatar las diversas formas en virtud de las cuales se hacen localmente las lecturas de las teorías, tergiversándolas de alguna forma para que respondan a nuevos retos y puedan dar respuesta así a cuestiones distintas a las originalmente planteadas por los autores. Podríamos decir aquí preliminarmente que el grado de abstracción de una teoría es inversamente proporcional a la necesidad de adecuación que requiere para su implementación en un contexto diferente. Pero esto no excusa a los teóricos que muestran un bajo compromiso con los problemas del medio para no considerar la necesidad de abandonar el ausentismo de los grandes problemas socio-políticos de nuestro país, o para dejar de evadir su realidad al remitirla a tradiciones ajenas a la propia.

Uno de los aspectos que rescatábamos de la constitucionalización del derecho, en la versión de Guastini, puede trasladarse cómodamente al neoconstitucionalismo en general, me refiero a aquello de que el neoconstitucionalismo es un proceso mas no una cualidad que se tiene o no se tiene de forma categórica y definitiva, razón por la cual es posible hablar de distintos grados e intensidades respecto a su influencia e importancia en un contexto determinado. A medida que el carácter normativo de la Constitución se reifica debido a la labor de un tipo de juez consciente de la necesidad y urgencia de concebir la Constitución como una provisión, se avanza hacia un neoconstitucionalismo más sólido y estructurado. En ese sentido, y a medida

que las nuevas necesidades interpretativas y teóricas van requiriendo una literatura jurídica de mayor nivel y que se ocupe de cada vez mayor tipo de cuestiones, esta evoluciona y a la par retribuye las nuevas prácticas jurídicas.

Para finalizar este ensayo quisiera desestimar brevemente las críticas al neoconstitucionalismo que se enderezan con base en los supuestos que hemos mencionado, sosteniendo que los opositores no acérrimos del nuevo derecho en Colombia deberían reconocer, como lo hizo William James en el Prefacio de su clásico *Pragmatism* (1943), que a pesar de no gustarles el nombre que se le ha dado al movimiento, es ya aparentemente demasiado tarde para intentar cambiarlo. El “nuevo derecho” en Colombia ha demostrado ser una categoría descriptiva, crítica y, digamos, prospectiva, importante, fundamentalmente por la creativa literatura jurídica cuya producción se acrecienta y sofisticada paulatinamente, así como por la jurisprudencia constitucional que requirió desde sus sentencias tempranas de nuevas categorías de análisis y de estructuras metodológicas foráneas para la aplicación de los principios y la solución de los conflictos que se presentaban entre ellos, particularmente en casos difíciles.



Autor: Luis Mario Marín Cadavid
Título: El pequeño jardín
Técnica: Acuarela
Dimensiones: 50 x 35

LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO COLECTIVO AL ACCESO Y EFICIENTE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS*

* El presente artículo es derivado del informe final de la investigación presentado para optar al título de magíster en el programa de Maestría en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, titulado *La dinámica del concepto de función administrativa en el Consejo de Estado colombiano. En clave de las acciones populares sobre servicios públicos, periodo 1998-2004.*

Fecha de recepción: Agosto 31 de 2009
Fecha de aprobación: Octubre 8 de 2009

LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO COLECTIVO AL ACCESO Y EFICIENTE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS*

*Hernán Darío Vergara Mesa***

RESUMEN

En un momento en el que hay una fuerte insistencia legal y doctrinal en torno a que la prestación de los servicios públicos domiciliarios no puede asumirse como parte de la función administrativa del Estado, como era ya una consideración tradicional, el presente artículo intenta mostrar, a partir de una investigación realizada sobre el período 1998-2004 y que tomó como referencia de análisis las acciones populares en las que se discutía el derecho colectivo al acceso y eficiente prestación de los servicios públicos, que la realidad jurisprudencial está muy distante de aceptar esa consideración y que la teoría clásica de los servicios públicos de inspiración francesa, que se creía ya superada, sigue aún vigente.

Palabras clave: Función administrativa, servicios públicos, acciones populares, Derecho Administrativo.

ADMINISTRATIVE FUNCTION: A VIEW FROM THE COLLECTIVE RIGHT TO THE ACCESS AND EFFICIENT PROVISION OF PUBLIC SERVICES

ABSTRACT

At a time, when there is a strong legal and doctrinal insistence around the fact that the provision of domiciliary public services can't be assumed as part of the administrative function of the State, as it was already a traditional consideration, this article tries to show, from a research made over the period between 1998-2004 that took as reference of analysis the so called "acciones populares"*** where were discussed the collective right to access and efficient provision of public services, that the jurisprudential reality is very far from accepting this argument and that the classic French inspiration theory for public services, that many believed outdated, is still in valid.

Keywords: Administrative function, public services, acciones populares, Administrative Law.

** Abogado y magister en derecho de la Universidad de Antioquia, especialista en derecho administrativo de la Universidad de Medellín, actualmente se desempeña como Profesor Asistente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia y como Decano de la misma Facultad.

*** This is a type of action that can be used by a group of people with the same cause and that are claiming for some kind of fundamental or collective rights which are harmed or are in harms ways for all of them. It is typical of the Colombian legal system, and it does not have any translation to the Anglo-Saxon legal systems.

LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO COLECTIVO AL ACCESO Y EFICIENTE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La reflexión que intentaré hacer aborda un tema, que podríamos decir es general dentro de la teoría del derecho administrativo, pero que procura ser observado en escenarios específicos, quizás porque la realidad actual así lo impone. Me refiero a los discursos judiciales sobre la función administrativa, en el escenario específico de las acciones populares que pretenden la protección del derecho colectivo al acceso y eficiente prestación de los servicios públicos, especialmente los domiciliarios.

Con ello se trata de confirmar o infirmar, en un escenario judicial especial, una idea que ha rondado al derecho administrativo colombiano durante casi ya dos décadas, consistente en que los servicios públicos domiciliarios no pueden más ser asumidos como manifestaciones de la función administrativa del Estado.

Desde el mismo momento de la expedición de la Ley de los servicios públicos domiciliarios, la Ley 142 de 1994, o quizás antes, la doctrina especializada, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y, más recientemente, la del Consejo de Estado Colombiano, propiamente en su Sección Tercera, empezaron a sostener que la prestación de los servicios públicos domiciliarios no podía reputarse ya como una modalidad de cumplimiento de la función administrativa del Estado, sino que se había tornado en una actividad inmersa en el mercado, fundada en principios de libre acceso y competencia, eso sí con una regulación especial por parte del Estado. Así, en la sentencia más paradigmática en este sentido proferida por la Corte Constitucional, la C-037 de 2003, pero que se funda y justifica en antecedentes de los años 1996, ésta expresaba su pensamiento sobre los servicios públicos de la siguiente manera:

*Las anteriores referencias permiten señalar que **no resulta entonces asimilable en la Constitución el concepto de función pública con el de servicio público.***

El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado.

Debe recordarse así mismo que como se desprende del artículo 365 superior, la actividad de prestación de los servicios públicos no es únicamente del

Estado, y que bien puede éste decidir dejarla en manos de los particulares, no obstante que la regulación, control y vigilancia de dichos servicios le corresponda ejercerla directamente y con exclusividad (arts. 189-22, 365, 370).

Ello no sucede en cambio en el caso de las funciones públicas, que corresponde ejercer a los servidores públicos y solo de manera excepcional puede ser encargado su ejercicio a particulares (art. 123-2), y en los términos ya expresados.

Cabe precisar que este entendimiento dado por la Constitución a la noción de servicio público corresponde a la evolución que dicha noción ha tenido en la doctrina y que ya no corresponde a la noción clásica de servicio público que implicaba la asimilación del servicio público con la función pública y con el derecho público. (Negrillas fuera del texto)

Esta sentencia, cabe señalar, ha guiado desde aquel momento, pero decididamente desde el año 2004, los fallos de la Sección Tercera del Consejo de Estado en los que se controvierte la responsabilidad del Estado por razón de la prestación de los servicios públicos domiciliarios. En una de estas providencias, del año 2005, esta corporación expresó:

Los servicios públicos se sustraen del esquema de administración pública, de función pública, de servicio público como responsabilidad estatal, para trasladarse al campo de la economía general, en donde el Estado cumple con respecto a ellos, su papel regulador, fundamentado en las atribuciones que le confieren, entre muchas otras normas constitucionales, los artículos 333 y 334 de la Constitución Política. (...) Como la intervención debe cumplirse en relación con todo el proceso económico, o como dice la Constitución “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...” no hay duda que el Constituyente de 1991, estructuró con relación a los servicios públicos domiciliarios, un esquema específico o particular de intervencionismo, caracterizado por los elementos y componentes institucionales anteriormente descritos, por lo que resulta válido afirmar que en adelante, la aproximación conceptual al tema de los servicios públicos no puede hacerse con fundamento en la ecuación que equipara servicio público a función pública, sino desde la perspectiva de que corresponden al concepto de bienes de mercado, sometidos en su desempeño a las leyes del mercado, en donde el Estado actúa (interviene) para racionalizar su prestación en la búsqueda del mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la distribución equitativa de las oportunidades¹. (Negrillas y subrayas fuera del texto)

Por supuesto que esta consideración de los servicios públicos domiciliarios como bienes de mercado y no como obligaciones propiamente a cargo del Estado, no

¹ Auto del diecisiete (17) de febrero de dos mil cinco (2005). Expediente 27673. Actor: Rodrigo Villamil Virgúez. Demandado: Nación - Ministerio de Comunicaciones y otros.

era aislada y obedecía realmente a un marco de condiciones económicas, políticas, constitucionales y legales que ineludiblemente la determinaron. Este marco puede reseñarse de la siguiente manera:

1. Los formidables cambios políticos y económicos evidenciados a finales de los años ochenta, que forzaron procesos de reforma y modernización del Estado, haciendo énfasis en la dimensión económica y en la racionalización del aparato administrativo. En aquella época, hubo un desenfrenado afán por determinar el área que debía corresponder a los sectores público y privado, se estudiaron sus interrelaciones y se concluyó en la necesidad de aumentar la eficiencia y la eficacia del sector público. El eje de los análisis fue la evaluación de los procesos de privatización, liberalización y apertura de la economía, que se hizo explícito en el llamado Consenso de Washington, llevado a cabo en el mes de noviembre de 1989.
2. Consecuencia de lo anterior, los cambios introducidos a la economía colombiana en los últimos años del gobierno del Presidente Virgilio Barco y que fueron llevados hasta sus últimas consecuencias por el gobierno del presidente César Gaviria Trujillo, como la apertura e internacionalización de la economía y la privatización de grandes empresas estatales, entre otras reformas radicales para ese momento.
3. La expedición de una nueva Carta Política en el año 1991, que introdujo un modelo económico que muchos catalogan como consecuente con la tendencia antes anotada, y que de manera explícita proclama la participación de particulares en el desarrollo y ejecución de funciones administrativas y en la prestación de servicios públicos antes monopolícamente asumidos por el Estado.
4. La expedición en el año 1992 de 62 decretos con fuerza de Ley que le dieron sentido y operatividad al artículo 20 transitorio de la Constitución, que en su momento ordenó poner en consonancia con los mandatos de la nueva Carta Política la estructura de la Rama Ejecutiva del nivel nacional². Esos decretos son especialmente relevantes para el tema que nos convoca, en razón de que dispusieron la supresión de numerosas entidades públicas, la fusión de otras, la

2 “El Gobierno Nacional, durante el término de dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución y teniendo en cuenta la evaluación y recomendaciones de una Comisión conformada por tres expertos en Administración Pública o Derecho Administrativo designados por el Consejo de Estado; tres miembros designados por el Gobierno Nacional y uno en representación de la Federación Colombiana de Municipios, suprimirá, fusionará o reestructurará las entidades de la rama ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional, con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece”.

reestructuración de muchas aún existentes, y quizás la más polémica de todas las acciones que allí se previeron: la transformación de algunas de ellas, de significativa importancia para el sector de los servicios públicos, como el ISS, TELECOM, CORELCA, ADPOSTAL, ICEL, las cuales, sin variar su objeto social, pasaron de ser entidades con un régimen de orden administrativo o público a uno de derecho común, civil o comercial.

5. La expedición en el año 1994 de las Leyes 142 y 143, que establecieron reglas de juego predominantemente de derecho privado para los servicios públicos domiciliarios, en campos como el de los actos, los contratos y la responsabilidad, y que sin lugar a dudas propiciaron la lectura actual de tales servicios desde la perspectiva de los bienes de mercado y no desde los lineamientos de la función administrativa del Estado, como era lo tradicional.
6. La expedición de las Leyes 489 de 1998 y 790 de 2002, que concibieron y profundizaron las reformas a la Administración Pública iniciadas en el año 1992, otorgando de la misma manera facultades al gobierno para la supresión, fusión o transformación de organismos de la Rama Ejecutiva nacional.

Quiero enfatizar dentro de todos estos cambios, la acción legiferante relativa a la transformación del régimen jurídico de las entidades que prestaban servicios públicos, toda vez que ellas pasaron de ser entidades de carácter administrativo, como son los establecimientos públicos o las unidades administrativas especiales, a ser entidades de gestión económica o empresarial, como es el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta o sociedades públicas. Lo anterior se constituye en un dato muy importante, por razón de que la utilización de una tipología determinada de organismo público, expresa mucho de la naturaleza que se está concibiendo sobre las actividades que hacen parte de su objeto social. Así por ejemplo, si lo que formaliza, como consecuencia de una acción de creación o transformación de entidades públicas, es un organismo con régimen de derecho privado, lo que está en la base es la consideración industrial o comercial de la actividad, como en efecto se ha estimado la prestación de los servicios públicos desde entonces, en gran parte de la doctrina y en ciertas épocas de la jurisprudencia de las Altas Cortes Colombianas.

Así las cosas, un contexto tan amplio, colmado de condicionantes constitucionales y legales, pero también de índole social, política y económica, prácticamente hacía inevitable una concepción de la función administrativa del Estado, al menos en el campo de los servicios públicos, muy diferente a la que hasta entonces se tenía. Siendo ello así, era de esperar entonces que el discurso judicial sobre los servicios públicos –domiciliarios- fuera permeado por todo este marco y que se empezara a

replicar en las decisiones que sobre tales servicios se emitían en todo sentido por parte de los jueces de la República.

Lo que pretendo ahora, es tratar de mostrar cómo este discurso sobre los servicios públicos domiciliarios, que ya lo vemos tan generalizado y prácticamente contundente, **no es tan consistente con el llamado derecho viviente o si se quiere, con la realidad judicial** que ellos viven cuando son confrontados mediante acciones no ordinarias, como ocurre con las acciones populares.

En efecto, los discursos sobre el carácter de función administrativa que reviste o no la prestación de los servicios públicos –domiciliarios– cambia sustancialmente cuando el problema en relación con dicha prestación se resuelve en sede de la acción ordinaria de reparación directa, que como se sabe es la acción de responsabilidad del Estado, que cuando se resuelve en sede de las acciones populares, que es la acción de la protección de los derechos colectivos.

A esta conclusión se llega utilizando una metodología general que ha tenido en cuenta lo siguiente:

- Una indagación realizada durante un período de tiempo determinado, que específicamente correspondió a los años 1998-2004, o sea durante los primeros seis años de vigencia de la Ley 472 de 1998, en el cual se formó la teoría que hasta el momento tenemos sobre los derechos colectivos y las acciones populares. O sea el mismo período durante el cual se consolidó la concepción que antes expusimos sobre los servicios públicos (esa que los estima como bienes del mercado). El número de decisiones analizadas para este efecto fue aproximadamente de 950, entre autos y sentencias, predominantemente estas últimas.

No obstante, se analizaron algunas decisiones emitidas con posterioridad al año 2005, para confrontar, aunque sea indiciariamente, el estado de cosas advertidos en el anterior período (1998-2004).

- Unos criterios usualmente utilizados por la jurisprudencia y la doctrina para identificar cuándo nos encontramos ante la función administrativa del Estado. Entre estos criterios, podemos citar los relativos a los órganos, medios, jerarquías, finalidades y los criterios materiales, que a su vez incluyen variadas teorías, como las de la residualidad, la practicidad y la de los servicios públicos de inspiración francesa³.

3 En este punto, metodológicamente la indagación se apoyó en la propuesta del profesor español DAVID BLANQUER, quien hace su exposición sobre el derecho administrativo a partir de la formulación de las preguntas sobre el quién, el qué, el por qué, el para qué y el cómo de esta disciplina. *Introducción al Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

Cabe recordar que, identificar, de acuerdo con los diferentes criterios, la presencia de una función administrativa, implica determinar no sólo la aplicabilidad de normas del derecho administrativo, sino también generar múltiples consecuencias para el Estado o la Administración Pública, ante todo en materia de responsabilidad patrimonial.

- Una herramienta de análisis o lente de revisión, consistente en fallos proferidos en sede de acciones populares que versaron sobre la protección del derecho colectivo al acceso y eficiente prestación de los servicios públicos.
- De la misma manera, se tuvo en cuenta que las acciones populares revisten características prácticamente similares a las acciones de reparación directa, en cuanto cauces procesales mediante los cuales se debaten asuntos de responsabilidad, y propiamente de responsabilidad estatal.

En efecto, si se observa bien, los juicios que se emiten a propósito de las acciones populares, son verdaderos juicios de responsabilidad, que tienen en su apreciación una lógica de imputación muy similar a la que los jueces o tribunales administrativos realizan en las acciones de reparación directa, con la única diferencia de que en las acciones populares regularmente no se habla de indemnización, sino ante todo de prevención: i) se determina si hay de por medio una obligación estatal (una función administrativa, situación que no siempre aparece explícita); ii) si ha habido o no diligencia en la prestación efectiva, oportuna y adecuada del servicio; iii) si se ha causado o se puede causar un daño y, a propósito de las valoraciones correspondientes, iv) se emite una orden de dar (que es excepcional), de hacer o de no hacer algo, lo cual implica una verdadera determinación de responsabilidad⁴.

- Que las acciones populares han sido dispuestas por la Constitución y la Ley 472 de 1998, como las vías procesales pertinentes para garantizar la efectividad de los diferentes y variados derechos colectivos. El conocimiento de estas acciones está repartido entre la jurisdicción ordinaria y la contencioso administrativa, dependiendo de si la actividad mediante la cual se compromete el derecho colectivo, está enmarcada o no en la función administrativa del Estado (artículo

4 De acuerdo con lo anterior, se tiene que los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular son los siguientes, a saber: a) una acción u omisión de la parte demandada, b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, peligro o amenaza que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana y, c) la relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses; dichos supuestos deben ser demostrados de manera idónea en el proceso respectivo. (Sección Primera, Sentencia del diez (10) de mayo del dos mil siete (2007)

15 de la Ley 472 de 1998): cuando la causa de la violación o amenaza del derecho colectivo proviene de la función administrativa, la competencia es de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; cuando no lo es, la competencia es de la jurisdicción Civil.

Con la regla jurídica así prevista (artículo 15 Ley 472 de 1998), este análisis partió de la suposición de que los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa, entre ellos el Consejo de Estado, aceptaron conocer exclusivamente de los asuntos que implicaron el desarrollo de una función administrativa del Estado. Se supuso también, que cuando la función administrativa no estaba implicada, rechazaron o debieron rechazar su competencia sobre la acción popular respectiva.

Hasta aquí las premisas que permitieron hacer el análisis correspondiente.

Lo que esperaba encontrar era la confirmación de que, efectivamente, en el tratamiento de los servicios públicos como derechos colectivos, los jueces, y más específicamente el Consejo de Estado, los concibieran como ajenos a la función administrativa del Estado, esto es, como una actividad económica que no compromete la responsabilidad de éste.

¿Qué se pudo constatar?

Con gran sorpresa, una realidad totalmente diferente.

1. En primer lugar, hay que decir que las decisiones del Consejo de Estado como juez de las acciones populares, no mantienen una línea suficientemente consistente en relación con la función administrativa:
 - Por un lado, en varias sentencias (que llamaría sentencias explícitas, en la medida en que ponen en evidencia las razones que configuran la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en materia de acciones populares), el Consejo destaca que su competencia está radicada en esa jurisdicción por un criterio material, de tal manera que exige que tanto los particulares como las entidades públicas que allí son demandadas, deben estar cumpliendo una función administrativa cuando pongan en riesgo los derechos colectivos que dan lugar a la acción popular.
 - Por otro lado, es mucho más amplio el conjunto de sentencias que no se detienen a determinar si de por medio existe o no el cumplimiento de una función administrativa (a estas sentencias las podría llamar sentencias implícitas, por no hacer expresas las razones que le dan la competencia a la jurisdicción contenciosa administrativa); simplemente asumen el control de la actividad. Asumir ese control, representa un dato muy importante, porque se supone que la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa

fue dispuesta para aquellos asuntos en los que el derecho colectivo se ponga en riesgo o vulnere por el cumplimiento de una función administrativa.

2. Aún así, se encontraron algunas decisiones, que considero aisladas, que afirman que la presencia de una actividad propia del Estado no es necesaria para determinar si dicha jurisdicción es competente; simplemente lo aceptan al advertir la presencia de una entidad de naturaleza pública, lo que conduce a pensar que se estaba guiando por un criterio posiblemente orgánico de la función administrativa o de la competencia en materia de acciones populares.
3. En materia de servicios públicos, el Consejo, salvo algunos casos que considero excepcionales, no se detiene a considerar expresamente si ellos constituyen o no una función administrativa del Estado. Las decisiones, prácticamente se reducen a presupuestarla, pues al advertir que está de por medio un servicio público, asume que ellos representan un compromiso del Estado y que por tanto ellos les son exigibles por los asociados. Hablamos que entre estos servicios se encuentran los domiciliarios, esos mismos que en las sentencias de la Sección Tercera de la misma corporación, claramente desde el año 2004 (en sede de acciones de reparación directa), no son considerados como función administrativa, sino como una actividad de gestión económica.
4. Sobre los servicios públicos domiciliarios, se halla también una realidad jurisprudencial diferente al interior del Consejo de Estado, pues en las sentencias de la Sección Tercera, al menos desde el año 2004, es más insistente la consideración de que tales servicios no constituyen una función administrativa, sino una actividad económica regida generalmente por el derecho privado.

Las demás Secciones, o son más tímidas en esa estimación, o simplemente siguen considerando que dichos servicios son actividades a cargo del Estado y dan por sentado que siguen siendo típicos del cumplimiento de su función administrativa. Esta última opción es la que aparece más visible en las decisiones sobre acciones populares, pues en ellas el compromiso de los entes públicos, básicamente del nivel territorial, se refuerza invocando toda la normativa que contiene los postulados del Estado Social de Derecho en la Carta Política colombiana.

5. Las decisiones de los primeros dos años de vigencia de la ley 472 de 1998, se concentran fundamentalmente en la definición de aspectos “formales” de las acciones populares, como los relativos a la reforma en peor, la legitimación en la causa por activa, el reconocimiento del incentivo, la fecha a partir de la cual podría conocer de las acciones populares la jurisdicción contencioso administrativa, entre otros.

Aunque en esos años (1999 y 2000) se encuentran pronunciamientos que suponen el cumplimiento de funciones administrativas cuando se prestan servicios públicos domiciliarios, no hay mayor preocupación por los factores de la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, y ello puede obedecer a varias razones:

- La primera, a que fueron prácticamente inexistentes las demandas contra particulares, o cuando ellos se hallaban en tal condición, la compartían al menos con una entidad pública. Sin que fuera expresa la aplicación del llamado fuero de atracción, él resultó siendo el factor definitivo para su enjuiciamiento en la jurisdicción administrativa.
 - La segunda, a que se tenía un cierto presupuesto orgánico de la competencia de dicha jurisdicción, de tal suerte que ante la presencia de una entidad de naturaleza pública, se entendía cumplido el referido requisito. Dicho criterio se evidencia, en particular, cuando se demandan empresas industriales y comerciales del Estado, que producen y distribuyen determinados productos comerciales, por ejemplo CORABASTOS.
6. La realidad que muestran la mayoría de las decisiones del Consejo de Estado en sede de acciones populares y que versan sobre servicios públicos, especialmente los domiciliarios, es que para esa Corporación judicial la teoría del servicio público que se creía superada desde hace muchos años, sigue aún vigente en la jurisdicción contenciosa administrativa. Sigue vigente, en tanto la estimación de que estas actividades procuran como ninguna otras la consecución y satisfacción del interés general, lleva a adoptarlas como propias del Estado, el cual puede prestarlas directamente o por medio de agentes, pero con una responsabilidad claramente radicada en él.

El Consejo mantuvo durante el período, la tendencia generalizada a considerar los servicios públicos, especialmente los de suministro de agua potable, alcantarillado, aseo y saneamiento básico, como obligaciones a cargo del Estado, independientemente de si ellos se están prestando por él directamente o por particulares:

No es atendible el argumento del Municipio apelante, según el cual por el hecho de haber descentralizado la función de la prestación de los servicios públicos de agua y alcantarillado en la empresa (...), a él no le cabe ninguna responsabilidad en lo que al cumplimiento de dicha función se refiere...⁵.

5 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 8 de octubre de 1994, Radicación número: 25000-23-31-000-2002-1364-01(AP), Actor: RAÚL CASTILLO CABRERA, Demandado: MUNICIPIO DE LA

Por supuesto que esta concepción cercana a la teoría de los servicios públicos, no es unánime en el Consejo de Estado, pues la sección Tercera, como ya se ha dicho, empezó desde el año 2004 a considerar que tales servicios no hacen parte más de las actividades del Estado y que han pasado a ser propias de los particulares, exigibles a éstos cuando las cumplan, con sus propias reglas y ante la jurisdicción ordinaria.

7. Las transformaciones que se han introducido a la Administración Pública, en especial en el sector de los servicios públicos domiciliarios, no han impactado la visión estatal que tiene el Consejo de Estado sobre los servicios públicos, con excepción de la Sección Tercera. Es de recordar que las entidades prestadoras de estos servicios, ante todo las de carácter público, no están organizadas, desde que se expidió la Ley 142 de 1994, como entidades adscritas o administrativas, sino como entidades vinculadas o de índole industrial o comercial. Y cuando ello ocurre, lo lógico es derivar un régimen jurídico equivalente, es decir, de derecho privado o común (desde el punto de vista de los actos, contratos y la responsabilidad). Sin embargo, este escenario normativo no evitó que el Consejo de Estado considerara tales servicios como función administrativa, que tienen como último responsable al Estado. Esta realidad se puede comprobar en el ámbito de las acciones populares, propiamente en el período 1998-2004. Es de reconocer en todo caso, que en sede de las acciones de reparación directa la realidad puede ser y de hecho parece ser, muy diferente.
8. Las reformas introducidas a la Administración Pública desde el año 1992, han tenido en la práctica judicial de las acciones populares (al menos hasta el año 2004), una lectura diferente a la que normativamente se expresó en diferentes leyes y decretos (los Decretos de 1992 y las leyes 142 de 1994, 489 de 1998 y 790 de 2002), que valga recordarlo, indicaba una traducción constitucional modernizadora –aparentemente privatizadora del régimen jurídico y de la responsabilidad– de los servicios públicos domiciliarios. El Consejo de Estado, mayoritariamente, durante el período 1998-2004, se muestra proclive a la consideración pública de los servicios públicos domiciliarios, en el sentido de considerarlos como una tarea estatal, para la cual puede auxiliarse de los particulares, sin que ello implique abandono o reducción de su responsabilidad por la falta, insuficiente o tardía prestación.

9. La política de “elusión del régimen administrativo” en materia de servicios públicos domiciliarios, presionada por las normas antes mencionadas, no parece haber tenido los resultados en el ámbito judicial de las acciones populares hasta el año 2004. Es decir, el hecho de que las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios se hayan transformado hacia una organización de carácter industrial, comercial o de gestión económica, no evitó a la jurisdicción contencioso administrativa realizar los controles que son propios del derecho administrativo en ese sector, tanto así que ha generado en cada uno de sus fallos verdaderos juicios de responsabilidad estatal, en este caso –y esa es la diferencia con la acción de reparación directa- para prevenir o remediar el daño a derechos colectivos, como el relativo al acceso y eficiente prestación de los servicios públicos.
10. Obviamente, es de resaltar que la falta de uniformidad de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la concepción de función administrativa en relación con los servicios públicos domiciliarios, puede obedecer también a la novedad que representa el enjuiciamiento de la actividad estatal con base en acciones recientes, especiales, complejas y aún no suficientemente teorizadas, como las populares, entre otras razones por que quien hasta el momento está marcando la pauta argumentativa en esa materia es el mismo juez contencioso administrativo, ante la ausencia de esfuerzos doctrinales importantes en el país sobre ese particular.

En definitiva, puede afirmarse con base en la indagación efectuada que:

En sede de las acciones populares que tuvieron por objeto el derecho colectivo al acceso y eficiente prestación de los servicios públicos, el Consejo de Estado, durante el período 1998-2004, mantuvo una línea de pronunciamientos con base en criterios materiales, enmarcada generalmente en el subcriterio del servicio público.

Cabe señalar, que la confrontación que se ha hecho de algunas importantes sentencias de la Sección Primera del Consejo de Estado durante el período 2005-2008, parecen indicar que esta concepción no ha variado sustancialmente y que la línea de pronunciamientos se conserva en el anterior sentido⁶. De la misma manera hay que indicar, que en las acciones populares que son del conocimiento de la Sección

6 Sentencia del 27 de julio de 2006 (en la que se examina el servicio público de energía y se analiza expresamente la existencia o no de falla del servicios en la prestación del mismo); sentencia del 3 de agosto de 2006 y sentencia del 24 de enero de 2008 (en la cual se declara permanentemente la responsabilidad primerísima que tienen los municipios en materia de acueducto y alcantarillado, así su prestación esté a cargo de una ESP).

Tercera del Consejo de Estado, ésta también conserva su posición contraria sobre el particular⁷.

Pero hay que advertir, que la visión que se ha expuesto sobre los servicios públicos en el Consejo de Estado, en la órbita de las acciones populares, tampoco puede ser estimada como un accidente o como un acto de rebeldía de ciertas Secciones o de una Sección de esa Corporación. Por supuesto que no. Hay también para esa visión o para ese discurso judicial, un marco de condiciones constitucionales, legales, económicas y sociales, que la hacen posible, como las siguientes:

- Que existen otras lecturas diferentes de la Carta Política de 1991 en materia de compromisos sociales del Estado, que derivan de ella políticas, valores y principios sobre los servicios públicos con un alcance muy diferente del que hemos comentado antes, y que se desprenden curiosamente de los mismos preceptos de la Carta que han dado lugar a pensar en tales servicios como bienes de mercado. Esa lectura muestra a un Estado como máximo responsable de los servicios públicos, en cualesquier rol que sobre ellos cumpla: prestador, contralor o regulador. La variación respecto a lo que antes ocurría, se encuentra en que el rol de prestador lo puede compartir o suplir con los particulares o con comunidades organizadas; pero no bajo el entendido de que si éstos lo asumen, con ello también asumen la responsabilidad. Lo que tal traducción resalta, y que se fundamenta en disposiciones muy claras de la Constitución Nacional (artículos 365 y 366), es que el Estado puede apoyarse en los particulares para la prestación de los servicios públicos, evento en el cual éstos se convertirán en sus agentes para ese propósito, dejando intacta su responsabilidad (a la manera como el artículo 90 de la misma Carta lo consagra: se transfiere o “delega” la función, mas no la responsabilidad).
- Que cada vez más la doctrina plantea con más insistencia el carácter administrativo del Estado social de derecho⁸ que se proclama en la Carta Política; entre nosotros, MOLANO LÓPEZ, siguiendo para estos efectos a connotados tratadistas internacionales, destaca que este Estado “*se caracteriza en un sentido material, por ser un Estado administrativo. Quiere ello significar que, no obstante, ser el principio social un valor que impregna la organización y funcionamiento de los poderes públicos y de los agentes sociales vinculados al ejercicio de los derechos, es la función administrativa del Estado, la que tiene a su cargo la concreción o materialización de las responsabilidades que éste*

7 Sentencias del 24 de febrero de 2005; 21 de febrero y 15 de agosto de 2007.

8 Una interesante digresión sobre el particular se encuentra en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, La Administración del Estado Social, Madrid, Marcial Pons, 2007, página 12.

adquiere en las actividades policiva, prestacional, asistencial, sancionadora y arbitral determinantes para la calidad de vida, como por ejemplo, el consumo, el medio ambiente, la planificación, la salubridad, etc.”⁹.

- Que uno de los compromisos más importantes que tiene el Estado actual lo constituyen los **derechos colectivos**, los cuales se caracterizan por garantizar las condiciones para el disfrute de las distintas generaciones de derechos (fundamentales, económicos, culturales, etc.), superando la tradicional dicotomía entre intereses particulares y los intereses generales, pues en los colectivos unos y otros intereses se conjugan o se hacen realidad.
- Que la función administrativa es la que, dentro de las funciones estatales, tiene el mayor compromiso en relación con lo derechos colectivos, pues ellos suponen acciones y prestaciones que deben desarrollarse concretamente por el Estado, con la finalidad de asegurar su disfrute por parte de todos los asociados. Cuando se trata del derecho colectivo al acceso y eficiente prestación de los servicios públicos, los mandatos que la función administrativa debe satisfacer tienen que ver con la garantía de una infraestructura que garantice la prestación de tales servicios, su prestación efectiva, adecuada y oportuna, y la regulación y control de las actividades y agentes que participan en su prestación.
- Que las permanentes crisis mundiales de la economía, entre ellas la recientemente ocurrida en el llamado septiembre negro, han llevado a muchos a abogar por una reconsideración de las bases conceptuales del “Consenso de Washington” que, es de recordar, ha apuntalado todo el proceso de liberalización de la economía y de reducción del intervencionismo estatal en las actividades económicas. En países de economías frágiles, con un alto índice de insatisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos, ante todo en relación con los servicios públicos domiciliarios, la presencia del Estado sigue siendo necesaria para el desarrollo y progreso social; por eso no es acertado transplantar aún la teoría de la diferencia sustancial entre servicio público y función pública a la realidad colombiana, pues como derechos colectivos esenciales que son para la comunidad, los servicios públicos se niegan a ser estimados como simples bienes de mercado. Y eso que se plantea en relación con los servicios públicos domiciliarios es perfectamente predicable de otros que tienen igual significación en nuestro actual estado de cosas, como lo de educación y salud.

9 MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. Transformación de la Función Administrativa (Evolución de la Administración Pública), Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colección Profesores, 2005.

En conclusión, en un contexto como el colombiano, no es tan evidente entonces que los servicios públicos domiciliarios puedan ser adoptados como simples bienes de mercado, que se venden y se compran, y que el papel del Estado en relación con los mismos se reduzca a su regulación y control. El derecho viviente que se expresa en la doctrina del Consejo de Estado nos indica todo lo contrario, y esto debe ser relevante para no desestimar su inclusión dentro de los grandes compromisos que están todavía a cargo del Estado.

Cada vez más los asuntos públicos se resuelven en el escenario de las acciones populares, y las decisiones que en éstas se adoptan han venido recordando que el Estado es titular y el garante de los servicios públicos, entre ellos los domiciliarios. Todo ello, como una especie de corrección de las políticas que las normas legales han planteado en esta materia desde la misma entrada en vigencia de la Carta Política actual.

Ello, finalmente, significa que los compromisos de la función administrativa en nuestro Estado social de derecho están aún por definirse, y que las claves de esa definición posiblemente las encontremos en los derechos colectivos y, por qué no, en las decisiones que los jueces emiten en relación con ellos en el ámbito de las acciones populares. Porque si algo han demostrado los 10 primeros años de vigencia de la Ley 472 de 1998, según el reciente informe de la Corporación EXCELENCIA EN LA JUSTICIA, es que estas acciones, tanto como la acción de tutela, *“han cambiado la vida de los colombianos en diferentes niveles”*, y posiblemente con mayor profundidad, pues de ella se han proferido fallos con efectos económicos, ordenando la adopción de políticas públicas y endureciendo la protección de los derechos sociales.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Casallas, Leonardo, Los actos y Prerrogativas de los Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios”, en: III Jornadas Derecho Constitucional y Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Bermejo Vera, José (Director), Derecho Administrativo – Principios Generales del Derecho Administrativo Social, Madrid, Cuarta Edición, Civitas, 1999.
- Bielsa, Rafael, Derecho Administrativo, Tomo I, Quinta Edición, Buenos Aires, Editor Roque De Palma, 1955.
- Blanquer, David, Introducción al Derecho Administrativo, Valencia, Tirant Blanch, 1998.
- Boquera Oliver, José María, Derecho Administrativo, Volumen I, 10ª ed., Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996.

- Brewer-Carias, Allan - Randolph Derecho administrativo, Los Supuestos Fundamentales del Derecho Administrativo, Tomo I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1981.
- Carré de Malberg, Raymond, Teoría General del Estado, Fondo de Cultura Económica, 1948.
- Díaz Perilla, Viviana y Atehortúa García, Catalina, La Construcción de un Estado Comunitario: Un elemento Integral de la Estrategia Global de Reforma de la Actual Administración Pública. En: Teoría de la Organización Administrativa Colombiana - Una Visión Jurídico-Administrativa-, Bogota, ESAP y Universidad del Rosario, 2006.
- Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, 9ª edición, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001.
- Entrena Cuesta, Rafael, Curso de Derecho Administrativo, Volumen I/1, Madrid, Editorial Tecnos, 1995.
- Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Tomo I, Buenos Aires, Desalma, 1990.
- Escuin Palop, Catalina, Curso de Derecho Administrativo. Tercera Edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005.
- Fiorini, Bartolomé A, Derecho Administrativo, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1995.
- García Amado, Juan Antonio, “Sobre Derechos Colectivos. Dilemas, Enigmas, Quimeras. En: Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia No. 318, Santafé de Bogotá, Junio de 2001.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomos I y II, Madrid, Editorial Civitas, 1993.
- _____, La Lucha Contra las Inmunidades del Poder, Madrid, Editorial Civitas, 1983.
- _____, Revolución Francesa y Administración Contemporánea y la Formación del Sistema Municipal Francés Contemporáneo, Segunda edición, Madrid, Ediciones Taurus, 1981.
- Garrido Falla, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Tomos I y II, Madrid, Editorial Tecnos, 1994.
- Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomos I, II y III, 1ª edición colombiana, Medellín, Fundación de Derecho Administrativo y Biblioteca Jurídica Diké, 1998. (www.gordillo.com)
- Hernández, Pedro Alfonso, Descentralización, Desconcentración y Delegación en Colombia, Legis, Bogotá, 1999.
- Hoyos Duque, Ricardo, La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, Bogotá, Editorial Temis, 1985.
- Ilpes, Reforma y Modernización del Estado, Santiago de Chile, 1995, pág. 23.

- Implicaciones Jurídicas de la Reforma Administrativa: Laborales (carrera Administrativa) - Constitucionales - Políticas - Administrativas, 1ª edición, Medellín, Ediciones Rosaristas, Diké, 1994.
- Mannoni, Luca y Sordi, Bernardo, Storia del Diritto Amministrativo, San Donato Milanese, Italia, Editori Laterza, 2003.
- Marienhoff, Miguel S, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Mejía Palacio, Hugo, El Derecho de los Servicios Públicos, Santafé de Bogotá, Derecho Vigente, 1999.
- Merkel, Adolfo, Teoría General del Derecho Administrativo, Granada, Editorial Comares, 2004.
- Mir Puigpelat, Oriol, Globalización, Estado y Derecho. Las Transformaciones Recientes del Derecho Administrativo, Madrid, Civitas, 2004.
- Molano López, Mario Roberto. Transformación de la Función Administrativa (Evolución de la Administración Pública), Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colección Profesores, 2005.
- Molina Betancur, Carlos Mario y Cerón Zapata, Pilar, Primeras reflexiones acerca del Contenido Normativo de la Ley 489 de 1998, En: Revista de Estudios Socio-Jurídicos, Universidad del Rosario, julio-diciembre de 2004.
- Montaña Plata, Alberto, Dimensión Teórica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Colombia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie: Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 36, 2005.
- _____, El concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo. - 2ª edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando, La Elusión Constitucional, Una Política de Evasión del Control Constitucional en Colombia, Bogota, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2006.
- Palacios Mejía, Hugo. El Derecho de los Servicios Públicos, Santa Fe de Bogotá, Derecho Vigente S.A. 1999.
- Parada, Ramón, Derecho Administrativo, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- Parejo Alfonso, Luciano, A. Jiménez-Blanco y L. Ortega Álvarez, Manual de Derecho Administrativo, Volúmenes I y II, Barcelona, Editorial Ariel, 1998.
- Rincón Córdoba, Jorge Iván, Las Generaciones de los Derechos Fundamentales y la Acción de la Administración Pública, 2ª edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Rodríguez De Santiago, José María, La Administración del Estado Social, Madrid, Marcial Pons, 2007.

- Rodríguez Rodríguez, Libardo, Derecho Administrativo – General y Colombiano, 14ª edición, Santafé de Bogotá, Editorial Temis, 2005.
- Rivero, Jean, Derecho Administrativo, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984.
- Sánchez Torres, Carlos Ariel, La Nueva Administración Pública y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Revista electrónica de difusión científica – Universidad Sergio Arboleda, Bogotá. <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar> Reservados todos los derechos de autor Junio 2005
- Santofimio G., Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Tomos I (2002) y II (1998), Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Sayagés Laso, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo, Tomos I y II, Montevideo, Talleres Gráficos Barreiro y Ramos S.A., 1974.
- Soriano García, Eugenio, Los Fundamentos Históricos del Derecho Administrativo en Francia y Alemania, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994.
- Tafur Galvis, Álvaro, Estudios de Derecho Público, Santafé de Bogotá, Ediciones Jurídicas Ibáñez, 1997.
- Vásquez Cárdenas, Ana Victoria y Montoya Brad, Mario Alberto, Lo Colectivo en la Constitución de 1991, En: Revista Cuadernos de Investigación, Universidad EAFIT, noviembre de 2002 (Documento 6-112002).
- Vedel, George. Derecho Administrativo, Madrid, Editorial Aguilar, 1980.
- Viana Garcés, Andrée, El Objeto de las Acciones Populares. La Defensa Jurisdiccional de los Derechos Colectivos, En: UNIVERSITAS No. 102, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2001.
- Vidal Perdomo, Jaime, Derecho Administrativo, Bogotá, Legis – Universidad del Rosario, 2004.
- Vélez García, Jorge, Los Dos Sistemas de Derecho Administrativo, Santafé de Bogotá, Universidad Sergio Arboleda.
- Villegas Arbeláez, Jairo, Derecho Administrativo Laboral, Bogotá, Legis, 1998.
- Weill, Prosper, Derecho Administrativo, Madrid, Editorial Civitas, 1986.
- Younes Moreno, Diego, Panorama de las Transformaciones del Estado, Bogotá, Universidad del Rosario, 2004.
- Zanobini, Guido, Curso de Derecho Administrativo, Volumen I, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1954.

Providencias del Consejo de Estado

Año 1999

- Radicación número: AP-003
- Radicación número: AP-001

- Radicación número: AP-002
- Radicación número: AP-007
- Radicación número: AP-008
- Radicación número: AP-006
- Radicación número: AP-005

Año 2000

- Radicación número: AP-086
- Radicación número: AP-110
- Radicación número: AP-117
- Radicación número: AP-147
- Radicación número: AP-109
- Radicación número: AP-059
- Radicación número: AP-110
- Radicación número: AP-001
- Radicación número: AP-126

Año 2001

- Radicación número: 07001-23-31-000-2001-0002-01(AP-282)
- Radicación número: 41001-23-31-000-2000-3508-01(AP-077)
- Radicación número: 07001-23-31-000-2000-0008-01(AP-065)
- Radicación número: 25000-23-27-000-2000-0080-01(AP-049)
- Radicación número: CE-SEC3-EXP2001-NAP-144(AP-144)
- Radicación número: 68001-23-15-000-2000-2060-01(AP-087)
- Radicación número: 13001-23-31-000-2000-0008-01(AP-081)
- Radicación número: 85001-23-31-000-2001-0413-01(AP-194)
- Radicación número: AP-156
- Radicación número: 76001-23-31-000-2000-2071-01(AP)
- Radicación número: 15001-23-31-000-1999-2571-01(AP-021)
- Radicación número: 25000-23-26-000-2001-0006-01(AP 274)
- Radicación número: 68001-23-15-000-2000-2008-01(AP-003)
- Radicación número: 44001-23-31-000-2000-0421-01(AP-066)
- Radicación número: 25000-23-24-000-1999-0552-01(AP-028)
- Radicación número: 63001-23-31-000-2001-0241-01(AP-289)

Año 2002

- Radicación número: 19001-23-31-000-2001-0851-01(AP-362)
- Radicación número: 19001-23-31-000-2001-0931-01(AP-432)

- Radicación número: 20001-23-31-000-2001-1206-01(AP-502)
- Expediente número: 76001-23-31-000-2001-2075-01(AP-472)
- Radicación número: 68001-23-15-000-2001-0268-01(AP-490)
- Radicación número: 54001-23-31-000-2001-1580-01(AP-732)
- Radicación número: 25000-23-26-000-2001-9065-01(AP- 489)
- Radicación número: 50001-23-31-000-2002-0236-01(AP-737)
- Radicación número: 52001-23-31-000-2000-1059-01(AP-518)
- Radicación número: 73001-23-31-000-2002-2180-01(AP-550)
- Radicación número: 25000-23-26-000-2002-0351-01(AP-592)
- Radicación número: 47001-23-31-000-2001-0303-01(AP-531)

Año 2003

- Radicación número: 76001-23-31-000-2002-1386-01(AP)
- Radicación número: 25000-23-25-000-2002-1364-01(AP-794)
- Radicación número: 25000-23-25-000-2002-0034-01(AP)
- Radicación número: 25000-23-24-000-2002-2646-01(AP-2646)
- Radicación número: 08001233100019992199 0125000-23-24-000-2002-0190-01(AP)
- Radicación número: 25000-23-27-000-2002-02451-01(AP)
- Radicación número: 15001-23-31-000-2000-02097-01(AP)
- Radicación número: 76001-23-31-000-2002-2764-01(AP-764)
- Radicación número: 50001-23-31-000-2002-90287-01(AP- 90287)
- Radicación número: 25000-23-25-000-2002-1651-01(AP-842)
- Radicación número: AP-146
- Radicación número: 25000-23-25-000-2001-0529-01(AP-857)
- Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1204-01(AP)IJ
- Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01286-01(AP)
- Radicación número: 25000-23-27-000-2001-0537-01(AP)
- Radicación número: 23001-23-31-000-2001-0282-01(AP)
- Radicación número: 85001-23-31-000-2000-00443-01(23908)

Año 2004

- Radicación número: 63001-23-31-000-2002-1008-01(AP)
- Radicación número: 54001-23-31-000-2002-0127-01(AP)
- Radicación número: 76001-23-31-000-2002-1164-02(AP)
- Radicación número: 76001-23-31-000-2002-02821-01
- Radicación número: 76001-23-31-000-2002-1205-01(AP)
- Radicación número: 23001-23-31-000-2001-0287-01(AP-0287)
- Radicación número: 25000-23-26-000-2002-02759-01(AP)

- Radicación número: 25000-23-24-000-2003-1471-01(AP)
- Radicación número: 15001-23-31-000-2002-3891-01(AP)
- Radicación número: 08001-23-31-000-2001-0984-01(AP)
- Radicación número: 25000-23-24-000-2003- 0488-01(AP)
- Radicación número: 25000-23-24-000-2000-90297-01(AP)
- Radicación número: 25000-23-31-000-2002-1364-01(AP)
- Radicación número: 54001-23-31-000-2002-01475-01
- Radicación número: 68001-23-15-000-2002-02001-01(AP)
- Radicación número: 54001-23-31-000-2002-01057-01(AP)
- Radicación número: 23001-23-31-000-2001-90286-01(AP)
- Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00454-01(26145)
- Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01442-01(26144)

Año 2005

- Radicación número: 27673
- Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01(AP)
- Radicación número: 25000-23-25-000-2002-02261-01(AP)
- Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921)A

Año 2006

- Radicación número: 25000-23-27-000-2003-00345-02(AP)
- Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00932-01(AP)

Año 2007

- Radicación número: 25000-23-25-000-2005-00355-01(AP)
- Radicación número: 05001-23-31-000-1997-02637-01(30903)

Providencias de la Corte Constitucional

- C-223 de 1994
- C-262 de 1995
- C-166 de 1995
- C-508 de 1995
- C-082 de 1996
- C-048 de 1997
- C-429 de 1997
- C-189 de 1998
- C-866 de 1999
- C-702 de 1999

- C-561 de 1999
- C-950 de 1999
- C-735 de 2000
- C-401 de 2001
- C-558 de 2001
- C-836 de 2001
- C-996 de 2001
- C-949 de 2001
- C-372 de 2002
- C-716 de 2002
- C-010 de 2002
- C-037 de 2003
- C-121 de 2004
- C-314 de 2004
- C-350 de 2004
- C-044 de 2006
- T-206 de 1994
- T-024 de 1996
- T-074 de 2001
- T-190 de 2001
- T-747 de 2002
- T-270 de 2004



Autor: Luis Mario Marín Cadavid
Título: La portada
Técnica: Acuarela
Dimensiones: 61 x 46

CARACTERIZACIÓN DEL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL ESCENARIO DE LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE CAPITALES*

* Este artículo se desarrolló con base en el segundo capítulo del informe final del trabajo de investigación *Ejercicio de la autonomía privada en el contexto de la transnacionalización de capitales*, que realizó la autora para optar al título de Magíster en Derecho, modalidad de investigación, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Fecha de recepción: Agosto 31 de 2009
Fecha de aprobación: Octubre 8 de 2009

CARACTERIZACIÓN DEL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL ESCENARIO DE LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE CAPITALES*

*Sandra Eliana Cataño Berrío***

RESUMEN

El proceso de transnacionalización de capitales, que hace parte de la globalización económica, está caracterizado por una mayor libertad en el movimiento y transferencia de los mercados de capitales y finanzas a nivel planetario, más allá y por encima de los Estados, con el apoyo de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información, teniendo como principal representante a las empresas transnacionales.

En este contexto, el ejercicio del postulado máximo del derecho privado, la autonomía privada, en su manifestación de la libertad de configuración negocial, se ve influenciado con la existencia de modelos o estándares de contratación, con contenidos, en ocasiones, lesivos; con la presencia de usos y prácticas y con el surgimiento de un derecho de carácter contractual y corporativo.

Palabras clave: globalización económica, transnacionalización de capitales, autonomía privada, libertad de configuración negocial, contratos sujetos a condiciones generales, lex mercatoria, derecho corporativo.

CHARACTERIZATION OF THE EXERCISE OF PRIVATE AUTONOMY IN THE SCENE OF TRANSNATIONALIZATION OF CAPITAL

ABSTRACT

The transnationalization process of capital, that is part of the economic globalization, is characterized by a greater freedom in movement and transfer of capital's markets and finance at the global level, beyond and above of the States, with the support of the new communication technologies and information, having as main representative the transnational corporations.

In this context, the exercise of the most important postulate of private law, private autonomy, in its manifestation of freedom of contractual configuration, is influenced by the existence of models or standards of contracting, with contents, sometimes, harmful; with the presence of customs and practices and the emergence of a right, which has a contractual and corporate nature.

Key words: economic globalization, transnationalization of capital, private autonomy, freedom of contractual configuration, contracts subject to general conditions, lex mercatoria, corporate law.

** Abogada y Magíster en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Profesora del área de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. La autora agradece al profesor Roberth Uribe Álvarez, de la Universidad de Antioquia, por la lectura y las valiosas sugerencias que realizó al texto.

CARACTERIZACIÓN DEL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL ESCENARIO DE LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE CAPITALES

INTRODUCCIÓN

El complejo fenómeno de la globalización, que inició con mayor fuerza en la década de los setenta del siglo pasado, a nivel mundial, originó un proceso principalmente económico que condujo al tránsito de la mundialización de la economía a la globalización económica. Ya no se trata simplemente de un intercambio comercial a nivel mundial, a través de las exportaciones e importaciones, sino de toda una interconexión a gran escala de los mercados de bienes, servicios, mano de obra, materias primas, capitales y tecnologías, que ha dado lugar a la concentración del poder financiero y del capital en unos conglomerados llamados empresas transnacionales, que operan a nivel planetario a través de una estructura integrada por redes complejas de acuerdos, decisiones y actuaciones, con algunas prácticas comerciales de funcionamiento como son las alianzas estratégicas y la conformación de *holding* o grupos empresariales que, además, están buscando establecer sus propias reglas, formas de resolución de conflictos y cláusulas contractuales, en procura de la mayor y más absoluta libertad en el movimiento de sus activos.

Ante este nuevo panorama, los ordenamientos jurídicos enfrentan una etapa de transformaciones dirigidas a asegurar el adecuado funcionamiento de los sistemas político y social y, ante todo, atender a las exigencias de la economía globalizada. Desde esta perspectiva, el derecho privado no se sustrae a los nuevos patrones normativos y a las tendencias del sistema de economía mundial, que afectan de manera significativa las prácticas comerciales, al giro de los negocios y las relaciones entre los agentes económicos, generando, como bien lo señala José Eduardo Faria (2001, p. 11), una constante tensión entre “lo nacional y lo transnacional, entre lo local y lo global”.

Con el siguiente artículo se pretende realizar un acercamiento conceptual a las categorías transnacionalización de capitales y autonomía privada, que fueron empleadas en el desarrollo de la investigación *Ejercicio de la autonomía privada en el contexto de la transnacionalización de capitales*. Con este propósito, el artículo

se divide en dos partes, la primera está dedicada al proceso de la globalización económica, haciendo un mayor énfasis en la transnacionalización de capitales. En la segunda parte, se trabaja el postulado máximo del derecho privado, la autonomía privada, a partir de la influencia que este proceso de transnacionalización de capitales puede tener en su ejercicio, con el uso de modelos o estándares de contratación; con la presencia de usos y prácticas en la contratación comercial internacional; y el desarrollo de un derecho de carácter corporativo.

1. LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE CAPITALES

1.1 Acercamiento a la globalización económica

De los diferentes procesos que hacen parte del fenómeno de la globalización¹, la globalización económica es, quizá, el más visible y el que mayores consecuencias ha generado para las naciones, las empresas y las personas. Como también, ha originado un malestar por la primacía que se busca dar con ella al aspecto económico (Stiglitz, 2002, p. 276).

Si bien, no es posible considerar la globalización sólo en términos económicos, sí debe reconocerse que esa es su principal manifestación o, por lo menos, la que tiene mayores repercusiones a nivel social y político. De esta forma, la globalización tiene su ámbito de aplicación más preciso en la economía, principalmente en los niveles comercial, organizativo y financiero, configurando una serie de procesos dirigidos a la interconexión de los mercados de capitales, producción, insumos y comercio a nivel planetario, que conduzcan, finalmente, a una absoluta libertad de intercambio, a la conformación de un gran mercado global.

La globalización económica es, entonces, “[...] aquel proceso por el cual las economías nacionales se integran progresivamente en el marco de la economía internacional, de modo que su evolución dependerá cada vez más de los mercados internacionales y menos de las políticas económicas gubernamentales.” (Estefanía, 2001, p. 49). En igual sentido, para Diego Pizano (2002, p. 4) la globalización

1 Se entiende por globalización, a partir de la lectura y el estudio de varios autores (Beck, 1998; Giddens, 2000; Faria, 2001; De Sousa, 2002; Galgano, 2005; Gélinas, 2006; Estévez, 2006), un proceso complejo, integrado por varias dimensiones, que implica un cambio en las relaciones de poder internacional y sustituye la expresión de nuevo orden mundial. En este sentido, la globalización envuelve diversos fenómenos, que van desde el desarrollo de nuevas tecnologías y la difusión de la Internet (globalización de las comunicaciones); pasando por el proceso de transnacionalización de los mercados de materias primas, insumos, capitales, producción y consumo (globalización económica); hasta llegar a la adopción de unos patrones culturales originados en unos pocos países y promovidos por todo el planeta (globalización cultural).

económica corresponde a “[...] una integración creciente de los mercados de bienes, servicios, capital y tecnología; un proceso ligado al aumento del grado de interconexión entre las naciones”. A su vez, José Antonio Estévez Araújo (2006, p. 25) estima que este proceso corresponde a “[...] una mundialización específica que ha experimentado el capitalismo en estos últimos treinta años”.

Precisamente, a partir de las décadas del setenta y ochenta del siglo XX, de la mano de los grandes avances en tecnología, información y comunicaciones, se viene presentando en el mundo un acelerado proceso de desregulación de los mercados, liberalización del comercio, privatización de servicios públicos, flexibilización de los sistemas de producción, reducción de los costos de transporte, interconexión de los sistemas financieros, en suma, una integración del comercio y de las redes de producción e investigación, que ha generado una mayor obtención de recursos a nivel planetario y, por consiguiente, un incremento significativo en el flujo y movimiento de capitales.

En este orden de ideas, algunos autores (Martín y Shumann, 2000; Faria, 2001; Galgano, 2005; Gélinas, 2006; Estévez, 2006) sostienen que el proceso de globalización económica se caracteriza, principalmente, por la supremacía del sector financiero, con una autonomía frente a los demás sectores de la economía, y la velocidad de las operaciones al interior del mismo, a nivel planetario y durante las 24 horas del día, con el apoyo de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información. Así mismo, predomina una especulación constante con las divisas y los productos financieros, donde los “[...] especuladores anticipan la subida de un producto y lo compran masivamente, lo que efectivamente conlleva al alza de su precio; esta alza atrae a nuevos compradores, lo que garantiza que el alza se mantenga [...]” (Gélinas, 2006, p. 67). Esto suele generar una economía caótica y en ocasiones inestable.

De otro lado, los principales protagonistas de la globalización económica son las empresas transnacionales (Galgano, 2005, p. 33), las cuales tienen su casa matriz en alguno de los países industrializados, pero sus redes de operación, distribución e inversión se extienden a más de dos continentes, por encima y más allá de los Estados – Nación. Por ello se afirma que son, en la actualidad, “[...] la primera y principal fuerza dominante mundial en la época de la globalización [...] controlan el 70% del comercio mundial” (Pallares, 2002, p. 30).

En definitiva, la globalización de la economía busca la conformación de un mercado común a nivel planetario, para lo cual se requiere generar procesos de movilidad de capitales y de intercambio de bienes y servicios con la más absoluta libertad, la mayor agilidad y los menores costos posibles.

1.2 El sistema de ‘economía-mundo’ y la transnacionalización de capitales

A principios del siglo XX comenzó a operar en el mundo un sistema de producción industrial en serie denominado ‘fordista’, a través de los métodos de trabajo y regulación establecidos por Henry Ford en la General Motors, los cuales se impusieron en el sector industrial a partir de 1945, tras la Segunda Guerra Mundial. El referido sistema tenía su centro de operación en la fábrica integrada y con una organización vertical, que controlaba todos los procesos, desde la producción de las materias primas, hasta la distribución y comercialización de los productos finales (Pallares, 2003, pp. 79-84). Se trataba, entonces, de un método de producción en línea, que contaba con un elevado número de trabajadores, cada uno especializado en una parte del proceso y que en forma repetitiva lo realizaba².

Sin embargo, en 1970, tras la caída del sistema de Bretton Woods³, la crisis del dólar y del petróleo, que generaron una serie de cuestionamientos a las medidas de intervención y control del Estado sobre la economía, que habían sido implementadas con John M. Keynes, se dio paso a la liberalización de los mercados de capitales y a las transformaciones del modelo empresarial ‘fordista’.

De esta manera, con la globalización de la economía se comenzó a sustituir ese sistema centralizado de trabajo en cadena, por otras formas de organización y operación empresarial denominada ‘postfordista’, a través de una descentralización de la empresa, con una flexibilidad en la operación que permitió expandir los diferentes procesos a nivel planetario, buscando las mejores oportunidades ofrecidas por cada país y llegando a un mayor número de mercados con un menor costo.

Esto último fue posible, indudablemente, gracias a los avances en los sistemas de telecomunicaciones e información, donde el centro de operación está dado por la Internet, que permite la interconexión de los bancos, las empresas y los inversionistas en general, facilitando la transferencia de grandes cantidades de capital de un lado a otro del planeta en un instante y con solo un clic⁴.

2 <http://www.wikipedia.org.es> (Consultado: octubre 27 de 2008).

3 Después de la Segunda Guerra Mundial se suscribió el acuerdo de Bretton Woods, por las potencias victoriosas de esta guerra, a través del cual se estableció una igualdad de divisas de todos los países adheridos a él, fijando el dólar como patrón de cambio. Pero en la década de los setenta del siglo XX, las empresas multinacionales en expansión y el sector financiero, comenzaron a ver este sistema como algo molesto por los controles burocráticos sobre el movimiento de las divisas y la circulación del capital. Por lo cual, a partir de 1973 comenzó la liberalización de divisas, donde iniciaron su importante papel los especuladores, es decir, los “[...] traficantes que tasaban el valor de las divisas según las distintas posibilidades de inversión, negociaban entre sí. El sistema de tipos fijos se derrumbó” (Martin y Shumann, 2001, p. 64).

4 Este proceso se ha denominado economía digital, centrada en la información y el conocimiento, basada principalmente en la Internet, donde los bancos, empresas y, en general, los inversionistas, pueden transferir cantidades enormes de capital de un lado del mundo a otro con solo un click.

Es así como se produjo un cambio estructural en los mercados que incidió en el sistema económico mundial. El intercambio de bienes y servicios adquirió una connotación global, donde la inversión de capital, la producción y comercialización de los bienes y servicios se dispersaron por el planeta, con varios agentes, ubicados en diferentes continentes, que intervienen en estos múltiples procesos, conformando una compleja red de operaciones y decisiones, mediante la fragmentación de las fases de producción y distribución.

Por consiguiente, las empresas, que asumen la denominación de transnacionales, iniciaron una operación flexible y horizontal, mediante la descentralización de las funciones, donde las casas matrices se encargan de las operaciones más generales y distribuyen las demás funciones a nivel planetario. Lo que algunos autores denominan deslocalización (De Sousa, 2005; Estévez, 2006; Laporte, 2006),

Un ejemplo de deslocalización podemos encontrarlo en la actividad productiva moderna: una fábrica está situada físicamente en una determinada población, pero los elementos que intervienen en el proceso productivo que se realiza en ella no provienen generalmente del entorno local donde está situada. Las materias primas que utiliza pueden ser traídas de otras regiones o incluso de países lejanos, la energía de la que se sirve habrá sido generada en otro sitio, las personas que trabajan en ella pueden ser inmigrantes de otras zonas del país o de países extranjeros y las máquinas que se utilizan seguramente han sido producidas en fábricas situadas en otros lugares (Estévez, 2006, p. 17).

De esta forma, el fenómeno de la transnacionalización del capital y la riqueza, representado por el principal actor de la globalización económica, las empresas transnacionales, se manifiesta en una organización de la producción, la distribución y la comercialización de bienes y servicios a escala planetaria, con la dispersión geográfica de esas diversas operaciones, con el fin de aprovechar las ventajas comparativas de cada mercado local, nacional y regional, lo que ha originado el término ‘economía – mundo’⁵, que corresponde a un sistema que busca la acumulación del capital y la maximización de la rentabilidad de éste, a través de la mercantilización de los diferentes procesos, generando unas redes que vinculan lo relacionado con las materias primas, los componentes y servicios, como también lo referente a la comercialización de los productos finales. El poder ya no está determinado por

5 Término creado por el autor Inmanuel Wallerstein, en la década de los setenta, para explicar el funcionamiento de la economía en el escenario de la globalización económica, específicamente lo relacionado con los procesos de acumulación y maximización de la riqueza. Puede consultarse al respecto: WALLERSTEIN, Inmanuel. La imagen global y las posibilidades alternativas de la evolución del sistema – mundo, 1945 – 2025. NUÑEZ, Rosamaría (Trad.). En: Revista mexicana de sociología. Instituto de investigaciones sociales, México. Vol., 61 N° 2. (Abr – jun. 1999): p. 4, 9. Y FARIA, José Eduardo. El derecho en la economía globalizada. Lema Añón, Carlos (Trad.). Madrid: Trotta, 2001, p. 74 – 94.

la tenencia de las materias primas estratégicas, sino por el control tecnológico de todos estos procesos (Faria, 1998, p. 76).

Todo esto genera una marcada diferencia entre los países del centro (desarrollados), que cuentan con ese poder tecnológico y donde tienen su sede principal las empresas transnacionales, y los países de la periferia (en desarrollo) que deben ofrecer las mejores condiciones para la inversión de capitales de dichas transnacionales, donde, además, éstas buscan encontrar mano de obra más barata para desperdigar así sus procesos productivos y ser más rentables (pp. 80-86).

En el centro de la 'economía-mundo', con el proceso de acumulación de capital y la consecución de mayores espacios para la movilidad de éste, se encuentra la empresa transnacional, o también denominada global (Faria, 2001, p. 60; Gélinas, 2006, p. 39), como principal impulsor de la globalización económica. Se trata de una unidad de organización económica y productiva, con sede principal en un Estado, industrializado o del centro, que desarrolla sus operaciones en varios continentes, conformando unas redes y estructuras de funcionamiento que se extienden por encima y más allá de dicho Estado, a nivel planetario.

Es así como, la empresa transnacional, atendiendo a ese proceso de expansión de sus inversiones a nivel planetario, buscando las mejores ventajas comparativas de cada país y la producción a menores costos, conforma complejas estructuras de operación y actuación a través del establecimiento de filiales dentro y fuera del país donde tienen su matriz; adquiere activos de sociedades constituidas en otros países; aporta capital para la conformación de empresas en diversos lugares del mundo y constituye alianzas estratégicas con compañías de otros países, para lograr, de este modo, altos niveles de productividad, competitividad y, por supuesto, la excelencia global.

Para resumir, este proceso de transnacionalización de los mercados de capitales está vinculado a la libre circulación de las divisas y los productos financieros a nivel planetario, permitidas por las leyes y los contratos. Además, los avances en los sistemas tecnológicos y de información han posibilitado el desarrollo de la compleja estructura de las empresas con operación transnacional, por encima y más allá de los Estados, es decir, de manera global.

2. EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL ESCENARIO DE LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE CAPITALES

En el contexto del sistema de 'economía-mundo', que se desarrolló en la primera parte de este artículo, marcado por los procesos de desregulación y privatización

de los mercados, se adjudica una mayor incidencia y fuerza reguladora a la autonomía privada (Mosset, 1996, p. 18), específicamente en lo que tiene que ver con el ejercicio de la libertad de configuración negocial o autonomía material⁶. Esa fuerza se refleja en la contratación comercial internacional, en la que intervienen agentes económicos tan determinantes como las empresas transnacionales, cuyo actuar incide en el empleo generalizado de contratos uniformes o estándares, con contenidos, en ocasiones, lesivos; con la presencia de usos y prácticas, que permiten hablar del surgimiento de la denominada nueva ‘lex mercatoria’; y con la aparición de un nuevo derecho de carácter corporativo, al interior de estas colosales empresas.

A continuación, de manera sucinta y aun reconociendo el riesgo de una excesiva generalización, se realizará una aproximación al ejercicio de la autonomía privada en el escenario de la transnacionalización de capitales, a través de esos tres aspectos.

2.1 Las condiciones generales en la contratación comercial internacional

De acuerdo con lo propuesto por el autor Carlos Soto Coaguila (2000, pp. 370 – 374), en su estudio sobre las transformaciones de la contratación contemporánea, a partir de finales del siglo XIX y hasta la fecha se ha producido en el mundo un acelerado crecimiento demográfico que ha exigido, en aras a satisfacer las diversas necesidades de esos conglomerados sociales, una masificación de la producción de los bienes y los servicios. Ésto ha incidido, de igual modo, en un replanteamiento de la configuración y la celebración de los contratos, como instrumentos jurídicos por excelencia para la satisfacción de esas necesidades socio – económicas de los particulares, a través de una contratación estandarizada o predispuesta, con el ánimo de responder ágil y oportunamente a todos esos intereses, como también, a la optimización y reducción de costos. De tal suerte, el doctrinante en mención sostiene que,

[...] la modalidad contractual que los miembros de una sociedad de masas utilizan para vincularse jurídicamente no es el contrato tradicional o paritario, donde cada una de las partes contratantes, en ejercicio de su autonomía privada, deciden libremente contratar y con igual libertad determinan el contenido de

6 La autonomía privada, siguiendo a algunos autores (Ferri, 1957; Geri, Breccia, Busnelli y Natoli, 1995; Ballesteros, 1999) es el reconocimiento a la libertad individual, como potestad normativa, como poder de autorregulación de las relaciones jurídicas de los particulares y como principio general del derecho privado. Una de sus principales manifestaciones es la libertad de configuración negocial o autonomía material, que implica la facultad que tienen los particulares (después de decidir libremente el negocio jurídico que quieren celebrar, con quién celebrarlo y, en el caso de las relaciones del comercio internacional, la elección de la ley aplicable a la relación) de fijar el contenido de las cláusulas que regirán el negocio y los efectos jurídicos de éste.

su contrato. Por el contrario, en el tráfico patrimonial en masa, los contratos o relaciones jurídicas contractuales se desarrollan bajo otro esquema, otro sistema de contratación distinto al sistema tradicional o paritario. Este sistema contractual tiene un carácter masivo y estandarizado, donde uno de los contratantes (que denominaremos “predisponente”) predispone íntegra o parcialmente el contenido del contrato y la otra parte (que denominaremos “adherente”) acepta contratar adhiriéndose a las condiciones preestablecidas por el otro contratante (p. 375).

En este orden de ideas, en el actual contexto del sistema de ‘economía-mundo’ caracterizado por una organización empresarial compleja, de producción a gran escala de bienes y servicios (Galgano, 1992, p. 69), la manifestación de la autonomía privada que más se controvierte es la libertad de configuración interna de los contratos, precisamente por la predisposición del contenido de éstos y la masificación de las relaciones contractuales, donde se reduce dicha libertad a una firma, por medio de la cual uno de los contratantes se adhiere a lo preestablecido por el otro o a la realización de determinadas conductas (Soto, 2000, p. 387).

De esta manera, la etapa previa a la celebración de los contratos, conocida como la fase de tratativas, de discusión o conversaciones de las partes, viene cediendo ante una forma de contratación masiva o estandarizada, que obedece a unos modelos o patrones de contratación, donde los contratantes ya no elaboran el contenido del contrato, sino que éste es unilateralmente predispuesto por uno de ellos con anticipación a la celebración del mismo.

Eventualmente, es posible encontrar algunas relaciones contractuales basadas en la paridad y en la discusión previa de las partes, pero la gran mayoría de los contratos, en general, y de los comerciales internacionales, en particular, celebrados en la actualidad, están cimentados en modelos o contratos estandarizados, que implican, por un lado, la presencia de condiciones generales en la contratación (en relación con la parte predisponente), por el otro, como contrapartida, la celebración de contratos de adhesión (con respecto a la parte adherente) y la presencia de contenidos, en ocasiones, con cláusulas abusivas o excesivas⁷.

7 Se distingue una cláusula abusiva, según Soto Coaguila (2000, p. 421), <<[...] cuando reporte una ventaja indiscriminada a favor de uno de los contratantes en menoscabo del otro. También se suele denominarlas como “vejatorias” porque agravan la posición de un contratante>>. De igual modo, se habla de cláusulas abusivas, lesivas o excesivas, cuando el contenido contractual genera “[...] un desequilibrio de los derechos y las obligaciones de tal entidad (manifiesto), que queda comprometido el principio de máxima reciprocidad de intereses, al afectarse la relación de equivalencia” (Stiglitz, 1994, p. 73). Y, aunque dichas cláusulas no son exclusivas de los contratos por adhesión, según Stiglitz (p. 51), sí encuentran en éstos el mejor terreno o el más apto para su existencia y multiplicación. Tomando como referencia a Stiglitz (1994, pp. 73-75), Ballesteros (1999, p. 37) y Carranza (2006, p.8), el contenido más frecuente de dichas cláusulas abusivas

Las condiciones generales de la contratación

De este modo, las condiciones generales de los contratos son miradas desde el punto de vista del empresario y los contratos de adhesión desde el adherente. Partiendo de esto, se habla de contratos celebrados por adhesión a condiciones generales (Arrubla, 1996; Mosset, 1996; Ballesteros, 1999; Stiglitz, 1994).

Cuando se habla de condiciones generales en la contratación, se hace referencia a un conjunto de parámetros plasmados en forma previa y unilateral, a través de cláusulas, por una persona, individual o jurídica, con el fin de establecer el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos (Soto, 2000, p. 412). Dichas condiciones se distinguen por la predisposición o preformulación, su generalidad, uniformidad, abstracción e inmutabilidad; teniendo eficacia una vez se incorporen, integren o concierten en los respectivos contratos (pp. 412-413).

De acuerdo con José Antonio Ballesteros (1999, p. 61), las condiciones generales de contratación hacen alusión al “[...] resultado de la predisposición del contenido del contrato por el empresario, es decir, a las cláusulas o estipulaciones que van a regir la relación contractual entre el predisponente y el adherente, por lo que constituye una realidad previa al contrato [...]”. Correspondiendo, entonces, a los términos empleados por la empresa en la generalidad de los contratos que celebra.

De manera que, la función básica de estas condiciones generales es facilitar la contratación en serie o masa, para darle salida al mercado, con el mínimo costo posible, a la producción de las empresas modernas (Ballesteros, 1999, p. 30), como también, asegurar la posición de dominio en el contrato, en general en el mercado, de una de las partes, introduciendo un claro desequilibrio entre los contratantes (p. 39).

Por otra parte, se ha discutido sobre la naturaleza jurídica de dichas condiciones generales de contratación, generándose dos tesis al respecto. A partir de la primera, denominada tesis normativa, se afirma que el predisponente (empresario o colectividad organizada) tiene una potestad normativa o reglamentaria al imponer sus condiciones generales de contratación (p. 109), con un carácter muy similar al de la ley (Stiglitz, 1994, p. 35). Tesis que es fuertemente cuestionada, al afirmar que ese poder normativo en los empresarios es incompatible con el Estado de Derecho y que, además, dichas condiciones generales no cuentan con el carácter de obliga-

puede agruparse en cinco situaciones, a saber: limitación o exoneración de responsabilidad del empresario. Ampliación de los derechos del predisponente. Imposición de mayores obligaciones al adherente, para mejorar la situación del predisponente. Ampliación inequitativa de las obligaciones o cargas que debe asumir el adherente. Supresión o limitación de los derechos del adherente.

toriedad que tiene la ley, porque de todas formas, requieren la adhesión de la otra parte (p. 36). La segunda tesis, llamada contractualista, propone que las condiciones generales de contratación no pierden su carácter contractual, pese a que son creadas unilateralmente por una de las partes, siguen siendo derecho contractual (p. 38).

Frente a estas tesis que evidencian un choque del deber ser y el ser, José Antonio Ballesteros Garrido (1999, p. 123) concluye que, “[...] aunque las condiciones generales tienen naturaleza jurídica contractual, en un plano sociológico tienen carácter reglamentario: de hecho se imponen al adherente, que no tiene posibilidad de evitarlas si desea contratar (y, a menudo, está obligado a hacerlo)”.

Los contratos de adhesión

De otro lado, se habla también de contratos de adhesión como aquellos en que una parte encuentra reducida su autonomía privada a la aceptación en bloque, o adhesión, a las condiciones preestablecidas por el otro agente (condiciones generales de contratación), no existiendo posibilidad de discutir y modificar el contenido del negocio (Soto, 2000, p. 411).

Para Arrubla Paucar (1996, p. 75) en los contratos por adhesión a condiciones generales “[...] se rompe el modelo de corte individualista en cuanto a la formación del negocio jurídico”. Y propone como sinónimos de este término: contrato estándar, a condiciones uniformes, tipo, reglamento, autorregulatorio.

A su vez, Ballesteros Garrido (1999, p. 61) se refiere a los contratos de adhesión como la << [...] forma en que se concluye el contrato, por medio de la simple aceptación o firma del documento en que se recogen aquellas condiciones generales –de la “adhesión” a éstas–>>. Y propone también expresiones equivalentes que se están empleando frente a dichos contratos: formularios contractuales, contratos normativos, contratos – tipo, contratos uniformes, contratos en serie o en masa, contratos o condiciones “standard” o “standarizados” (pp. 65-67).

Esa adhesión a las condiciones generales de contratación, por parte del adherente, implica la no posibilidad de discutir las mismas, es decir, su simple aceptación o rechazo en bloque, “[...] sin perjuicio de que en algunos supuestos quepa añadir alguna cláusula particular, pactada libremente” (p. 68).

Esta contratación conlleva, entonces, una “[...] predeterminación del contenido de los contratos por una de las partes mediante el uso de condiciones generales para celebrar un número de negocios, o con formularios inmodificables. Además, con la presentación de ese contenido con opción de aceptarlo o rechazarlo” (Salazar, 2006, p. 10).

De igual forma, el autor argentino Rubén Stiglitz (1994, p. 25), en su estudio sobre el contrato de adhesión por excelencia como es el seguro, propone que,

El contrato por adhesión a cláusulas predisuestas o condiciones generales es aquel en que la configuración interna del mismo (reglas de autonomía) es dispuesta anticipadamente sólo por una de las partes (predisponente, profesional, proveedor, empresario, etc.), de manera que la otra (adherente, consumidor, no profesional, etc.), si es que decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido.

Para concluir este punto, es importante señalar que pese a todos los cuestionamientos que está recibiendo la autonomía privada por el empleo de los contratos estandarizados, por la existencia de nuevas limitaciones y el replanteamiento de su ejercicio en la contratación comercial internacional, se reconoce que ésta continúa siendo el sustento o fundamento de la contratación privada (Soto, 2000, p. 384), donde los sujetos de derecho (algunos con mayor fuerza en el escenario de la transnacionalización de capitales) siguen decidiendo en materia contractual sobre la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, afirmándose, incluso, que el contrato está siendo elevado “[...] a la categoría de ley privada” (p. 380), lo que coincide con lo arriba señalado (en la referencia número 9) acerca de la concepción normativa que de la autonomía privada se tiene en este trabajo.

2.2. La presencia de usos y prácticas en la contratación comercial internacional: La nueva *lex mercatoria*

En la contratación comercial internacional, además de la presencia de condiciones generales y de contratos de adhesión con contenidos, en ocasiones, abusivos o excesivos, también se están empleando ciertos usos y prácticas que determinan la celebración de los negocios y la ejecución de los mismos, con la intervención de las empresas transnacionales, de organismos internacionales como la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (CNUDMI o UNICITRAL), el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de París, y de algunas agencias privadas. Lo anterior, ha permitido hablar del resurgimiento de la *lex mercatoria* o del derecho de los comerciantes, con una nueva denominación en el contexto de la economía de mercado: ‘la ley del capital global’ (De Sousa, 2004, p. 104).

En la actualidad, se habla de un resurgimiento de la *lex mercatoria*, en honor a la vieja ley de los comerciantes de la Edad Media⁸, que está teniendo lugar en el contexto de la globalización económica, con las exigencias del sistema de ‘economía-mundo’, a partir de los usos, las prácticas, los contratos sujetos a condiciones generales o los modelos de contratación; determinado todo esto por la dinámica y el funcionamiento de las empresas transnacionales, por algunas agencias privadas financiadas por éstas y por organismos supranacionales del comercio internacional.

De acuerdo con lo señalado por Boaventura de Sousa Santos (2004, p. 104), en sus estudios sobre la transnacionalización del derecho, la ley propia del capital global o nueva *lex mercatoria* está conformada por un conjunto de principios y reglas consuetudinarias amplia y uniformemente reconocidos y aplicados en las transacciones internacionales, además, según él, es “[...] probablemente la forma más antigua de transnacionalización del campo jurídico”.

Asimismo, Francesco Galgano (2005, p. 65) afirma que la *lex mercatoria* es un derecho creado por la clase empresarial, concretamente por las empresas transnacionales, y constituido por “[...] reglas destinadas a disciplinar de modo uniforme, más allá de las unidades políticas de los Estados, las relaciones comerciales que se instauran dentro de la unidad económica de los mercados [...]”.

Para Jorge Mosset (1996, p. 102) se trata de una ley propia del mercado global, producto de los usos, costumbres, prácticas y modalidades que desarrollan los actores de éste. En cuya elaboración, sostiene este autor, no intervienen los otros personajes del mercado, como son los consumidores.

De este modo, es importante destacar como en el escenario de la globalización económica uno de los elementos jurídicos más significativos es, justamente, la existencia de un derecho del comercio internacional, que está siendo impulsado por los principales actores de dicho proceso, el sector empresarial, fundamentalmente por las empresas transnacionales. Una regulación que, además, tiene unos rasgos similares a los de la antigua *lex mercatoria*, con una

8 Entre los siglos XI y XII las comunidades de mercaderes comenzaron a desarrollar una regulación supranacional, basada en las costumbres de éstos en materia de contratación. Las fuentes de ese derecho fueron los estatutos de las corporaciones mercantiles, las costumbres de éstas y la jurisprudencia de dichos organismos, porque en ellas tenían sus sesiones los mercantes (Galgano, 2005, p. 65). Se trataba, entonces, de un derecho de origen consuetudinario, profesional y con carácter universal. Posteriormente, como consecuencia de la existencia de una cantidad y diversidad de costumbres que hacían poco predecible este tipo de regulación, los Estados iniciaron una tarea de unificación de la normatividad relacionada con el comercio, a través del derecho internacional privado (p. 105), lo que generó la desaparición de dicha *lex mercatoria*.

[...] presunta espontaneidad, desarrollo convencional, independencia y superación de las fronteras estatales y establecimiento de una suerte de agencia de solución de conflictos mediante el arbitraje.

[...]

Estas reglas son seguidas en miles de transacciones mercantiles internacionales, como ejemplos están: contratos - tipo o contratos estandarizados, cláusulas - tipo (Laporte, 2007, p. 256).

Para José Antonio Estévez (2006, p. 127), en respuesta a las necesidades que el proceso de globalización ha provocado, se ha generado un conjunto de mecanismos normativos y de resolución de conflictos, de origen privado, que buscan la regulación de las transacciones del mercado global. Las fuentes de esa nueva *lex mercatoria*, acorde con este autor, son los principios generales del derecho, las costumbres, los usos propios de los negocios⁹ y, como principal fuente de dicha regulación, los contratos elaborados por las grandes firmas de abogados (especialmente estadounidenses), que trabajan para las compañías transnacionales. Para este autor, finalmente, se trata de un derecho autónomo, paralelo al derecho estatal y que se interrelaciona con otros sistemas jurídicos. “[...] El renacimiento de la *lex mercatoria* es, en este sentido, la expresión más extrema de la privatización jurídica acaecida en la globalización neoliberal” (p. 132).

Igualmente, otros autores (Mosset, 1996; Jaramillo, 1998; Cadena, 2004) coinciden en establecer que las fuentes de este derecho se encuentran en las costumbres internacionales del comercio, los principios generales del derecho, las reglas relevantes promulgadas por las instituciones del comercio internacional, como la Cámara de Comercio Internacional, los usos, los contratos tipo y el arbitraje internacional. Considerando, de igual forma, que se trata de una regulación que se encuentra en una etapa temprana de formación (Jaramillo, 1998, p. 49).

9 De acuerdo con el artículo 9º de la Ley 518 de 1999, se diferencia los usos convencionales, las prácticas y la costumbre internacional. “[...] 1. Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

2. Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”. Al respecto, se puede interpretar que los usos y las prácticas poseen una eficacia particular, pues se restringen a lo que las partes dentro del contenido del negocio hayan pactado (usos convencionales) o a las conductas habituales que entre ellas debe observarse (prácticas) en la ejecución del negocio. Por el contrario, la costumbre o uso normativo, que consagra el parágrafo segundo de la norma en mención, tiene una aplicación general, como prácticas o conductas generadas por las sociedades de comerciantes, que son suficientemente conocidas y observadas en éstas, considerándose incorporadas implícitamente en los contratos.

2.3 El derecho corporativo

Como ya se señaló en la primera parte de este artículo, dedicado al proceso de la transnacionalización de capitales, las empresas en el escenario del sistema de 'economía – mundo' están asumiendo una estructura y una organización empresarial compleja, que en muchas ocasiones se extiende más allá y por encima de los Estados. Así mismo, con el fin de atender a los requerimientos del proceso de la globalización económica, las empresas están constituyendo redes de acuerdos y alianzas empresariales con otros sectores estratégicos.

De esta manera, con fundamento en la autonomía contractual y en la propiedad privada, las grandes y medianas empresas están conformando grupos empresariales que bajo la dirección unificada de una sociedad directora, o *holding*, operan a través de una pluralidad de sociedades (Galgano, 2005, pp. 169 – 170). Bajo esta estructura organizacional se presenta una separación de las funciones de dirección estratégica de la organización, ejercidas por la empresa controlante, de aquellas funciones operativas, cumplidas por las empresas controladas. A ese esquema organizacional obedecen las empresas transnacionales, a partir de la idea de mercado global y del sistema de 'economía – mundo', "[...] con la ventaja de poder distribuir las diversas sociedades de grupo en países oportunamente elegidos, en relación a la conveniencia que cada uno de ellos ofrece bajo los distintos aspectos de los recursos materiales, costo del trabajo, mercado de capitales o tratamiento fiscal" (p. 184).

Acorde con lo anterior, y siguiendo a José Antonio Estévez (2006, p. 37), en la actualidad se está presentando un modelo operativo de empresa red, que cambia esa vieja estructura jerárquica y burocrática de las compañías, para dar paso a una mayor flexibilidad en su organización y en la actuación de éstas, siendo este tipo de empresa "[...] la unidad operativa propia de la nueva economía global".

Del mismo modo, el autor José Eduardo Faria (2001, p. 143) propone que << [...] el contexto de la economía globalizada puede ser definido como una "sociedad de organizaciones", es decir, más como una "constelación de gobiernos privados" que propiamente como una "asociación de individuos articulada por un gobierno público">>. Este autor reconoce que el escenario de la transnacionalización de capitales ha posibilitado la formación de una compleja red de acuerdos formales e informales, tendientes a permitir una flexibilización de la coordinación horizontal de las empresas a nivel mundial (p. 94), las cuales, además, están estableciendo sus propias reglas, procedimientos de resolución de conflictos, normatividad y criterios de legitimación, al tiempo que definen sus propias identidades y regulan sus propias operaciones (p. 130).

Consecuente con lo que se acaba de mencionar, se habla de un derecho de tipo corporativo generado al interior de las compañías transnacionales, que atienda a las necesidades de éstas, a través de normas sustantivas y procedimentales (Cadena, 2004, p. 147). Este tipo de regulación se refleja en los contratos modelo o tipo sujetos a condiciones generales de contratación, implementados por las casas matrices de dichas empresas, como también en la disposición de algunos usos y prácticas que se incorporan a la celebración de los contratos y su ejecución.

Por otra parte, esa estructura empresarial actual, donde las pequeñas y medianas empresas se encuentran integradas a redes complejas que dependen de una gran compañía, ha generando un aumento significativo del comercio intra – firmas, es decir, el que se presenta entre las filiales y las divisiones de una misma empresa, donde las grandes sociedades imponen sus condiciones mediante normas de regulación interna que, aunque correspondan a contratos, son impuestos unilateralmente (Estévez, 2006, p. 124). La forma jurídica, por excelencia, para lograr esto se ha denominado contratos relacionales (Lorenzetti, 2000, p. 36; Faria, 2001, pp. 170-172; Estévez, 2006, p. 124).

Este tipo de contratación está basada en la regulación de procedimientos generales de actuación y negociación, a partir del establecimiento de un conjunto de reglas que unen a las partes, a través de redes o cadenas productivas competitivas, y que se van especificando a lo largo del proceso de cumplimiento contractual (Lorenzetti, 2000, p. 36). Son contratos celebrados entre las empresas y están “[...] basados en la confianza entre los agentes para lograr una metodología de producción flexible, que es lo que exige la economía actual. De modo que es esa confianza o cooperación el elemento que une a esas redes” (p. 36).

En igual sentido, José Eduardo Faria (2001, p. 170) afirma que esta contratación implica la constitución de << [...] amplias e intrincadas “redes” de agentes y participantes con una interacción acentuadamente marcada por la solidaridad en el seno de la organización, por la cooperación recíproca y por la confianza mutua>>. Contratos que, por lo general, tienen una duración considerable, que involucran agentes con intereses individuales y colectivos, proponiendo como ejemplo “[...] la asociación de pequeños y medianos empresarios con poderosos grupos multinacionales en el sector de servicios (alimentación, gestión de tarjetas de crédito, alquiler de vehículos, turismo, etc.) en forma de franquicias” (p. 171). Adicionalmente, este tipo de relaciones contractuales conllevan la autonegociación de los conflictos y problemas que van surgiendo en el transcurso del proceso de cumplimiento del contrato (p. 172).

De modo que, la economía globalizada ha generado el despliegue de estrategias de organización y alianzas empresariales, que involucran el establecimiento de

pautas y reglas de actuación, con procedimientos propios surgidos al interior de estos grupos y que se imponen en las relaciones contractuales que con los mismos se pretendan celebrar.

En definitiva, el ejercicio de la autonomía privada, en su manifestación de la libertad de configuración negocial, se está viendo influenciado, en gran medida, por el proceso de transnacionalización de capitales, a partir de los lineamientos del sistema de 'economía – mundo'. Esto se refleja en el establecimiento de condiciones generales de contratación, por parte de las empresas transnacionales, a través de los contratos estandarizados y con la incorporación de ciertos usos y prácticas contractuales a las relaciones comerciales internacionales, dando paso a un derecho eminentemente contractual y que tiene su origen en los principales agentes de la globalización económica.

BIBLIOGRAFÍA

- Arrubla Paucar, Jaime. Las transformaciones en la contratación y la Constitución de 1991. En: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (U.P.B.). Medellín. N° 097 (dic.1996): p. 55-112.
- Ballesteros Garrido, José Antonio. Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999. p. 17-163.
- Beck, Ulrich. ¿Qué es la Globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Barcelona: Paidós, 1998, p. 25-33, 45-98.
- Cadena Afanador, Walter René. La nueva lex mercatoria. La transnacionalización del derecho. Colombia: Universidad Libre, 2004. p. 67-148.
- Carranza Álvarez, César. Las cláusulas abusivas en la contratación. En: I Congreso Latinoamericano de Derecho Privado, eje temático: los contratos. Medellín: Sistema Integral de Conciliación Ltda. - Asinco y Universidad de Medellín, 6 de septiembre de 2006.
- De Sousa Santos, Boaventura. La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Rodríguez, César (Trad.), Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2002. p. 37-115.
- Estefanía, Joaquín. La Nueva Economía. La Globalización. Barcelona: Debate, 2001. p. 13-98.
- Estévez Araújo, José Antonio. El revés del derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. 159 p.
- Faria, José Eduardo. El derecho en la economía globalizada. Lema Añón, Carlos (Trad.). Madrid: Trotta, 2001. p. 49-126.

- Ferri, Luigi. *La autonomía privada*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957. p. 4-235.
- Galgano, Francesco. *El Negocio Jurídico*. Blasco Gascó, Francisco de P., PRATS ALBENTOSA, Lorenzo (Trad.). Valencia: Tirant lo blach, 1992. p. 57-82.
- _____ *La globalización en el espejo del derecho*. Roitman, Horacio y De La Colina, María (Trad.). Santa Fe (Argentina): Rubinzal - Culzoni, 2005. p. 13-85, 105-126, 169-209.
- Gélinas, Jacques B. *El monstruo de la globalización. Desafíos y alternativas*. Parra, Jorge (Trad.). Medellín: Hombre Nuevo Editores, 2006. p. 23-107, 127-151.
- Geri, Lina; Breccia; Umberto; Busnelli, Francesco D; Natoli, Ugo. *Derecho Civil, Tomo I, vol. 2. Hechos y actos jurídicos*. Hinestrosa, Fernando (Trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995. p. 608-671.
- Giddens, Anthony. *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Cifuentes, Pedro (Trad.), Madrid: Taurus, 2001, 117 p.
- Jaramillo Vargas, Jorge. *Módulo I: Tendencias contemporáneas de la contratación internacional. La Lex Mercatoria: mito o realidad. Negocios internacionales*. En: Cámara de Comercio. Tercer Congreso Iberoamericano de derecho empresarial. Santafé de Bogotá: Cámara de Comercio, 1998. p. 35-53.
- Laporte J., Francisco. *El imperio de la ley una visión actual*. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 243-265.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. *Esquema de una teoría sistémica del contrato*. En: Alterini, Atilio Aníbal; De los Mozos, José Luis y Soto, Carlos Alberto (Dirección). *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*. Bogotá: Temis, 2000. p. 15-46.
- MArtín, Hans - Peter y Shumann, Harald. *La trampa de la globalización. El ataque contra la democracia y el bienestar*. Fortea, Carlos (Trad.). España: Taurus, 2000. p. 55-121.
- Mosset Iturraspe, Jorge. *Como contratar en una economía de mercado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1996. p. 18-27, 75-123.
- Pallares Villegas, Zoilo. *Asociatividad empresarial estrategia para la competitividad*. Bogotá: Fondo Editorial Nueva Empresa, 2003. p. 27-34, 79-92.
- Pizano, Diego. *Globalización: Desafíos y oportunidades*. Bogotá: Alfaomega, 2002. 85 p.
- Salazar, Diego F. *Asimetría de la información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual*. En: *Revista de Derecho Privado. Contratos de adhesión: análisis económico*. Uniandes, Facultad de Derecho. Bogotá. N° 37. (dic. 2006): p. 3-56.
- Soto Coaguila, Carlos Alberto. *La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto*. En: Alterini, Atilio Aníbal; De los Mozos, José Luis y SOTO, Carlos Alberto (Dirección). *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*. Bogotá: Temis, 2000. p. 370-438.

Stiglitz, Joseph E. El malestar en la globalización. Rodríguez Braun, Carlos (Trad.). Santafé de Bogotá: Taurus, 2002. 314 p.

Stiglitz, Rubén S. Cláusulas abusivas en el contrato de seguro. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1994. p. 7-75.

Wallerstein, Inmanuel. La imagen global y las posibilidades alternativas de la evolución del sistema - mundo, 1945 - 2025. Núñez, Rosamaría (Trad.). En: Revista mexicana de sociología. Instituto de investigaciones sociales, México. Vol., 61 N° 2. (Abr - jun. 1999): p. 4, 9.



Autor: Luis Mario Marín Cadavid
Título: Rincón de mi terruño
Técnica: Acuarela
Dimensiones: 76 x 56

EL PATRIMONIO Y LA RESPONSABILIDAD EN LAS PROPIEDADES HORIZONTALES

Fecha de recepción: Agosto 31 de 2009
Fecha de aprobación: Octubre 8 de 2009

EL PATRIMONIO Y LA RESPONSABILIDAD EN LAS PROPIEDADES HORIZONTALES

*Clara Inés Escobar**

RESUMEN

En este artículo se trata de demostrar que las propiedades horizontales no tienen patrimonio propio que sirva de prenda general o garantía de cumplimiento de sus obligaciones frente a terceros. No tienen responsabilidad civil frente a terceros, razón por la cual son inembargables.

Para llegar a la conclusión anterior se analizarán conceptos tales como: patrimonio y bienes comunes en las leyes de propiedad horizontal que se han dictado en Colombia y, fundamentalmente, en la ley 675 de 2001. El patrimonio en la ley 182 de 1948, es esencialmente igual al establecido por la ley 675. Se establecerá un paralelo entre la responsabilidad de las copropiedades, de las sociedades y de los sectores públicos.

Palabras clave: propiedad horizontal, patrimonio, recursos patrimoniales, responsabilidad civil, bienes comunes, contabilidad presupuestal, contabilidad patrimonial, ejecución del presupuesto y persona jurídica.

PATRIMONY AND RESPONSABILITY IN COMMON PROPERTY**

ABSTRACT

This article tries to show that common property don't have an own patrimony that could be used as guarantee for obligations before third people, and for this reason they can't be seized.

To arrive to the previous conclusion will be analyzed concepts such as: patrimony and common properties from the law that has been pronounced in Colombia and, specially, from the law 675 of 2001. The patrimony in the law 182 of 1948 is essentially the same to the established by the law 675. It will be made a parallel between the responsibilities of the condominiums, the societies and the public sector.

Keywords: common property, patrimony, patrimonial resources, civil responsibility, budget account, implementation of budget, legal entity.

* Socióloga de la Universidad Autónoma Latinoamericana con estudios completos de maestría en la Carrera de Posgrado en Planeación Física, Urbana y Regional, de la Universidad Nacional de Colombia, Sede de Medellín. Correo electrónico: claraineses@hotmail.com

** In this article, it refers to the increasingly common form of property title in a multi-unit project, like condominiums.

EL PATRIMONIO Y LA RESPONSABILIDAD EN LAS PROPIEDADES HORIZONTALES

INTRODUCCIÓN

La propiedad horizontal, como forma especial de propiedad, se trató por primera vez en Colombia en el año de 1948 con la ley 182. En el año de 1985 salió la ley 16 pero no se derogó la ley 182 a pesar de sus marcadas diferencias; y en el año de 1998 se expidió la ley 428, específica para Unidades Inmobiliarias Cerradas. Hasta el año 2001 estuvieron las tres leyes vigentes, simultáneamente, cuando se dictó la ley 675 que es la que hoy nos rige pues derogó las tres leyes anteriores¹.

Un estudio detenido de estas leyes lleva a concluir que las propiedades horizontales desde el año de 1948 hasta hoy, no han sido responsables civilmente. Las razones para esta afirmación se encuentran en que las propiedades horizontales no tienen patrimonio diferente del de los copropietarios –así la ley 16 de 1985 haya estipulado en forma inconsistente un patrimonio de la persona jurídica–. No se les señaló a las copropiedades responsabilidad de manera expresa en ninguna de las cuatro leyes. Además, el manejo de los presupuestos en las propiedades horizontales es similar al manejo del presupuesto público aplicable a sectores estatales que cuentan con recursos de la Nación, los cuales no tienen patrimonio, y por esto no elaboran balances sino la ejecución presupuestal, y es similar al manejo presupuestal al interior de cada uno de los sectores de la Nación de estos dineros como es el presupuesto de alcaldías y gobernaciones, universidades públicas, hospitales públicos, etc.

Este artículo se fundamenta en el presupuesto de la Nación, y no en el presupuesto del Estado, que elabora su balance anual porque tiene patrimonio y bienes e ingresos propios. Tampoco se refiere a las empresas industriales y comerciales del Estado ni a las sociedades de economía mixta, que tienen patrimonio, y algunos de sus bienes pueden ser embargables y son responsables. Se apoya este texto únicamente en el presupuesto de ingresos y gastos aprobado por el Congreso por

1 Afirmación ésta de la ley ratificada por las sentencias de la Corte Constitucional Nos. 738 y 488 de 2002, en las que se afirma que la ley 675 es una ley de orden público y por lo tanto está por encima de los intereses particulares y deroga las leyes anteriores.

recursos provenientes de ingresos fiscales, que tiene un tratamiento presupuestal y no patrimonial. Se hace referencia al presupuesto público, que maneja recursos recaudados del público y se destinan a cubrir necesidades del público. Por esto se habla del presupuesto público o presupuesto nacional o presupuesto de la Nación².

Este manejo del presupuesto, que implica una contabilidad presupuestal, y no una contabilidad patrimonial, es exigido por los reglamentos internos de las propiedades horizontales desde la década de los 80, por lo menos, y la ley 675 lo retoma, aunque simultáneamente la ley y los reglamentos ordenan la contabilidad mercantil, no presupuestal, al ordenar el balance, en franca oposición a la afirmación de la ley de que las copropiedades son de naturaleza civil, sin ánimo de lucro, no contribuyentes del impuesto de industria y comercio (art. 33 de la ley 675), y no tienen patrimonio.

Es esta contabilidad presupuestal el eje central de la administración de las propiedades horizontales, porque no tienen patrimonio, de conformidad con los reglamentos y la ley 675, y por eso se ordena que el administrador elabore el presupuesto de ingresos y gastos, lo someta a consideración del consejo y de la asamblea para su aprobación y así se constituye en un determinante del quehacer contable. La ley ordena, además, que el consejo de administración apruebe la ejecución presupuestal y el balance de prueba. Al ordenar también la ley y los reglamentos de las copropiedades, el balance general, lo que están haciendo es exigir una síntesis contable propia de un patrimonio inexistente, y que corresponde a la contabilidad patrimonial y mercantil.

La diferencia entre el concepto de patrimonio en la ley 675 y el concepto de patrimonio en las sociedades, es que éstas cuentan con una persona jurídica independiente de los socios o propietarios, tienen patrimonio propio consistente en los aportes de los socios más los ingresos provenientes de una actividad mercantil; están obligadas a declarar renta y a pagar impuestos, tienen responsabilidad civil, son embargables y deben elaborar sus balances. Todas estas consecuencias se derivan del hecho de que son entes de naturaleza comercial, con patrimonio.

Puede afirmarse todo lo contrario para las propiedades horizontales: a toda persona jurídica se le atribuye un patrimonio, pero en la ley 675 la persona jurídica no tiene patrimonio independiente. Son de su dominio los bienes comunes registrados, por mandato legal expresado en el artículo 20 de la ley 675, y por lo tanto son del do-

2 El Presupuesto Nacional comprende las Ramas Legislativa y Judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Organización Electoral y la Rama Ejecutiva del nivel nacional, con excepción de los establecimientos públicos, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta.

minio de todos los copropietarios. Esta persona jurídica de las copropiedades, no corresponde a la tipología de las entidades de derecho privado sin ánimo de lucro como son las fundaciones de beneficencia pública y las corporaciones o asociaciones que aunque son sin ánimo de lucro, pueden tener patrimonio; corresponde a la persona jurídica de la forma especial de propiedad llamada propiedad horizontal, ser una persona jurídica *sui generis*, que no tiene los elementos conceptuales de las personas jurídicas.

Las propiedades horizontales, en su condición de no contribuyentes, no estaban ni están obligadas a presentar declaración de renta ni de ingresos y patrimonio, como lo dispone el artículo 598 del estatuto tributario³, *cfr.* art. 33 de la ley 675. La persona jurídica de la propiedad horizontal en la ley 675, como forma especial de propiedad, está conformada por los propietarios de los bienes de dominio particular, no tiene patrimonio diferente del patrimonio de los propietarios individuales, aunque tenga bienes inscritos en la Oficina de Registro, los que son de su dominio, art. 20, no paga impuestos, (solo paga impuestos por los bienes que transitoriamente figuren a su nombre en registro) y es inembargable. Debe la persona jurídica presentar la ejecución del presupuesto y no le es dable elaborar balances, porque es de naturaleza civil y porque el balance, como se exige para los entes con patrimonio, impide hacer el presupuesto de ingresos ordenado por la ley. Acoger los datos del balance patrimonial conduce a inflar en forma desmedida las cuotas de administración porque la depreciación se considera un gasto, conduce a crear una reserva no autorizada por la ley y a incrementar año tras año un excedente o un déficit inconveniente e irreal.

Se analizará el concepto de patrimonio, en general, y el patrimonio en las diversas leyes de propiedad horizontal que se han expedido en Colombia, para mirar el manejo del concepto de responsabilidad surgido del concepto de patrimonio. Luego se estudia el concepto de patrimonio para diferenciarlo de la composición de los recursos patrimoniales, mencionados en la ley 675, art. 34. Finalmente, se analiza el concepto de presupuesto relacionado con los elementos del balance patrimonial para mirar las diferencias y coincidencias entre la contabilidad de los entes comerciales, de los entes públicos y de las propiedades horizontales en razón de la existencia o inexistencia de patrimonio.

Como conclusión de las disquisiciones sobre patrimonio, se explica:

3 Expresa el artículo 598 del Estatuto Tributario que las juntas de copropietarios administradoras de edificios organizados en propiedad horizontal o de copropietarios de conjuntos residenciales, al igual que las unidades inmobiliarias cerradas, no son sujetas al Impuesto sobre la Renta y Complementarios, y por tanto, no se encuentran obligadas a presentar Declaración de Ingresos y Patrimonio.

- El por qué de la inembargabilidad de los bienes comunes estipulada en la ley 675.
- La necesidad de la estipulación de la responsabilidad de las propiedades horizontales.
- La necesidad de ordenar para las copropiedades la contabilidad de tipo presupuestal, con todos sus elementos y consecuencias.
- Que la ley 675 contempla a la vez, y de manera antitécnica, la contabilidad patrimonial y la presupuestal.
- Las semejanzas y diferencias entre la contabilidad patrimonial y la presupuestal.

1. PATRIMONIO

El término patrimonio, desde el punto de vista jurídico, nos lleva de la mano al concepto de responsabilidad patrimonial. ¿Con qué se responde por las obligaciones? La respuesta la da la teoría jurídica que en este momento tenemos sobre el patrimonio. En épocas anteriores la responsabilidad de las personas por sus obligaciones iba más allá del concepto de patrimonio, por cuanto la teoría sobre él no se había desarrollado. Por tal razón, existió la prisión por deudas. O, si nos remontamos a épocas remotas, la responsabilidad de las personas no tenía ninguna proporcionalidad con la obligación, razón por la cual la ley del talión, ojo por ojo, diente por diente, fue todo un adelanto por cuanto por primera vez se intentó hablar de la proporción entre el daño y la reparación. El personaje Shylock de la comedia shakesperiana hoy se nos antoja extraño merced a la teoría del patrimonio, porque no se había establecido todavía que las obligaciones se cubrían solamente con el patrimonio y no con el cuerpo⁴.

Hoy el concepto patrimonio tiene una meridiana claridad en el sentido de que su función principal es servir como prenda o garantía general del cumplimiento de las obligaciones. El patrimonio está conformado, entonces, como universalidad jurídica que es, por derechos y obligaciones de contenido pecuniario: activos y pasivos. Por eso se dice que toda persona tiene un patrimonio y es con éste que responde por sus obligaciones.

4 Ochoa Carvajal, Raúl Humberto, BIENES, Sexta edición, Editorial Temis, Bogotá, 2006. Págs. 30-34

Si trasladamos estos comentarios al tema que nos ocupa, debemos entrar a mirar cuál es el patrimonio de las propiedades horizontales en las diversas leyes que han regido en Colombia sobre esta forma de propiedad.

– *El patrimonio en la ley 182 de 1948*

No se menciona la palabra patrimonio en esta ley, porque en ella tanto los bienes privados como los comunes son parte del patrimonio de todos los copropietarios. Dice esta ley:

Artículo 3o. Se reputan bienes comunes y del dominio inalienable e indivisible de todos los propietarios del inmueble, los necesarios para la existencia, seguridad y conservación del edificio y los que permitan a todos y a cada uno de los propietarios el uso y goce de su piso o departamento, tales como...

Los derechos de cada propietario, en los bienes comunes, son inseparables del dominio, uso y goce de su respectivo departamento. En la transferencia, gravamen o embargo de un departamento o piso se entenderán comprendidos esos derechos y no podrán efectuarse estos mismos actos con relación a ellos, separadamente del piso o departamento a que acceden.

Esta definición no dice expresamente que los bienes comunes son inembargables, pero se desprende esta afirmación de su texto: no podrá efectuarse embargo con relación a los bienes comunes, separadamente del piso o departamento.

– *El patrimonio en la ley 16 de 1985*

Con la ley 16 se hizo viable que las propiedades horizontales que se sometieran a ella pudieran adelantar procesos jurídicos, o ser sujetos de ellos, representados por un administrador. Pero es un sinsentido que aún sometida la copropiedad a la ley 16 de 1985, una copropiedad pueda ser embargada. Otra consecuencia de la creación del patrimonio de la persona jurídica en esta ley 16 es que el impuesto predial pasó a ser pagado por la persona jurídica, no por los propietarios individuales, como ocurría desde la promulgación de la ley 182 a raíz de su definición de la propiedad sobre los bienes comunes. La persona jurídica de los entes comerciales paga los impuestos al patrimonio, los impuestos a la renta, el impuesto predial, etc. y no son objeto de estos impuestos los socios que la conforman. Esta figura fue la que adoptó la ley 16: trasladó a las propiedades horizontales la propiedad mercantil. Posiblemente a esta confusión influyó la doble concepción que tenían los reglamentos internos de las propiedades horizontales: concebían un patrimonio independiente al ordenar la elaboración de los balances comerciales y captaban que no había patrimonio independiente del de los copropietarios, al ordenar al mismo

tiempo los presupuestos como eje central de la administración y de las decisiones de los órganos de administración.

Si pensáramos que las copropiedades sometidas a la ley 16 podían ser embargadas porque esta ley creó el patrimonio de la persona jurídica, conformado por los bienes de uso o servicio común, quedaríamos cortos al contemplar su viabilidad ante el silencio de la ley: ¿hasta qué monto respondería la persona jurídica?, ¿cuáles bienes serían embargables: los privados, los de uso o servicio común, los presupuestales (o sea los que posea la administración para el cumplimiento de su objeto)?, ¿cualquier juicio daría lugar a embargo o solo los laborales?, etc. Respuestas que no nos da esta norma. Tampoco es claro que, por ministerio de la ley 16, los bienes comunes, que fueron comprados por los propietarios de las unidades privadas pues su valor se le sumó a su unidad privada al momento de la compra del bien inmueble, pasen a ser de propiedad de un ente distinto, la persona jurídica, como ocurre en el caso de las sociedades. Lo adquirió una persona pero forma parte del patrimonio de otra –no dice la ley 16 que la persona jurídica esté conformada por la propiedad horizontal o que su nombre corresponda al nombre de dicha copropiedad–.

Este sinsentido aparente es el que funciona en las sociedades y tiene, entre otras razones, la aplicación de los impuestos: no se puede cobrar el impuesto al patrimonio a un ente comercial, constituido por el aporte de los socios, y a la vez gravar estos aportes como parte del patrimonio de los accionistas. Las normas tributarias optan por imputar los impuestos a las empresas y eximir de este pago a los asociados. Esto fue una consecuencia de la ley 16: el impuesto predial por los bienes comunes pasó a ser pagado por la persona jurídica surgida en el momento en que la copropiedad se acogiera a la ley 16. Pero la persona jurídica no se define en esta ley 16, aunque tiene patrimonio y no es inembargable.

– *El patrimonio en la ley 675 de 2001*

Para analizar la imposibilidad de que la persona jurídica, creada por esta ley 675, tenga patrimonio, independiente del patrimonio de los propietarios de las unidades privadas, y sea embargable, comenzaremos por transcribir las definiciones pertinentes:

Objeto de la ley:

Artículo 1o. Objeto. La presente ley regula la forma especial de dominio, denominada propiedad horizontal, en la que concurren derechos de propiedad exclusiva sobre bienes privados y derechos de copropiedad sobre el terreno y los demás bienes comunes,...

Esta definición nos lleva a que no hay otro patrimonio distinto del patrimonio de los propietarios individuales –aunque haya bienes en la Oficina de Registro–, y éstos son los que pagan los impuestos sobre el suelo y los impuestos sobre el patrimonio. El impuesto predial se aplica a la unidad privada más el porcentaje de copropiedad sobre los bienes comunes, llamado en la ley **coeficientes de copropiedad**.

Objeto de la persona jurídica:

Artículo 32. Objeto de la persona jurídica: La propiedad horizontal, una vez constituida legalmente, da origen a una persona jurídica conformada por los propietarios de los bienes de dominio particular. Su objeto será administrar correcta y eficazmente los bienes y servicios comunes, manejar los asuntos de interés común de los propietarios de bienes privados y cumplir y hacer cumplir la ley y el reglamento de propiedad horizontal.

La persona jurídica está conformada **por los propietarios de los bienes de dominio particular** y sus órganos de dirección son: el administrador, el consejo si existe y la asamblea.

Naturaleza y características de la persona jurídica:

Artículo 33. Naturaleza y características. La persona jurídica originada en la constitución de la propiedad horizontal es de naturaleza civil, sin ánimo de lucro [...]

Esto ya marca una distancia entre los conceptos aplicables a las empresas mercantiles, compilados en el Código de Comercio y en el decreto 2649 de 1993, o principios de contabilidad generalmente aceptados⁵. No son aplicables a las propiedades horizontales porque su contabilidad debe ser presupuestal y no patrimonial⁶. Por

5 Estos principios de contabilidad son mal llamados principios universales. Tan no son principios universales, que acaba de expedirse la ley 1314 de Julio de 2009, para adaptar las normas de contabilidad en Colombia a las normas internacionales. No hay principios universales sino principios generales regulados por cada país. En Internet aparecen 12.700 resultados sobre principios universales de contabilidad, lo que es una afirmación errónea generalizada.

... por el momento se descarta la adopción inmediata de un cuerpo contable único bajo principios universales de contabilidad,... Consultado 28 de agosto de 09 en <http://www.el-exportador.com/022003/digital/gestion.asp>

6 Definición de contabilidad patrimonial: Está formada por un conjunto de procedimientos, registros, controles e informes, estructurados sobre la base de principios técnicos, que tienen como objetivos esenciales: mantener un detalle cronológico, sistemático y costeadado de todas las operaciones que afecten el patrimonio de las instituciones privadas o públicas y su composición; conocer la naturaleza de éste y proporcionar a los usuarios informes periódicos, concretos, significativos y oportunos de la situación de dicho patrimonio, así como de la posición financiera y la productividad de las operaciones realizadas en un periodo determinado. Acceso sept. 2 de 2009 en <http://www.definicion.org/contabilidad-patrimonial>

ello, cuando el art. 136 del decreto 2649 dice: “Criterios para resolver los conflictos de normas. Sin perjuicio de lo dispuesto por normas superiores, tratándose del reconocimiento y revelación de hechos económicos, los principios de contabilidad generalmente aceptados priman y deben aplicarse por encima de cualquier otra norma”, este mandato no es vinculante porque parte del supuesto de que solo hay contabilidades patrimoniales. No es el caso de las propiedades horizontales, ya que éstas carecen de patrimonio independiente.

Hay entidades sin ánimo de lucro⁷ que tienen bienes propios y patrimonio, porque los excedentes no se reparten entre los socios sino que entran a engrosar los aportes iniciales de los socios, a incrementar el patrimonio de la entidad. La persona jurídica de las propiedades horizontales no tiene bienes propios ni patrimonio independientes del patrimonio de los propietarios individuales –aunque tenga bienes registrados a su nombre–, no son entidades de servicios, no se asimilan a las microempresas y no deben apropiarse de los excedentes. Son entidades sin ánimo de lucro con la ley 675 como legislación especial para ellas. Solo se explica la creación de esta persona jurídica para evitar problemas por malinterpretaciones de jueces y tribunales, como el de Medellín, que exigió la vinculación en los procesos, tanto por activa como por pasiva, de todos los copropietarios, por tratarse de una comunidad, al emitir fallos contra entidades sin persona jurídica, pero no hubiera sido necesario crearla, si hubiera unanimidad en el criterio de los jueces de que con persona jurídica o sin ella, el administrador es el representante de los copropietarios (como lo dijo la ley 95 de 1890) y puede adelantar litigios o ser sujeto de ellos, a nombre de los copropietarios. Lo que no se precisa en la ley es la responsabilidad y la embargabilidad de la persona jurídica, o sea que la persona jurídica es objeto de derechos, mas no de obligaciones –tampoco se requiere la creación de la persona jurídica para que figuren a su nombre o a nombre de la copropiedad los bienes sometidos a registro–. La persona jurídica es necesaria para asignarle un patrimonio objeto de derechos y obligaciones y este no es el caso aplicado en esta ley 675, porque la persona jurídica de las propiedades horizontales no tiene patrimonio propio, derechos ni obligaciones. La ley 675 trata de aclarar, sin conseguirlo, el sinsentido de la persona jurídica originada en esta ley: **la persona jurídica está conformada por los propietarios de los bienes de dominio particular.**

7 Estatuto tributario, Art. 23.- Modificado. Art. 65 de la Ley 223 de 1995.- Otras Entidades que no Son Contribuyentes. No son contribuyentes del impuesto sobre la renta, ...las juntas de copropietarios administradoras de edificios organizados en propiedad horizontal o de copropietarios de conjuntos residenciales [...]

Tampoco están sometidas las propiedades horizontales a la ley 222 de 1995, que dice:

ARTICULO 100. Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales, las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial. Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles, serán civiles.

Sin embargo, cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil.

No es pertinente esta ley para las propiedades horizontales, porque: a) la ley 675 de 2001 es posterior, y priman las leyes posteriores sobre las anteriores, b) La ley 675 de 2001 dice en el parágrafo del art. 33 que **la destinación de algunos bienes que produzcan renta para sufragar expensas comunes, no desvirtúa la calidad de persona jurídica sin ánimo de lucro** en clara oposición a la afirmación de la ley 222, y c) porque la ley 222 modifica el libro II del Código de Comercio y las propiedades horizontales no están sujetas al Código de Comercio, porque no tienen patrimonio independiente, d) las propiedades horizontales están sujetas a la ley 675 y no están sujetas a la ley 222 ni a la legislación mercantil, porque no son sociedades. Las orientaciones sobre la contabilidad en las propiedades horizontales, emitidas por el Consejo Técnico de la Contaduría afirman, erradamente, que las propiedades horizontales están sujetas al Código de Comercio, a la ley 222 y están sometidas a la legislación mercantil.

Continuemos analizando las siguientes definiciones de esta ley 675:

Bienes comunes: Partes del edificio o conjunto sometido al régimen de propiedad horizontal pertenecientes en proindiviso a todos los propietarios de bienes privados, que por su naturaleza o destinación permiten o facilitan la existencia, estabilidad, funcionamiento, conservación, seguridad, uso, goce o explotación de los bienes de dominio particular.

Coficientes de copropiedad: Índices que establecen la participación porcentual de cada uno de los propietarios de bienes de dominio particular en los bienes comunes del edificio o conjunto sometido al régimen de propiedad horizontal.

Capítulo VI. De los Bienes Comunes. ARTÍCULO 19. Alcance y naturaleza. Los bienes, los elementos y zonas de un edificio o conjunto que permiten o facilitan la existencia, estabilidad, funcionamiento, conservación, seguridad, uso o goce de los bienes de dominio particular, pertenecen en común y proindiviso a los propietarios de tales bienes privados, son indivisibles y, mientras conserven su carácter de bienes comunes, son inalienables e inembargables en forma separada de los bienes privados, no siendo objeto de impuesto alguno en forma separada de aquéllos.

Todas las definiciones que trae la ley 675 sirven para clarificar el patrimonio conformado por los bienes comunes: de quiénes son, cómo se establece su copropiedad, su no embargabilidad, el ser inseparables de los bienes privados, que permiten el uso y goce de las unidades privadas, y que el patrimonio está conformado por la unión de los bienes privados y los bienes comunes. En conclusión, la no existencia de un patrimonio independiente en cabeza de la persona jurídica precisa el tipo de contabilidad que debe llevarse en las propiedades horizontales: la necesidad de hacer la ejecución del presupuesto y la no existencia de un balance. La ley no ordena que la asamblea deba aprobar la ejecución del presupuesto, como lo debía hacer quedando de esta manera burlado este organismo: aprueba el presupuesto pero no se le explica ni se somete a su aprobación la ejecución de todas y cada una de las partidas aprobadas, como corresponde al principio de especialización presupuestal. Solo dice que la asamblea debe aprobar el presupuesto de ingresos y egresos, el balance general y las cuotas de administración.

No existe definición distinta sobre los bienes comunes en la ley 675. No hay tipos diferentes de bienes comunes, a no ser los no enajenables y los enajenables que corresponden a los esenciales y a los no esenciales. Los bienes comunes y los privados forman una aleación inseparable. Un bien no puede pertenecer simultáneamente al patrimonio de dos personas distintas: no pueden ciertos bienes comunes ser de propiedad de todos los copropietarios y a la vez ser del dominio de la persona jurídica como ente independiente, como se establece al afirmar que los bienes comunes desafectados son del dominio de la persona jurídica conformada por los propietarios individuales.

No hay en la ley 675 patrimonio distinto del de los propietarios individuales, aunque afirme que los bienes registrados son del dominio de la persona jurídica. Para la ley 675, los bienes comunes son de propiedad de todos los copropietarios, incluidos los que detente la administración para el cumplimiento de su objeto y los que ocasionalmente figuren a nombre de la persona jurídica en la Oficina de Registro, porque la persona jurídica está conformada por los propietarios de los bienes de dominio particular. Por esto, los bienes que figuran en registro a nombre de la persona jurídica no constituyen un patrimonio distinto del patrimonio de los propietarios individuales.

Como los bienes comunes son inembargables, sólo es responsable ante terceros el propietario privado en relación a su propiedad, por sus obligaciones personales, y responde con todo su patrimonio en el cual se incluye su unidad privada más la propiedad común en razón a un coeficiente de copropiedad (al embargarse un bien privado se considera además embargada la cuota sobre los bienes comunes en

razón a su coeficiente de copropiedad). No establece la ley la responsabilidad de los propietarios de los bienes privados por obligaciones contraídas por la copropiedad.

En esta ley 675, al igual que en la ley 182, tampoco se menciona la palabra patrimonio. Se habla de recursos patrimoniales en el siguiente artículo de la ley 675:

Artículo 34. Los recursos patrimoniales de la persona jurídica estarán conformados por los ingresos provenientes de las expensas comunes ordinarias y extraordinarias, multas, intereses, fondo de imprevistos, y demás bienes e ingresos que adquiera o reciba a cualquier título para el cumplimiento de su objeto.

Es usual entre los tratadistas creer que los conceptos recursos patrimoniales y patrimonio son sinónimos, lo que no es cierto⁸.

Los **recursos patrimoniales** son aportes de todos los copropietarios, que se materializan en unos recursos puestos a disposición de la administración para el cumplimiento de su objeto. Por el término **a disposición de la administración** entendemos a sus órganos de administración, cuales son el administrador, el consejo si existe, y la asamblea general.

La ley llama a estos recursos, recursos patrimoniales, porque forman parte del patrimonio de todos los copropietarios, y también los pudo llamar recursos presupuestales, porque conforman el presupuesto que está a disposición de los órganos de administración o fueron adquiridos con dineros presupuestales, constituyéndose así en bienes presupuestales. Estos recursos patrimoniales o presupuestales son bienes comunes, estén en cuentas bancarias, estén materializados en bienes inmuebles sometidos o no a registro, o estén constituidos por bienes muebles.

Los recursos patrimoniales también están conformados por el fondo de imprevistos, o un excedente artificial creado por la ley como reserva para gastos imprevistos. Aunque pertenece el fondo de imprevistos a la persona jurídica, también es bien común de propiedad de todos los copropietarios, porque la persona jurídica está conformada por todos los copropietarios. Es errónea la siguiente afirmación: **Tiene este fondo** (el fondo de imprevistos) **la particularidad de pertenecer a la persona**

8 Confunden recursos patrimoniales y patrimonio los siguientes textos: Beltrán Amórtégui, Álvaro. Manual Práctico en administración de la propiedad horizontal, señal editora, cuarta edición 2006, p. 169; Martínez Díaz, Andrés, La propiedad horizontal y su administración, Librería ediciones del profesional Ltda., tercera edición 2008, p. 118; Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo, La ley de propiedad horizontal, visión esquemática y concordada, Legis S. A., 2ª edición, p. 79; Pabón Gómez, Nora, El abogado en edificios y conjuntos (...), Consultorio Jurídico en Casa, Intermedio Editores Ltda. 2.009, p. 30.

jurídica y por lo tanto no es un bien común⁹. Este error, común en los tratadistas, de confundir recursos patrimoniales con un patrimonio distinto al patrimonio de los copropietarios, de creer que estos recursos no son bienes comunes, pudo llevar a que los juristas expertos en propiedad horizontal que participaron en la redacción de la ley, consintieran o impulsaran el mandato legal de la elaboración de los balances de tipo comercial que arrojan resultados patrimoniales, ordenados desde antaño por los reglamentos.

Con esta confusión se llegó a una incoherencia contable: la exigencia de un balance que es de esencia patrimonial, para las copropiedades las cuales no tienen patrimonio propio, y el mandato de presupuestos de ingresos y gastos que corresponde a las decisiones centrales de las copropiedades y es el eje central de su interés; los presupuestos de ingresos y gastos llevan a la consiguiente ejecución del presupuesto, aplicable a entes que funcionan sin patrimonio pero manejan recursos ajenos, como son las cuotas de administración en las propiedades horizontales y los recursos de los sectores de la Nación.

Este manejo presupuestal es similar al que se presenta en el presupuesto público tal como se ordena en las leyes que lo regulan; estas leyes legislan sobre la distribución entre los sectores de la Nación de los ingresos fiscales, mediante presentación al Congreso por el Presidente de la República de la ejecución del presupuesto del año anterior y la presentación del presupuesto de ingresos y gastos para la siguiente vigencia presupuestal. Los dos manejos presupuestales son similares porque los asambleístas no se deben reunir año tras año para aprobar el balance de los recursos patrimoniales, o el balance del patrimonio pues habría que incluir también los bienes privados, ni para enterarse del incremento o decrecimiento de un patrimonio independiente inexistente, o para distribuirse las ganancias o para transferir las pérdidas al fondo de reserva porque la ley no lo autoriza.

Los asambleístas deben sesionar para conocer la ejecución del presupuesto (no ordenada en el texto de la ley), si se ejecutó el presupuesto según lo ordenado en la asamblea anterior, y para aprobar los presupuestos del período siguiente y las cuotas de administración, como concreción de la distribución presupuestal entre los coeficientes de copropiedad, sectores y módulos, si los hay, para cada una de las unidades privadas. Si hay sectores y módulos al interior de la copropiedad todos los presupuestos y todas sus distribuciones deben hacerse para los coeficientes de copropiedad, y para cada sector y módulo, como se hace en el presupuesto general de la Nación para cada uno de los sectores estatales, y deben ser aprobados por la

9 Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo. Op. cit. p. 81

asamblea, al igual que el Congreso aprueba los presupuestos elaborados por los distintos sectores de la Nación.

El Presidente de la República presenta al Congreso la ejecución presupuestal y el presupuesto de ingresos y gastos de la siguiente vigencia y el Congreso aprueba o modifica los presupuestos sectoriales que conforman el presupuesto general de la Nación, con exigencias, limitaciones y condicionantes que constan en el decreto 111 de 1996 que compila las leyes sobre el Estatuto Orgánico del Presupuesto, y que deberían adaptarse a las propiedades horizontales. La ley 675 no se refiere a los mecanismos para improbar o modificar el presupuesto presentado a la asamblea por el administrador para su aprobación, y tampoco se refiere a que los sectores de las propiedades horizontales puedan presentar sus propios presupuestos, como lo hacen los sectores de la Nación, como debió hacerlo.

Los recursos patrimoniales no conforman un patrimonio distinto del patrimonio de los propietarios individuales, y por lo tanto no constituyen los conceptos que deben figurar en el erróneamente ordenado balance, porque las copropiedades deben elaborar la ejecución del presupuesto, y no tienen los elementos constitutivos de un balance. La adquisición de un bien mueble o de un inmueble por parte de la copropiedad es un gasto y no debe figurar en ningún balance reflejando un patrimonio inexistente¹⁰: no constituye un activo, no es objeto de depreciación, no se desgasta en una actividad generadora de renta, no se transfiere al producto, etc. Tal como lo veremos más adelante, la ley ordena hacer el balance general y el balance de prueba, erróneamente, porque no comprende qué significa ordenar el presupuesto como eje central del funcionamiento de las copropiedades y posiblemente no sabía cuáles son las partes constitutivas de un balance, qué resultado arroja, para qué sirve o qué implica.

Los recursos patrimoniales no conforman el patrimonio de la persona jurídica. Son eso: recursos. Recursos que son parte de la propiedad común de todos los copropietarios. Tienen valor de uso, algunos pueden tener valor cambio; no son activos, no se deprecian, no dan como resultado un patrimonio. De otra parte, el

10 Nuestro criterio es bien distinto de la siguiente afirmación: **Como se observa, la persona jurídica tiene un dominio volátil, de minutos, casi de segundos sobre un bien que no es común porque tiene autonomía registral y está dentro del patrimonio de la persona jurídica una vez transferido, pero el aroma creado por la ley puede generar una solución como la propuesta sin que sus principios queden vulnerados. Puede afirmarse sin temores que la persona jurídica lo adquiere como si fuera un bien privado y la decisión comunitaria en acto posterior le coloca el rótulo de común, lo que necesariamente requerirá de una reforma estatutaria.** Todo lo contrario, el bien sujeto a registro es común, aunque tenga autonomía registral. Es común a partir del momento en que lo adquiere la persona jurídica. Cita tomada de Velásquez, Luis Guillermo, Conferencia dictada sobre La Unión de la personalidad jurídica y la comunidad en la nueva ley de propiedad horizontal, p. 5. Julio 11 de 2002.

presupuesto se lleva por el sistema de caja, y está conformado por ingresos y egresos. Contablemente no debe haber patrimonio de la persona jurídica constituido por los bienes que figuren en registro, ni por los bienes que posea la administración para el cumplimiento de su objeto, ni por los bienes comunes o privados.

La ley 675 dice que los bienes comunes pertenecen a todos los copropietarios, y son inembargables. Es un patrimonio inembargable porque por encima de esta atribución inherente a los patrimonios, se excluyen estos bienes de la embargabilidad por disposición legal para garantizar la existencia de las propiedades horizontales y el derecho a la vivienda.

Los bienes que se adquieren por la copropiedad y forman parte de los recursos patrimoniales (según el art. 34 de la ley 675) que pueden surgir:

– *Producto de la desafectación*

La desafectación se encuentra en el capítulo VI **De los bienes comunes**, artículo 20: **Desafectación de bienes comunes. (...) los cuales pasarán a ser del dominio particular de la persona jurídica.**

Esta afirmación de la ley es errada. Los bienes comunes desafectados no **pasarán a ser del dominio particular de la persona jurídica**. Estos bienes comunes eran comunes de la persona jurídica, conformada por los propietarios individuales, antes de la desafectación, cuando sean desafectados y tengan autonomía registral y seguirán siéndolo después de ser vendidos, materializados en unos dineros. Siempre serán bienes comunes de todos los copropietarios, quienes conforman la persona jurídica.

Por ello, los bienes comunes desafectados eran, son y seguirán siendo bienes comunes de todos los copropietarios. No hay razón para que la simple titularidad del bien desafectado a nombre de la persona jurídica en la oficina de registro, conduzca a la creación de un patrimonio diferente del patrimonio de los propietarios individuales. Por esto la ley 675 dice en el art. 32 que la persona jurídica esta **conformada por los propietarios de los bienes de dominio particular**. Se registran los bienes inmuebles comprados o recibidos por la persona jurídica a cualquier título como paso necesario para poderlos vender. Una vez vendido el inmueble, pasa el dinero a engrosar el presupuesto de la administración y continúa siendo un bien común de propiedad de todos los copropietarios; pasa de ser un bien presupuestal a ser un recurso presupuestal o recurso patrimonial. Los bienes y los recursos presupuestales son inembargables en los sectores de la Nación¹¹, afirmación ésta que coincide con la definición del **alcance y naturaleza de los bienes comunes**, en el artículo 19

11 Carvajal Sepúlveda, Jorge Iván, El Presupuesto Público, Señal Editora, julio de 2006, p. 99

de la ley 675, que establece que los bienes comunes son inembargables. Tengamos en cuenta que los recursos patrimoniales son bienes comunes y por lo tanto son inembargables. No se altera el patrimonio de todos los copropietarios en los bienes comunes no esenciales sometidos a registro.

– *Producto de bienes inmuebles recibidos como dación en pago por cuotas de administración*

La dación en pago puede conllevar el registro del bien dado, a nombre de la persona jurídica. Lo usual y acorde con la ley, es que si éste es un bien inmueble, sea vendido para poder recuperar las cuotas de administración que se cancelaron con esta dación en pago. De esta manera era bien común el crédito por esas cuotas de administración atrasadas; es bien común el inmueble dado en pago de esas cuotas; es bien común el ingreso extraordinario por la recuperación de cuotas de administración atrasadas. El patrimonio está constituido por derechos y obligaciones y no por objetos. Lo que importa no es la propiedad sino el derecho de propiedad. Los objetos pueden ser cambiados por dinero y éste a su vez por objetos y el patrimonio sigue inalterable.

– *Producto de donaciones*

Esta posibilidad no es muy frecuente, no está expresamente contemplada en la ley y solo se deduce de este artículo 34: **Recursos Patrimoniales (...) y demás bienes e ingresos que (...) reciba a cualquier título.** Es elemental que si una donación se hace a la propiedad horizontal, es para **los propietarios de los bienes de dominio particular.** La donación será parte del patrimonio de los propietarios de los bienes de dominio particular, aun si el inmueble donado figura en registro a nombre de la persona jurídica. Una vez se recibe el bien donado entra a formar parte de los bienes comunes de los copropietarios aunque figure a nombre de la persona jurídica.

– *Producto de la compra de inmuebles*

Estos bienes se anexarán a la propiedad horizontal como bienes comunes.

– *Producto de la compra de bienes muebles*

Éstos simplemente engrosarán los inventarios. No dedica la ley 675 un artículo especial a este punto. Hace alusión a él en el aquí comentado artículo 34: Recursos Patrimoniales: (...) **demás bienes (...) que adquiera (...) a cualquier título para el cumplimiento de su objeto,** y en el parágrafo 2º del artículo 20:

No se aplicarán las normas aquí previstas a la desafectación de los bienes comunes muebles y a los inmuebles por destinación o por adherencia, no esenciales, los cuales por su naturaleza son enajenables. La enajenación de estos bienes se realizará de conformidad con lo previsto en el reglamento de propiedad horizontal.

Estos bienes comunes muebles, enajenables por naturaleza, tienen el mismo trato contable que cualquier bien común, llámense sillas, computador, construcciones, etc. No deben figurar como activos, y con mayor razón, no son objeto de depreciación, como erradamente lo dice el Consejo Técnico de la Contaduría en sus diversas orientaciones, porque no forman parte del balance sino de la ejecución presupuestal, por lo cual su compra constituye un gasto. No son activos los bienes comunes ni los bienes privados. Ningún bien de la propiedad horizontal puede formar parte de un balance de la copropiedad.

En la definición de recursos patrimoniales que acabamos de transcribir, no se menciona la posibilidad de que los recursos patrimoniales estén también constituidos por los inmuebles, no producto de una compra, sino producto de construcciones realizadas por la administración en bienes comunes con dineros de todos los copropietarios, o con los dineros presupuestales, que es igual. Es común hacer construcciones para mejorar el equipamiento de las propiedades horizontales para beneficio de todos los copropietarios, como zonas de recreación u oficinas para la administración. Es claro que estas construcciones elaboradas con dineros comunes son de propiedad común de todos los copropietarios y no deben formar parte de un patrimonio independiente de la persona jurídica, no son activos y tampoco deben figurar en el mal ordenado balance. Este tipo de construcciones, por hacerse en zonas comunes, no son objeto de registro.

Una vez argumentada la carencia de patrimonio en la ley 675, pasaremos a analizar sus consecuencias.

1.1 La inembargabilidad de los bienes comunes estipulada en la Ley 675

- Si se pudieran embargar los bienes que figuren en registro a nombre de la persona jurídica, se embargarían bienes comunes y la ley lo prohíbe.
- Tampoco son objeto de embargo los bienes comunes que forman parte de la construcción. Sería imposible el uso y goce de los bienes comunes. Llegar a embargar y rematar las zonas de circulación de un edificio de 3 o 4 plantas, es un sinsentido.
- Si fueran objeto de embargo los bienes con que cuenta la administración para el cumplimiento de su objeto sería imposible administrar la copropiedad, sería

imposible gozar y disfrutar la copropiedad, serían imposibles su funcionamiento y existencia. Estos bienes deberían considerarse en la ley como bienes comunes esenciales: pueden estar destinados al pago de salarios, al pago de servicios públicos, para dar cumplimiento a deudas adquiridas, etc. También son bienes de uso o servicio común los bienes representados en las máquinas cortadoras de césped, los ascensores, las motobombas, los computadores, etc. No son embargables los recursos patrimoniales porque son bienes comunes.

- Tampoco son embargables los derechos representados en las cuotas de administración, presentes y futuras, porque son bienes comunes y la ley 675 estipula que los bienes comunes son inembargables, con la misma lógica de que son inembargables los derechos presupuestales de los entes públicos.

El patrimonio jurídico está conformado por todos los derechos presentes y futuros, valorables en dinero, de los que puede ser titular una persona. Es decir, los componentes del activo son la propiedad y demás derechos reales, los derechos de crédito y los llamados derechos de propiedad intelectual e industrial. En conclusión, cuando existe patrimonio existe la posibilidad de que sea embargado y así fue previsto en la ley 16, desconociendo los principios de la contabilidad presupuestal mandados por los reglamentos internos y asumiendo la propiedad y el patrimonio existentes en la legislación mercantil.

1.2 La necesidad de la estipulación de la responsabilidad en las propiedades horizontales

La responsabilidad patrimonial significa que las personas naturales y jurídicas tienen que responder con su patrimonio por las obligaciones en que incurran. Es este un problema por resolver en las propiedades horizontales. Para poder entender cabalmente este tema, tenemos que tener clara cuál es la función del patrimonio y la implicación de que una propiedad horizontal no tenga patrimonio autónomo; cuáles son los principios de la contabilidad presupuestal, cómo se aplican y qué consecuencias tienen para las propiedades horizontales y el por qué en este tipo de propiedad no es pertinente la contabilidad mercantil.

Partiendo de la función de patrimonio, que implica la responsabilidad, la pregunta a responder sería la siguiente: ¿cómo responde en la actualidad una propiedad horizontal que incurra en una responsabilidad de tipo contractual o extracontractual?, ¿responderán los copropietarios con su propiedad privada o con sus bienes comunes?, ¿responderá el administrador?, ¿responderán los miembros del consejo de administración?

Para mirar el problema de cerca, pensemos en los recursos que tendría un trabajador a quien una propiedad horizontal le adeuda sus prestaciones laborales. O en un segundo caso, ¿qué podría hacer un tercero, víctima de una responsabilidad extracontractual, frente a una copropiedad?

a) *Responsabilidad de la persona jurídica.* La verdad es que con la normatividad estipulada en la ley 675 de 2001, se presenta un vacío legal que nos va a traer como consecuencia la no responsabilidad de las propiedades horizontales, por la sencilla razón de que no tienen patrimonio distinto del patrimonio de los propietarios individuales.

Un principio que rige la responsabilidad patrimonial es el de que todo daño debe ser reparado. Ese principio, si pensamos en las propiedades horizontales, ¿qué cumplimiento tiene?, ¿podrán ser embargadas?, ¿hasta qué monto?, ¿cuáles bienes serían embargables: los privados, los comunes, los esenciales, los no esenciales, los que posea la administración para el cumplimiento de su objeto?, ¿por qué tipo de condenas? Estas respuestas son las que no da la ley debiéndolas dar, como sí las dan las leyes del presupuesto público para los entes públicos que no tienen patrimonio, que son inembargables pero sí son responsables.

Para los entes públicos se establece que el valor de las condenas judiciales o conciliaciones debe formar parte del presupuesto presentado a la Nación para la siguiente vigencia presupuestal. Así se garantiza la responsabilidad y la no embargabilidad de los presupuestos ni de los bienes presupuestales de los entes públicos que funcionan con recursos de la Nación. En el presupuesto público solo son embargables los sectores del Estado pasados 18 meses de una condena laboral, a partir de la ejecutoria de la sentencia, sin que ésta se haya cancelado¹².

Así las cosas, si los legisladores hubieran sido conscientes de que las propiedades horizontales deben ser responsables y cumplir con todos los mandatos de la contabilidad presupuestal ordenada en la ley 675, al afirmar ésta que la asamblea y el consejo de administración deben aprobar o improbar el presupuesto de ingresos y gastos, hubieran también expresado la obligatoriedad de incluir en el próximo presupuesto de gastos el valor de las condenas judiciales o conciliaciones, y que el consejo y la asamblea están obligados a incluir y aprobar estas partidas en el siguiente presupuesto de gastos. Por lo tanto, no se establece la posibilidad de embargo cuando la asamblea se niegue a aprobar estas partidas en el presupuesto, ni se determina qué tipo de bienes responderían por la condena. Desafortunadamente,

12 Carvajal, Jorge Iván, cita la sentencia de la Corte Constitucional C-213 de 1994, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, que se pronunció en este sentido. Op. cit. p. 100-101

con la normatividad que tenemos hoy, estas situaciones no quedan cubiertas, lo que nos lleva a concluir que las propiedades horizontales no son forzadas a responder patrimonialmente.

Como los bienes comunes son inembargables, pudo la ley decir que si la asamblea no aprueba el presupuesto con las partidas correspondientes a condenas judiciales o conciliaciones, pueden los bienes privados ser garantía de responsabilidad.

De la exposición anterior se concluye que las copropiedades no son sujetos de responsabilidad civil ni de embargo, por la inexistencia de un patrimonio cobijado bajo los conceptos tradicionales del derecho civil o del derecho comercial. Una vez analizada la no responsabilidad civil de las propiedades horizontales bajo el concepto de patrimonio, pasaremos a examinar la responsabilidad de los copropietarios, del administrador y del consejo de administración.

b) Responsabilidad de los copropietarios: No contempla la ley 675 la responsabilidad de los copropietarios de los bienes de dominio particular, responsabilidad que sí establece la legislación comercial para los entes comerciales y para las sociedades con su patrimonio.

La responsabilidad de los copropietarios se consideró al discutir la ley 675 pero se eliminó en la redacción final suprimiendo **el parágrafo 2º del artículo 33** (naturaleza y características de la persona jurídica) **que creaba o crea la responsabilidad patrimonial de los propietarios para ser coherentes con la norma del artículo 50, de que exista responsabilidad pero mediante pólizas que puede establecer el Gobierno a los administradores, cuando la propiedad tiene que responder ante terceros**¹³; como la ley 675 no ha sido reglamentada no se han establecido este tipo de pólizas.

c) Responsabilidad del administrador: Está prevista esta responsabilidad en el artículo 50:

ARTÍCULO 50. Naturaleza del administrador. La representación legal de la persona jurídica y la administración del edificio o conjunto corresponderán a un administrador (...). Los actos y contratos que celebre en ejercicio de sus funciones, se radican en la cabeza de la persona jurídica, siempre y cuando se ajusten a las normas legales y reglamentarias.

Los administradores responderán por los perjuicios que por dolo, culpa leve o grave, ocasionen a la persona jurídica, a los propietarios o a terceros. Se

13 Afirmación contenida en el acta 10, p. 3 de las discusiones de esta ley en el Congreso.

presumirá la culpa leve del administrador en los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o del reglamento de propiedad horizontal.

Este artículo 50 afirma que **Los actos y contratos que celebre el administrador en ejercicio de sus funciones, se radican en la cabeza de la persona jurídica, (...)**. Pero la persona jurídica de las propiedades horizontales no tiene patrimonio propio y no es responsable, en cambio todo administrador que maneje dineros y pueda contratar es responsable, afirmación ésta tomada de contenidos reglamentarios y del Código de Comercio, pero la responsabilidad es personal, no es de la copropiedad; es muy difícil que un administrador de una propiedad horizontal tenga un patrimonio suficiente para dar cumplimiento a condenas de grandes proporciones y además, su culpa leve o grave es difícil de probar. Esta afirmación de este artículo 50 no aporta a la ley de propiedad horizontal.

En el párrafo 3º de este mismo artículo se establece la responsabilidad del administrador mediante pólizas que serán reglamentadas posteriormente por el Gobierno Nacional: **En todo caso, el monto máximo asegurable será equivalente al presupuesto de gastos del edificio o conjunto para el año en que se realiza la respectiva designación, (...)**. Es en el único caso en el que la ley 675 prevé una responsabilidad, pero limitada, y solo por parte del administrador.

Como se acaba de expresar, la responsabilidad de los administradores también está contemplada en el Código de Comercio:

Art. 200. Modificado. Ley 222 de 1995. Art. 24. Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.

En sentido similar se refieren los artículos 840 y 841 del mismo Código.

La constitución de pólizas de garantía a los administradores es un contenido reglamentario de vieja data que con el tiempo tiende a ser olvidado. Hasta el momento no ha habido pronunciamiento alguno por parte del Gobierno Nacional y los administradores no responden a no ser que estas pólizas se exijan por los reglamentos de las copropiedades y se les dé cumplimiento.

d) *Responsabilidad de los consejeros*. También fue mencionada en la discusión de la ley la posibilidad de que los consejeros tuvieran alguna responsabilidad, pero finalmente se suprimió en el contenido final.

La responsabilidad de las propiedades horizontales debe ser contemplada como se hace para los sectores de la Nación, pues ambos carecen de patrimonio y toda persona debe ser responsable. Son entes sin patrimonio propio, en contraposición a la contabilidad patrimonial que es propia de las sociedades, ya que éstas tienen patrimonio independiente de los socios que las conforman y son responsables y embargables. El problema es que la ley 675 y los reglamentos ordenan llevar ambos tipos de contabilidad: la presupuestal y la patrimonial para las propiedades horizontales porque los legisladores no fueron conscientes de la necesidad de la responsabilidad y tampoco entendieron que el problema podría resolverse acudiendo a mecanismos similares a los creados para determinar la responsabilidad de los sectores de la Nación.

1.3 En la ley 675 obligan simultáneamente la contabilidad patrimonial y la contabilidad presupuestal

a) *En los reglamentos de las copropiedades anteriores a la ley 675*: se acostumbró establecer que el administrador debe elaborar el presupuesto de ingresos y gastos y someterlo a aprobación del consejo y de la asamblea. Partiendo de estos documentos se determinan las cuotas de administración. El presupuesto no está contenido en el decreto 2649 que es el que establece los principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, ni en el Código de Comercio, porque la contabilidad que prescriben el decreto 2649 y el Código de Comercio con sus mandatos no es de tipo presupuestal sino patrimonial, que corresponde a personas jurídicas con patrimonio, responsables y embargables.

También ordenaron los reglamentos la contabilidad de tipo comercial al prescribir la aprobación del balance general. Ordenan en forma contradictoria, como contabilidad presupuestal y contabilidad mercantil, el destino del déficit y del superávit, diciendo unas veces que los excedentes alivian las cuotas de administración (contabilidad presupuestal) y al mismo tiempo, que estos excedentes deben pasar al fondo de reserva (contabilidad mercantil). Además dicen los reglamentos que los déficits deben ser cubiertos en cualquier momento en que se presenten, citando inmediatamente a una asamblea extraordinaria (contabilidad presupuestal, equilibrio presupuestal) y que éstos deben ser cubiertos por el fondo de reserva –como lo llamaban los reglamentos, tomado del fondo de reserva de las sociedades– (contabilidad mercantil, mandatos exigidos para las sociedades).

b) *En la ley 675*: en la misma inconsistencia anterior incurre la ley 675 cuando ordena la ejecución presupuestal, el balance de prueba y el balance general, cf. art. 51, 4, el presupuesto de ingresos y el presupuesto de gastos. Estos mandatos están contenidos en los arts. 38 y 51, funciones de la asamblea y del administrador.

Pero no se menciona en la ley 675 el déficit o superávit, ni los excedentes o pérdidas, posiblemente porque el presupuesto debe tener el principio de equilibrio presupuestal: ingresos y gastos deben coincidir y si no coinciden, la diferencia se debe subsanar en el siguiente período presupuestal. La ley calla al respecto. Tampoco establece la ley que el fondo de imprevistos se alimente de los excedentes ni cubra las pérdidas, afirmaciones éstas aplicables a las sociedades en sus reservas, llamadas por la ley 675, fondo de imprevistos con un significado y un componente completamente diferentes. El equilibrio presupuestal debe ser adaptado a las propiedades horizontales y exigirse su cumplimiento.

c) *¿Qué es la Contabilidad presupuestal?*: esta contabilidad es aplicable a los sectores del Estado que funcionan con recursos de la Nación, no tienen patrimonio autónomo y la base de su funcionamiento es el presupuesto, que no es una simple herramienta, como ocurre en las sociedades. Los sectores de la Nación como salud, educación, defensa, etc., se asimilan a los sectores de las propiedades horizontales sectorizadas: -cada sector tiene su autonomía presupuestal, debe elaborar el presupuesto de ingresos y gastos (este mandato está implícito, no explícito, en el art. 31, ley 675)- y sus presupuestos conforman el presupuesto general de la Nación el cual debe ser aprobado por el Congreso, al igual que en las copropiedades la asamblea aprueba el presupuesto. Los sectores de las copropiedades deberían hacer sus presupuestos y presentarlos a la administración, al consejo y a la asamblea para su aprobación.

Los sectores y módulos constan en la ley 675, así:

ARTÍCULO 31. Sectores y módulos de contribución. Los reglamentos de propiedad horizontal de los edificios o conjuntos de uso comercial o mixto deberán prever de manera expresa la sectorización de los bienes y servicios comunales que no estén destinados al uso y goce general de los propietarios de las unidades privadas, en razón a su naturaleza, destinación o localización.

Las expensas comunes necesarias relacionadas con estos bienes y servicios en particular estarán a cargo de los propietarios de los bienes privados del respectivo sector, quienes sufragarán de acuerdo con los módulos de contribución respectivos, calculados conforme a las normas establecidas en el reglamento de propiedad horizontal.

Los recursos de cada sector de contribución se precisarán dentro del presupuesto anual de edificio o conjunto, conjunto de uso comercial o mixto y solo podrán sufragar las erogaciones inherentes a su destinación específica.

Estos sectores y módulos no tienen nada que ver con el patrimonio ni con la copropiedad. Son índices de participación en los gastos por el uso y goce de los bienes comunes. Los gastos y los ingresos se separan para cada uno de los sectores de la Nación por el uso y goce de los bienes de la Nación. Es muy posible que de los sectores de la Nación hayan surgido los sectores y módulos en los reglamentos de las copropiedades, de donde debieron pasar a la ley 675. Debe haber contabilidad presupuestal para los coeficientes de copropiedad, para cada sector y para cada módulo y su correspondiente resultado presupuestal: déficit o superávit por coeficiente de copropiedad y por cada sector y módulo.

d) *Los principios presupuestales que deben ser adaptados a las copropiedades y que son ordenados para los sectores estatales, son: universalidad, unidad de caja, de especialización, anualidad, inembargabilidad y equilibrio presupuestal.*

– *El principio de universalidad.*

Significa que en el presupuesto deben figurar todos los ingresos y todos los gastos.

Artículo 15, Decreto 111 de 1996: “Universalidad. El presupuesto contendrá la totalidad de los gastos públicos que se espere realizar durante la vigencia fiscal respectiva. En consecuencia, ninguna autoridad podrá efectuar gastos públicos, erogaciones con cargo al Tesoro o transferir crédito alguno, que no figuren en el presupuesto [...]”

Cabe resaltar lo sostenido por la Corte Constitucional que aclara su alcance, en el sentido de que éste parte de los gastos, no de los ingresos¹⁴.

Este principio está acorde con el art. 13 de la ley 675, que se refiere a la reconstrucción obligatoria del edificio o conjunto. Por totalidad de los gastos se considera en las propiedades horizontales la totalidad de los gastos de mantenimiento, reconstrucción y conservación del edificio o conjunto. Usualmente solo se presupuestan los gastos de mantenimiento, incumpliendo este principio presupuestal.

– *El principio de unidad de caja* no es aplicable a copropiedades sectorizadas o moduladas. Se establece este principio en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996:

Unidad de Caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el Presupuesto General de la Nación¹⁵.

14 Carvajal, Jorge Iván, Op. cit. pp. 93, 94.

15 Ídem, p. 95.

El principio de unidad de caja es válido al interior de cada sector, no al interior de la administración de una copropiedad sectorizada. Se aplicaría la unidad de caja para propiedades no sectorizadas en el sentido de que todos los excedentes y las pérdidas, todos los ingresos y todos los gastos, deben ser a favor de los copropietarios o deben ser cubiertos por ellos.

– *El principio de especialización*: Artículo 18, Decreto 111 de 1996: Especialización. Las apropiaciones deben referirse en cada órgano de la administración a su objeto y funciones, y se ejecutarán estrictamente conforme al fin para el cual fueron programadas. Artículo 345 constitucional, establece que: “(...) no se podrá transferir crédito alguno a un objeto no previsto en el respectivo presupuesto.

El Gobierno no puede utilizar partidas del gasto aprobadas por el Congreso para finalidad diferente a aquella para la cual ésta fue apropiada.

Usualmente no se respetan en las copropiedades las partidas presupuestales, ni siquiera los montos totales del presupuesto. Los administradores gastan sin consultar las partidas y sus conceptos aprobados por la asamblea, y los consejeros aprueban igualmente los gastos que consideran convenientes, tomándose uno y otros atribuciones que le son inherentes a la asamblea de copropietarios. Tampoco es usual que se presenten presupuestos separados por sectores (la ley no lo ordena expresamente como debió hacerlo, de conformidad con su artículo 31 que contiene implícito este mandato), cada uno de los cuales debe también tener el principio de especialización¹⁶. Solo es posible aplicar este principio si los edificios o conjuntos no se someten al Plan de Cuentas Único para Comerciantes sino que elaboran su propio plan de cuentas que les permita tener un control del gasto de cada una de las partidas presupuestales aprobadas por la asamblea¹⁷.

– *El principio de equilibrio presupuestal*

El artículo 2º del Decreto 4730 de 2005 estableció que los objetivos del sistema presupuestal, son: el equilibrio entre los ingresos y los gastos públicos que permita la sostenibilidad de las finanzas públicas en el mediano plazo, la asignación de los recursos de acuerdo con las disponibilidades de ingresos y las prioridades del gasto, y la utilización eficiente de los recursos en un contexto de transparencia¹⁸.

16 Ídem, p. 98.

17 Las propiedades horizontales no están obligadas al Plan Único de Cuentas para Comerciantes, como erróneamente lo orienta el Consejo Técnico de la Contaduría en sus orientaciones sobre la contabilidad en las propiedades horizontales, porque no son comerciantes ni están sujetas al Código de Comercio.

18 Carvajal Sepúlveda, Jorge Iván, Op. cit. p. 147.

Deben hacerse presupuestos de gastos que coincidan con los presupuestos de ingresos. El problema es que elaborando balances de tipo comercial no es posible hacer el presupuesto de ingresos, razón por la cual se hacen presupuestos de gastos que conducirán a un déficit o a un superávit, rompiendo el equilibrio presupuestal. O se exceden en los gastos o se proveen los recursos insuficientes para la buena marcha de la administración.

A estos principios, por jurisprudencia y doctrina, se les debe agregar *el principio de publicidad*¹⁹. La publicidad está ordenada usualmente en los reglamentos, en la ley no se considera. Ocurre cuando el reglamento ordena que tantos días antes de la asamblea el administrador debe enviar a cada propietario copia del balance y del presupuesto. Se envía usualmente el presupuesto de gastos, el de ingresos no, porque el balance de tipo comercial y patrimonial no permite elaborarlo.

Ninguno de los principios presupuestales antes analizados tiene aplicación en los entes mercantiles porque su finalidad es la ganancia, el incremento patrimonial, no el manejo presupuestal; para éstos, el presupuesto es solamente una herramienta de gestión. En cambio, en las propiedades horizontales, sin patrimonio propio, sí se debe dar cumplimiento a todos los principios presupuestales aplicables a los sectores de la Nación porque su función, al igual que en las copropiedades, es elaborar y ejecutar el presupuesto.

e) *¿Cómo obliga en la ley 675 la contabilidad mercantil?*

El artículo 57 de la ley 675 ordena que el revisor fiscal cumpla con la ley 43 de 1990 y las disposiciones que la modifiquen, adicionen o complementen.

Adiciona y complementa el artículo 6° de la ley 43 de 1990, el decreto 2649 de 1993, DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTABILIDAD GENERALMENTE ACEPTADOS EN COLOMBIA. Los legisladores de la ley 675 al parecer no sabían qué ordenaban en este artículo 57: realmente ordenaban la contabilidad de tipo mercantil, que es el contenido básico de este decreto. Pero también tiene este decreto artículos que son aplicables a la ejecución presupuestal y a los presupuestos.

A través de este artículo 57 quedaron los contadores de las propiedades horizontales, sujetos a las orientaciones del Consejo Técnico de la Contaduría y sometidos a la Junta Central de Contadores, como organismo disciplinario del Consejo Técnico. Estos dos entes tienen como función velar por el cumplimiento de la ley 43 y del decreto 2649 o principios de contabilidad generalmente aceptados, no aplicable en

19 Ídem, p. 85 a 113.

su totalidad a las propiedades horizontales, como explicaremos más adelante, sólo aplicable a entes con patrimonio. Pero, paradójicamente, estos dos entes obligan al cumplimiento de todos los artículos del decreto 2649, exceptuando solo los ajustes por inflación.

Este mandato de la ley 675 en su art. 57 es incompleto. Obliga la ley 43 de 1990 al revisor fiscal cuando debió consignarse que también obliga a todos aquellos funcionarios que participan de una u otra manera en la contabilidad, como son: el administrador, el contador y el revisor fiscal.

En la ley 675, estrictamente hablando, y con las precisiones antes anotadas, no se está contemplando otro patrimonio diferente al de los propietarios de los bienes privados en razón a su propiedad individual y a la propiedad común. La contabilidad de la propiedad horizontal no contempla el patrimonio de esta propiedad individual ni el patrimonio de los bienes comunes del edificio o conjunto. La copropiedad debe manejar la ejecución de los presupuestos de ingresos y de gastos, nada más. Por esto, el balance ordenado por el decreto 2649, por los reglamentos y por la ley 675, no tiene sentido. Debe ordenarse la ejecución del presupuesto, por ser la ejecución de una contabilidad de tipo presupuestal. Las copropiedades no deben elaborar el balance, o contemplar los elementos constitutivos del patrimonio ni llegar a conclusiones como: excedentes patrimoniales, patrimonio líquido, patrimonio como resultado de la relación activo-pasivo, etc. La ejecución presupuestal debe concluir si hubo o no déficit o superávit presupuestal, qué dineros adeudados se recibirán en el siguiente período presupuestal y cuáles deudas será necesario cancelar con el presupuesto siguiente de gastos. Todo esto para que el administrador pueda hacer el presupuesto de ingresos y gastos del siguiente período presupuestal y la ejecución presupuestal, ordenados en la ley 675.

En la ley 675 el patrimonio está conformado por el patrimonio de los propietarios privados, conformado por los bienes privados y por los bienes comunes, incluyendo todos los recursos patrimoniales entre los que se cuentan los bienes que figuren a nombre de la persona jurídica en la Oficina de Registro. Estos bienes registrados no deben ser contabilizados –como sí ocurre en la contabilidad de las empresas mercantiles–, porque distorsionaría la ejecución del presupuesto de una contabilidad de tipo presupuestal.

1.4 Semejanzas y diferencias entre la contabilidad patrimonial y la presupuestal

La contabilidad mercantil está contenida en el decreto 2649 o principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia. De este decreto no son aplicables los artículos referentes a los activos; a los pasivos; a los estados financieros; a la

contabilidad de causación²⁰; a las reservas o fondos patrimoniales; a las propiedades, planta y equipo; y a los artículos que de una u otra manera hacen referencia al patrimonio²¹.

Son de obligatorio cumplimiento, entre otros, los siguientes artículos del decreto 2649 que no hacen relación alguna al patrimonio, porque también se aplican a la contabilidad presupuestal. Colocaremos entre paréntesis los artículos de la ley 675 que los obligan:

Art. 9o. Período. El ente económico debe preparar y difundir periódicamente estados financieros, durante su existencia (Ley 675, art. 51, 1).

Art. 30. Estados de liquidación. Son estados de liquidación aquellos que debe presentar un ente económico que ha cesado sus operaciones, para informar sobre el grado de avance del proceso de realización de sus activos y de cancelación de sus pasivos (Ley 675, art. 12). Ese sería el único caso en el que sería pertinente un balance porque liquida el patrimonio de los copropietarios.

Art. 33. Estados financieros certificados y dictaminados. Son estados financieros certificados aquellos firmados por el representante legal, por el contador público que los hubiere preparado y por el revisor fiscal, si lo hubiere, dando así testimonio de que han sido fielmente tomados de los libros (Ley 675, art. 57). La figura del contador no existe en los reglamentos ni en la ley 675. Este parece ser el verdadero interés de la ley 675 al enunciar el contenido del art. 57 y la obligación del revisor fiscal de someterse a la ley 43 de 1990 que establece la certificación y el dictamen de los estados financieros, aunque en las copropiedades, por no tener patrimonio, tampoco hay estados financieros. Se debe hacer alusión, más bien, a la certificación y al dictamen de la ejecución presupuestal.

Art. 42. Cuentas de orden contingentes. Las cuentas de orden contingentes reflejan hechos o circunstancias que pueden llegar a afectar la estructura financiera de un ente económico (Son necesarias para poder hacer el presupuesto de ingresos ordenado en el art. 51, 1 y 4 y el art. 38, 2).

20 Nos apoyamos en diversos documentos aparecidos en Internet dando instrucciones sobre el proceso de causación, entre otros: *Instrucciones para el registro contable del proceso de causación, recaudo y consignación de los ingresos de la Nación y conciliación de saldos de operaciones reciprocas relacionadas*. Consultado en Julio de 2009 en www.sena.edu.co y otras páginas coincidentes en el tema.

Una cosa es la contabilidad de causación y otra es el registro contable del proceso de causación. El proceso de causación se usa en sectores estatales y la contabilidad de causación en entes comerciales.

21 Los artículos no pertinentes, son: 14, 22, 34/ 37, 48, 54, 64, 87, 90, 91, 93, 115,

Art. 52. Provisiones y contingencias. (...) contingencias de pérdidas probables (...), cuando sea necesario de acuerdo con las normas técnicas. Las provisiones deben ser justificadas, cuantificables y confiables. Una contingencia es una condición, situación o conjunto de circunstancias existentes, que implican duda respecto a una posible ganancia o pérdida por parte de un ente económico, duda que se resolverá en último término cuando uno o mas eventos futuros ocurran o dejen de ocurrir. Se aplica fundamentalmente para la cartera que se considere irrecuperable.

Las contingencias pueden ser probables, eventuales o remotas (son necesarias para poder hacer el presupuesto de ingresos ordenado en el art. 51, 1 y 4 y art. 38, 2). Las contingencias también deben acatarse en la contabilidad presupuestal.

Art. 62. Cuentas y documentos por cobrar. Las cuentas y documentos por cobrar representan derechos a reclamar efectivo u otros bienes y servicios, como consecuencia de préstamos y otras operaciones a crédito (Las cuentas y documentos por cobrar forman parte del presupuesto de ingresos del siguiente período presupuestal, ley 675 art. 51, 1 y 4 y art. 38, 2).

Art. 76. Obligaciones laborales. Las obligaciones labores pendientes de cancelar formarán parte del nuevo presupuesto de gastos, art. 51, 1 y 4 y art. 38, 2.

Art. 81. Contingencias de pérdidas. Con sujeción a la norma básica de la prudencia, se deben reconocer las contingencias de pérdidas en la fecha en la cual se conozca información conforme a la cual su ocurrencia sea probable y puedan estimarse razonablemente. Tratándose de procesos judiciales o administrativos deben reconocerse las contingencias probables en la fecha de notificación del primer acto del proceso (Las contingencias de pérdidas ocurren en las propiedades horizontales acordes con la ley 791 de 2002 que establece la prescripción para procesos ejecutivos, son necesarias para establecer el presupuesto de ingresos, ley 675, art. 51, numerales 1 y 4 y art. 38 numeral 2).

Art. 106. Reconocimiento de errores de ejercicios anteriores. Las partidas que correspondan a la corrección de errores contables de períodos anteriores, provenientes de equivocaciones en cálculos matemáticos, de desviaciones en la aplicación de normas contables o de haber pasado inadvertidos hechos cuantificables que existían a la fecha en que se difundió la información financiera, se deben incluir en los resultados del período en que se advirtieron (Si los balances tienen activos y patrimonio y presentan depreciaciones acumuladas, o déficit y superávit acumulado, es preciso reconocer los errores para adaptar la contabilidad a la ley 675).

Art. 110. Registros en las cuentas de orden. ...4. Las cuentas de orden no pueden emplearse como un sustituto para omitir el registro de pérdidas contingentes que de acuerdo con las normas técnicas pertinentes exigen la creación de provisiones (El registro de pérdidas contingentes por cartera irrecuperable debe llevarse al gasto y, si por alguna razón, entran esas cuotas de administración a las arcas de la urbanización, éstas deben contabilizarse como ingresos extraordinarios. Esto es necesario en toda contabilidad mercantil y presupuestal. Usualmente no se cumple en las propiedades horizontales).

Art. 114. Notas a los estados financieros. Las notas, como presentación de las prácticas contables y revelación de la empresa, son parte integral de todos y cada uno de los estados financieros. Las mismas deben prepararse por los administradores (Ley 675, art. 51, 5). Es costumbre que en las propiedades horizontales los contadores asuman la responsabilidad de la contabilidad, no la explican a los administradores y presentan los informes a los consejos y a las asambleas porque los administradores no son partícipes de estos documentos. Aunque los contadores llevan la contabilidad bajo la responsabilidad de los administradores, ordenado por la ley 675 y por el decreto 2649, se consideran funcionarios autónomos. Estrictamente no hay estados financieros porque no hay patrimonio, lo que hay es ejecución presupuestal.

Art. 122...De las normas sobre registros y libros... Art. 124. Comprobantes de contabilidad... Art. 125. Libros.. Art. 128. Forma de llevar los libros.... En los libros esta prohibido... (Obliga a este artículo la ley 675 a través del art. 57 que remite a este decreto 2649) Sobre la forma de llevar los libros la ley 1314 de 2009 autoriza llevar los libros por medios electrónicos.

Art. 130. Libro de accionistas y similares. Art. 131. Libros de actas (Ley 675. art. 51 funciones del administrador, 2.: Llevar directamente o bajo su dependencia y responsabilidad, los libros de actas de la asamblea y de registro de propietarios y residentes, (...)).

El Consejo Técnico de la Contaduría emite orientaciones y conceptos sobre el modo de llevar la contabilidad, sujetándose a todos los articulados del decreto 2649 pues para esto fue creado. Para la ley 675 ha emitido las orientaciones 03, 07, 010, 02 y 02 corregida, esta última de mediados de 2008. Para explicar la contabilidad en las propiedades horizontales establece este Consejo sus propias definiciones cambiando las definiciones de la ley, creando otras nuevas y omitiendo las que no considera pertinentes. Es decir, modifican el texto de la ley 675 redactándola de otra manera para someter a las propiedades horizontales a la contabilidad mercantil. Lo que nos preocupa es que siendo evidente la falta de comprensión de las leyes y su pertinencia, se le atribuya a este Consejo la facultad de ser el organismo central

para adaptar el decreto 2649 a las normas internacionales de contabilidad, como se expresa en la ley 1314 de 2009.

Expresa el Consejo Técnico en todas sus orientaciones que se refiere a las propiedades horizontales y a las unidades inmobiliarias cerradas demostrando su no comprensión de la ley 675. Esta afirmación fue cierta desde la promulgación de la ley 428 de 1998 hasta la expedición de la ley 675 de agosto de 2001. A partir de agosto del año de 2001 quedó derogada la ley 428 y se expidió la ley 675 que cobija a todas las propiedades horizontales que se hayan sometido a la ley de propiedad horizontal, incluyendo las propiedades horizontales cerradas que hayan decidido someterse a este régimen.

Igualmente, establecen erradamente el patrimonio de la persona jurídica, y orientan sobre depreciaciones, activos, etc. Dicen equivocadamente que las propiedades horizontales están sometidas al Código de Comercio y al Plan de Cuentas Único para Comerciantes²² y que deben llevar una contabilidad de causación²³. Al final de cuentas, desconocen cuándo una ley es pertinente, desconocen la contabilidad presupuestal y desorientan e inducen a errores que ocasionan daño a las propiedades horizontales, impiden dar cumplimiento a la ley 675 y desconocen la carencia de patrimonio en las propiedades horizontales.

2. CONCLUSIONES

Dice la ley 675: a) Los bienes comunes son inembargables porque no podrá haber embargo con relación a los bienes comunes separadamente del piso o departamento a que acceden, b) en las propiedades horizontales solo hay bienes comunes y bienes privados, c) el derecho o patrimonio de todos los bienes está en cabeza de todos los copropietarios, d) los bienes comunes son indispensables para el uso y goce de los bienes privados, e) la propiedad horizontal es una forma especial de propiedad, f) las propiedades horizontales son de naturaleza civil, sin ánimo de lucro, g) las propiedades horizontales no tienen los elementos de los balances h)

22 Este Plan de Cuentas Único para comerciantes se expidió en el decreto 2650 de 1993 y es obligatorio para las entidades que se inscriban en las Cámara de Comercio y no tengan planes de cuentas especiales expedidos por el Gobierno. Es claro que las propiedades horizontales no están dentro de estas categorías. Por no haber expedido el Gobierno un plan de cuentas para las propiedades horizontales, ellas deben elaborar su propio plan de cuentas de tal manera que les permita elaborar el presupuesto de ingresos y gastos generales, por sectores y por coeficientes de copropiedad, ordenados por esta ley y por los reglamentos.

23 Las entidades oficiales llevan su contabilidad por el principio de causación, diferente a la contabilidad de causación obligatoria para entes con patrimonio.

las copropiedades no están sujetas al Código de Comercio, ni al estatuto tributario; no se acogen a las pautas contables para las microempresas, no se inscriben en las Cámaras de Comercio ni en la Dian, se inscriben en las alcaldías, no existe ente que registre sus libros, no se requiere –podría registrarlos el administrador como se estipula para las entidades públicas²⁴, i) la propiedad horizontal no es embargable ni responsable, j) los órganos de administración de la propiedad horizontal no tienen responsabilidad específica estipulada en la ley, k) las propiedades horizontales no tienen patrimonio, no tienen activos ni pasivos, ni depreciaciones; no deben cumplir el Plan de Cuentas Único para Comerciantes ni la contabilidad de causación²⁵, l) los bienes comunes son: bienes muebles, inmuebles por adhesión o por adherencia, esenciales, no esenciales, bienes comprados, desafectados, donados o recibidos como dación en pago, construidos por la administración, cuentas bancarias, títulos de capitalización, CDTes, etc., m) las propiedades horizontales están sometidas a la ley de propiedad horizontal y a sus reglamentos²⁶, n) del concepto

-
- 24 En este sentido en el Plan General de la Contaduría Pública PGCP, Resolución 400 de 2000, se estableció un procedimiento especial para registrar los libros principales de las entidades públicas. En efecto, en su numeral 1.2.7.2 se ha previsto expresamente que los libros principales “...deben registrarse mediante la elaboración de un acta de apertura que se suscribirá por el representante legal del ente público, la cual debe quedar inserta en el primer folio de los libros o en el primero que se encuentre hábil. Este requisito es indispensable para iniciar válidamente el proceso de contabilización de las operaciones”. Consultado en http://www.edileyer.com/index.php?option=com_content&view=article&id=584:empresas-industriales-y-comerciales-del-estado&catid=2:noticias-juridicas. En agosto de 09.
- 25 Por el contrario, las orientaciones del Consejo Técnico de la Contaduría expresan que las propiedades horizontales: a) se inscriben en la Cámara de Comercio y en la Dian, b) están sometidas al Estatuto Tributario, c) se acogen a las normas contables para microempresas, d) deben llevar su contabilidad sujetas a la contabilidad mercantil, e) tienen patrimonio, f) se someten al estatuto anticorrupción y g) el presupuesto solo es una herramienta de gestión. Orientan la elaboración de la contabilidad en las propiedades horizontales estableciendo sus propias definiciones de la ley, cambiando las definiciones a las que se acogen y suprimiendo todas las definiciones de la ley que riñen con la contabilidad, el presupuesto y la responsabilidad mercantil, como lo expresan en las orientaciones de 2008: 3. **ORIENTACIÓN: 3.1 GLOSARIO: Con base en lo dispuesto en la Ley 675 de 2001 y demás normas que la complementan, adicionan o aclaran y para facilitar la comprensión de este documento, se consideran como definiciones de los términos en él utilizados, los siguientes:** Las implicaciones de los anteriores errores llevan a que su organismo sancionador, la Junta Central de Contadores, sancione a los contadores que buscan acogerse a la ley 675 y exima de cargos a los funcionarios que al elaborar la contabilidad de las propiedades horizontales, se acogen a la contabilidad mercantil y violan la ley 675 e incumplen los reglamentos internos.
- 26 El acta 02 de la exposición de motivos de la ley 675 dice: **La conveniencia de este sistema es evidente: La ley de manera imperativa traza los parámetros claros de la propiedad horizontal (...)** p. 3. Esta afirmación coincide con la sentencia 738 de 2002, que reiteradamente se refiere a los artículos de la ley que tienen fuerza imperativa o de orden público y a aquellos que no tienen tal fuerza imperativa porque corresponden a contenidos reglamentarios. En la página 24 dice así: **Como puede apreciarse, nuevamente el legislador adopta una fórmula imperativa o de orden público, al fijar un límite superior al quórum decisorio (...)**. En general, la ley se redactó, con excepción de pocos artículos, con fuerza imperativa lo cual significa que por ser la ley 675 una ley de orden público no tiene que respetar derechos adquiridos por acuerdos sujetos a

de contabilidad presupuestal surge la inembargabilidad del presupuesto, porque la teoría presupuestal lo contempla como un principio y porque embargando el presupuesto colapsaría la propiedad horizontal²⁷, y se embargaría un bien común que por ministerio de esta ley es inembargable, ñ) si llegaren a embargarse los bienes comunes sería inviable el uso y goce de la propiedad privada, sería inviable la propiedad horizontal y lo que pretende esta ley es garantizar la viabilidad y la solvencia económica y permanencia de las propiedades horizontales.

Se debe crear la responsabilidad de las propiedades horizontales utilizando para ello los mecanismos que crean la responsabilidad en los sectores de la Nación. Es indispensable que el Estado se preocupe por legislar sobre muchos aspectos de la propiedad horizontal que aún están sin resolver. Es de vital importancia regular con pormenores el modo de llevar la contabilidad en las propiedades horizontales para que sea posible elaborar el presupuesto de ingresos y el presupuesto de gastos ordenado por esta ley 675 y por los reglamentos y establecer unas cuotas de administración justas para los copropietarios y que permitan reconstruir continuamente el edificio o conjunto.

Se requiere una Superintendencia de Propiedades Horizontales que sirva de organismo regulador y sancionador por el incumplimiento de la ley 675 y de los reglamentos, porque esta forma especial de propiedad no está sujeta al Código de Comercio, al Consejo Técnico de la Contaduría, ni a su organismo sancionador la Junta Central de Contadores. El juzgamiento de la Junta Central de Contadores a los profesionales que laboran en las propiedades horizontales lleva a que se sancione a los contadores que buscan dar cumplimiento a la ley 675, en cambio, a los que violan la ley, pero aplican el decreto 2649, no los sancionan.

Solo es posible comprender la ley 675 estudiando su articulado y sus referencias, olvidándose del concepto mercantil de patrimonio y de su persona jurídica, entendiéndola como una forma especial de copropiedad que no ha terminado de inventarse.

legislaciones anteriores a no ser que así lo manifieste expresamente el legislador. En conclusión, la ley 675 sí es de obligatorio cumplimiento y vencido el plazo legal para reformar los reglamentos, el contenido de la ley se considera incorporado a los mismos.

- 27 El decreto 111 de 1996, que es una compilación de las leyes que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto, establece en su artículo 18 que **son inembargables las rentas incorporadas en el Presupuesto General de la Nación, así como los bienes y derechos de los órganos que lo conforman**. De tal manera que la inembargabilidad no solo se refiere en las copropiedades a las cuotas de administración. También serían inembargables los bienes, dado que al estudiarse “el presupuesto público” es claro el traslado de éste se puede hacer a las propiedades horizontales por ser entidades carentes de patrimonio autónomo. Esta es la razón para que se les aplique la contabilidad presupuestal con todas sus implicaciones, mas no la contabilidad patrimonial.

No conocemos ley de propiedad horizontal de otro país que haga una referencia explícita a la responsabilidad y embargabilidad de los bienes de la propiedad horizontal. Nuestra investigación nos lleva a afirmar que la ley 675 expedida en Colombia es la ley de propiedad horizontal más completa expedida hasta el momento, de acuerdo a los textos que se pudieron consultar.

No se encontró documento contable específico de obligatorio cumplimiento para las propiedades horizontales, ni en Colombia ni en otros países, surgido de la inexistencia de patrimonio en esta forma especial de propiedad, la propiedad horizontal. Los comerciantes tienen el Código de Comercio y los sectores públicos tienen todo un andamiaje legal para su funcionamiento. Las propiedades horizontales se encuentran en medio de los dos, pero requieren un tratado completo y coherente y un ente que rija a la propiedad horizontal y sancione a los órganos de administración.

En Internet aparecen numerosas orientaciones sobre la contabilidad en las propiedades horizontales, todas equivocadas porque asimilan las propiedades horizontales a las sociedades y les asignan un patrimonio inexistente. Serían, entre otras: Actualícese.com., Gerencie.com., las orientaciones del Consejo Técnico de la Contaduría y respuestas a consultas, y artículos de la **“Guía Contable para la Propiedad Horizontal”**²⁸. Esta publicación es editada por la Federación Colombiana para la Propiedad Horizontal. Esta Federación ha escrito muchos artículos en el medio impreso del Instituto de la Participación y Acción Comunal²⁹. Como puede observarse, hay desorientación en el manejo contable de las propiedades horizontales.

Acaba de expedirse la ley 1314 de 2009, que busca reemplazar el decreto 2649 por una ley que acoja las normas internacionales de contabilidad. En ella se expresa en la página 1:

a: Las facultades de intervención establecidas en esta Ley no se extienden a las cuentas nacionales, como tampoco a la contabilidad presupuestaria, a la contabilidad financiera gubernamental, de competencia del Contador General de la Nación, o la contabilidad de costos.

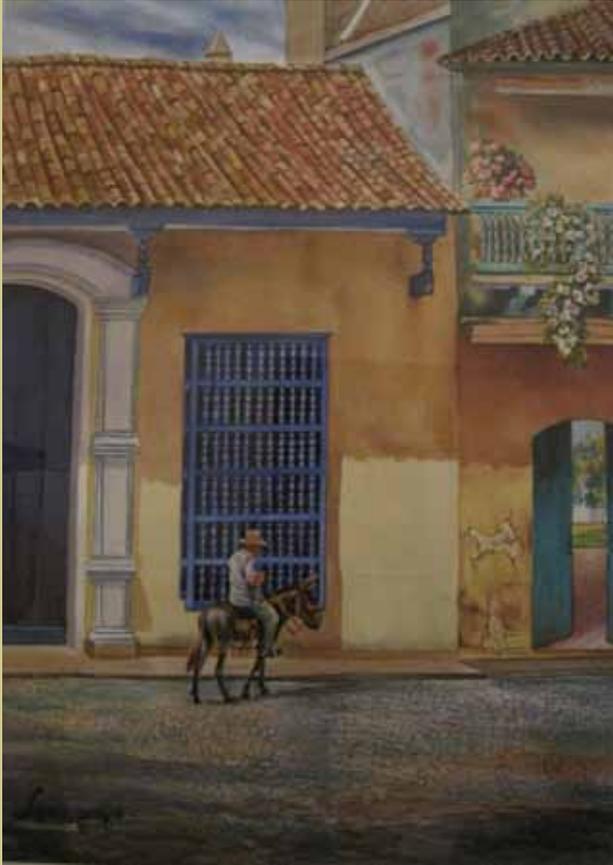
Imposible saber si con la afirmación **como tampoco a la contabilidad presupuestaria** se refieren a las propiedades horizontales. Ojalá sea así, porque sería un

28 Barrientos Estrada, María Sonia. Guía Contable para la Propiedad Horizontal. Aparece en Internet su síntesis en la Conferencia *La Contabilidad en la Propiedad Horizontal* el 15/08/2006 en www.aplegis.com/.../ContabilidadPropiedadHorizontal.pdf - Similares Este texto recomienda la contabilidad de tipo mercantil y se somete a la Orientación 07 del Consejo Técnico de la Contaduría que, como ya dijimos, parte de su propia redacción de la ley 675. Es el único libro encontrado referente exclusivamente a este tema.

29 Puede consultarse en <http://modulo2.participacionbogota.gov.co/idpac/> (acceso: abril 2009).

desastre que el Consejo Técnico de la Contaduría llegara a orientar cómo deben adaptarse las propiedades horizontales a las normas internacionales de contabilidad.

Es de lamentar la conclusión a que se puede llegar: las propiedades horizontales por no conformar un poder económico dentro del Estado y no tener organismos que representen y defiendan sus intereses, se encuentran a la deriva y sin protección estatal que regule su cabal funcionamiento y su responsabilidad y, por ser una forma especial de copropiedad sin patrimonio propio, quienes ven lesionados sus intereses por actuaciones de los órganos de administración de la persona jurídica de las copropiedades, no tienen los medios para exigir sus derechos por la carencia de responsabilidad de la propiedad horizontal.



Autor: Luis Mario Marín Cadavid
Título: Paseando por Cuba
Técnica: Acuarela
Dimensiones: 76 x 56

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO Y DEBERES DE GASTO*

* Este artículo contiene los resultados finales de la investigación “Aplicación de la acción de cumplimiento respecto de normas que establecen gastos”, aprobada y financiada por el Comité Técnico de Investigaciones de la Universidad de Antioquia, como proyecto del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la misma Universidad. Participaron, además, como co-investigadores, los profesores Ana Victoria Vásquez Cárdenas, Marta Nubia Velásquez Rico y Luquegi Gil Neira. Y, en calidad de estudiantes, Donna Samanta Merchán Zapata, Nidia Cristina Montoya Restrepo y Aleidy Flórez Bedoya.

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO Y DEBERES DE GASTO

*Adriana María Restrepo Ospina***

RESUMEN

La acción de cumplimiento busca obligar a las autoridades que se niegan a cumplir las leyes y actos administrativos hacerlo. Esto es importante dadas las particulares atribuciones de poder público que desempeña el Estado. El artículo 87 de la Constitución regula esta figura, y la Ley 393 de 1997 la desarrolla. Ésta, en el párrafo de su artículo 9, establece la improcedencia de dicha acción frente a normas que establezcan gasto. La Corte Constitucional consideró ajustada a la Constitución tal restricción y el Consejo de Estado, en algunas de sus providencias, ha sostenido que, por limitar un mandato constitucional, la misma sólo procede frente a normas que ordenen la inclusión de nuevos gastos en el presupuesto, pues estando apropiados y con certificados de disponibilidad y registro presupuestal, la entidad ya no tiene discrecionalidad para decidir el gasto. Por tal debate, y dado el consenso sobre la existencia de potestades discrecionales en materia presupuestal, es necesario un análisis detallado tendiente a delimitar su marco normativo, especialmente en materia de gasto público.

Palabras clave: Estado de Derecho, obligaciones estatales, cumplimiento de las normas jurídicas, Acción de Cumplimiento, potestades discrecionales.

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO*** AND OBLIGATIONS OF EXPENDITURE

ABSTRACT

Acción de cumplimiento looks for force to the authorities who refuse to obey the laws and administrative acts to do it. This is important considering the particular attributions of public power. The article 87 of the Constitution regulates this concept, and the Law 393 of 1997 develops it. In the paragraph of its article 9; it establishes the impossibility of application of the said action when it comes about norms that establish expenses. The Constitutional Court considered in accordance to the Constitution such restriction and the State Council****, in some of its decisions, has supported that, because it limits a constitutional norm, this is admissible only if it comes about norms that order the inclusion of new expenses in the budget, because being appropriated and with availability certificates and budgetary register, the entity doesn't have discretionary to decide the expense. Because such a debate, and given the consensus about the existence of discretionary authority in budgetary subject, it is necessary a detailed analysis aiming to delimit its normative framework, especially in public expensive subject.

Keywords: Rule of law, States obligations, compliance of the legal norms, Acción de Cumplimiento, discretionary authority.

** Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

*** The "acción de cumplimiento" is a special type of action in Colombia, in which somebody can ask to the Judge to order the execution of a law or an administrative act. Look at the article 87 of the Colombian Constitution.

**** This is the name that receives one of the high courts in Colombia, which is the organ that resolves conflicts about the public function.

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO Y DEBERES DE GASTO

INTRODUCCIÓN

En épocas como la actual, cuando la discusión sobre las obligaciones de las autoridades públicas parece estar determinada teórica e históricamente de forma clara desde hace más de 200 años, hablar de la acción de cumplimiento aparece como una tarea inocua, pues parece obvio que la obligación de cumplimiento de las normas jurídicas por parte del Estado es un imperativo histórico superado, gracias a la implementación en occidente de los denominados “Estados de Derecho”, luego mutados a Estados Constitucionales, o Sociales de Derecho, tal como sucede en Colombia con la Carta constitucional de 1991.

Sobre el Estado de Derecho parece haberse ya dicho bastante. Que el principio de legalidad es el instrumento mediante el cual se materializa, y que a través de él los agentes del poder público deben ajustar sus actuaciones a los mandatos del derecho. Y, en este contexto, que la acción de cumplimiento se inserta como mecanismo jurisdiccional necesario para hacer efectivos los mandatos de la ley y de los actos administrativos.

Si a esto se le suma un cierto consenso sobre el postulado según el cual la acción de cumplimiento ha perdido toda su eficacia material, gracias a las interpretaciones hechas por las Altas Cortes al parágrafo del artículo 9 de la ley que la regula, parece aún más innecesario abordar como problema de investigación jurídica tal figura. Sin embargo, y precisamente a la luz de esos acontecimientos, se hace necesario replantear tal acción, al menos desde dos puntos de vista: uno teórico-filosófico, que permita ubicarla en un contexto justificativo y teórico jurídico. Otro práctico, que posibilite una revisión detallada de los usos que las Altas Cortes le han dado en el país y de las principales líneas argumentativas en que los sustentan.

1. ESTADO DE DERECHO Y ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

La premisa máxima con la cual surge el concepto moderno de Estado, consiste en el compromiso de sometimiento de todos los sujetos del Estado a la normatividad jurídica. Exigencia dirigida, principalmente, a someter a las autoridades al impe-

rio de la ley, como garantía de salvaguarda de los derechos del sujeto humano. El desarrollo histórico de este modelo permitió consolidar el Estado Social de Derecho, que torna como postulado fundamental del Estado los intereses de los administrados, especialmente en asuntos sociales o colectivos, uno de los cuales se materializa en la renovada exigencia de que el Estado garantice el efectivo cumplimiento de las normas que regulan el actuar de todos los asociados, más aún cuando se trata de la salvaguarda de los derechos y garantías.

En esta concepción se establece una especial relación ciudadano-Estado: éste sólo se justifica como protector de los derechos de aquéllos y, por tanto, los límites de su actuación serán esos mismos derechos. El Estado Social, a pesar de integrar nuevos propósitos y funciones, no representa una renuncia a la estructura funcional y justificativa propia del Estado de Derecho: la legalidad y el consecuente sometimiento del Estado al ordenamiento jurídico. De este modo, el principio de legalidad sirve para sostener la afirmación fundacional del Estado moderno: al ciudadano le está permitido realizar todo lo que no le esté expresamente prohibido, lo que se enuncia en la noción de *capacidad*; por su parte, al Estado le está prohibido todo, salvo lo que le esté expresamente permitido en la ley, principio que se denomina *competencia*. Siendo así, todas las actividades estatales deberán estar autorizadas previamente en el ordenamiento jurídico; esto explica una cara de la relación Estado-Derecho, que tiene como contrapartida la obligación de acatarlo.

Así, en un Estado sometido a la legalidad, las leyes y actos administrativos son producto de atribuciones jurídicas de poder, que se asignan mediante competencias concretas; y que por ello, comportan la obligación de ejecución. El Estado debe velar por el cumplimiento del orden jurídico: aplicando sanciones, asignando ventajas, ejecutando los contenidos de las normas jurídicas. Es ésta su principal vocación: las normas se expiden para ser aplicadas, ejecutadas; la finalidad legítima de su expedición es, precisamente, su cumplimiento. Y de ello no están exentos los órganos o sujetos estatales.

Puede decirse, respecto del cumplimiento y en una aproximación muy general, que el derecho se acata de dos formas: por voluntad o por la fuerza. Distinción que omite los matices necesarios para determinar en concreto dicho cumplimiento, y los debates teórico-filosóficos sobre la eficacia jurídica, pero que en este caso son prescindibles. Otra distinción muestra que el derecho lo cumplen el Estado y los particulares. Y, si se pregunta qué implicaciones se derivan de la noción de cumplimiento, se verá que tanto los particulares como el propio Estado pueden cumplir el derecho, en primer lugar, voluntariamente, caso en el cual acudiendo a Kelsen, se

encontraría el nivel ideal de eficacia¹: en esta situación de total cumplimiento de los mandatos del derecho se hace innecesaria la imposición de sanciones.

En segundo lugar, el derecho se cumple coercitivamente. Frente al desacato al derecho procede: a) la imposición del cumplimiento de los contenidos de las normas de manera forzosa, ejecutiva; b) la aplicación de las consecuencias establecidas en las normas para el caso de su violación, por parte principalmente de las autoridades judiciales, mediante sentencias que impongan medidas de carácter sancionatorio, resarcitorio o indemnizatorio y c) en caso de que el destinatario de la sanción o ejecución estatal se niegue a aceptarla, será posible ejercer entonces la coercibilidad contemplada en el derecho².

Frente al cumplimiento voluntario procede preguntarse si en un Estado sometido a derecho existe arbitrio estatal frente a la decisión de acatar o no lo contenido en las normas. A primera vista, la respuesta parece ser un rotundo no. Hay que recordar que lo que opera frente a tal tipo de Estado es una prohibición general, derivada del principio de legalidad: la competencia. Esta pregunta hace necesaria la reflexión en el ámbito de las competencias, puesto que es posible encontrar asignaciones de éstas que contienen potestades de obligatorio cumplimiento por parte de su titular, como la administración de justicia, y atribuciones que se entienden como potestades discrecionales. Y aquí el análisis tiene que hacerse de manera mucho más detallada. Esta problemática se abordará en lo que respecta a la acción de cumplimiento relativa a normas sobre gasto.

En principio, entonces, el cumplimiento del derecho es exigible de todo aquél que lo produce, incluyendo al propio legislador. Como se evidencia en el caso del contrato, atribución propia de legislación singular para el ciudadano. El que hace las normas es el primer obligado a cumplirlas. De eso se trata precisamente un Estado de Derecho. En esta lógica, se torna incomprensible la sola posibilidad de exceptuar del cumplimiento de su voluntad creadora de derecho a las autoridades públicas. Eso significa, en términos políticos, un retroceso radical a una situación social previa al Estado de Derecho, en la cual la autoridad del poder ejecutivo,

1 KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Trad. José J. Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986, p. 25.

2 De esta última manera de imponer el derecho, frente a los particulares, habrá que excepcionar lo contenido como mandato de los actos administrativos, pues dada su fuerza ejecutoria, se entiende que una vez se encuentran en firme son ejecutables directamente por la propia administración, sin necesidad de recurrir al procedimiento judicial. Esta consideración obliga a entender que, en los casos en los cuales la obligación emanada del acto recaee sobre la propia administración, se hace aún más obligatorio el cumplimiento voluntario para las autoridades, quienes en última son las directas encargadas de la ejecución.

centralizador de todos los demás poderes públicos, se hacía incuestionable, en virtud de que se entendía titular de la soberanía.

2. LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Como ya se enunció, la acción de cumplimiento, de carácter jurisdiccional, parte del postulado de violación del deber de acatar las normas³. Un punto relevante de esta acción es que involucra la eficacia de las normas. Y esta figura puede a su vez abordarse desde un presupuesto previo: la vigencia; el momento en el cual una norma empieza a regir, a ser obligatoria frente a sus destinatarios. En el caso de la ley, la vigencia u obligatoriedad surge, en los modelos legislados de derecho, con la publicación de la norma, ya sea aplicando la regla general de vacancia legislativa, o por la aplicación del término preceptuado directamente en la misma. Frente al acto administrativo, el Código Contencioso Administrativo habla de su notificación, cuando el contenido del acto es particular, o de la publicación, si es general.

Ahora, tratándose de leyes o actos administrativos cuyo destinatario es la propia administración o las autoridades o particulares que desempeñen función administrativa, no se entiende por qué tales actos o leyes no sean exigibles a partir de la iniciación de su vigencia, como sucede con los demás actos normativos del sistema jurídico, o con estos mismos actos, cuando se dirigen a los particulares.

A la ley que obliga al Estado le son aplicables exactamente iguales criterios que aquellos que vinculan a los particulares: su vigencia determina el inicio de su obligatoriedad. Por su parte, al acto administrativo le son aplicables, en principio, requisitos distintos. Ello, dadas las características de presunción de legalidad y ejecutividad propias de éstos, que los hacen obligatorios frente a los particulares, aún de manera más directa y que, no se ve por qué razón no lo sean cuando su destinatario es la propia administración pública, como cuando establecen gasto.

Frente al incumplimiento, es importante clarificar cuándo es obligatorio el mandato contenido en una ley o un acto administrativo que vincula a la administración pública como destinataria. Y habrá que concluir, como lo han hecho la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, que esto sucede cuando tales instrumentos normativos contienen una obligación clara, expresa y actualmente exigible, que

3 Merece resaltarse que, cuando se trata de obligar al Estado a cumplir el derecho, es el Estado mismo el encargado de hacerlo. Esta discusión se plantea, frente a la garantía de los derechos, no frente a la garantía del derecho, en: CAPELLA, Juan Ramón, *Fruta Prohibida*. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado. Madrid, Trotta, p. 115.

se pueda predicar en cabeza del accionado. En este caso, es procedente la acción de cumplimiento, con el propósito de compulsar a la autoridad a que cumpla con su obligación.

En esta situación la vía procesal es la del cumplimiento de la obligación, pues no es dable pensar que la administración pueda excusarse del cumplimiento de los actos emanados de su voluntad, tratándose de la ley, por ser ejercicio de soberanía popular, y tratándose del acto administrativo, por ser expresión unilateral de su propia voluntad, dirigida finalísticamente a la protección del interés general y la garantía de los derechos de los ciudadanos.

Ahora, además del cumplimiento de una obligación cabe otra opción jurídica: la indemnización de perjuicios. Ésta procede como potestad del acreedor, no del obligado, para excusar al deudor del cumplimiento debido y reclamar perjuicios. Es más, también podría excusarlo del pago de éstos. Esta posibilidad jurídica existe con toda legitimidad en el ámbito del derecho privado, que se encuentra gobernado por el principio de autonomía de la voluntad. Este último se justifica, desde la teoría política, gracias al principio de soberanía popular, y desde la teoría jurídica, en virtud del principio de legalidad, al establece como cláusula general la libertad a favor del ciudadano.

Cuando se trata del Estado, la situación es la opuesta. El principio de soberanía establece cuál es el límite y la dimensión social de lo que significa el Estado: un medio para ciertos fines; estos coinciden en la protección del ser humano, a cuyo servicio se encuentra el Estado y por quien adquiere justificación de ser. Y el principio de legalidad, al establecer la prohibición como principio frente al Estado, le niega libertad desde el origen y determina como ámbito exclusivo de su accionar la esfera de competencias, que no son sólo autorizaciones de acción sino, especialmente, fuente de obligaciones para el Estado.

También desde la dogmática administrativa, se entiende la acción estatal como una posibilidad limitada desde su origen: los principios que gobiernan las finalidades estatales, los que orientan la función pública y la función administrativa, son clara muestra de la justificación finalista del Estado, quien está instituido para: servir *“a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”* (Art. 2 C.N)

Ahora, desde el punto de vista de la responsabilidad del funcionario, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto 1.637, del 12 de mayo de 2005, con ponencia del Dr. Enrique José Arboleda Perdomo, sostuvo respecto de la acción de cumplimiento:

“El incumplimiento del deber legal de transferencia por parte de los municipios en favor de las corporaciones autónomas, puede generar eventualmente la consiguiente responsabilidad para los servidores públicos, ya sea patrimonial por los intereses y demás perjuicios que puedan causarse al Tesoro Público (Art. 45 decreto 111 de 1996), la fiscal por la demora injustificada en la cancelación de compromisos, estando disponibles los fondos (parágrafo Art. 112 ibídem), disciplinaria por autorizar, ordenar o utilizar indebidamente rentas que tengan una destinación específica en la Constitución o en la ley (Art. 48.20 ley 734 de 2002 -Código Disciplinario Único-) o penal a que haya lugar -peculado por aplicación oficial diferente o por no consignar oportunamente tasas recaudadas- (artículos 399 y 402 del Código Penal).

En esta lógica, tratándose de normas que establezcan gasto, se encuentran dos posibles situaciones: la existencia de una potestad discrecional y la existencia de requisitos especiales que afecten la exigibilidad de la obligación. Frente a las leyes que contemplan gasto, se puede aceptar una discrecionalidad relativa del gobierno, que se concreta en la posibilidad de establecer prioridades de gasto para su inclusión en la Ley de Apropriaciones, según el estatuto presupuestal, como se verá más adelante. Ahora, ¿existe una potestad discrecional, en cabeza de la administración, que le permita decidir libremente qué gastos de los aprobados en el presupuesto de la entidad ejecuta y cuáles no?

Para responder, habrá que consultar los requisitos de los actos del presupuesto, así como las potestades de cambio de destinación o modificación de las partidas presupuestales. Esta cuestión se torna importante dada la interpretación hecha por la Corte Constitucional y, en gran parte, legitimada por el Consejo de Estado respecto de la procedencia de esta acción cuando se persigue el cumplimiento de normas que establezcan gasto. Como se mostrará, de semejante interpretación se deriva la particular conclusión de que ciertos actos –los que consagran gasto– carecen por completo en Colombia de la posibilidad de ejecución forzosa de sus mandatos, excepción que parece a todas luces desproporcionada y, peor aún, que se encuentra sin una debida justificación.

Para observar, a la luz de lo dicho, y sobre la base de los criterios justificativos del Estado, establecidos desde la perspectiva teórica y abordados de manera esquemática en los apartes precedentes, procede ahora analizar en detalle cuáles han sido, en Colombia, las prácticas jurisdiccionales, y los argumentos que, ligados a tales prácticas, han utilizado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado frente a la Acción de Cumplimiento.

3. CUMPLIMIENTO Y ALTAS CORTES

En relación con el tema de la acción de cumplimiento y las normas relativas a gasto, se encontraron en la investigación cuatro grandes categorías, que se revisan a continuación.

4.1 Procedencia de la acción

El debate relevante respecto del párrafo del artículo 9 de la ley 393 de 1997 radica precisamente en este punto, pues esta norma ha consagrado una restricción de la procedibilidad de la acción, al establecer que: “La Acción regulada en la presente Ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos”. Hay que resaltar una dualidad de actitudes de los tribunales de instancia, los cuales en ocasiones declaran de manera directa la improcedencia de la acción, en virtud del párrafo, o a veces niegan las súplicas de la demanda. El Consejo de Estado ha sido reiterativo en resolver tal situación en el sentido de revocar la sentencia y declarar la improcedencia⁴.

Más allá de este asunto, la discusión gira en torno a dos posturas de la jurisprudencia sobre el particular: una que niega la posibilidad de garantizar judicialmente el cumplimiento de normas que establecen gasto, sustentada en el fallo de constitucionalidad de la Corte, contenido en la sentencia C-157 de 1998 y otra, que relativiza y morigera un poco tal negación, fundada en la distinción establecida por el Consejo de Estado entre los momentos de inclusión y de ejecución de gasto. Paradigmática del primer acercamiento conceptual al problema, es la tesis sostenida por la Corte Constitucional, en la sentencia enunciada, que declaró la exequibilidad del párrafo del artículo 9° de la Ley 393 de 1997. Los argumentos que adujo la Corte, para tal pronunciamiento se pueden sintetizar así:

4.1.1 Existen materias constitucionales que impiden que el legislador imponga restricciones a lo establecido en la Carta. Cita como ejemplos la pena de muerte y la censura. Pero, dice, hay otros asuntos constitucionales que, frente a un análisis sistemático de la Constitución, sí admiten cierto margen del legislador para que establezca restricciones tendientes a desarrollarlos. Tal sería el caso de la acción de cumplimiento, en tanto según la consideración de la Corte ésta es del tipo de

4 Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 13 de mayo de 2.004. Rad. 23001-23-31-000-2003-01268-01, Consejero Ponente: Dr. FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA. Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 20 de mayo de 2004, Consejera Ponente: Dra MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN. Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 20 de mayo de 2.004, Radicación número: 23001-23-31 -000-2003-01604-01. Consejero Ponente: Dr. FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

las “necesarias para tipificarla de manera adecuada de suerte que responda a la concepción que surge de aquélla (la Constitución)”⁵.

Merece la pena destacar que, si bien la Corte aduce explícitamente dicho argumento, no se encuentran razones concretas en el fallo que permitan llegar a la conclusión a que arriba la corporación; no se ve por qué frente a la acción de cumplimiento sí existe tal potestad restrictiva, y mucho menos con el objetivo de hacerla más adecuada a los propósitos que emanan de la Constitución, precisamente cuando la Corte, en la misma sentencia, dice:

Los derechos y garantías proclamados en la Constitución tienen la virtualidad de reconocer al individuo y a diferentes grupos sociales el poder efectivo de demandar y obtener del Estado la realización de ciertas prestaciones, las cuales se tornan en deberes sociales de aquel, e incluso configuran verdaderos derechos que tutelan bienes e intereses públicos, y aún subjetivos, como son la exigencia del cumplimiento y ejecución de las leyes y de los actos administrativos⁶.

4.1.2 La acción de cumplimiento se concreta frente a comportamientos de las autoridades públicas que representen “la omisión de un deber”, por lo que “escapa a esta acción la impugnación de conductas que carezcan de obligatoriedad, máxime en los casos en los cuales la Constitución concede un margen de libertad de acción o atribuye a un órgano una competencia específica de ejecución condicionada”.

Este argumento trae a colación dos debates planteados, cuales son el tema del cumplimiento del derecho por parte del Estado y la existencia de potestades públicas o competencias de carácter discrecional, aspecto este último que será desarrollado en este mismo apartado.

4.1.3 Las leyes que ordenan gasto no generan automáticamente deberes de gasto para el Estado. Sólo constituyen “condición necesaria, pero no suficiente para poder llevarlo a cabo [...] según el artículo 345 de la CP., no puede hacerse erogación alguna con cargo al Tesoro que no se halle incluida en la ley de presupuesto”.

Es importante mencionar que el texto constitucional que así interpretó la Corte dice: “Art. 345. [...] Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto.”

5 Los apartes entre comillas no corresponden al texto original.

6 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-157 de 1998, Magistrados Ponentes: Dres. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

Y, de la confrontación del argumento de la Corte con esta norma no se deriva necesariamente la equiparación establecida entre las nociones “gasto público”, contenida en la Constitución, y “erogación”, utilizada por la Corte. Tampoco surge inequívoca la conclusión de que los gastos ya presupuestados no generan deberes de gasto.

4.1.4 Adicionalmente, y a renglón seguido, la Corte como complemento, sostuvo: *“Igualmente, corresponde al Gobierno decidir libremente qué gastos ordenados por las leyes se incluyen en el respectivo proyecto de presupuesto (artículo 346 CP)”*. Al respecto, el artículo 346 constitucional establece literalmente:

El Gobierno formulará anualmente el Presupuesto de Rentas y Ley de Apropriaciones que deberá corresponder al Plan Nacional de Desarrollo y lo presentará al Congreso, dentro de los primeros diez días de cada legislatura.

En la Ley de Apropriaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a uno propuesto por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo.

Es de resaltar que esta norma, apoyo de la Corte a su criterio, no permite inferir la palmaria conclusión de que el gobierno tiene una libertad resguardada constitucionalmente para decidir cuáles de los gastos contemplados en las leyes serán incluidos en el presupuesto. Cuando mucho, establece algunas restricciones a los componentes de la ley de apropiaciones. Esto no significa que necesariamente no la tenga. Lo que evidencia es el hecho de que sostener tal criterio exigiría una justificación más amplia, sistemática como lo sostiene la propia Corte, que permita entender justificada tal libertad, y cuya ausencia en la argumentación de la corporación se constituye en omisión inaceptable en un Estado Social y constitucional de derecho, especialmente tratándose de un asunto de la magnitud del cumplimiento de normas sobre gastos.

En el Consejo de Estado, por su parte, el debate sobre la procedencia de la acción frente a demandas de gasto ha tenido dos grandes direcciones: una totalmente restrictiva de la procedencia de la acción, a tono con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia analizada, y otra, que morigera un poco los efectos de la misma.

En la investigación se hallaron muchos fallos en los cuales no se argumentó explícitamente el momento presupuestal como razón para el rechazo por improcedente de la acción por decretar gasto. Aunque en ocasiones el Consejo de Estado adhiere literalmente a la interpretación hecha por la Corte, al sostener que cualquier gasto, esté o no presupuestado, en la medida en que implica pago o erogación, torna la acción improcedente, especialmente en asuntos como: a) Nombramientos de per-

sonal, b) Prestaciones sociales, con énfasis en materia pensional, c) Ejecución de transferencias o sobre el producto de la venta de empresas estatales a favor de las entidades territoriales, d) Entrega de subsidios de vivienda, e) Pagos de créditos, devoluciones o deudas contractuales reconocidas y f) Celebración de contratos o convenios, constitución de fondos o cumplimiento de obligaciones derivadas de licencias ambientales.

Como ejemplos de situaciones en que hace explícito su argumento se pueden citar: *“Ahora, el párrafo del artículo 9 de la ley 393 de 1997, no hace ninguna distinción en relación con el origen de los recursos públicos que deban aplicarse a sufragar el gasto. Su mandato es del siguiente tenor literal”. Parágrafo: “La acción regulada en la presente ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos”*⁷.

O el fallo del 11 de diciembre de 2003, en que se rechazó la acción por improcedente, frente a la solicitud de la Procuraduría de ordenar el cumplimiento de lo mandado en una licencia ambiental, en el cual el Consejo de Estado aceptó que *“cuando se invoca el cumplimiento de normas con fuerza de ley o actos administrativos que establezcan o dispongan erogaciones presupuestales [sic] la acción de cumplimiento debe rechazarse por improcedente, pues esa orden escapa de la competencia del juez de cumplimiento y deja a disposición de la autoridad administrativa la dirección y destino de los recursos públicos”*⁸.

Al respecto, ha sido enfático el Consejo de Estado en afirmar que, tratándose de obligaciones en materia salarial, pensional o prestacional, a pesar de la existencia de acto que reconozca el derecho y del certificado de disponibilidad presupuestal para el respectivo pago, el juez de cumplimiento tiene vedado ordenarlo:

Siendo así, no es posible para el juez de esta acción abordar el fondo del asunto, porque indudablemente acceder a la solicitud de cumplimiento del artículo 17 del Decreto 1750 de 2003 formulada por el actor y a la consecuente incorporación en la planta de personal de la empresa demandada, significaría para ésta las erogaciones presupuestales necesarias para atender las obligaciones que se derivan de cualquier relación laboral⁹.

7 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 22 de julio de 2005, Rad. 85001 23 31 000 2004 01297 01, Consejero Ponente: Dr. Reinaldo Chavarro Buriticá.

8 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 11 de diciembre de 2003, Rad. 05001-23-31-000-2003-02685-01, Consejero Ponente: Dr. Darío Quiñones Pinilla.

9 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del dos de septiembre de 2005, Rad. 52001233100020040 0748 02, Consejera ponente Dra. María Nohemí Hernández Pinzón.

En igual sentido sostuvo: *“Lo anterior muestra con claridad que el cumplimiento efectivo de la Resolución número 5288 de 2002 implica la construcción de obras que, indudablemente, genera gastos. [...] Entonces, es obvio que el cumplimiento de la licencia ambiental objeto de estudio implica gastos, por lo que esta acción resulta improcedente”*¹⁰.

Otra tesis restrictiva de la procedencia sostiene que establece gasto toda norma que los ordena o decreta. Dentro de la misma cabe el argumento según el cual toda afectación de recursos de una entidad pública significa decreto de gasto, así. *“La norma que establece gastos es la que los ordena o decreta y eso es suficiente para que la acción de cumplimiento promovida se torne improcedente. Si se atiende al contenido de la Ley [...] se observa sin la menor duda que se trata de una norma que genera gastos”*¹¹.

Dentro de esta tesis radical, se encontró en múltiples ocasiones que el Consejo de Estado extiende la noción de gasto a toda clase de pago o erogación, y a todas aquellas situaciones en las cuales la orden del juez se refiera a la realización de una acción, actividad o norma que posteriormente traiga como consecuencia la realización de uno.

Como ejemplos, se encuentra el caso en que se solicitaba al Consejo la declaratoria de afectación de algunos inmuebles al patrimonio público, necesarios para la posterior realización de una obra pública. La corporación sostuvo: *“Se equivoca la sociedad actora al afirmar que la afectación de los bienes nada tiene que ver con la ejecución o no de la obra. Pues justamente dicha afectación se hace en razón de la necesidad de realizar las obras y sí implica la realización de un gasto, pues el paso siguiente a la declaratoria de afectación es la negociación y pago de las indemnizaciones respectivas, o bien iniciar el proceso de expropiación”*¹².

La segunda dirección, que se refiere a la posibilidad de interpretar de manera flexible de la prohibición contenida en el párrafo, contiene la discusión sobre la necesidad de aplicación de criterios restrictivos a la interpretación del mencionado texto normativo, en tanto norma limitante, con el propósito de no desnaturalizar la acción de cumplimiento.

10 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 11 de diciembre de 2003, Rad. 05001-23-31-000-2003-02685-01, Consejero ponente Dr. Darío Quiñónez Pinilla.

11 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 14 de noviembre de 2002. Rad. 270012331000200200502 01. Consejero Ponente Dr. Álvaro González Murcia.

12 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de agosto de 1998, Rad. ACU-405, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

En esta línea interpretativa, el Consejo de Estado toma distancia de lo preceptuado por la Corte en el ya citado fallo de constitucionalidad y establece cuatro tendencias, así: a) cuando las obligaciones provienen de la ley, b) el carácter de la prohibición no es absoluto, c) no toda erogación comporta gasto y d) no todo débito prestacional es gasto, así:

a) Procede la acción y, en este caso, también la orden de cumplimiento, cuando las obligaciones que se pretende hacer cumplir estén establecidas en la ley. Al respecto, resulta ilustrativa la sentencia del seis de marzo de 2003, en la que el actor solicitaba que, en virtud del mandato del artículo 38 de la ley 715 de 2002, se le vinculara como docente ocasional en el municipio de Sucre. En tal fallo, el Consejo sostuvo que *“Para la Sala es claro que la acción de cumplimiento sí resulta procedente porque con esta sentencia no se establece gasto porque éste se estableció en la misma ley 715 de 2001, a diferencia de lo que adujo el demandado en la contestación de la demanda”*¹³. Ésta es, a todas luces, la interpretación de mayor laxitud encontrada en la jurisprudencia, que parte de admitir que la sola consagración legal del gasto es suficiente título para estudiar el fondo de la acción de cumplimiento.

b) La improcedencia frente a normas que establecen gasto no es absoluta, pues ello afectaría el “núcleo esencial” del contenido obligacional de la norma cuyo cumplimiento se demanda. Por tanto, es obligación del juez, antes de rechazar la demanda, verificar las “condiciones de exigibilidad” de la norma o acto en cuestión. *“[L]a proscripción señalada no es absoluta [...] sino que tiene su campo autónomo de acción, soportado en la exigibilidad de la norma que establece la obligación, pero, sin que ello implique la conversión del juez en un ordenador del gasto”*¹⁴.

c) La diferencia entre el decreto o establecimiento de un gasto y la ejecución del mismo. Para la corporación, la prohibición opera sólo frente a las normas que pretenden decreto de gasto, entendido como la inclusión de nuevo gasto en el presupuesto. Pero frente a gasto previamente presupuestado sí procede la acción.

La improcedencia de la acción de cumplimiento respecto de normas que impliquen gastos se justifica en la medida en que no se puede perseguir el cumplimiento de normas que establezcan la realización de una nueva erogación, sin que a su vez se haya asignado la partida correspondiente en el presupuesto. [...] Lo anterior quiere decir que un acto administrativo que genere gastos y que no esté debidamente presupuestado, no puede hacerse

13 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del seis de marzo de 2003. Rad. 70001-23-31-000-2002-1760-01. Consejera Ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez.

14 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de junio de 2000, Rad. ACU-1143, Consejero Ponente Dr. Carlos A. Orjuela Góngora.

efectivo mientras no se hayan hecho las correspondientes apropiaciones, pues el acto administrativo así emanado estaría afectado de nulidad, conforme a las causales previstas en el artículo 84 del C.C.A.¹⁵.

También, en la misma línea argumentativa, pero enfatizando la diferencia entre los momentos presupuestales de decreto y ejecución de gasto, dijo: “*Son normas que establecen gastos, aquéllas mediante las cuales las Corporaciones Públicas autorizan las erogaciones que pueden hacerse con cargo al Tesoro. [...] Establecido el gasto, para poder exigir su cumplimiento se requiere que esté presupuestado; en otras palabras, incluido un gasto en el presupuesto es, en principio, exigible su cumplimiento*”¹⁶.

Y más recientemente, en sentencia del 28 de agosto de 2003 afirmó que: *La improcedencia de la acción de cumplimiento respecto de normas que impliquen gastos se justifica en la medida en que no se puede perseguir el cumplimiento de normas que establezcan la realización de una nueva erogación, sin que a su vez se haya asignado la partida correspondiente en el presupuesto*¹⁷.

Esta diferenciación resulta importante, debido a los argumentos en que el Consejo la sustenta, que tienden a enmarcarse según el criterio de la existencia o no de un poder discrecional en cabeza de la autoridad de la que se demanda cumplimiento. Así lo enunció, por ejemplo, en sentencia del cuatro de octubre de 2001, donde sostuvo que, de acuerdo a lo dicho por la Corte Constitucional, la existencia de un poder discrecional en cabeza de la autoridad pública torna la acción improcedente, dado que tal potestad pone en entredicho la exigibilidad de la norma que se pretende hacer cumplir, más no porque implique en sí misma un gasto o una erogación. Al respecto, expresó:

Entendido el precepto en los precisos términos expuestos, se excluyen interpretaciones que amplíen el campo en que no puede aplicarse la acción, es decir que no se puede sostener que esta acción resulte inadecuada para exigir el cumplimiento de una norma que suponga una erogación cualquiera, pues ello dejaría vacía de contenido esta figura judicial, en la medida en que casi todas las obligaciones previstas en las leyes y en los actos administrativos demandan un gasto por parte de la autoridad.

15 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 19 de octubre de 2004. Rad. 68001231500020030280901. Consejera Ponente Dra. María Nohemí Hernández Pinzón.

16 Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 29 de enero de 1998. Rad. ACU-127. Consejero Ponente Dr. Juan Alberto Polo Figueroa.

17 Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 28 de agosto de 2003. Rad. 2700123310002003-00378-01. Consejera Ponente Dra. Ligia López Díaz.

Así lo admitió la Corte Constitucional^[17], en una providencia por medio de la cual se denegaron las súplicas de una demanda de tutela por vía de hecho en contra de dos fallos de esta Corporación. Ciertamente, la Corte aceptó que la prohibición legal contenida en el artículo 9 de la ley 393 no puede impedir que se ordene el cumplimiento de una norma que implique una erogación presupuestal exigible en casos en que la autoridad responsable no goza de margen de discrecionalidad, sino que se encuentra totalmente obligada a ‘actuar positivamente de manera pronta y eficaz’¹⁸.

Incluso, aun existiendo apropiación presupuestal para la realización de determinada obligación contentiva de gasto, el Consejo sostuvo que, por faltar el certificado de disponibilidad presupuestal, que a su juicio comprende un ámbito de discrecionalidad propio de la autoridad administrativa, se torna la prestación en inexigible y se hace improcedente la acción. Al respecto, dijo:

[...] si bien es cierto que existe prueba en el plenario del monto de una apropiación para el ascenso en el escalafón de los docentes también lo es que no existe prueba de que ya esté decretada la disponibilidad presupuestal para ello. [...]aún cuando existiera dicha disponibilidad, no es procedente acceder al cumplimiento de los artículos citados por cuanto, al proferirse el acto administrativo solicitado por el actor, inmediatamente éste tendría que ser ascendido en el escalafón lo cual **supone un gasto a cargo de la Junta de Escalafón de la Guajira, situación relevante en materia de ACCION DE CUMPLIMIENTO**¹⁹.

d) La última tendencia expresa que no todo “débito prestacional” constituye gasto. Al respecto, es ilustrativa la sentencia del 22 de marzo de 2001, que sostiene:

La normatividad que regula el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres conforma una conducta –débito prestacional– a cargo de las entidades públicas competentes, que conlleva la adopción y ejecución de todas las acciones pertinentes, destinadas a cumplir con los objetivos y finalidades para los cuales fue creado dicho sistema.

Como ya la Sala ha tenido la oportunidad de expresar, no en todos los casos en los cuales el débito prestacional comporte una erogación de dinero, se configura la excepción del párrafo del art. 9º de la ley 393 de 1997, “pues de ser este el entendimiento de la norma, **se desnaturalizaría el mecanismo constitucional consagrado en el artículo 87 de la Carta Política**, si se tiene en cuenta que, las más de las veces, las conductas exigibles de las autoridades

18 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de octubre de 2001, Rad. ACU 2500023250002001035701, Consejero Ponente Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

19 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub-sección B, Sentencia del 12 de octubre de 2000, Rad. ACU- 1666, Consejero Ponente Dr. Tarcisio Cáceres Toro.

públicas, directa o indirectamente, conllevan una erogación.”²³ Posición que ha sido reiterada en la jurisprudencia de esta Sala.

La normatividad que integra el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres aplicable al caso sub iudice, no confiere a la entidad pública demandada un margen de discrecionalidad o libertad de acción en orden a comprometer o no su accionar respecto a la situación de calamidad pública, sino que se encuentre legalmente obligada a actuar positivamente de manera pronta y eficaz²⁰.

4.2 Situaciones de excepción

La segunda tendencia enunciada muestra las situaciones de excepción que justificarían la tutela de cumplimiento de normas que establecen gasto, basada en cuatro argumentos: a) Cuando se trate de situaciones de emergencia; b) Restricción de la excepción debida a la propia naturaleza de la norma, limitativa de derechos; c) Existencia de un margen de discrecionalidad o no en el asunto y d) Destinación específica de los recursos.

Así dentro de esta línea de discusión, encuentra el Consejo que cuando se trate de gastos que tienen destinación específica, no es procedente la restricción, pues en tales situaciones, la destinación del gasto hace exigible el cumplimiento. Al respecto, y de manera ilustrativa, el fallo del 19 de julio de 2001 sostiene: “*existe la posibilidad de ejercer la acción de cumplimiento cuando se solicite tal cumplimiento en un gasto establecido en el presupuesto con una destinación específica que no de margen de discrecionalidad en la ejecución del gasto*”²¹.

También por el carácter restrictivo del párrafo: “*Entendido el precepto en los precisos términos expuestos, se excluyen interpretaciones que amplíen el campo en que no puede aplicarse la acción, es decir que no se puede sostener que esta acción resulte inadecuada para exigir el cumplimiento de una norma que suponga una erogación cualquiera*”²².

En tercer lugar, siempre dentro del mismo hilo discursivo, encontramos situaciones en las cuales el alto tribunal encontró que la autoridad administrativa demandada carecía de la facultad discrecional de inclusión o ejecución de gastos, razón por

20 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub-sección B, Sentencia del 8 de marzo de 2001, Rad. 19001-23-31-000-2000-3310-01, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado.

21 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de julio de 2001, Rad. ACU- 27001-23-31-000-2000-0801-01, Consejero Ponente Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

22 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de junio de 2002, Rad. ACU 2500023250002002-0097 01, Consejero Ponente Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

la cual accedió a las súplicas de la demanda, por encontrar que en ausencia de tal facultad, la acción es procedente. *“En este caso, entonces, dado que los artículos 146 de la ley 142 de 1994 y 24 de la Resolución 108 de 1997 de la CREG no dejan a las empresas prestadoras del servicio de energía margen de discrecionalidad [...] el gasto que demande el cumplimiento de esa obligación deberá ser asumido por la Electrificadora del Chocó”*²³.

Por último, se encuentra un argumento recurrente que sostiene que, frente a situaciones de emergencia, no previsibles y que se salen de las condiciones de normalidad, la exigencia de cumplimiento de normas que establecen gasto es procedente.

El derecho de los actores se materializa en el acceso directo a los programas asistenciales que para tales eventos se encuentran previstos en la ley y que en su caso se concretan en el logro de la construcción de sus viviendas. Esto significa que la acción impetrada no tropieza con la causal de improcedibilidad respecto a normas que establezcan gastos, por cuanto lo que estima la Sala procedente ordenar a la administración es que, dentro de un término perentorio de tres meses, proceda a adelantar las acciones administrativas pertinentes y destinadas a calificar, adjudicar y entregar el subsidio familiar de vivienda de que trata la ley 3^a de 1991 a los hogares ubicados en las zonas declaradas de calamidad pública del Municipio de la Florida (Nariño), de conformidad con las reglamentaciones jurídicas sobre la materia y para la plena realización de los fines previstos en los actos administrativos cuyo cumplimiento se demanda²⁴.

4.3 Concepto de gasto

Una tercera discusión radica en la determinación de lo que constituye gasto y lo que no, en la cual se encuentran algunos ejemplos de situaciones en las cuales el Consejo de Estado ha fallado favorablemente a pesar de la realización de gastos derivada de la sentencia. En ésta, el Consejo consolida un análisis argumentativo tendiente a sostener la procedibilidad de la acción, en unos casos, aún comportando gasto y, en otros, luego de establecer distinciones que llevan a concluir que en el caso no se trataba propiamente de gastos, a pesar de comprometer erogaciones. Tales tendencias argumentales, se pueden resumir así:

23 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de mayo de 2002, Rad. ACU 27001233100020011599 01, Consejero Ponente Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

24 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub-sección B, Sentencia del ocho de marzo de 2001, Rad. 19001-23-31-000-2000-3310-01, Consejero Ponente Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado.

Una, dirigida a establecer la distinción entre gasto público y otros conceptos que también implican erogación, como el giro de recursos o la realización de pagos. Tal es el caso por ejemplo, de las transferencias entre entidades descentralizadas, las cuales según afirma constituyen sólo movimientos de dinero, no gasto. Igual sucede con la orden de pago de dineros que ya habían sido gastados y se encontraban retenidos por alguna razón jurídica, como los subsidios de vivienda previamente asignados y depositados en entidades financieras a nombre de los beneficiarios de los mismos, pero cuyo desembolso se encontraba pendiente²⁵.

En el mismo sentido, tratándose de casos en los cuales de lo que se trataba era de una exoneración de la obligación de realizar un pago a favor de la entidad, y la consecuente devolución de los recursos recibidos por tal concepto, que si bien implican, por un lado, dejar de percibir recursos que se encontraban presupuestados y devolver algunos otros, lo que compromete o el giro correspondiente o un acto de compensación, tampoco constituyen propiamente gasto²⁶.

En la segunda línea argumentativa establecida se encuentra una postura enderezada a diferenciar entre el deber de desembolso derivado de un gasto y el deber similar ocasionado en el acto de reconocimiento, por parte de una entidad pública, a un derecho que comporta una prestación económica, como en algunos casos de pago de pensiones previamente reconocidas y aumentos salariales que se encuentran en igual situación.

Habrá de revocarse la sentencia impugnada para, en su lugar, ordenar al Gobernador de Cundinamarca que, además de las señaladas, determine a su arbitrio, y si fuera el caso, qué zonas son de difícil acceso o se encuentran en situación crítica de inseguridad y solicite al Ministerio de Minas y Energía concepto acerca de cuáles son las de explotación minera; y para todo ello habrá de concederse el término de un mes, que se estima razonable para el caso, por la naturaleza y complejidad del asunto. Y a la Secretaría de Educación la elaboración del listado de los establecimientos educativos estatales que se encuentren ubicados en tales zonas, en cuanto sean declaradas como tales, inmediatamente, con los nombres de los docentes y directivos docentes que tienen derecho a que el tiempo de servicio les sea computado doblemente para el efecto de ascender en el Escalafón Nacional Docente y a la bonificación remunerativa especial establecida.

25 Cfr: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de marzo de 2000, Rad. ACU-1161, Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque; Sección Tercera, Sentencia del 25 de febrero de 1999, Rad. ACU-589; Sección Tercera, Sentencia del 11 de mayo de 2000, Rad. ACU-1244; Sección Segunda Sentencias del 3, 10 y 17 de febrero de 2000, expedientes ACU-1119, ACU-1117 y ACU-1153.

26 Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 22 de febrero de 2001, Rad. ACU -66001-23-31-000-2000-0818-01, Consejera Ponente: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero.

Se advierte, finalmente, que no se trata de ordenar pago alguno, que ninguno ha sido solicitado, y por lo mismo no se trata de disponer el cumplimiento de normas que establecen gastos, que ello resultaría improcedente, según lo establecido en el artículo 9º de la ley 393 de 1.997²⁷.

La tercera tendencia, según la cual se acoge la tesis que sostiene la imposibilidad de extender la restricción en comento frente a actos administrativos, que de ser exigibles pueden ser objeto de acción de cumplimiento, en uso de una interpretación restrictiva del párrafo, el cual sólo se refiere a normas²⁸.

Y una última vertiente, que establece la distinción entre la orden judicial de cumplimiento y el posterior gasto.

“Al respecto, precisa la Sala que la interpretación que se le dio a la norma no es la correcta por cuanto lo que ésta quiere decir, es que la Ley 393 de 1997 no es efectiva para el cumplimiento de normas que establecen gastos, como sucede por ejemplo con respecto a las normas del presupuesto general de la Nación dado que están ordenando un desembolso de dinero y un reparto a diversos entes para los fines previstos en ella. Distinto de lo que acontece con las normas que implican un gasto, que en ese sentido se podría decir que casi todas las actuaciones humanas lo encierran.

No entiende la Sala por qué la pretensión del actor, de hacer cumplir los actos que le favorecen, establece un gasto dado que una cosa es el nombramiento y la respectiva posesión que tome un funcionario, cualquiera que él sea, y otra circunstancia muy distinta es el desembolso que se tenga que realizar como consecuencia del nombramiento y de desempeñar las labores asignadas como empleado de la entidad respectiva²⁹.

4.4 Vinculación de personal

En el cuarto grupo de discusión, sobre nombramientos de personal, la tendencia del Consejo de Estado es clara, al punto de poder hablarse de una línea jurisprudencial consolidada al respecto, en el sentido de no encontrar exigibles las solicitudes de nombramiento de personal al servicio del Estado, mediante el trámite de la presente acción.

27 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 17 de enero de 2000, Rad. ACU-1094, Consejero Ponente Dr. Mario Alario Méndez.

28 Cfr: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de marzo de 2000, Rad., ACU-1161, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

29 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub-sección B, Sentencia del 17 de mayo de 2001, Rad. 25000-23-31-000-2000-0602.01, Consejero Ponente: Dr. Tarcisio Cáceres Toro.

Especialmente es reiterativo el Consejo en el sentido de sostener que la orden de vinculación en provisionalidad de docentes que se deriva del artículo 38 de la ley 715 de 2001 es improcedente, bajo el argumento de que la orden de nombramiento de docentes tiene como consecuencia la obligación de pago de salarios y prestaciones sociales, lo que entiende como gasto. Como excepción de esta tendencia, se encontró la sentencia del 16 de abril de 1998, que sostuvo:

El contenido de la disposición debe limitarse estrictamente a la imposibilidad de perseguir el cumplimiento de normas que establezcan la realización de una nueva erogación sin que a su vez se haya asignado la partida correspondiente en el presupuesto de rentas y gastos de las entidades públicas, pero no debe hacerse extensiva a los eventos en los cuales lo que se pretenda sea el respeto de derechos o garantías reconocidos en forma abstracta en una norma que la administración cumple en forma parcial, aunque del acatamiento de la misma se derive la realización de un gasto. Es el caso de las obligaciones de carácter laboral en relación con las cuales las entidades deben prever en los presupuestos anuales las partidas para el estricto cumplimiento en los términos de las disposiciones respectivas, sólo que en este evento no estaban previstas en su integridad como lo ordena la ley.

La acción que aquí se adelanta resulta procedente pues en ella lo que se ordena es el respeto de un derecho prestacional que no puede ser atendido en cuantía inferior a la establecida³⁰.

Lo que es menester destacar es que, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado coinciden, en rasgos generales, en la tesis de la improcedencia aunque, en el detalle, han optado por soluciones algo disímiles. Por tal razón, se hace necesario revisar el procedimiento presupuestal colombiano.

5. POTESTAD DISCRECIONAL EN MATERIA DE PRESUPUESTO

Sobre la existencia de una potestad discrecional en materia de presupuesto, aunque parece existir consenso al respecto en las altas cortes, es importante delimitar tal discrecionalidad en lo que se refiere a gasto público. Para ello, se revisarán las normas jurídicas que regulan la materia.

El Decreto 111 de 1996, Estatuto orgánico del presupuesto, establece el principio de Unidad de Caja, en su artículo 16: *“Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el*

30 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de abril de 1998, Rad. ACU-230, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

presupuesto general de la Nación.” Esta norma no contempla discrecionalidad, pues ordena que las apropiaciones se atiendan los recursos mencionados.

Así mismo, el artículo 39 estatuye que se incluirán en el presupuesto: a) las leyes de gasto previas al proyecto de presupuesto, según la disponibilidad de recursos y las prioridades del gobierno, siempre que correspondan a funciones de órganos nacionales y que guarden concordancia con el Plan Nacional de Inversiones y b) las correspondientes al parágrafo del artículo 21 de la ley 60 de 1993, que se refiere a la destinación de los recursos provenientes de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la nación, las cuales están reguladas en la actualidad en el sistema general de participaciones.

Esta norma consagra un poder discrecional, consistente en la posibilidad que tiene el gobierno nacional de priorizar las leyes de gasto para ser incluidas **dentro** del presupuesto. Para ello, el gobierno *“tendrá en cuenta la disponibilidad de recursos y los principios presupuestales para la determinación de los gastos que se pretendan incluir en el proyecto de presupuesto”* (Art.47). Sin embargo, esta potestad discrecional no es ilimitada, pues depende de la disponibilidad de recursos y los principios presupuestales. Además, no se encuentra norma alguna en el Estatuto que traslade dicha potestad a los organismos ni entidades públicas para **después** de aprobado el presupuesto.

Adicionalmente, el artículo 46, inciso segundo del mismo establece: *“Si los gastos excedieron el cómputo de las rentas y recursos de capital, el Gobierno solicitará apropiaciones para los gastos que estime menos urgentes y en cuanto fuera necesario, disminuirá las partidas o los porcentajes señalados en leyes anteriores”* Esta norma consagra una posibilidad de disminución de partidas o porcentajes que procede dentro de la ley de presupuesto, no después de su aprobación. Y, especialmente, se trata de una discrecionalidad relativa en cuanto sólo permite la disminución de partidas asignadas en leyes previas, cuando se presente un exceso de los gastos respecto del cómputo de las rentas y recursos de capital.

Además, el artículo 54 establece que en caso de que los ingresos legalmente autorizados no alcancen para la atención de los gastos proyectados, el Gobierno *“mediante un proyecto de ley propondrá los mecanismos para la obtención de nuevas rentas o la modificación de las existentes que financien el monto de los gastos contemplados”*, lo que implica que dicho proyecto modifica el presupuesto de rentas hasta *“el monto de los gastos desfinanciados”*. Adicionalmente, el artículo 55 ordena al Gobierno suspender *“mediante decreto las apropiaciones que no cuenten con financiación”*, en caso de aprobarse el presupuesto sin que el Congreso se pronuncie sobre el mencionado proyecto de reforma, y hasta tanto el Congreso lo haga. Se encuentra entonces otra posibilidad de reforma al proyecto

del presupuesto, que es de carácter reglado, pues la misma ley establece las condiciones y el procedimiento mediante el cual el Gobierno nacional puede hacer tal suspensión de las partidas de gasto incluidas en el presupuesto, lo que indica que dichas partidas son, en principio, obligatorias.

A su vez, el artículo 8 de la ley 819 de 2003, por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad, transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones, establece la obligación de sujeción de los presupuestos públicos a los Marcos Fiscales de Mediano Plazo, *“de manera que las apropiaciones presupuestales aprobadas por el Congreso de la República, las Asambleas y los Concejos, puedan ejecutarse en su totalidad durante la vigencia fiscal correspondiente”*. Esta disposición indica una previsión de planeación que busca garantizar la ejecución de las apropiaciones, que no podría entenderse como un poder o facultad discrecional de gasto sino todo lo contrario, como una garantía de su cumplimiento.

Igual sucede cuando esta misma ley, en su artículo 4, sobre consistencia del presupuesto, somete a igual sujeción a las modificaciones del presupuesto que apruebe el Congreso; y en su artículo 7 establece la obligación de analizar explícitamente el impacto fiscal y la compatibilidad con dicho marco fiscal, de *“cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios”*, la que además deberá contemplar la fuente de recursos para su financiación. Sobre este trámite el Ministerio de hacienda deberá rendir concepto, ajustado al mismo Marco Fiscal, al igual que la Secretaría de Hacienda en las entidades territoriales.

Lo anterior se complementa con lo preceptuado en el artículo 16 de la ley 358 de 1997, sobre endeudamiento de las entidades territoriales, que establece que *“El Gobierno Nacional en el momento de presentar los proyectos de ley de presupuesto y de ley de endeudamiento deberá demostrar su capacidad de pago ante el honorable Congreso de la República”*. Normas que se tornan importantes, en cuanto establecen todo un sistema de requisitos y condicionamientos del Gobierno Nacional para diseñar el proyecto de presupuesto, que permiten establecer unos límites a la potestad discrecional de la que se habla, en materia de facción presupuestal, en el sentido de establecer todo un sistema tendiente a la efectiva ejecución del presupuesto, mediante la planeación adecuada de los ingresos.

Ahora, sobre la ejecución del presupuesto, el Decreto 111 de 1996 establece, en su artículo 68, que los programas y proyectos que integran el presupuesto general de la nación, no se podrán ejecutar *“hasta tanto se encuentren evaluados por el órgano competente y registrados en el Banco Nacional de Programas y Proyectos”*, definido en la misma normativa como *“un conjunto actividades señaladas como viables, previamente evaluadas social, técnica, económicamente y registradas sistematizadas en el Departamento Nacional de Planeación”*, lo que garantiza

que, previo a la presentación del proyecto de presupuesto, tal análisis del gasto ya haya sido efectuado para su integración en el Plan Operativo Anual de Inversiones.

Respecto de la modificación de las partidas presupuestales, o requiere el trámite de una ley de reforma al presupuesto, como ya se mencionó, o el Gobierno lo puede hacer directamente, pero sólo en los Estados de Excepción. Además, el artículo 18 del Decreto 111, que establece el principio de especialización, establece que *“Las operaciones deben referirse en cada órgano de la administración a su objeto y funciones, y se ejecutarán estrictamente conforme al fin para el que fueron programadas.”* Esta norma evidencia la obligación de ejecución de las partidas de gasto incorporadas al presupuesto.

Sobre las modificaciones al presupuesto, es importante recordar que tales competencias están regladas en la Constitución y el Estatuto Orgánico del Presupuesto, el cual contempla, en su artículo 84 la posibilidad de modificación del presupuesto por parte del gobierno en los estados de excepción, tal como se enuncia en el artículo 347, parágrafo transitorio de la Constitución. Así mismo, el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 sostiene que:

Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

Según el contexto normativo enunciado precedentemente, esta norma no consagra una potestad discrecional en cabeza de las entidades ejecutoras del presupuesto. Al contrario, contempla una obligación a su cargo, dirigida a someter los actos administrativos que afecten el presupuesto, a los requisitos de disponibilidad y registro presupuestal, como garantía de inclusión presupuestal de los gastos que haya de realizar la entidad. Pero no puede entenderse que la expedición de tales actos sea un asunto potestativo o discrecional del ente público, pues tal como está diseñado el sistema presupuestal, su propósito principal es la debida ejecución de los compromisos presupuestados³¹. Del hecho de que tales documentos se consti-

31 Es importante advertir que vía reglamentaria se ha establecido la posibilidad de modificaciones y traslados presupuestales en cabeza de las entidades ejecutoras del presupuesto público. Habría que revisar la legalidad de tales reglamentaciones, teniendo en cuenta que lo reglamentado es una norma con fuerza de ley orgánica que no contempla dicha posibilidad. Como ejemplo, el Decreto 4730 de 2005, artículo 30.

tuyan en requisito de perfeccionamiento del mencionado acto no se puede derivar directamente la conclusión de que su expedición sea potestativa.

Como se ve, no se encuentra en la Constitución ni en las Leyes Orgánicas sobre presupuesto, la existencia de una potestad discrecional relacionada con la obligación de las entidades públicas de ejecutar los proyectos de gasto contemplados en la ley anual de presupuesto. Esto, con apoyo en el principio de legalidad presupuestal, sobre el cual la propia Corte ha dicho:

*El presupuesto es una ley de autorización de gastos, por cuanto limita jurídicamente su ejecución en tres aspectos: de un lado, en el campo temporal, pues las erogaciones deben hacerse en el período fiscal respectivo; de otro lado, a nivel cuantitativo, pues las apropiaciones son las cifras máximas que se pueden erogar; y, finalmente, en el campo sustantivo o material, pues **la ley no sólo señala cuánto se puede gastar sino en qué se deben emplear los fondos públicos**. Por ello se considera que una obvia consecuencia de la legalidad del gasto es el llamado principio de “especialización”, donde se señala que no se podrá “transferir crédito alguno a un objeto no previsto en el respectivo presupuesto”. Esta norma constitucional está prohibiendo que el Gobierno utilice una partida de gasto aprobada por el Congreso para una finalidad distinta de aquella para la cual ésta fue apropiada. [...]”³²*

Además, la Corte, en la mencionada sentencia sostuvo que “*poca eficacia tendría el principio de legalidad si, una vez aprobado el presupuesto, el Gobierno pudiera variar a su arbitrio los montos de las partidas o la destinación de las mismas*”³³. Esto ratifica la tesis de que los requisitos de disponibilidad y registro presupuestales son condiciones a las que se encuentran obligadas las entidades públicas una vez aprobado el presupuesto, y no producto de potestades discrecionales que la entidad pueda o no expedir a su arbitrio. Esto hace suponer que la exigibilidad de las conductas de gasto contenidas en leyes y actos administrativos debidamente presupuestados no radica en la expedición de tales actos, al no existir discrecionalidad al respecto, sino que se deriva de su inclusión en el mencionado presupuesto, del cual se desprende la posterior obligación de las entidades públicas de expedir los mencionados certificados para ejecutar el gasto.

Adicionalmente, el estatuto presupuestal crea el denominado “Decreto de liquidación del presupuesto”, en su artículo 67, mediante el cual, el gobierno nacional compila y ordena los productos resultantes del trámite del proyecto en el Congreso,

32 Corte Constitucional, Sentencia C-865 de 1996, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero. Negritas fuera de texto.

33 Corte Constitucional, Sentencia C-865 de 1996, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

que son: el proyecto original presentado por el gobierno, las partidas introducidas por el mismo –créditos–, las que se reducen –contracréditos– y las correcciones generales. El propósito de este decreto es el de compilar todas las regulaciones presupuestales que en esa forma establece el Congreso. Por tanto, en sentir de la Corte, éste cumple una función trascendental, en tanto “[...] en él habrán de quedar consignados, en forma definitiva, todos los ingresos y gastos con las correspondientes partidas tal y como fueron aprobados por el Congreso, **sin que pueda el Gobierno aumentar o disminuir su cuantía ni introducir cambios en cuanto a su asignación o destino, además, debe respetar íntegramente el contenido normativo de los preceptos que dicho órgano haya expedido**³⁴. Y, en cuanto a su naturaleza normativa, también ha expresado que dicho decreto no posee carácter legal y, por tanto, carece de “*idoneidad para modificar la ley anual de presupuesto*”³⁵.

6. CONCLUSIONES

La acción de cumplimiento es un mecanismo jurisdiccional de protección de la expectativa legítima de cumplimiento de la ley, de actos con fuerza material de ley o actos administrativos.

Existe una fuerte discusión respecto de la legitimidad del requisito que establece el párrafo del artículo 9, sobre la no procedencia de esta acción respecto de normas que establezcan gastos. Algunos autores, como los magistrados que salvaron el voto en la sentencia que declaró su constitucionalidad, afirman que este requisito desnaturaliza la acción de cumplimiento, pues con ésta lo que se buscaba era, precisamente, otorgar una herramienta idónea para obtener el cumplimiento de las normas jurídicas.

Por el contrario, hay una cierta tendencia, con apoyo en las tesis de la Corte Constitucional respecto de la constitucionalidad de esta norma, y la posición bastante restrictiva, aunque en menor medida que la Corte, del Consejo de Estado, quien considera que esta acción sólo procede excepcionalmente respecto de normas que establezcan gastos, siempre y cuando existan los correspondientes certificados de disponibilidad y registro presupuestal.

Sin embargo, como se observó, tal posibilidad no está jurídicamente justificada en nuestro ordenamiento, en cuanto el sistema presupuestal está diseñado, precisamente, para el efectivo cumplimiento de los gastos establecidos y no otorga

34 Negritas fuera del texto original.

35 Corte Constitucional, Sentencia C-354 de 1998, Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

competencia discrecional alguna a la administración para decidir la ejecución o no de los gastos que se encuentran determinados en el presupuesto, pues éste es el resultado de todo un proceso de planificación tendiente a la efectiva realización de los compromisos presupuestales.

Por ello, la expedición de certificados de registro y disponibilidad presupuestal para la realización de los gastos ordenados en el presupuesto se constituye en un condicionamiento para la efectiva ejecución de tales compromisos, sin la cual no es posible realizarlos pero que en ninguna medida pueden ser considerados como potestativos de las entidades públicas sino como un requisito de planeación previo a la ejecución del presupuesto. Por tanto, no puede entenderse como discrecional sino como obligatoria la expedición de los mismos, pues sin ellos no resulta posible ejecutar el presupuesto.



Autor: Luis Mario Marín Cadavid
Título: Confidente
Técnica: Acuarela
Dimensiones: 61 x 46

ASPECTOS DEL RÉGIMEN FEDERAL EN ANTIOQUIA*

* Este escrito es resultado del proyecto de investigación *Desmembrando un proyecto de nación; el enfrentamiento regional Cauca-Antioquia en el marco del Estado Federal (1848-1885)*, que es financiado por la Pontificia Universidad Javeriana Cali. Una versión muy preliminar del mismo fue publicado en la Revista Dixi N° 11, UCC, Bucaramanga, 2009.

Fecha de recepción: Agosto 31 de 2009
Fecha de aprobación: Octubre 8 de 2009

ASPECTOS DEL RÉGIMEN FEDERAL EN ANTIOQUIA

*Ricardo Zuluaga Gil***

RESUMEN

El presente escrito es una aproximación al complejo desenvolvimiento político institucional del Estado de Antioquia a lo largo de sus casi 30 años de existencia. Durante ese tiempo se consolidó un proyecto político conservador, que apalancado en la Iglesia católica y dirigido por Pedro Justo Berrío, se convirtió en acicate del futuro desarrollo industrial antioqueño. De manera contextual, el artículo da cuenta de las profundas contradicciones políticas e institucionales que se afrontaron en el país durante esos años, y que finalmente dieron al traste con ese modelo de Estado.

Palabras clave: federalismo en Colombia, Estado soberano de Antioquia, Antioquia federal, Estados Unidos de Colombia.

ASPECTS OF THE FEDERAL SYSTEM IN ANTIOQUIA

ABSTRACT

This document is an approximation to the complex institutional politic development of the State of Antioquia throughout its almost 30 years of existence. During that time was consolidated a Conservative politic project, which motivated in the Catholic Church and managed by Pedro Justo Berrío, became the incentive of the future industrial development of Antioquia. The article shows the profound politics and institutional contradiction that were confronted in the country during that years, and that finally ended with such model of State.

Keywords: Federalism in Colombia, State of Antioquia, federalism in Antiquia, United States of Colombia.

** Abogado, especialista en Derecho Administrativo (UPB - Medellín) y en Derecho Constitucional y Ciencia Política (Centro de Estudios Constitucionales - Madrid), Doctor en Derecho Universidad de Salamanca. Profesor Asociado del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana Cali. Director de la Revista Criterio Jurídico (Indexada C en Colciencias) y líder del Grupos de Investigación Democracia, Estado e Integración Social (DEIS - Categoría B Colciencias).

ASPECTOS DEL RÉGIMEN FEDERAL EN ANTIOQUIA

1. INTRODUCCIÓN

Observado a la luz de la historia, es muy evidente que el siglo XIX colombiano se revela como una etapa que fue altamente confusa y conflictiva. Y en gran medida ello fue así, por la elevada incidencia que en la vida social tuvo el debate ideológico que desde finales de los años 40 de esa centuria se desarrolló en nuestro país y que se concretó en la aparición de los dos grandes idearios políticos que hasta bien entrado el siglo XX se impusieron en el seno de nuestra sociedad¹. En este orden de ideas, puede afirmarse que las cuestiones centrales que estuvieron en disputa fueron las siguientes:²

- Relaciones Estado-Iglesia.
- Catálogo de derechos de los individuos.
- Carácter laico o confesional de la enseñanza.
- Alcance del poder presidencial.
- Modelo de organización territorial del Estado.

En relación con esta última cuestión, que es la que nos interesa centralmente en este escrito, la diferencia ideológica fue tan profunda, que a lo largo de esos años en Colombia nos debatimos entre los extremos de los dos grandes modelos de organización territorial del Estado. Y esa realidad se dio así, entre otras razones, porque como se dijo hace unos años: “*El indiscutible y decisivo papel que juega*

1 El programa liberal fue presentado por Ezequiel Rojas en el periódico El Aviso en 1848; mientras que el del conservatismo fue elaborado por José Eusebio Caro y Mariano Ospina Rodríguez y fue publicado en el periódico La Opinión en 1849.

2 La bibliografía sobre esta etapa de nuestra historia es muy abundante. Entre otros: OCAMPO LÓPEZ, Javier. *Colombia en sus ideas*. Fundación Universidad Central, 1998. BUSHNELL, David. *Colombia una nación a pesar de sí misma: de los tiempos precolombinos a nuestros días*. Planeta, 2000. BARÓN ORTEGA, Julio. *El conservatismo colombiano, su historia y sus hombres*. Talleres Gráficos Ltda. 1999. MOLINA, Gerardo. *Las ideas liberales en Colombia 1849-1914*. Tercer Mundo Editores, 1990. JARAMILLO ECHEVERRI, Marino. *Liberales y conservadores en la historia: itinerario de las ideas y del poder*. Tercer Mundo Editores, 1974. GUILLÉN MARTÍNEZ, Fernando. *El poder político en Colombia*. Planeta. JARAMILLO URIBE, Jaime. *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*. Temis, 1974.

*hoy en día el Estado Central en la organización económica, social y política de Colombia, no fue aceptado sin cuestionamientos durante el siglo pasado. En ese entonces se dieron permanentes debates en torno a sus competencias respecto a los gobiernos regionales y locales*³.

Desde esta perspectiva, se entiende que hubiéramos experimentado tanto un federalismo fuertemente debilitante del Estado central consagrado a partir de 1855 y profundizado a partir de 1863 bajo los gobiernos del liberalismo radical; pero que de otro lado hubiésemos acogido un centralismo aniquilante de la diversidad regional y que fue férreamente impuesto a partir de 1886, en el marco de la llamada regeneración conservadora que encabezaron Núñez y Caro. Pues bien, a ese momento de nuestra historia política me quiero referir en el presente trabajo, máxime porque a pesar de tratarse de un aspecto altamente controversial en su tiempo, actualmente permanece olvidado casi por completo en los ámbitos político, social y académico.

Y de manera concreta, esa referencia la voy a hacer en relación con uno de los nueve estados que entonces integraron la Unión colombiana: el Estado soberano de Antioquia, que tuvo vida entre 1856, cuando la Ley de 11 de junio lo creó, hasta el 5 de agosto de 1886, cuando entró en vigencia la Constitución nacional de ese año, y cuyo lacónico art. 1° decía que: *La Nación Colombiana se reconstituye en forma de República unitaria*, con lo cual se significaba que el modelo federal imperante desde hacía 30 años dejaba de existir, como en efecto lo hizo.

2. LOS ANTECEDENTES DEL MODELO FEDERAL

En materia territorial el éxito del proyecto político que se impuso a partir de 1886 resulta tan evidente, que desde entonces hasta hoy, el debate por el federalismo ha desaparecido de la escena, tanto que ha sido dejado de lado incluso en el ámbito académico. Sin embargo, no siempre fue así, en la medida que a lo largo del siglo XIX ese fue, como se dijo, un debate central de la política nacional. Es más, lo fue desde los inicios mismos de nuestra nacionalidad, a tal punto, que el Acta del 20 de Julio de 1810⁴ reconocía que la organización política naciente debía construirse: *“Contando con las nobles provincias, a las que al instante se les pedirán*

3 ORTIZ, Luis Javier. “Proceso de descentralización en Colombia durante el periodo federal, 1950-1886” *En Planeación y Desarrollo*, V. 24 N° 1, p. 201.

4 Es absolutamente inadecuado denominar a este documento Acta de Independencia Nacional, como habitualmente se hace, porque él ni es una declaración de independencia formal, ni tampoco tenía alcance nacional. La confusión se deriva del hecho que: *“La llamada Nueva Historia Colombiana, de las décadas de 1960 y 1970, estuvo demasiado preocupada por entender los grandes procesos sociales y económicos, de tal modo que mostró poco interés por los asuntos de la política y la cultura. No hubo mayor discusión durante este*

sus diputados, formando este cuerpo el reglamento para las elecciones en dichas provincias, y tanto éste como la constitución de gobierno debieran formarse sobre las bases de libertad e independencia respectivas de ellas, ligadas únicamente por un sistema federativo” (Negrilla fuera de texto).

Pese a la claridad de ese pronunciamiento, desde el siglo XIX nuestra historiografía ha querido hacer ver que desde los albores de nuestra nacionalidad existió un sólido y consistente proyecto de unidad. Pero una adecuada lectura de los acontecimientos, nos dice, por el contrario, que quienes jalaron ese proceso se debatieron en medio de una realidad mucho más compleja, que pasaba por reivindicar y reconocer altos niveles de autonomía a las provincias que hasta entonces habían conformado el Virreinato de la Nueva Granada. Y esa tensión resulta explicable si tenemos claro que, como afirma Luis Javier Ortiz: “*El actual territorio colombiano tenía durante la colonia, una economía casi totalmente desarticulada, existían intercambios mercantiles interregionales (ganado y textiles) asociado principalmente a las regiones auríferas del occidente colombiano, pero la mayor parte de la vida económica giraba en torno a la producción para la autosubsistencia con destino a los mercados locales o, en última instancia, regionales*”⁵. En palabras del mismo autor, esa situación económica se manifestó también en: “*... una fragmentación del poder político, expresado a través de la institución del Cabildo, el cual fue muy fuerte durante el siglo XVII y la primera mitad del siglo XVIII. Desde 1760 los borbones retomaron parte del poder de los cabildos –en lo que Lynch ha denominado la reconquista de América-. Esto exacerbó el sentimiento de autonomía de los grupos de poder local, los cuales desarrollaron la ideología de lo “criollo americano”, que jugaría un papel clave en el movimiento de independencia*”⁶.

A pesar de lo contundente que resulta el hecho de la fragmentación económica y social de nuestra realidad colonial y del fuerte impacto que ello tuvo en el momento de la emancipación, desde finales del siglo XIX nuestra historiografía ha venido desconociendo el carácter complejo y multicausal de ese proceso⁷. Afortunadamente, es una realidad que hoy está cambiando, gracias a que hay opiniones que examinan y proponen otra lectura de la historia. Así, por ejemplo, sobre este particular, una voz tan autorizada como la de Margarita Garrido presenta, una visión de esos hechos,

período en torno a la formación de la nación, y casi ninguna preocupación por el tema de la Independencia”. Cf. MÚNERA, Alfonso. *El fracaso de la nación*, El Áncora Editores, Bogotá, 1998, p. 15.

5 ORTIZ, Luis Javier. Óp. cit. p. 203.

6 *Ibidem*.

7 La estrecha visión historiográfica tiene un buen argumento en la Ley 60 de 1873, que definió la fecha del 20 julio como fundacional de nuestra nacionalidad y la designó fiesta nacional, en contravía de otras alternativas que reivindicaban la perspectiva regionalista.

que incluso va más allá de la dicotomía centralismo-federalismo. En efecto, ella denuncia que nuestra historiografía, de un modo simplista “... *ha basado sus interpretaciones de las guerras civiles que siguieron a la declaración de Independencia como opciones entre federalistas y centralistas, y ello ha oscurecido motivos quizá más profundos. La documentación permite ver que, en muchos casos, no fueron las formas de organización estatal sino las lealtades básicas, las aspiraciones profundas y los miedos, los que llevaron a los pueblos a definir sus alianzas*”⁸.

En este mismo sentido, otra visión revisionista es la de Tulio Elí Chinchilla, quien califica el proceso de creación de nuestro Estado no como un movimiento nacional, sino como una onda de declaraciones de independencia “... *que tuvo su primer momento el 22 de mayo en Cartagena de Indias, se replicó en Cali (3 de julio) y Pamplona (4 de julio), se extendió al Socorro, Vélez, San Gil y Girón (10 de julio y días siguientes) y ascendió en la ciudad capital, para proseguir luego en las provincias de Mariquita (29 de julio), Mompox (6 de agosto), Antioquia (31 de agosto) y otras más*”⁹.

A partir de las anteriores opiniones, resulta dable afirmar que en Colombia, más que un acto o hecho de independencia, lo que hubo fue un amplio movimiento hacia la independencia que estuvo caracterizado por un fuerte acento local y regional. Y vistas así las cosas, resulta forzoso decir que la afamada y celebrada declaración santafereña del 20 de julio, no fue más que una entre otras¹⁰. Sin embargo, el persistente espíritu centralista que se ha impuesto en nuestra sociedad, ha elevado ese farragoso documento a la inmerecida categoría de epopeya nacional. En este sentido, bien valdría la pena tener en cuenta que la primera declaración formal de independencia absoluta que se produjo en Colombia se dio en la ciudad de Mompox el 6 agosto de 1810, mucho antes de que un pronunciamiento similar se hiciera en cualquier otra parte del país, que de hecho sólo vino a producirse en Cartagena el 11 de noviembre de 1811.

8 GARRIDO, Margarita. *Antonio Nariño*, Panamericana, Bogotá, 1999, p. 71.

9 CHINCHILLA, Tulio Elí. *Las declaraciones de independencia*. El Espectador, julio 14 de 2008. Esta realidad ha llevado a que se afirme que: “*la Revolución Política de 1810 es un movimiento que se inicia en la provincia y termina en la capital, así: Cartagena 22 de mayo; Cali, 3 de julio; Pamplona, 4 de julio; y Socorro, 10 de julio*”. Cf. OCAMPO LÓPEZ, Javier. “El proceso político, militar y social de la Independencia”, *En Nueva Historia de Colombia*, V. 2, Planeta, 1989, p. 17.

10 Recientemente se ha publicado una buena recopilación de todas aquellas que se dieron en lo que era el Virreinato de la Nueva Granada. Cf. QUINTERO MONTIEL, Inés y MARTÍNEZ GARNICA, Armando (Eds.). *Actas de formación de juntas y declaraciones de independencia (1809-1822)*. Reales Audiencias de Quito, Caracas y Santa Fe. 2 Tomos. UIS, Bucaramanga, 2008.

Un argumento adicional en favor de esta visión pluralista de ese proceso, viene dado por el hecho de que en esa primera década de nuestra vida republicana (1810-1820), nunca hubo una Constitución nacional. Por el contrario, se expidieron varias constituciones provinciales: Cundinamarca (1811), Tunja (1811), Antioquia (1812), Cartagena (1812), Popayán (1814), Mariquita (1815), Neiva (1815).

Pero es que el espíritu autonomista fue tan fuerte, que a falta de una Constitución nacional, lo que se acordó fue un Acta de Confederación de esas provincias en noviembre de 1811. Ella, en su preámbulo, advertía que las provincias “... *formal y solemnemente han proclamado sus deseos de unirse a una **asociación federativa**, que remitiendo a la totalidad del gobierno general las facultades propias y privativas de un solo cuerpo de nación reserva para cada una... su libertad, su soberanía y su independencia*” (Negrilla fuera de texto). Y quienes suscribieron ese documento tenían tan claro que su naturaleza jurídica era confederal, que el Acta fue considerada como un tratado sujeto a ratificación por parte de las legislaturas de las provincias y con la pretensión de ser sustituida más adelante por una Constitución federal, tal como lo establecía el art. 77: “**Los presentes tratados serán presentados a la ratificación o sanción de las provincias**, por medio de sus legislaturas, juntas o gobiernos provinciales, suficiente y competentemente autorizados a este fin; y las mismas se entenderán en lo sucesivo para cuanto pueda ocurrir” y el art. 60 disponía que: “Para la debida organización de estos poderes, o el más acertado desempeño de sus funciones, el Congreso hará los reglamentos que estime oportunos, mientras que una **Constitución definitiva** arregla los pormenores del gobierno general de la Unión”¹¹ (Negrillas fuera de texto).

Todo lo anterior prueba, hasta la saciedad, que, como lo afirma Chinchilla: “... una expresión de la nación –no existía– sino de “pueblos” provinciales, cada uno de ellos con autoconsciencia de capacidad de gobernarse. Puede decirse, entonces, que el poder constituyente originario de nuestras tierras fue un constituyente local en un marco territorial regional. A partir de esta pluralidad de provincias que se proclaman autónomas se forjan las primeras alianzas confederales sin imposiciones centrípetas, prefiguración del posterior Estado neogranadino”¹².

11 Obsérvese que en ese momento en Colombia estábamos replicando las mismas etapas que se dieron en EE.UU. Allí lo primero que hubo fue unas provincias que se convirtieron en estados, siendo Virginia la primera con su Constitución de 1776; en 1781 entró en plena vigencia la Confederación; y en 1787 se expidió la Constitución federal de la Unión Americana, actualmente vigente. Ese último tercer paso fue el que entre nosotros nunca se dio.

12 Chinchilla. Op. cit.

Infortunadamente, esa Constitución federal que debía expedirse en los términos del art. 60 del Acta de Confederación para organizar definitivamente la República, nunca se promulgó, porque, como es ampliamente conocido, esa primera forma de organización institucional fracasó cuando triunfó, en 1816, la expedición de reconquista española que dirigía Pablo Morillo. Y ese fue un acontecimiento que no sólo aniquiló los esfuerzos de la República, sino que también hundió en el desprestigio al proyecto federal como opción organizativa del Estado. Así puede deducirse de lo expresado por José Manuel Restrepo, padre de nuestra historiografía y testigo y participante directo de esos hechos: “... *al principio de la revolución, animados los políticos bisoños de la Nueva Granada con el rápido crecimiento y prosperidad de los Estados Unidos de Norteamérica, habían adoptado inconsideradamente sus constituciones demasiado liberales para pueblos educados bajo la inquisición y el despotismo colonial [...] Enseñó muy pronto la experiencia que esas constituciones, aunque sabiamente calculadas para los pueblos de la América del Norte, eran insuficientes para defender y mantener en paz a los habitantes de la Nueva Granada, dominados en gran parte por la superstición, el fanatismo, los hábitos de la esclavitud y cien pasiones diversas*”¹³.

Por eso se explica bien que después de reconquistada la Independencia, y cuando se dio comienzo a la organización de la República en el seno del Congreso constituyente de Cúcuta de 1821, el temor al regreso del domino español llevó a ese cuerpo a hacer una fuerte apuesta por un modelo de Estado unitario centralizado, capaz de hacerle frente a una posibilidad de esa naturaleza. Y ese propósito era tan evidente, que quedó expresamente incluido en la proclama que precedía al texto de la Constitución: “*En ella encontraréis que sobre la base de la **Unión de Pueblos** que antes formaron diferentes Estados se ha levantado el edificio firme y sólido de una nación...*” (Negrilla fuera de texto)¹⁴.

No obstante la claridad de esos propósitos, una vez aprobado ese texto constitucional, “... *los mantuanos caraqueños reprocharon el excesivo centralismo y la poca atención a los problemas específicos de Venezuela y en general de cada uno de los departamentos. Los venezolanos lucharon contra el centralismo granadino desde Bogotá y consideraron necesario el federalismo en la Gran Colombia*”¹⁵. De tal suerte que las tensiones territoriales no menguaron y es posible afirmar que a

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

14 Sobre la primera etapa del federalismo en Colombia, GILMORE, Robert Louis. *El federalismo en Colombia 1810-1858*. Universidad Externado, Bogotá, 1995.

15 OCAMPO LÓPEZ, Javier. “Historia de las ideas federalistas en los orígenes de Colombia”, En: *El federalismo en Colombia. Pasado y perspectivas*, Universidad Externado, Bogotá. 1997, p. 108.

partir de ellas se puede encontrar el germen del fracaso de nuestro primer modelo constitucional nacional, el establecido en Cúcuta 1821.

3. PREÁMBULO DEL FEDERALISMO EN ANTIOQUIA

A partir de 1849, con la llegada al poder de José Hilario López, se dio comienzo al establecimiento de la República Liberal, la cual se implementó mediante la adopción de una amplia gama de medidas: libertades económicas, separación Iglesia-Estado, libertad absoluta de los esclavos, etc. En el marco de esas disposiciones y mediante ley del 16 de mayo de 1851, que debería ser efectiva a partir del 1 de julio de 1851, la provincia de Antioquia, que ya se estaba constituyendo en el fortín conservador de Colombia, fue subdividida en tres: Medellín, Antioquia y Córdoba. Con esa medida, el gobierno liberal perseguía claros fines políticos, pues *“Una Antioquia dividida aseguraba el occidente como un fortín liberal con representación en el Congreso y debilitaba la fuerza de Medellín en general, especialmente en oriente donde se esperaba que sin la influencia medellinense, Rionegro podría sostenerse contra sus vecinos conservadores en las elecciones. Santa Rosa, un socio curioso para Santafé de Antioquia y Sopetrán, iban a ser parte de la nueva provincia con la capital en Santafé. Su separación de la provincia de Medellín debilitaba al conservatismo allí, mientras con su anexión a occidente iba a ser empantanado electoralmente”*¹⁶.

Pero los sectores conservadores consideraban que la ley de subdivisión de Antioquia en tres provincias era algo ignominioso y amenazante para la buena marcha de la Provincia, y que a su vez, esa medida les quitaba fuerza y control político y electoral en la región. Por eso, encabezados por el general caleño Eusebio Borrero, proclamaron por decreto que la antigua provincia de Antioquia se constituía en Estado Federal y que él se compondría provisionalmente de las provincias de Medellín, Antioquia y Córdoba. El 16 de julio se organizó provisionalmente el Estado federal y se convocó una asamblea preparatoria que debería establecer un gobierno provisorio encargado de la administración del Estado mientras se expedía la Constitución federal.

De tal manera que puede parecer paradójico y hasta curioso, pero el federalismo en Antioquia no sólo fue bastante prematuro sino que, y sobre todo, fue un producto conservador. Así es, pues en medio de un levantamiento que ese partido encabezó en Antioquia contra el nuevo gobierno liberal de la República, el general Eusebio

16 ORTIZ MESA, Luis Javier. *Aspectos políticos del federalismo en Antioquia 1850-1880*. Universidad Nacional de Colombia, Medellín, 1985, p. 17.

Borrero expidió un Decreto el 1° de julio de 1851 mediante el que asumió el mando civil y militar del Estado federal de Antioquia mientras se convocaba y reunía la asamblea y constituía la provincia bajo la forma federal:

Proclamamos la Federación de Antioquia, porque es la forma de gobierno que consulta mejor los intereses de esta afortunada región, llamada a ocupar un puesto distinguido entre los pueblos civilizados del mundo: por su situación, su riqueza, su laboriosidad, su población, y sobre todo por la moralidad de sus habitantes...

Hemos proclamado la Federación: porque es la forma de gobierno que anhelan ver establecida en este dichoso país todos los antioqueños sin distinción de colores políticos, y era preciso no dejar escapar la preciosa ocasión que se presentaba para restituir al pueblo la soberanía que el Gobierno Central le había arrebatado para tiranizarlo. Hemos proclamado la Federación; porque es la única tabla de salvación que nos queda para rescatar a nuestra querida patria de ese vandalaje sin ejemplo en la historia aún de los pueblos más bárbaros del mundo que hoy azota el en otro tiempo venturoso Valle del Cauca...

*Para conseguir tan deseados e inmensos bienes fue que gritamos Dios y Federación, cuyo grito sonó, como por encanto en todos los ángulos del Estado de Antioquia*¹⁷.

Pese a que la revolución fue controlada por el Gobierno Nacional con tropas venidas de fuera de Antioquia y que la dirección política de esta región volvió a manos de los liberales, la revolución polarizó mucho las fuerzas entre los partidos y dejó en claro que los conservadores bajo un régimen federal y sin intervenciones foráneas, eran más fuertes internamente que los liberales. Esta fue la razón para que en los años siguientes, ellos estuvieran dedicados a unificar esfuerzos entre sí, pues buscaban, acudiendo al sufragio universal aprobado en la Constitución de 1853, ganar las elecciones locales y establecer así un Estado federal.

4. LA CREACIÓN FORMAL DE LA FEDERACIÓN

En el marco del debate ideológico tan amplio que en ese momento se desarrollaba en el país, emergió otra vez el espíritu autonomista en las provincias, a tal punto que ese hecho obtuvo reconocimiento jurídico en la Constitución de 1853, texto que en su art. 48 dispuso que: *“Cada provincia queda dotada de poder constitucional bastante para disponer lo que juzgue conveniente a su organización, régimen y administración interior, sin invadir los objetos de competencia del Gobierno general,*

17 Citado en ORTIZ. *Aspectos...* Op. Cit. p. 26.

respecto de los cuales, es imprescindible y absoluta la obligación de conformarse a lo que sobre ellos dispongan esta Constitución o las leyes”.¹⁸ Con fundamento en esta disposición, las treinta y seis provincias existentes expidieron, entre 1853 y 1857, sesenta y un constituciones provinciales, también llamadas municipales¹⁹.

Pero ese constitucionalismo provincial fue muy efímero, porque a partir de una reforma a la Constitución que se introdujo en febrero de 1855, se creó el Estado soberano de Panamá, integrando en él las cuatro provincias que hasta entonces habían operado en el istmo. Además, ese acto reformativo de la Constitución disponía en su art. 12, que el legislador podía “... erigir en estado que sea regido conforme al presente Acto legislativo, cualquier porción del territorio de la Nueva Granada”. Y advertía inmediatamente que las leyes que los crearan tendrían rango de acto constitucional. Soportado en estas previsiones, en 1856 el Congreso creó el Estado de Antioquia y en 1857 los de Santander, Cauca, Cundinamarca, Boyacá, Bolívar y Magdalena²⁰.

Pero el incipiente soporte jurídico que significaban unos actos específicos de creación de estados, llevó a que se expidiera otra Constitución nacional, la sexta de nuestro periplo constitucional, con el ánimo de darle cobertura a esa nueva realidad, pues como se ha dicho: “*La República vino a quedar dividida en Estados federales bajo una Constitución que establecía el régimen unitario y para remediar tamaña anomalía, era necesario proceder a darle a la Nación un estatuto francamente federalista*”²¹. Se trata de la Constitución de 1858, que acertadamente proclamaba en su art. 1º que: “*Los Estados de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá y Santander, se confederan a perpetuidad, forman una nación soberana, libre e independiente, bajo la denominación de Confederación*

18 Tirado Mejía sostiene que: “*El asunto del federalismo ha sido uno de los grandes mitos como elementos de diferenciación doctrinaria entre el partido liberal y el partido conservador [...] El análisis de la política durante el período de la hegemonía liberal y una rápida visión de los textos constitucionales expedidos durante el período, nos permiten comprobar que en este punto, así como en otros de supuesta separación doctrinaria entre los partidos la diferencia no es tan diáfana*”. Cf. TIRADO MEJÍA, Álvaro. *El Estado y la política en el siglo XIX*, El Áncora, Bogotá, 2001, p. 46.

19 En este punto me atengo a la autorizada voz de Carlos RESTREPO PIEDRAHÍTA, cuya obra en 4 tomos *Constituciones de la República Liberal*, publicada en 1979 por la Universidad Externado es la investigación más avanzada en esta materia en Colombia desde el punto de vista general. Un estudio particular es el que realizó Carlos A. FLÓREZ LÓPEZ. *Constituciones municipales de Santander. Siglo XIX*. UCC, Bucaramanga, 1997.

20 Los Estados federados finalmente fueron nueve, pues a estos ocho creados por el legislador, hay que añadir el Estado del Tolima, creado mediante Decreto por el general Mosquera en medio del fragor de la guerra civil de 1860. El acto fue expedido en abril de 1861 e integraba en ese nuevo Estado las provincias de Mariquita y Neiva, que hasta entonces pertenecían a Cundinamarca.

21 TASCÓN. Tulio Enrique. *Historia del derecho constitucional colombiano*. Litoalfa, Pereira, 2000. p. 79.

*Granadina y se someten a las decisiones del Gobierno general, en los términos que se establecen en esta Constitución*²². Así, al menos formalmente, Colombia era, por primera vez, un Estado plena y expresamente federal. Y paradójicamente, lo había sido en virtud de la voluntad conservadora, pues la Constitución de 1858 fue expedida por un parlamento cuya mayoría era de ese partido. Y esa es una realidad que desde el punto de vista político, se hace necesario destacar: “... porque nos muestra cómo a diferencia de lo que se suele decir, las ideas federalistas no eran patrimonio de los liberales; y cómo, sobre esta forma de organización territorial estaban en ese momento de acuerdo ambos partidos”²³.

La historia que siguió es bien conocida. En medio de las vicisitudes políticas de esa turbulenta centuria, esa Constitución fracasó, y ese fracaso llevó a maximizar el Estado federal a unos niveles muy altos con la Constitución de 1863. Sus extensas bondades son ampliamente celebradas, pero sus contradicciones internas también, todo lo cual llevó a que durante su vigencia imperara un ambiente de elevada pugna que finalmente condujo a su derogación y al definitivo entierro, al menos hasta ahora, del modelo federal en nuestro país.

5. EL ESTADO SOBERANO DE ANTIOQUIA

Formalmente, el Estado Soberano de Antioquia fue creado mediante Ley de junio 11 de 1856 y a él fueron incorporadas las que hasta entonces eran las provincias de Medellín, Antioquia, y Córdoba. Un decreto del 19 de junio siguiente dispuso la convocatoria de una Asamblea Constituyente de 41 miembros que debían reunirse a partir de septiembre 15 en Medellín, la capital del Estado. Reunida ésta, y poco después de un mes de debates, el 28 de octubre siguiente, fue expedida una Constitución de 107 artículos que tendría vigencia a partir del 1° de enero de 1857.

Ese texto normativo consagraba, entre otros elementos, el amplio catálogo de derechos tan en boga en esos años de la república liberal; una asamblea legislativa bicameral (Senado y Sala de Diputados) con 15 miembros cada una elegidos para un período de cuatro años y que sólo se reunían cada dos años durante un plazo máximo de 60 días; un gobernador del Estado elegido para cuatro años por voto directo y secreto de los ciudadanos; un poder judicial integrado por un Jurado Su-

22 Obsérvese que la Constitución utiliza, inadecuadamente, la expresión Confederación, cuando de lo que se trataba era de una auténtica federación. Ese equívoco semántico suele ser frecuente y actualmente incurren en él Canadá y Suiza, que se proclaman como confederaciones, cuando en realidad son verdaderas federaciones.

23 TIRADO MEJÍA, Álvaro. *Descentralización y centralismo en Colombia*. Oveja Negra, Bogotá, 1983, p. 47.

premo, un Tribunal Superior, los jueces de circuito y los demás que estableciese la ley. Curiosamente, el art. 93 consagraba una clara noción de supremacía constitucional en los siguientes términos: “*Esta Constitución se aplicará preferentemente a cualquier disposición legal*”.

Después de expedida esa primera Constitución, y a lo largo de los escasos treinta años que iba a durar como Estado federal, infortunadamente Antioquia se iba a encaminar por la misma senda de inestabilidad institucional y jurídica que siempre ha caracterizado el sistema constitucional en nuestro medio. Esto es así en la medida que en ese corto período el Estado federado tuvo las siguientes constituciones: la de 1856, la primera de 1863, la segunda de 1863, la de 1864, y la de 1877.

Añádanse a esta lista, además, cuatro actos reformativos de esas constituciones y un Acto constitucional transitorio. Incluso sería necesario decir que la reforma introducida en noviembre de 1878 a la Constitución de octubre de 1877 fue de tal calado (43 artículos) que con justa razón José María Samper la considera como otra Constitución formal.²⁴ Este mismo autor es de la opinión que en el caso antioqueño, de manera particular, esta inestable realidad política y constitucional resultaba preocupante y por eso la fustigó fuertemente: “*Tenemos, pues, que en el solo transcurso de diez y ocho años (de 1856 a 1878) Antioquia, el Estado más práctico y positivo, el de ideas más estables, el más adicto al trabajo y al orden, se dio siete constituciones diferentes, amén de un acto reformativo de importancia; obras que reflejaron las alternaciones de los partidos en el poder y la completa contradicción de sus ideas*”²⁵.

Ahora bien, esos sucesivos tránsitos constitucionales se explican bien cuando se tiene plena conciencia de lo enconado que era en esa época el enfrentamiento entre liberales y conservadores. Tenemos así que la Constitución antioqueña de 1856 gozaba de un claro acento conservador, gracias entre otras razones, a que ella fue expedida por una Asamblea Constituyente que fue presidida por Mariano Ospina Rodríguez, padre del conservatismo colombiano y en la que también tomaron parte Pedro Justo Berrío y Recaredo de Villa, máximos exponentes regionales de esa alternativa partidista y quienes posteriormente dirigieron los destinos del Estado de forma sucesiva como presidentes, entre enero de 1864 y diciembre de

24 SAMPER, José María. *Derecho público interno*, Temis, Bogotá, 1982, p. 209. Para dar mayor claridad, habría que decir que Antioquia no fue la excepción, sino que más bien estuvo dentro de la tónica general, y hubo estados como Cundinamarca y Panamá que tuvieron siete textos constitucionales. Tal vez puedan considerarse como una singularidad los estados de Santander y Cauca, que sólo tuvieron tres cada uno. En total, según Restrepo Piedrahita, en esos 30 años se expidieron 43 constituciones estatales.

25 *Ibid.* p. 209. Si bien Samper habla de siete constituciones antioqueñas, prefiero atenerme a la voz más autorizada de Restrepo Piedrahita, quien en su obra sólo reconoce la existencia de cinco textos.

1876. Señálese, además, que también hacían parte de ese cuerpo al menos cuatro connotados eclesiásticos de la región. Todo ello explica suficientemente por qué en el contexto de una República Liberal que propugnaba por un laicismo creciente que generaba un creciente enfrentamiento entre la Iglesia y el Estado, en Antioquia se hubiesen elevado al rango de norma constitucional disposiciones tan exóticas como las que siguen:

Art. 101. La religión católica, apostólica, romana, única que hoy se profesa públicamente en el Estado, llena las condiciones exigidas en el inciso 5° del art. 5° de la Constitución de la República y satisface las exigencias de la subsistencia y seguridad del Estado, y su libre ejercicio será cumplidamente asegurado

Art. 102. Ninguna corporación ni funcionario del Estado podrá dar a los lugares destinados al culto otra aplicación distinta de este objeto ni gravarlos con ningún género de contribuciones. Las propiedades y rentas destinadas al sostenimiento del culto y las que pertenezcan a una comunidad o corporación religiosa, gozarán de la misma garantía que las propiedades y rentas de los particulares y no podrán ser ocupados ni gravados de una manera distinta de estas²⁶.

Sin embargo, el orden constitucional establecido en Colombia a partir de 1858 no iba a ser de larga duración. Así es, en el ámbito nacional los últimos años de la década de 1850 estuvieron caracterizados por la unión entre el gobierno conservador y la Iglesia, y ello significó la parálisis de las reformas liberales, así como la exclusión del partido liberal del poder y la imposibilidad de que éste alcanzara el control estatal por los medios democráticos. En las elecciones presidenciales para el período 1857-1861 fueron derrotados Manuel Murillo Toro y el general Tomás Cipriano de Mosquera, presidentes de Santander y del Cauca respectivamente, y fuertes defensores del federalismo, por el candidato conservador Mariano Ospina Rodríguez, que era un decidido opositor al mismo. Esas “...serían las causas fundamentales para iniciar la guerra, pues Ospina Rodríguez, apoyado por el congreso de la república (de mayoría ospinista), expidió un conjunto de leyes para reprimir el federalismo y al mismo tiempo volver al centralismo”²⁷.

26 Sobre la primera Constitución antioqueña ÁLVAREZ LOPERA, Mario Alfonso. “El desenvolvimiento del federalismo en Antioquia desde la creación del Estado hasta la adopción de la Constitución de 1858”, En *Origen del constitucionalismo colombiano*, Universidad de Medellín, Medellín, 2006, pp. 151 a 172.

27 RESTREPO RODRÍGUEZ, Ana María. “Literatura e Historia. A propósito de la Guerra Civil colombiana de 1860”, p. 102.

El alzamiento liberal se inició en 1860 desde el Estado del Cauca y fue encabezado por el general Mosquera. Y cuando en el territorio nacional triunfó la revolución radical, lógicamente se hizo necesario reemplazar la Constitución antioqueña de 1857 para acompañarla con la nueva realidad política del país y del Estado. Fue así como apareció una Constitución liberal el 27 de enero de 1863. Ese texto tenía como pretensión "... *reorganizar y constituir definitivamente el Estado*", tal como se afirmaba en el Preámbulo. Era igualmente muy corta, 109 artículos y replicaba el modelo de organización, así como las garantías que eran características entonces. Novedades estructurales significativas fueron las siguientes:

- Creación de un poder legislativo unicameral (Asamblea de Diputados).
- Consagración del estado de excepción constitucional (ocasionado en la invasión de fuerzas de otros estados o generado por conmoción interior) y en el marco del cual el Presidente podía suspender garantías individuales "... *por el tiempo puramente necesario*" (art. 102).
- Creación de un procedimiento especial de reforma, tal como lo establecía el art. 104: "*El poder Constituyente del Estado será siempre diferente del Poder Legislativo*".

De entre los redactores de esa Constitución no sólo sobresalen figuras liberales muy notorias de la Antioquia de entonces, como Pascual Bravo y Camilo Antonio Echeverri, sino que en el seno de ese cuerpo llama mucho la atención la presencia de una notable figura del Olimpo radical, José María Rojas Garrido, un huilense que era reconocido como uno de los principales ideólogos del liberalismo decimonónico y que años después sería Presidente de los Estados Unidos de Colombia.

Pero esa segunda Constitución antioqueña, nacida con tan elevados propósitos, no logró cumplirlos, pues su duración fue muy efímera, dado que en mayo de ese año, sólo tres meses después de puesta en vigencia, se expidió la Constitución federal de 1863 que creaba los estados Unidos de Colombia. El acento altamente radical de ese texto constitucional nacional movió a los antioqueños, veinte días después, a expedir una nueva Constitución, también de fuerte estirpe liberal y con notoria tendencia anticlerical, como queda patente a partir de lo que expresaba el art. 102: "*Es prohibido en el Estado el establecimiento de corporaciones, asociaciones y comunidades religiosas*". Sin embargo, imponer un proyecto de esa naturaleza suponía superar graves contratiempos, porque: "... *al menos en Antioquia no podía esperarse que la propuesta liberal de una sociedad secularizada tuviera posibilidades de éxito. La sustitución de una ética religiosa por una ética laica y de ahí la pugna por el aparato educativo, el matrimonio y los cementerios, materializaciones*

*de concepciones sobre el aquí y ahora y el imaginario trascendente vivido como parte integral de la vida*²⁸.

Por lo demás, esa tercera Constitución antioqueña era muy similar a su predecesora, entre otras razones, porque los redactores de una y otra fueron prácticamente los mismos. Ahora bien, esa ley fundamental, que igualmente nació con el propósito “... reorganizar y constituir definitivamente el Estado”, tampoco lo alcanzó, pues los conservadores antioqueños, descontentos con medidas como la expropiación de los bienes de manos muertas y el control de la Iglesia por parte del Estado, se lanzaron a una insurrección. La Revolución conservadora concluyó el 4 de enero de 1864 con la Batalla de El Cascajo, entre Rionegro y Marinilla, en la que perdió la vida Pascual Bravo, el joven Presidente del Estado. Después de ella, las fuerzas conservadoras –del Norte, del Sur y el Oriente principalmente– entraron a controlar el Estado de Antioquia, que fue puesto al mando del Jefe civil y militar Pedro Justo Berrío.

Esa revolución conservadora antioqueña tuvo que ser aceptada por el gobierno de la Unión, que encabezaba el liberal Manuel Murillo Toro, pues así lo obligaba el mandato de neutralidad que establecía la Constitución nacional: “*Artículo 19. El Gobierno de los Estados Unidos no podrá declarar ni hacer la guerra a los Estados sin expresa autorización del Congreso, y sin haber agotado antes todos los medios de conciliación que la paz nacional y la conveniencia pública exijan*”. Además, porque como lo manifestó el propio Berrío: “*Este movimiento espontáneo de los pueblos de Antioquia no tiene por objeto romper la Unión Colombiana, ni echar por tierra por medios violentos la Constitución Nacional [...] El cambio político ocurrido en Antioquia ha tenido por objeto derribar el tiránico gobierno doméstico que existía en el Estado, reformar sus instituciones internas, establecer sobre bases firmes el orden, la paz, la libertad y todos los derechos que habían sido conculcados*”²⁹.

De suerte pues, que en abril de 1864, el Gobierno revolucionario fue reconocido por el gobierno de Murillo Toro, y Berrío fue nombrado Gobernador interino del Estado por la Legislatura constituyente, hegemónicamente conservadora, que había sido instalada en Medellín el 15 de junio de 1864. El proyecto conservador se

28 ARANGO, Gloria Mercedes. *La mentalidad religiosa en Antioquia: prácticas y discursos 1828-1885*. Universidad Nacional de Colombia, Medellín, 1993, p. 9.

29 Manifiesto de Berrío al pueblo antioqueño al asumir el poder en enero de 1864. Citado por. MEJÍA VELILLA, David. “Un ejemplo de federalismo en Antioquia: la presidencia de Pedro Justo Berrío”. *En El federalismo en Colombia. Pasado y perspectivas*. Universidad Externado, Bogotá, 1997, p. 199-200.

concretó cuando abolieron la Constitución antioqueña de 1863 y la sustituyeron por la de 1864 copiada casi en su totalidad de la que había sido expedida en 1856.

La nueva Constitución, expedida el 13 de agosto de 1864 y que fue un texto suscrito por lo más destacado de la dirigencia conservadora antioqueña: Marceliano Vélez, Justiniano Montoya, Abraham Moreno y Recaredo de Villa, debe ser considerada como la Constitución antioqueña más importante, no sólo porque sirvió de acicate al eficiente proyecto conservador antioqueño, sino también por su dilatada vigencia temporal, pues ella duró 13 años, hasta el 21 de agosto de 1877, cuando fue reemplazada por un Acto Constituyente Transitorio expedido por el gobierno liberal que en ese momento se impuso en Antioquia en el marco de otro proceso revolucionario³⁰.

Parte del éxito de ese proyecto conservador estuvo dado por el hecho de que, al menos en Antioquia, se normalizó la cuestión religiosa: *“En el campo de las relaciones con la Iglesia católica, Berrío tomó importantes decisiones tales como la expedición de una ley mediante la cual se le reconocían a las diócesis y parroquias la propiedad de los templos, casas curales y episcopales, así como de los seminarios. Con estas medidas consiguió que el clero antioqueño lo acompañara en su gobierno, no sólo desde el púlpito, sino también en las aulas escolares y, ocasionalmente, en la legislación. Esto se tradujo en un gran respaldo del pueblo antioqueño, y generó una situación de estabilidad y tranquilidad bastante propicia para el desarrollo de la economía, con lo cual a su gobierno se sumó el apoyo de un gran sector del liberalismo, especialmente de los comerciantes y banqueros de Medellín, que veían con buenos ojos las medidas que Berrío tomaba a favor del progreso y el desarrollo material”*³¹.

Por otra parte, el art. 49 de esa Constitución indicaba que el Gobernador del Estado ejercería sus funciones por un período de cuatro años y que *“El mismo individuo no podrá ser elegido Gobernador para dos períodos consecutivos”*. Sin embargo, en 1867, se expidió un Acto Legislativo reformativo de la Constitución en cuyo artículo 1° se dispuso que: *“El Magistrado que ejerce el Poder Ejecutivo del Estado, tendrá el título de Presidente del Estado. El mismo individuo no puede ser elegido Presidente del Estado por más de dos períodos consecutivos”*. Sin embargo, Pedro

30 Parecerá un sarcasmo afirmar que 13 años es un período de dilatada vigencia, máxime cuando se habla de un texto constitucional, una de cuyas características esenciales es la estabilidad. Sin embargo, la afirmación adquiere sentido cuando se tiene claro que a lo largo de la etapa federal, los nueve estados soberanos tuvieron 43 constituciones.

31 GAVIRIA GIL, María Virginia. “Radicales e independientes en la política antioqueña”, 1877-1885, *En Historia y Sociedad* N° 7, Unal, Medellín, p. 125.

Justo Berrío, que era gobernador del Estado, se opuso a ese acto que consideraba inconveniente, tal como lo expresó en una misiva que dirigió a la legislatura y mediante la cual buscó que se archivara la iniciativa, refleja bien el talante de ese personaje fundamental de la Antioquia del siglo XIX:

Ciudadanos Diputados:

Una comisión de la Honorable Legislatura puso ayer en mis manos el “Acto Legislativo reformativo de la Constitución política del Estado soberano de Antioquia” que expedisteis el 19 del corriente.

Como según el artículo 87 de la misma Constitución debo sancionarlo, sin hacer objeción ninguna, yo habría ya cumplido este deber, si dicho Acto hubiera venido revestido de la autoridad necesaria; pero sin duda por un olvido se omitió la firma del Secretario de la Legislatura en uno de los ejemplares; y a fin de que se llene esta formalidad lo devuelvo.

Y ya que se me presenta esta ocasión, séame lícito expresar mis sinceros deseos de que el referido Acto se reconsidere por la Legislatura. Conozco el fin altamente patriótico de los ciudadanos diputados al expedirlo; pero él puede traer en el futuro muy funestas consecuencias para el Estado. Un mal Gobernador o presidente se aprovechará de todos los medios de influencia que da la posesión del Poder ejecutivo, y se hará reelegir por cuatro años más: lo cual expone el Estado, o a sufrir por mucho tiempo un mal Gobierno, o a lanzarse, para sacudir el yugo, en el duro y azaroso medio de la revolución. Juzgo mejor dejar las cosas como están actualmente.

Que no se traduzca esto por objeciones que no puedo hacer, sino solo por una simple enunciación de mis votos en materia tan delicada. Aun es tiempo, y vosotros podéis todavía revocar el acto referido.

Pedro Justo Berrío

Pese a estas objeciones, de hecho la reforma fue aprobada y Berrío fue elegido para un nuevo período de cuatro años, lo cual le permitió desarrollar una dilatada obra de gobierno que resultó muy significativa para este territorio, máxime porque frente a la descomposición política general que se vivía en el resto del país, en Antioquia él: “... *tendió un cordón sanitario contra las luchas intestinas que postraron al resto del país y se logró una gobernación en paz*”³². Así se puede deducir del mensaje que en su calidad de gobernador, le envió a la Legislatura de 1873: “*En esta sección de la República no sería fácil suplantar el sistema federativo por otro, porque desde el tiempo de la Colonia, el pueblo antioqueño adquirió hábitos de verdadera federación; y cuando ha estado sujeto por necesidad al régimen central, siempre se le ha visto conservar su tipo original y anhelar la forma federal. Por*

32 AA.VV. *Gobernantes de Antioquia*, Academia Antioqueña de Historia, Medellín, 2007, p. 361.

*esto aceptó de buena fe y defiende con entusiasmo la Constitución de Rionegro; porque ya lo he dicho otras veces y vuelvo a repetirlo ahora, esta Constitución es buena en lo general, y hablando con sinceridad, no se le puede rechazar más que por las tiránicas disposiciones que contiene sobre materias eclesiásticas*³³.

El proyecto conservador duró hasta 1877, cuando debido al fracaso de la participación antioqueña en la guerra civil de 1876-1877, que había sido declarada contra el gobierno nacional por los conservadores que buscaban oponerse a las reformas educativas del liberalismo radical, éste recuperó el poder en Antioquia. En efecto, el general Julián Trujillo sometió el Estado de Antioquia e impuso condiciones de tuición de cultos al clero, reformó la Constitución del Estado y estableció un régimen que estuvo cimentado en un ejército fuerte, en empréstitos y en controles sobre las localidades. Derrotados los conservadores y desterrados obispos que los apoyaban (Joaquín Guillermo González de Santafé de Antioquia y José Ignacio Montoya de Medellín), se abstuvieron de participar en cargos de representación, aunque la nueva Constitución lo permitía. Bajo los gobiernos de Daniel Aldana y más tarde de Tomás Rengifo, los conservadores y el clero antioqueño asumieron la misma posición e incluso trataron de generar una insurrección contra los liberales a comienzos de 1879. Sólo a partir del gobierno de Luciano Restrepo Escobar, se daría nuevamente la participación conservadora.

Recuperado el poder en Antioquia por lo liberales, y como consecuencia de esa nueva realidad, se expidió otra Constitución, esta vez de corte liberal y que reemplazó la conservadora de 1864. Por esta vía, y a partir de 1878, Antioquia se convirtió en un bastión del radicalismo, a tal punto que la victoria de Luciano Restrepo Escobar en las elecciones para gobernador del Estado, significó un nuevo reto de los antioqueños a la política de Rafael Núñez, quien expresamente como presidente de la Unión había objetado su elección. Esa realidad política se entiende si se tiene claro que a finales de la década del 70: “... se fue configurando una clase dirigente más nacional, con intereses unificadores que veían en la organización federal una “anarquía organizada” a la que era necesario poner fin. Este proyecto político de unificación nacional fue liderado por Rafael Núñez, apoyado por el conservatismo y el sector “independiente” del liberalismo”³⁴.

La confrontación entre estos matices ideológicos vino pocos años después, cuando a finales de 1884 los Estados de Santander y Boyacá se pronunciaron en contra del poder ejecutivo federal y cuando en enero de 1885 el gobierno radical del Tolima

33 Citado por RODRÍGUEZ PLATA, Horacio. *Aspectos del radicalismo en Colombia*, Universidad Externado, Bogotá, 1985, p. 40.

34 ORTIZ. *Proceso...* Op. Cit. p. 219.

le declaró la guerra al gobierno general dirigido por Núñez, quien gozaba de un pie de fuerza inferior al movilizado por los radicales en todo el país; por eso, decidió recurrir a los conservadores, y les entregó la organización del ejército. El 2 de enero de 1885, el gobernador de Antioquia, Luciano Restrepo Escobar declaró turbado el orden público y ordenó movilizar hacia la frontera sur del Estado un ejército de 5000 hombres. *“La presencia antioqueña en la guerra fue bastante corta, pues a finales de febrero ya habían sido derrotados por los caucanos en el combate de Santa Bárbara de Cartago, y por las fuerzas nuñistas en Salamina. Para evitar que los caucanos entraran nuevamente al Estado, como lo hicieron en 1877, prefirieron capitular ante el general Juan N. Mateus, comandante de las fuerzas nacionales, el 24 de febrero de 1885. Independientes y conservadores asumieron el control del Estado y sin mayores obstáculos, comenzaron a reformar las instituciones liberales que habían predominado en los últimos ocho años”*³⁵.

Después de esta última confrontación partidista, el sistema federal fue suprimido en Colombia por la Constitución de 1886, cuyo art. 1º proclamaba contundentemente que: *“La Nación colombiana se reconstituye en forma de República unitaria”*; mientras que el art. 183 procedió a suprimir las legislaturas seccionales.

De esa forma, el proyecto federal desapareció en Antioquia y en toda Colombia y hoy no parece ser más que el recuerdo de un debate ya superado. Es más, en razón de las profundas contradicciones que la implantación de ese modelo supuso, se puede afirmar que se trata de un debate que no sólo está olvidado, sino que está muy desprestigiado, pues se asume que el federalismo no fue más que un mero trasplante que sumió al país en la anarquía organizada. Sin embargo y como dice Tirado Mejía: *“... estudios más cuidadosos y con una óptica más adecuada del poder real, nos llevarían a conclusiones diferentes [...] Dentro del federalismo se permitió a cada Estado expedir su propia legislación; en consecuencia, las oligarquías regionales, dentro de su ámbito de influencia, legislaron para apropiarse del patrimonio nacional de acuerdo con las particularidades regionales. Que en Antioquia, principal centro minero por aquel entonces se expidiera el más avanzado código de minas, o que en Panamá que por su posición geográfica era asiento del más desarrollado comercio se expidiera el más avanzado código en la materia, implicaba que la descentralización permitía la resolución adecuada de los asuntos”*³⁶.

35 GAVIRIA GIL. Op. cit. p. 147.

36 TIRADO MEJÍA, *Descentralización...* Op. Cit. p. 48.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Lopera, Mario Alfonso. “El desenvolvimiento del federalismo en Antioquia desde la creación del estado hasta la adopción de la Constitución de 1858”, *En Origen del constitucionalismo colombiano*, Universidad de Medellín, Medellín, 2006, pp. 151 a 172.
- Arango, Gloria Mercedes La mentalidad religiosa en Antioquia: prácticas y discursos 1828-1885. Universidad Nacional de Colombia, Medellín, 1993.
- AA.VV. *Gobernantes de Antioquia*, Academia Antioqueña de Historia, Medellín, 2007.
- _____. *El federalismo en Colombia: pasado y perspectivas*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.
- Barón Ortega, Julio. *El conservatismo colombiano, su historia y sus hombres*. Talleres Gráficos Ltda. 1999.
- Bushnell, David. *Colombia una nación a pesar de sí misma: de los tiempos precolombinos a nuestros días*. Planeta, 2000.
- Chinchilla, Tulio Elí. *Las declaraciones de independencia*. El Espectador, julio 14 de 2008.
- Cruz Santos, Abel. *Federalismo y centralismo*, Banco de la República, Bogotá. 1979.
- Flórez López, Carlos A. *Constituciones municipales de Santander. Siglo XIX*. UCC, Bucaramanga, 1997.
- Garrido, Margarita. *Antonio Nariño*, Panamericana, Bogotá, 1999.
- Gaviria Gil, María Virginia. “Radicales e independientes en la política antioqueña”, 1877-1885, En: *Historia y Sociedad* N° 7, Unal, Medellín, p. 123 a 147.
- Gilmore, Robert Louis. *El federalismo en Colombia 1810-1858*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
- Guillén Martínez, Fernando. *El poder político en Colombia*. Planeta, 1996
- Jaramillo Echeverri, Marino. *Liberales y conservadores en la historia: itinerario de las ideas y del poder*. Tercer Mundo Editores, 1974.
- Jaramillo Uribe, Jaime. *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*. Temis, 1974.
- Llano Isaza, Rodrigo. *Centralismo y federalismo (1810-1816)*. Bogotá: El Áncora, 1999.
- Mejía Velilla, David. “Un ejemplo de federalismo en Antioquia: la presidencia de Pedro Justo Berrío”. En: *El federalismo en Colombia. Pasado y perspectivas*. Universidad Externado, Bogotá, 1997
- Molina, Gerardo. *Las ideas liberales en Colombia 1849-1914*. Tercer Mundo Editores, 1990.
- Múnera, Alfonso. *El fracaso de la nación*, Banco del República-El Áncora Editores, Bogotá, 1998.

- Ocampo López, Javier. "El proceso político, militar y social de la Independencia", En: Nueva Historia de Colombia, V. 2, Planeta, 1989.
- _____. "Historia de las ideas federalistas en los orígenes de Colombia", En: *El federalismo en Colombia. Pasado y perspectivas*, Universidad Externado, Bogotá, 1997.
- _____. *Colombia en sus ideas*. Fundación Universidad Central, 1998.
- Ortiz, Luis Javier. "Proceso de descentralización en Colombia durante el periodo federal, 1950-1886". En: *Planeación y Desarrollo*, V. 24 N° 1, p. 199 a 231.
- Ortiz Mesa, Luis Javier. *Aspectos políticos del federalismo en Antioquia 1850-1880*. Universidad Nacional de Colombia, Medellín, 1985.
- Quintero Montiel, Inés y Armando Martínez Garnica (Eds.). *Actas de formación de juntas y declaraciones de independencia (1809-1822). Reales Audiencias de Quito, Caracas y Santa Fe*. 2 Tomos. UIS, Bucaramanga, 2008.
- Restrepo, José Manuel. *Historia de la Revolución de la República de Colombia en la América Meridional*, Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, Bogotá, 1942.
- Restrepo Piedrahíta, Carlos. *Constituciones de la República Liberal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1979.
- Rodríguez Plata, Horacio. *Aspectos del radicalismo en Colombia*, Universidad Externado, Bogotá, 1985.
- Samper, José María. *Derecho público interno*, Temis, Bogotá, 1982.
- Tascón, Tulio Enrique. *Historia del derecho constitucional colombiano*. Litoalfa, Pereira, 2000.
- Tirado Mejía, Álvaro. *El Estado y la política en el siglo XIX*, El Áncora, Bogotá, 2001.
- _____. *Descentralización y centralismo en Colombia*. Oveja Negra, Bogotá, 1983.



Autor: Luis Mario Marín Cadavid
Título: Soledad
Técnica: Acuarela
Dimensiones: 61 x 46

LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE LAS UNIVERSIDADES COMO EXCEPCIÓN A LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA*

* Artículo presentado y aprobado para obtener el título de Especialista en Derecho Administrativo. Universidad de Antioquia, 2008.

Fecha de recepción: Agosto 31 de 2009
Fecha de aprobación: Octubre 8 de 2009

LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE LAS UNIVERSIDADES COMO EXCEPCIÓN A LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

*Diana Carolina Sánchez Zapata***

RESUMEN

El siguiente artículo sintetiza de manera descriptiva, los principales elementos teóricos que conforman la discusión en torno a la potestad normativa de las universidades estatales. Tiene como propósito ubicar la temática referida en el contexto de las dinámicas propias de la función administrativa, de sus tendencias y transformaciones a la luz de aproximaciones a nociones como el sistema de fuentes del Derecho Administrativo, la autonomía universitaria y la descentralización. Igualmente, se orienta a plantear las principales tesis y conceptualizaciones definidas por la jurisprudencia sobre el tema, y por último a presentar un breve bosquejo alusivo al tratamiento de la temática planteada en otros países.

Palabras clave: autonomía universitaria, potestad reglamentaria, función administrativa, sistema de fuentes.

REGULATORY POWER OF THE UNIVERSITIES AS EXCEPTION TO THE REGULATORY POWER OF THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC

ABSTRACT

This article synthesizes in a descriptive way, the main theoretical elements of the discussion around the regulatory power of public universities. Its purpose is to locate the thematic in the context of the public administrative function dynamics such as tendencies and transformations of Administrative Law, the university autonomy and decentralization. Likewise, it aims to pose the main thesis and conceptualizations defined by the jurisprudence about the topic. Finally it presents a short reference about the treatment of the thematic in other countries.

Keywords: university autonomy, regulatory power, administrative function, system of sources of law.

** Abogada y Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Antioquia.

LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE LAS UNIVERSIDADES COMO EXCEPCIÓN A LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Hoy, cuando 'universidad plena' implica 'autonomía' en cualquier parte del mundo, la justificación cultural y ética de ese privilegio debe ser la naturaleza del saber: nadie sabe mejor qué es una universidad y cómo debe hacerse una universidad que una universidad; nadie puede ser más eficaz en el reconocimiento de la universidad espuria que la universidad real. Es por eso que el Estado y la sociedad que éste representa se inhiben de intervenir en ella¹.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo pretende efectuar una aproximación al estudio de la potestad reglamentaria de las universidades, entendida como la facultad para regular las relaciones y situaciones que surgen en ejercicio de la actividad académica mediante la expedición de estatutos o reglamentos que tienen vocación legal para los miembros de la comunidad universitaria, en tanto son el instrumento normativo idóneo para disponer de manera puntual de todo aquello relacionado con su organización y funcionamiento².

Para presentar la temática alrededor de la potestad reglamentaria de las universidades, preliminarmente, se hace referencia al marco constitucional de la forma de Estado adoptado por Colombia a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991. Atendiendo a esta consideración, el Estado se concibe como un Estado Social de Derecho, organizado como una República unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales, precisamente procurando establecer desde su misma estructura un reparto de poder que permita la realización de unos contenidos jurídicos materiales. Paralelo a este esquema organizacional del poder público instaurado con la vigencia de la nueva Carta Política, se desarrolla un proceso de

1 PÁRAMO ROCHA, Guillermo. "Sentido cultural de la autonomía universitaria y de la vigilancia de su calidad". En: www.revistavirtualucn.com/content/view/44/1/1/7/. Consulta: septiembre 13 de 2008.

2 Sobre la naturaleza jurídica de los reglamentos de las universidades, véase: CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-634 de 2003, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett, Bogotá, julio 31 de 2003.

modernización del Estado, que ineludiblemente le imprime a la Administración la necesidad de rematerializarse, de readaptarse de tal forma que pueda asumir los nuevos retos y cumplir con las finalidades que le han sido asignadas.

Por tanto, el artículo procurará dar cuenta de una de dichas tendencias, que en Colombia fueron previstas por el constituyente para el caso del servicio público de la educación superior, atendiendo a los principios democráticos de igualdad, participación y pluralidad, estableciendo la posibilidad de su prestación directamente por el Estado, como titular de los servicios públicos o por particulares, pero reconociendo en ambos casos, la garantía de la autonomía a través de la cual las instituciones de educación superior pueden cumplir su misión y objetivos contribuyendo al avance de la cultura, a la apropiación del conocimiento y al desarrollo singular e integral del individuo.

En consecuencia, con este estudio se abordará un acercamiento al sistema de fuentes en el Derecho Administrativo, a partir del análisis de la autonomía universitaria concebida por la Constitución de 1991, como un factor competencial³, que permite sustancialmente determinar en cuáles materias pueden las universidades lícitamente ejercer la potestad normativa.

En efecto, la autonomía, contraría por completo la noción de jerarquía, de subordinación. En el caso de las universidades, organizadas como entes universitarios autónomos, ello significa que no están adscritos ni vinculados a ningún tipo de entidad ni organismos del Estado de forma que se garantiza el ejercicio de sus funciones y el cumplimiento de sus finalidades sin ningún tipo de injerencias.

De igual manera, se aludirá al concepto general de potestad reglamentaria que, por regla general, es ejercida por el Presidente de la República, con el propósito de demostrar que constitucionalmente dicha cláusula general se encuentra exceptuada en razón de las competencias especiales que tengan los demás órganos. Para el caso específico del artículo se intentará exponer que con sujeción a la Constitución y al régimen legal especial de las universidades, es posible que éstas ejerzan funciones reglamentarias respecto a materias determinadas que corresponden a una reserva autónoma que se convierte en límite para ellas mismas y para los demás poderes públicos.

Desde esta perspectiva, el artículo apunta a descubrir la dimensión política de la descentralización en el caso de la prestación del servicio público de la educación superior por las universidades estatales, a partir de una interpretación del diseño del aparato estatal, de las relaciones entre los diferentes órganos y del contenido

3 GÓMEZ CARDONA, Efraín. Las autonomías constitucionales en Colombia. Medellín: CORNARE, 2000.

de la autonomía universitaria. Para el desarrollo de esta línea de análisis, se presentarán algunas de las principales tesis extraídas de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en Colombia, con relación a la temática de la naturaleza de la potestad reglamentaria de las universidades.

Seguidamente, en el artículo se considerarán algunas referencias provenientes del tratamiento que en algunos ordenamientos jurídicos internacionales se viene dando a la potestad normativa de las universidades con referencia al ámbito funcional de éstas y a la protección del desarrollo de su quehacer académico. Es el caso de países como Costa Rica y España, en los cuales se reconoce la potestad reglamentaria, pero delimitada desde el concepto de autonomía, a su especialidad funcional o sustantiva⁴.

En síntesis, la temática propuesta supone una recopilación de los aportes doctrinales y jurisprudenciales más relevantes relacionados con el ejercicio de la potestad reglamentaria de las universidades, de tal manera que pretende aportar elementos de juicio y discusión con respecto al sistema competencial de los órganos autónomos e independientes.

1. LA ESTRUCTURA ESTATAL A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991: TRANSFORMACIONES Y PERSPECTIVAS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

La distribución de poder originada desde la Carta Política se vislumbra tanto en su parte dogmática en la cual desarrolla los principios configurativos del Estado y se define mediante la fórmula de Estado Social y democrático de Derecho, como en su parte orgánica, en la cual se describe el esquema organizacional básico de funciones y la asignación a los distintos órganos y ramas. El Estado, es a su vez, un ente que para el adecuado cumplimiento de sus cometidos se transforma y manifiesta a través de sus distintos órganos, generando una distribución de funciones a través de mecanismos jurídico- políticos como la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones⁵. De este modo, con la Constitución de 1991

4 LÓPEZ ROJAS, Carla y Cascante Salas, Warner. La autonomía universitaria sus alcances y límites. En: *Revista de Ciencias Jurídicas Universidad de Costa Rica*. San José de Costa Rica: N° 113 (2007): pp. 13-58. SÁNCHEZ NAVARRO, Álvaro. La Potestad Reglamentaria de las Universidades Públicas. En: <http://www.ugr.es/> Consulta: marzo 15 de 2008.

5 Así, en el organigrama básico institucional, previsto en el Título V de la Constitución, cuyo título reza “De la organización del Estado”, se determina una definición y distribución de competencias estatales en tres grandes “ramas”, a las cuales se confía la responsabilidad básica de cumplir una función específica del Es-

se efectuó un “reparto horizontal de poder”⁶, en virtud del cual para cada función básica del Estado, existe un órgano naturalmente habilitado para desarrollarla en toda su extensión y profundidad, y frente a la cual está revestido de la plenitud de la competencia para ejercerla, sin que ello implique desconocer la existencia de una colaboración armónica entre las ramas y órganos que permita no sólo la unidad y coherencia en la acción de los diversos sujetos de poder, sino también la recíproca vigilancia y control permanente entre los diversos órganos. Al respecto, señala Efraín Gómez Cardona:

La Constitución de 1991 en su artículo 113 toma un rumbo distinto. En lugar de acoger las voces que proponían ampliar las ramas, para que fueran cuatro, cinco o seis, o de empeñarse en seguir declarando que en las tres había todo, optó por aceptar que las funciones del Estado son más, pero que no necesariamente para cada función debe existir una rama, la cual se supone un conjunto de órganos, sino que es posible la existencia de órganos autónomos e independientes, al lado de las clásicas ramas⁷.

Igualmente, a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, se desarrolla un escenario de modernización del Estado, de apertura, de internacionalización y liberalización de la economía, que ineludiblemente le imprimen a la Administración la necesidad de rematerializarse, de readaptarse a las exigencias de la globalización de tal forma que pueda asumir los nuevos retos y cumplir con las finalidades que le han sido asignadas. En consecuencia, se admite que el Estado no debe desaparecer sino que debe transformarse para insertarse en la lógica de la competitividad, de tal modo que se ajuste a las necesidades sociales y de desarrollo.

Al respecto, Molano López al analizar la evolución y desarrollo de la función administrativa con la transformación del constitucionalismo y el tránsito del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho, agrega que además de la configuración como sistema orgánico, la función administrativa en la actualidad, se encuentra sujeta al principio de unidad del Estado y a la aplicación de técnicas como la des-

tado, a partir del reconocimiento de su autonomía e independencia funcionales, y a su vez, reconociendo la existencia de otras funciones diferentes a las tradicionales que son ejercidas por los denominados órganos autónomos e independiente que colaboran al cumplimiento de los fines del Estado. Véase: CHINCHILLA, Tulio Eli. Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas. Título V de la organización del Estado. Bogotá: Presencia, 1996. Artículo 113.

6 GÓMEZ CARDONA, Efraín. Las autonomías constitucionales en Colombia. Medellín: CORNARE, 2000. p. 6-7.

7 Ibid.

centralización, la desconcentración, la delegación y coordinación de funciones para diversificar y racionalizar el cumplimiento de los fines Estatales⁸.

De modo similar, Santofimio Gamboa resalta, al referirse a las características de la Administración pública, que el sistema colombiano de funciones administrativas se sustenta en unos presupuestos fundamentales⁹, que se derivan del marco constitucional y se desglosan en distintos regímenes tales como el *régimen constitucional de funciones administrativas y autoridades responsables* de acuerdo con el cual la Constitución en su articulado instituye una serie de precisas atribuciones radicadas en determinados sujetos y organismos que constituyen funciones administrativas¹⁰. El *régimen de competencias legales en materias administrativas* que presupone el desarrollo del marco general de funciones administrativas elaborado por el constituyente, a partir del cual el Congreso, determina las funciones que les corresponderán a los distintos órganos y sujetos administrativos, en ejercicio de la facultad constitucional de expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas estatuida en el artículo 150 numeral 23. Y, finalmente, el *régimen de sujeción de nuevas estructuras a funciones primordiales*, de conformidad con el cual la existencia de la función administrativa, está íntimamente ligada a la importancia reconocida por el constituyente a la actividad administrativa como medio para la consecución de las finalidades Estatales. Esto encuentra sustento en los artículos 113 y 285 de la Constitución, los cuales posibilitan la creación de nuevas estructuras y órganos estatales con el fin de cumplir los cometidos estatales, y a su vez, señalan la existencia de otros organismos autónomos e independientes, para el cumplimiento de funciones del Estado que no están asignadas a los tres órganos tradicionales.

2. LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA Y EL SISTEMA DE FUENTES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. MANIFESTACIONES DE LA DIMENSIÓN POLÍTICA DE LA DESCENTRALIZACIÓN

En suma, la caracterización constitucional que acaba de abordarse comprende un diagnóstico de las transformaciones y manifestaciones de la función administrativa,

8 MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. Transformación de la función Administrativa (evolución de la administración pública), Colección Profesores 37. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005. p. 26-27.

9 SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, Introducción a los conceptos de la administración pública y el Derecho Administrativo. 2º Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 60-69.

10 *Ibid.* Es el caso de las competencias atribuidas de manera directa, por ejemplo, al jefe de Estado como suprema autoridad administrativa, a los ministros, al Consejo Nacional Electoral, a la Contraloría General de la República, al Defensor del Pueblo, al Procurador General de la Nación, entre otros.

aplicable a la función que cumplen las universidades estatales, consideradas como sujetos de derecho público en tanto se les ha confiado la prestación del servicio público de la educación superior, actividad que además, hace parte de las finalidades que el Estado colombiano, como Estado social de Derecho debe desarrollar.

Por tanto, el carácter autónomo reconocido constitucionalmente desde 1991 a las universidades, constituye una evidencia o expresión de las mutaciones estatales surgidas en las últimas décadas que comprende los aspectos descritos en el acápite preliminar. Ese ha sido uno de los sentidos que ha permitido la identificación de la autonomía de los centros educativos superiores en el contexto de la lógica o funcionamiento estatal:

Esas posiciones [refiriéndose a la influencia de las transformaciones estatales y del discurso político y económico caracterizado por hacer difusas las barreras entre el sector público y el privado. Fuera de texto] han sido distorsionadas en varios casos, para indicar que cualquier bien público, incluida la educación superior, puede ser dejado a las definiciones del mercado, aún en sociedades con profundos desequilibrios sociales y económicos como la colombiana. A ese fin ha servido el uso laxo de la expresión “autorregulación”, como uno de los componentes de la autonomía universitaria. La autorregulación y el autogobierno, han sido usados como sustento de la identidad de las universidades, pero no sólo con el sentido académico que les corresponde, sino también con el fin de identificarlas como prestadoras de un bien regulado por el mercado¹¹.

Las universidades estatales como órganos autónomos e independientes, están dotadas de autonomía no obstante su carácter de organismos de derecho público, y en razón de su naturaleza y funciones, se encuentran sujetos a un régimen legal propio que exige de parte del legislador un tratamiento especial, sin que ello signifique que se encuentren exoneradas de todo tipo de contacto con el Estado.

La individualización como entes universitarios autónomos, implica para las universidades una vinculación a la administración, en particular al Ministerio de Educación Nacional, en virtud de la cual no integran la administración ni están subordinadas a ésta, pero actúan de conformidad con la orientación y coordinación del sector central en lo que se refiere a las políticas y planeación de la educación.

Por tanto, la función administrativa que ejercen las universidades estatales es un derivado del principio de autonomía administrativa como manifestación particular del principio marco de autonomía que le es reconocido por la Constitución, a partir

11 VILLAMIL ARDILA, Carol. “Alcance de la autonomía universitaria en Colombia, 1980-2002. Una reflexión desde la evolución legislativa y jurisprudencial”. En: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar> Consulta: marzo 15 de 2008. p. 6.

del cual se encuentran sometidas a un régimen especial que comprende, según lo estatuido por el legislador, la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal y su propia seguridad social en salud¹². Al respecto la Corte ha puntualizado:

La facultad de las universidades de expedir libremente sus propios estatutos para otorgarse el régimen interno que regule el proceso educativo en lo necesario, desde el punto de vista organizacional y funcional, así como para fijar una regulación clara y precisa de las obligaciones surgidas entre educadores y educandos constituye, entonces, consecuencia natural de la mencionada autonomía administrativa universitaria¹³.

En otros términos, puede afirmarse que uno de los campos de acción a partir de los cuales se realiza materialmente el principio de autonomía, consiste precisamente en la autodeterminación administrativa, es decir, en la posibilidad que tienen los centros educativos de regular aquellos aspectos relacionados con su organización interna¹⁴.

En consecuencia, son funciones administrativas de las universidades públicas todas aquellas que se ejercen por las autoridades académicas y que por su contenido, están dirigidas a la organización y gestión del servicio público de la educación superior. De igual forma, las actividades administrativas de las universidades públicas, por regla general, se ejecutan a través de la utilización del acto administrativo como instrumento de naturaleza unilateral indispensable en el ejercicio del poder público¹⁵.

12 Al respecto véase: Art. 57 Ley 30 de 1992.

13 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-974 de 1999 de diciembre 2 de 1999, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

14 Como personas jurídicas de derecho público, las universidades ejercen una serie de actividades de naturaleza administrativa que se traducen en la posibilidad de manejarse a sí mismas, y dirigir sus recursos y finanzas. En este sentido, constituyen actividades de índole administrativa ejercidas por las universidades, los asuntos relativos a la contratación de los profesores, esto es, las formas y requisitos para el ingreso a la actividad docente, los ascensos dentro de la carrera respectiva, los estímulos a profesores en casos determinados o la no concesión de estos últimos; los asuntos relativos a la elección, designación y periodos del personal administrativo; el régimen disciplinario interno aplicable a la comunidad universitaria; la creación de los programas académicos; los procedimientos adelantados para la selección de los alumnos; la elaboración y aprobación de sus presupuestos; la administración de sus propios bienes y recursos, entre otros.

15 Frente a todas aquellas decisiones proferidas por las universidades a través de sus funcionarios y que revisten el carácter de administrativas porque tienden al cumplimiento y puesta en acción del servicio público de la educación como finalidad estatal, es aplicable el procedimiento administrativo y el control jurisdiccional previstos por el Decreto 01 de 1984, para las autoridades que cumplen funciones administrativas. Esto equivale a afirmar, en otras palabras, que a dichas decisiones administrativas nacidas al interior de las universidades estatales les serán aplicables las mismas ritualidades y formalidades propias de la formación de las decisiones de naturaleza administrativa que les es común a cualquier institución o sujeto que desarrolle una función administrativa.

La autonomía universitaria constituye un elemento innovador en el contexto de los roles institucionales, especialmente frente a aquellas funciones legislativas reguladoras y ejecutivas reglamentarias. Al respecto, Efraín Gómez resalta una serie de elementos característicos de la autonomía que surge directamente de la Constitución¹⁶:

- La autonomía implica un reparto de poder, toda vez que constituye una separación definitiva de potestades. Hace relación a la titularidad de un órgano o autoridad sobre una potestad propia que no puede ser interferida por ningún otro poder, ni aún el legislativo puede válidamente imponerle restricciones pero respetando un margen de libre disposición.
- La autonomía puede ser entendida como un límite de actuación frente a los otros poderes. Indica el ámbito de acción para los demás órganos o autoridades en atención al respeto por las potestades que no pueden perpetrar.
- La autonomía no depende de la existencia de personalidad jurídica, depende de la delimitación de potestades entre los diferentes órganos del Estado, circunstancia que da lugar al fenómeno de la competencia a partir del cual se define el ámbito funcional y material de actuación de cada autoridad.
- La relación entre los distintos órganos y autoridades con el Estado central no está determinada por un factor jerárquico sino competencial. Así, en el caso de las universidades impera la competencia autónoma que tienen éstas para definir su organización interna, incluso aunque del Congreso se predique la cláusula general de competencia para desarrollar la Constitución y del Presidente la atribución principal para reglamentarla. De manera que no importa la ubicación que ostente el órgano dentro del ordenamiento sino la competencia que tenga sobre determinada materia o actividad. Esta característica, igualmente hace referencia a la posibilidad de autonormación de una autoridad administrativa, como potestad jurídica de definición de su propio régimen.
- La autonomía es en esencia política porque proviene directamente de la voluntad del constituyente de conceder la facultad de reglamentación sobre ciertos contenidos a determinados órganos. En suma, se transforma y amplía el significado de norma jurídica que ya no se restringe al sentido formal de ley expedida por el Congreso. Se habla por tanto, de reservas normativo-competenciales asignadas a órganos diferentes al Congreso.

16 GÓMEZ CARDONA, Efraín. Las autonomías constitucionales en Colombia. Medellín: CORNARE, 2000.

Las anteriores consideraciones permiten aseverar que la autonomía constitucional en materia jurídica supone un elemento diversificador del sistema tradicional de fuentes del derecho administrativo, de manera que no necesariamente tienen que ser equivalentes el poder normativo con el poder legislativo, ni el poder reglamentario con el poder ejecutivo. En consecuencia, si bien está a cargo del Congreso la función normativa general y en cabeza del Presidente la función reglamentaria, puede predicarse la inconstitucionalidad de las leyes y la ilegalidad de los decretos reglamentarios que invadan la órbita de autonomía de las universidades¹⁷, ello en armonía con el artículo 69 constitucional que indica que las universidades en virtud de la autonomía tienen la potestad constitucional de “darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos”¹⁸.

De otro lado, Pedro Alfonso Hernández, apunta a descubrir la connotación política del concepto de descentralización que tradicionalmente se ha reducido a las funciones constitucionales y legislativas. Para ello, distingue entre la descentralización consagrada en el artículo 1° de la Constitución y la contenida en el artículo 209 de la misma Carta Política. La primera hace relación a la autonomía conferida a las entidades territoriales a través de la distribución de potestades entre los distintos niveles del Estado, se presenta exclusivamente en la rama ejecutiva del poder público y es de naturaleza esencialmente política. La segunda, se genera en los institutos descentralizados en los diversos sectores al interior de cada nivel del Estado, y tiene un carácter eminentemente técnico que permite la creación de entes especializados por fuera de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional¹⁹.

A su vez, señala con respecto a la descentralización del artículo 1° que su carácter político pretende garantizar el cumplimiento de la función administrativa e incide en la organización del poder público en tanto busca el reparto de poder entre las autoridades nacionales y territoriales, y señala que no es una característica exclusiva de las entidades territoriales pues la misma Constitución reconoce alguna modalidad

17 Al respecto, la Corte Constitucional colombiana, ha señalado como legítima y acorde con la Constitución la intervención del poder legislativo en las universidades en lo referente a la expedición de las disposiciones generales con arreglo a las cuales las universidades pueden darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos. Asimismo, señala que el legislador está constitucionalmente autorizado para limitar la autonomía universitaria, debido al amplio margen de configuración política que el artículo 150 numeral 23 constitucional le reconoce al Congreso para la expedición de las leyes que regirán la prestación efectiva de los servicios públicos, entre los que se encuentra la educación, pero siempre y cuando no invada ni anule su núcleo esencial. Véase el acápite sobre la naturaleza jurídica de la potestad normativa de las universidades, sus alcances y límites en la jurisprudencia.

18 Constitución Política de Colombia, 1991. Artículo 69.

19 HERNÁNDEZ, Pedro Alfonso. Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia. Bogotá: Legis, 1999. p. 51.

de autonomía a distintas entidades, organismos o actividades. Asimismo, resalta como característica consustancial a la autonomía la posibilidad que tiene el ente u órgano independiente de expedir sus propias normas, situación que no desdibuja la naturaleza unitaria del Estado ya que la facultad normativa debe, en todo caso, respetar las normas de superior jerarquía y desde luego, la Constitución. Igualmente, el autor expone los vínculos existentes entre la autonomía y la descentralización, de la siguiente manera:

Así, la descentralización y la autonomía son dos conceptos compatibles y complementarios en una república unitaria. Mientras que *la descentralización* se concibe como el conjunto de relaciones de diferente naturaleza –política, administrativa, jurídica y económica– entre una autoridad centralizada y otras entidades descentralizadas, *la autonomía* es la libertad de acción, el grado de actuación o la capacidad de decisión, no condicionada, que se reconoce y garantiza a las entidades descentralizadas por parte de las autoridades centralizadas. De esta forma, *no hay descentralización sin algún grado de autonomía*²⁰.

Los anteriores argumentos convalidan el planteamiento conforme al cual la autonomía reconocida constitucionalmente a ciertos organismos, entre ellos las universidades, envuelve la existencia de una competencia normativa que genera variaciones en el sistema tradicional de fuentes del derecho administrativo. La autonomía que ha de operar necesariamente en entes descentralizados²¹, jurídicamente encierra una excepción a la cláusula de reserva que tiene el legislador y a la potestad reglamentaria del presidente, de tal forma que comprende un espacio intangible determinado por asuntos o competencias propias que le impone límites materiales a los demás poderes.

El reglamento, desde el punto de vista de su ubicación dentro del sistema de fuentes tiene la naturaleza de un acto normativo que se expide en el ejercicio de competencias frente a determinadas materias reglamentables. Por tanto, son la Constitución y la ley quienes definen la atribución, el alcance y el contenido de la función reglamentaria.

20 Ibid. p. 80.

21 Atendiendo al principio en virtud del cual no hay descentralización sin autonomía.

3. LA POTESTAD NORMATIVA DE LAS UNIVERSIDADES: NATURALEZA JURÍDICA, ALCANCES Y LÍMITES EN LA JURISPRUDENCIA

La actividad de la administración combina las funciones jurídicas y administrativas, motivo por el cual resulta impreciso circunscribirla de manera exclusiva a la aplicación mecánica de la ley en casos concretos mediante la expedición de actos administrativos de contenido particular, pues de acuerdo con el funcionamiento actual del Estado, cada vez alcanza más importancia la actividad pública que se efectúa mediante la emisión de actos administrativos de contenido general que se integran al sistema normativo con vocación incluso de jerarquía legal.

La reglamentación legal y la administrativa constituyen una manifestación de la potestad normativa del Estado que en razón de la división de competencias normativas entre la Constitución, la ley y el reglamento, permiten distinguir el régimen normativo aplicable a una materia específica. En este sentido, la facultad de regulación de las universidades estatales u oficiales es una especie dentro de la potestad reglamentaria que en general está atribuida a distintas autoridades administrativas. Sobre este aspecto, la Corte Constitucional en su jurisprudencia, específicamente ha puntualizado:

La potestad reglamentaria, entendida como la capacidad de producir normas administrativas de carácter general, reguladoras de la actividad de los particulares y fundamento para la actuación de las autoridades públicas, la tiene asignada de manera general, en principio, el Presidente de la República, en virtud de lo dispuesto en el artículo 189-11 de la Carta Política, quien puede ejercerla en cualquier momento sin necesidad de que la ley así lo determine en cada caso. Excepcionalmente, y por disposición constitucional, existe un sistema de reglamentación especial respecto de ciertas materias y para determinados órganos constitucionales, al margen de la potestad reglamentaria del Presidente de la República²².

De igual manera se ha sostenido que en el marco de la organización administrativa, quien ejerce potestades reglamentarias goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión institucional, dentro de un ámbito determinado de competencia. En este sentido, la Corte Constitucional, al referirse a la autonomía universitaria, ha considerado la

22 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA., Sentencia C-384 de 2003, mayo 13 de 2003, magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

existencia de un “núcleo esencial”²³, esto es, un contenido mínimo que no puede ser afectado por ningún poder, ni usurpado por el órgano legislativo, que constituye un verdadero “reducto de poder”²⁴ en los términos de Efraín Gómez Cardona. La potestad reglamentaria es, entonces, el fuero en virtud del cual las universidades gestionan las actividades de índole administrativo y académico y las confían a sus propios órganos de gobierno.

En el análisis de los alcances de la autonomía universitaria con respecto a la potestad de autorregulación de las instituciones de educación superior, la Corte ha señalado que la libertad de autorregulación reconocida como potestad a los establecimientos educativos de educación superior, debe ser ejercida dentro del ámbito propio de sus funciones y en el marco de las limitaciones y restricciones que surjan de la propia Constitución Política y de la Ley. Así, se ha decantado de conformidad con la jurisprudencia constitucional que los límites al ejercicio de la potestad reglamentaria como manifestación de la autonomía universitaria vienen dados tanto desde el orden constitucional, en la medida en que el régimen interno adoptado por los entes universitarios autónomos debe respetar la Constitución y los principios y derechos consagrados en ésta, como desde el orden legal ya que se dispone que las universidades podrán darse sus propias normas y regirse por sus propios estatutos de acuerdo con la ley.

Bajo estos supuestos, los reglamentos han sido definidos por la Corte Constitucional, como “textos sublegales en los que se consagran, además de los principios filosóficos e ideológicos que identifican a cada institución, las reglas de carácter obligatorio que van a gobernar su funcionamiento interno y el proceso educativo propiamente dicho en los campos administrativo, presupuestal y académico”²⁵. Por tanto, son el instrumento normativo idóneo del que se valen las universidades en ejercicio de su autonomía, para disponer de manera puntual de todo aquello relacionado con su organización y funcionamiento.

23 El criterio del “núcleo esencial” o del contenido esencial, según el Derecho español, hace relación al ámbito mínimo o irreducible de un derecho que si se afecta lo torna nugatorio

24 GÓMEZ CARDONA, Efraín. Las autonomías constitucionales en Colombia. Medellín: CORNARE, 2000.

25 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-299 de 1994, junio 30 de 1994, magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

El estudio profundo sobre la naturaleza jurídica de los reglamentos universitarios, es realizado por la Corte Constitucional en la sentencia T-634 de 2003. Ver: CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA., Sentencia T-634 de 2003, julio 31 de 2003, magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett. A su vez, las reglas relativas a los alcances y límites del reglamento son reiteradas en la sentencia T-933 de 2005. Ver: CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-933 de 2005, septiembre 7 de 2005, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

A su vez, la Corte ha establecido la diferencia entre los estatutos, entendidos como reglamentación sublegal y la ley básica de la educación superior. Los primeros constituyen para las entidades descentralizadas en general y para los organismos de educación superior, en particular, su reglamento interno de carácter obligatorio, la segunda establece las normas sobre el diseño general de la estructura y mecanismos de operación institucional²⁶.

Igualmente, la Corte en sus providencias ha resaltado el carácter vinculante y dinámico que tienen los reglamentos en el sentido de que pueden ser analizados desde diferentes enfoques, esto es, desde la perspectiva de la educación como un derecho-deber, desde el punto de vista del derecho a la autonomía y desde la óptica de su ubicación en el ordenamiento jurídico como norma con relevancia jurídica, de tal forma que los estatutos se acogen voluntariamente por quienes deseen estudiar en el centro educativo superior, pero una vez aceptados son obligatorios para toda la comunidad educativa. De cualquier modo, la Corte ha manifestado que la facultad de autorregulación en ningún caso puede conducir a la afectación del núcleo esencial a la educación como ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares²⁷.

Un balance de la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, alusiva a los reglamentos expedidos por las universidades, permite deducir que en general ha primado la tendencia en el Tribunal Constitucional colombiano por reconocer la naturaleza obligatoria de los estatutos expedidos por los mismos entes universitarios autónomos para definir las relaciones surgidas entre los distintos miembros que conforman la comunidad universitaria. Esta consideración, da cuenta de un respeto hacia las potestades universitarias de autorregulación en virtud de la cual los Consejos Superiores Universitarios pueden adoptar, por ejemplo, los mecanismos de designación de sus directivas y de forma genérica crear sus propias normas de funcionamiento a través de sus reglamentos internos, definir los aspectos concernientes al agotamiento de la vía gubernativa relacionada con los actos administrativos que

26 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-299 de 1994, junio 30 de 1994, magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

27 Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-933 de 2005, septiembre 7 de 2005, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA., Sentencia T-634 de 2003, julio 31 de 2003, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-547 de 1994, diciembre 7 de 1994, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.. Sentencia T-515 de 1995, noviembre 15 de 1995, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

ellas expiden dentro de los linderos de su propia competencia, dado que no existe superior jerárquico que los pueda revisar, entre otros²⁸.

En cuanto a la incorporación de los reglamentos como norma de derecho que integra el ordenamiento jurídico, la Corte Constitucional ha definido una órbita de legalidad que supone su sujeción a la voluntad constitucional y a la ley²⁹, por ello ha considerado, que la normatividad expedida en ejercicio de la autonomía debe garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza³⁰. Desde esta perspectiva, ha manifestado la vigencia de la sujeción de las universidades a una legalidad de índole teleológica:

En un Estado Social de Derecho la legitimidad del ejercicio de las potestades y facultades constitucionalmente reconocidas, incluyendo las que se derivan de la autonomía universitaria, se funda el respeto de valores, principios y derechos que integran el ordenamiento jurídico, y se garantiza otorgando a las personas los recursos necesarios para que los actos susceptibles de transgredirlos puedan ser fiscalizados por autoridades pertinentes en desarrollo de la inspección y vigilancia que consagra el artículo 189 numeral 21 constitucional³¹.

En algunos casos por tanto, es admisible la realización de actividades de inspección sobre la gestión regulatoria de las universidades, sin que ello implique coadministración o sustitución del poder propio de decisión de las universidades. En cuanto a los alcances del ejercicio de la potestad de autorregulación, la Corte Constitucional ha advertido que se trata del ejercicio de un poder discrecional, que es derivado, tutelado y tolerado por el ordenamiento jurídico y sitúa a la universidad en una posición de privilegio y supremacía como titular de una potestad de mando

28 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.. Sentencia T-187 de 1993, mayo 12 de 1993, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-006 de 1996, enero 31 de 1996, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

29 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.. Sentencia T-515 de 1995, noviembre 15 de 1995, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

30 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.. Sentencia T-196 de 1996, mayo 8 de 1996, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

31 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA., Sentencia C-220 de 1997, abril 29 de 1997, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz. En: <http://200.21.19.133/sentencias>. Otras sentencias igualmente, hacen alusión al principio de no inmunidad de los actos de las universidades con fundamento en la protección al ordenamiento jurídico:

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-299 de 1994, junio 30 de 1994, magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-006 de 1996, enero 31 de 1996, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

en el campo administrativo y académico. De ahí que actos de índole disciplinaria expedidos con base en el carácter jurídico y vinculante de los reglamentos, necesariamente posean una naturaleza reglada³² y que se predique la aplicación frente a los mismos de principios como la no retroactividad de la ley que se reconoce en general a toda norma jurídica.

El anterior planteamiento ha servido a la Corte para definir de conformidad con el sustento constitucional de la facultad reglamentaria de las universidades, derivado de la lectura armónica de los artículos 67, 69 y 365 de la Constitución Política, que los reglamentos universitarios poseen un valor normativo similar a los reglamentos administrativos expedidos por las autoridades públicas, constituyendo por tanto, normas particulares de derecho aplicables dentro del ámbito universitario³³.

Por ende, se ha entendido que la facultad de autonormación, no constituye un derecho alternativo, pero su interpretación gira alrededor de una concepción ética-educativa necesaria para desarrollar el contenido académico. Se resalta así su importancia como función para garantizar la calidad de la educación, en desarrollo de pautas mínimas de enseñanza que respondan a las expectativas y necesidades sociales³⁴.

Igualmente se ha sostenido, que la facultad de dictar su propia normatividad, apareja para las universidades la posibilidad de ejercer un control sobre todos los aspectos relacionados con la producción y aplicación de sus normas, otorgándoseles un reconocimiento de su independencia para interpretar el alcance de las normas estatutarias que expidan. De este modo, sólo es admisible la intervención del juez de tutela cuando la norma o la interpretación sea incompatible con la Constitución o cuando se desprenda la violación a derechos fundamentales³⁵.

Los aspectos anteriores relativos a las universidades consideradas como órganos autónomos e independientes demuestran que constitucional y legalmente es factible que una autoridad administrativa ejerza funciones de regulación respecto de una materia determinada. Así, de las universidades se predica su capacidad de autorregulación normativa, para organizarse estructural y funcionalmente y auto-

32 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-184 de 1996, mayo 7 de 1996, magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

33 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA., Sentencia T-098 de 1999, febrero 18 de 1999, magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

34 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA., Sentencia T-061 de 1995, febrero 21 de 1995, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz, Bogotá. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

35 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA., Sentencia T-1317 de 2001, diciembre 7 de 2001, magistrado ponente: Rodrigo Uprimny Yepes. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

controlarse³⁶, presumiéndose que son sujetos con capacidad de decisión para crear un “espacio jurídico doméstico”³⁷.

De otra parte, el Consejo de Estado ha admitido que los reglamentos universitarios constituyen ley en sentido material para la comunidad universitaria³⁸. Sin embargo, ha mantenido coherencia con la Corte Constitucional al sostener la tesis de que “los estatutos de las universidades públicas no pueden, sin infringir abiertamente la Constitución y la ley, incursionar en predios del legislador y del gobierno y regular el régimen salarial y prestacional de sus empleados públicos, puesto que estos entes no pueden ejercer una facultad exclusivamente asignada a la ley marco y sus reglamentos”³⁹.

De manera inversa, el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa ha señalado que el constituyente ha deferido ciertas materias y asuntos para que sean reglamentados por las universidades, frente a los cuales ni el legislador ni el Gobierno Nacional pueden inmiscuirse. Estos asuntos, constituyen actividades propias que demandan la dirección, la administración y la gestión de las universidades del Estado u Oficiales, las cuales gozan además de un fundamento constitucional prevaleciente⁴⁰. De este modo, el Consejo de Estado, ha defendido para las universidades la reserva frente a algunos contenidos que en el ordenamiento jurídico implica la ubicación de los reglamentos expedidos por éstas, aun por encima de las leyes expedidas por el legislador y de los decretos presidenciales, en consideración a la competencia o atribución precisa que ostentan para definir autónomamente sus asuntos.

La potestad reglamentaria de las universidades como manifestación de su autonomía, de conformidad con las providencias emitidas por el Consejo de Estado, encuentra sus alcances y límites en las competencias constitucional y legalmente

36 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA., Sentencia C-008 de 2001, enero 17 de 2001, magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-310 de 1999, mayo 18 de 1999, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

37 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.. Sentencia T-515 de 1995, noviembre 15 de 1995, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

38 CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO. Sección Primera, Sentencia del 23 de septiembre de 1999, Consejero Ponente: Roberto Medina López. Expediente: ACU 877.

39 CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO. Sección Segunda, Sentencia del 5 de diciembre de 1996, Consejero Ponente: Javier Díaz Bueno. Expediente: 10858.

40 Sobre el alcance de la potestad reglamentaria del presidente, véase: CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO. Sección Quinta, Sentencia del 12 de mayo de 2006, Consejero Ponente: Darío Quiñones Piñilla. Expediente: 3891.

asignadas a otras autoridades. Para ejemplificar, el Consejo de Estado ha advertido en reiteradas oportunidades que “las universidades estatales u oficiales no tienen competencia para emitir su propio régimen salarial y prestacional, extrañas a las normas generales, como quiera que la Constitución no les atribuyó esa competencia. Siendo ello así, los acuerdos universitarios no son el instrumento normativo apto para reglamentar lo atinente a estos temas”⁴¹.

4. BREVE REFERENCIA A OTROS ORDENAMIENTOS

La temática abordada en el presente artículo, ha sido desarrollada doctrinal y jurídicamente en sistemas internacionales bajo la óptica de las que han sido denominadas como administraciones independientes. Con esta designación han sido reconocidas distintas entidades y agencias cuya constante es el actuar y desenvolvimiento administrativo con independencia absoluta del Presidente y de sus agentes en lo que respecta al ejercicio propio de sus funciones propias, normas, y en general, por un actuar ajeno a la tutela del poder central del Estado.

Con respecto al tratamiento del tema de la potestad reglamentaria de las universidades, en España se tiene como punto de partida la realidad jurídica que revela la existencia de una variedad de productos normativos que se manifiestan como simples actos administrativos o como auténticas disposiciones de carácter general. En este sentido, la potestad reglamentaria es asumida como una “técnica de colaboración de la Administración con el poder legislativo, es decir, como un instrumento de participación de la Administración pública en la ordenación de los diferentes sectores materiales de interés social”⁴².

La postura de la jurisprudencia española, tal como se da a conocer por comentarios doctrinales, muestra una tendencia a reconocer que tanto la potestad organizatoria como la potestad reglamentaria se encuentran inherentes en las universidades y en las entidades locales, puesto que ésta ha sido la voluntad del legislador al dotarlas de autonomía en su configuración constitucional. Igualmente, se hace referencia a la existencia de un contenido esencial que supone el derecho de ciertas entidades, como las universidades, a participar a través de órganos de gobierno propios de la administración de los asuntos que les atañen, el cual se entiende formado por todos los elementos necesarios para el aseguramiento de la libertad académica, derecho

41 CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO. Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 19 de abril de 2007, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero. Expediente: 4252-05.

42 SÁNCHEZ NAVARRO, Álvaro. La Potestad Reglamentaria de las Universidades Públicas. En: <http://www.ugr.es/> Consulta: marzo 15 de 2008.

que no es tampoco absoluto ya que encuentra limitaciones en las competencias asignadas a otros órganos.

Con respecto a la naturaleza propiamente dicha de la potestad reglamentaria en el contexto del derecho positivo español, se asume que dicha atribución se ejerce dentro de un ámbito material determinado, que es por esencia residual, es decir, la Administración sólo podrá dictar reglamentos en aquellas materias no reservadas por la Constitución a la ley (reserva material) ni ya reguladas por la ley (reserva formal), salvo que exista una remisión de la ley al reglamento.

Para el caso de las universidades, se predica una tipología de potestad reglamentaria que se ocupa preferentemente de regular materias no comprendidas en el ámbito de la reserva de ley, que ostenta un “carácter estatutario o infraestatutario, bien para articular ad extra las peculiaridades de su organización”⁴³. En consecuencia, se consideran equivalentes la potestad reglamentaria y la potestad estatutaria, entendida esta última como la posibilidad de elaboración de los estatutos y demás normas de funcionamiento interno, que constituye, sin duda, el principal reflejo de la autonomía de la Universidad. Asimismo, con respecto a los estatutos como actos normativos dentro del sistema de fuentes, se considera que:

Los actos normativos mediante los que, tradicionalmente, se ha ejercido la potestad organizatoria en las Universidades han sido los Estatutos. De ahí que podemos inferir que la potestad estatutaria es potestad normativa en su aspecto formal pero potestad organizativa en cuanto a su contenido⁴⁴.

De igual modo, la existencia de una Ley Orgánica de Reforma Universitaria en España, como es la denominada LRU de 1983⁴⁵, en el sentir del alto tribunal constitucional español, aunque ostenta un carácter habilitante para las universidades, no significa que los estatutos sean normas dictadas en su desarrollo. Por el contrario, se les considera como reglamentos autónomos donde se plasma la potestad de auto-ordenación de la Universidad en los términos que les permite la ley⁴⁶. A su vez, se advierte que para efectos de saber cuál es el ámbito material de la potestad reglamentaria de las universidades es preciso conocer el contenido del núcleo

43 Ibid.

44 Ibid.

45 Ley Orgánica, 11 de 35 de agosto de 1983. En: <http://www.ucm.es/info/uepei/lru.html#p>. Consulta: octubre 15 de 2008.

46 SÁNCHEZ NAVARRO, Álvaro. La Potestad Reglamentaria de las Universidades Públicas. En: <http://www.ugr.es/> Consulta: marzo 15 de 2008.

esencial de la autonomía universitaria, esto es, el espacio de libertad estatal que el legislador no haya agotado en su regulación.

Por otra parte, en países como Costa Rica, el razonamiento conceptual sobre la temática referida a la potestad normativa de las universidades tiene como referente la consagración a nivel constitucional de la autonomía universitaria, que en el orden jurídico consiste en la capacidad de las universidades para darse sus propias normas de comportamiento. Se plantea además que el alcance de este tipo de análisis, de conformidad con algunos estudios, depende de la determinación de tres aspectos fundamentales: “a) *quién* es autónomo, b) *en qué es* autónomo y c) *frente a quién o quiénes lo es*”⁴⁷.

Para la doctrina costarricense el valor jurídico de la autonomía en algunos entes o autoridades administrativas como las universidades proviene de la posibilidad de generar un derecho propio, en consideración a su especialidad funcional o actividad sustantiva⁴⁸. Por tanto, se advierte que el legislador sólo puede legislar en virtud del principio de unidad, en aquellos asuntos que no sean del quehacer típico universitario que se traduce en las actividades que tienen un contenido académico y que finalmente marcan su ámbito de accionar lícito.

De igual forma, la jurisprudencia citada por éstos reconoce la existencia de un poder reglamentario en las modalidades de autónomo y de ejecución⁴⁹. Con relación a su ubicación en el sistema de fuentes se señala:

La potestad normativa propia de la Universidad está referida a su ámbito funcional, sea la docencia, la investigación o la acción social y cultural del Ente. En dicho ámbito, las normas universitarias prevalecen sobre cualquier disposición legal que pretenda regular la materia universitaria. Dichas normas son oponibles al propio legislador en tanto no excedan el marco de su autonomía⁵⁰.

Otras referencias a ordenamientos latinoamericanos otorgan a la autonomía de las universidades un reconocimiento como conquista política, que ha permitido una serie de prerrogativas para dichos entes, entre ellas la facultad de dictar sus propias

47 LÓPEZ ROJAS, Carla y Cascante Salas, Warner. La autonomía universitaria sus alcances y límites. En: Revista de Ciencias Jurídicas Universidad de Costa Rica. San José de Costa Rica: N° 113 (2007): p. 22.

48 Así, se predica por ejemplo de la universidad de Costa Rica la autonomía frente al poder ejecutivo, legislativo y hasta judicial, en los aspectos de docencia, investigación y acción social. *Ibíd.*

49 González García, Yamileth. “El reto de la autonomía universitaria”, *Revista Universidades* 36, enero-abril 2008, (100), p.13.

50 LÓPEZ ROJAS, Carla y Cascante Salas, Warner. La autonomía universitaria sus alcances y límites. En: Revista de Ciencias Jurídicas Universidad de Costa Rica. San José de Costa Rica: N° 113 (2007): p.49.

normas; es el caso de países como Argentina o México, que reconocen a su vez, la potestad reglamentaria que como derivado del poder autónómico señala el marco jurídico dentro del cual se pretende un amplio ejercicio de la libertad académica⁵¹.

CONCLUSIONES

- En el caso de las universidades, la autonomía se erige como un presupuesto ineludible para efectos de contextualizar la temática referida a su potestad normativa, y atendiendo al equilibrio introducido por la Constitución de 1991 en las relaciones entre los diversos órganos que componen la administración, se puede afirmar que la autonomía supone una superación de la descentralización administrativa y el rescate de la descentralización política, en la medida en que delimita un ámbito material para el ejercicio de ciertas atribuciones que solo pueden ser ejercidas por las universidades porque les son consustanciales al ejercicio de su función académica.
- La potestad reglamentaria implícita al ejercicio de la autonomía conferida desde la Constitución, representa una tendencia a favor de la potestad normativa de la administración como mecanismo que pretende reducir al mínimo la regulación de la ley. En consecuencia hay materias que no han sido reguladas por el constituyente, ni han sido asignadas para su desarrollo al legislador, que suponen un traslado de competencias a otras autoridades administrativas que ostentan en virtud de tal autonomía competencial o funcional la titularidad de una potestad de normación para la ordenación de su propio funcionamiento y el cumplimiento de la misión constitucional que les ha sido encomendada.
- El sistema de fuentes del derecho administrativo, está concebido como medio para garantizar la sujeción de la administración al ordenamiento jurídico a partir de la designación de precisas potestades o atribuciones a sujetos diferentes. No obstante, debe advertirse que en el actual esquema constitucional de la administración pública, su funcionalidad se analiza no en razón de la jerarquización de los actos emitidos por las distintas autoridades sino en consideración a la competencia que haya sido atribuida o asignada por la misma Constitución. Así, existe un sistema de reglamentación especial respecto de ciertas materias y para determinados órganos constitucionales, entre los que se encuentran las

51 HALLÚ, Rubén E. La autonomía universitaria. En: Revista Universidades 36. México. Vol. 58, N° 036 (Ene-abr. 2008): p.55-63.

WOLDENBERG, José. Autonomía Universitaria: esbozo histórico y significado. En: Revista Universidades 36. México: Vol. 58, N° 036 (Ene-abr. 2008): pp. 61-64.

universidades como titulares de capacidad normativa para definir sus estatutos y reglamentos dentro de un ámbito material que se delimita por el ejercicio de su autonomía, que exceptúa la potestad reglamentaria que de manera general tiene asignada el Presidente de la República.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

- Blanquer, David. *Introducción al Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant Lo blanch, 1998.
- Chinchilla, Tulio Elí. *Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas. Título V de la organización del Estado*. Bogotá: Presencia, 1996.
- Gómez Cardona, Efraín. *Las autonomías constitucionales en Colombia*. Medellín: CORNARE, 2000.
- Hernández, Pedro Alfonso. *Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia*. Bogotá: Legis, 1999.
- Molano López, Mario Roberto. *Transformación de la función Administrativa (evolución de la administración pública)*, Colección Profesores 37. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, Introducción a los conceptos de la administración pública y el Derecho Administrativo*. 2º Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Younes Moreno, Diego. *Curso de Derecho Administrativo*. Octava edición actualizada. Bogotá: Temis, 2007.
- Younes Moreno, Diego. *Derecho Constitucional Colombiano*. Novena edición actualizada. Bogotá: Ibáñez, 2007.

Artículos de revistas:

- González García, Yamileth. *El reto de la autonomía universitaria*. En: *Revista Universidades* 36. México. Vol. 58, N° 036 (Ene-abr. 2008): p. 13-18.
- Hallú, Rubén E. *La autonomía universitaria*. En: *Revista Universidades* 36. México. Vol. 58, N° 036 (Ene-abr. 2008): p.13-18.
- Ibáñez Najar, Jorge Enrique. *Alcance y límites de las potestades reguladora y reglamentaria; la división de competencias existente entre la ley y el acto administrativo normativo, sea regulador o reglamentario*. En: *Revista Universitas de la facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana*. Bogotá. N° 106, (Dic. 2003): p. 9-93.
- López Rojas, Carla y Cascante Salas, Warner. *La autonomía universitaria sus alcances y límites*. En: *Revista de Ciencias Jurídicas Universidad de Costa Rica*. San José de Costa Rica: N° 113 (2007): pp. 13-58.

Woldenberg, José. Autonomía Universitaria: esbozo histórico y significado. En: Revista Universidades 36. México: Vol. 58, N°. 036 (Ene-abr. 2008): pp. 61-64.

Artículos de Internet:

Fuentes Arjona, Fernando. La autonomía universitaria. En: <http://www.universia.net.co/universidades/proyectos-estrategicos/la-autonomia-universitaria.html>. Consulta: agosto 29 de 2008.

Grau, María Amparo. Potestades normativas de la administración. En: www.minhacienda.gov.co. Consulta: octubre 6 de 2008.

Ibáñez Najar, Jorge Enrique. Debates en el Derecho Administrativo: potestad reglamentaria vs. Regulación. Memorias Foro Académico. Reflexiones jurídicas en torno a la regulación. Comisión de regulación de telecomunicaciones en Colombia. En: <http://www.crt.gov.co/>. Consulta: Octubre 2 de 2008.

Páramo Rocha, Guillermo. Sentido cultural de la autonomía universitaria y de la vigilancia de su calidad. En: www.revistavirtualucn.com/content/view/44/1/1/7/. Consulta: septiembre 13 de 2008.

Sánchez Navarro, Álvaro. La Potestad Reglamentaria de las Universidades Públicas. En: <http://www.ugr.es/> Consulta: marzo 15 de 2008.

STIRN, Bernard. Las autoridades administrativas independientes. En: http://www.amba-france-es.org/article.php?id_article=538. Consulta: octubre 6 de 2008.

Villamil Ardila, Carol. Alcance de la autonomía universitaria en Colombia, 1980-2002. Una reflexión desde la evolución legislativa y jurisprudencial. En: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar>. Consulta: marzo 15 de 2008.

Sentencias Corte Constitucional Colombiana:

Sentencia T-187 de 1993, mayo 12 de 1993, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

Sentencia C-299 de 1994, junio 30 de 1994, magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

Sentencia C-547 de 1994, diciembre 7 de 1994, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

Sentencia T-061 de 1995, febrero 21 de 1995, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

Sentencia T-237 de 1995, mayo 31 de 1995, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

Sentencia T-515 de 1995, noviembre 15 de 1995, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

Sentencia T-184 de 1996, mayo 7 de 1996, magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

- Sentencia C-006 de 1996, enero 31 de 1996, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.
- Sentencia T-196 de 1996, mayo 8 de 1996, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.
- Sentencia C-220 de 1997, abril 29 de 1997, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.
- Sentencia T-098 de 1999, febrero 18 de 1999, magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.
- Sentencia T-310 de 1999, mayo 18 de 1999, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.
- Sentencia T-585 de 1999, agosto 11 de 1999, magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.
- Sentencia T-974 de 1999, diciembre 2 de 1999, magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.
- Sentencia T-870 de 2000, julio 11 de 2000, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.
- Sentencia C-008 de 2001, enero 17 de 2001, magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.
- Sentencia T-1317 de 2001, diciembre 7 de 2001, magistrado ponente: Rodrigo Uprimny Yepes. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.
- Sentencia C-384 de 2003, mayo 13 de 2003, magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.
- Sentencia T-634 de 2003, julio 31 de 2003, magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.
- Sentencia T-933 de 2005, Bogotá, septiembre 7 de 2005. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. En: <http://200.21.19.133/sentencias>.

Sentencias Consejo de Estado Colombiano:

- Sección Cuarta, Sentencia del 26 de julio de 1996, Consejera Ponente: Consuelo Sarria Olcos. Expediente: 7618.
- Sección Primera, Sentencia del 26 de julio de 1996, Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Borrero. Expediente: 7564.
- Sección Segunda, Sentencia del 5 de diciembre de 1996, Consejero Ponente: Javier Díaz Bueno. Expediente: 10858.
- Sección Primera, Sentencia del 23 de septiembre de 1999, Consejero Ponente: Roberto Medina López. Expediente: ACU 877.
- Sección Cuarta, Sentencia del 2 de agosto de 2002, Consejera Ponente: Maria Inés Ortiz Barbosa. Expediente: ACU-1429.

Sección Tercera, Sentencia del 17 de Febrero de 2005, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández.

Sección Quinta, Sentencia del 12 de mayo de 2006, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla. Expediente: 3891.

Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 19 de abril de 2007, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero. Expediente: 4252-05.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

PÚBLICO Y PRIVADO: ESTUDIO SOBRE LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO, DEL ESTADO Y DE LA EMPRESA*

*Luisa Fernanda Cano Blandón***

La dicotomía entre lo público y lo privado ha sido objeto de múltiples y prolongadas discusiones desde áreas como el derecho y la filosofía, en ocasiones para reafirmar la existencia de tal división y, más recientemente, para argumentar la imposibilidad de mantener la línea que, desde la antigüedad, ha pretendido escindir la esfera pública de la privada. En esta última perspectiva se encuentran las inquietudes y advertencias planteadas en la reciente obra del profesor Fabián Marín Cortés, quien partiendo de un profundo análisis acerca de la legitimidad normativa del poder en un Estado constitucional, lleva al lector por un nutrido recorrido teórico sobre las fuentes modernas de legitimación, dentro de las que considera la vigencia del principio democrático, el respeto de los derechos humanos y la garantía de los derechos sociales. En este sentido, el autor señala que las transformaciones que ha tenido y está teniendo el Estado como consecuencia de la alteración de la lógica dicotómica entre lo público y lo privado, son fundamentalmente de dos tipos: el cambio en su interior, que tiene que ver con la forma de legitimación del poder del Estado y, el cambio en su exterior, según el cual el Estado “muda” de piel, es decir, se transforma en su organización institucional atendiendo a la nueva relación entre Estado, mercado y sociedad.

Respecto al cambio interior, Marín explora el concepto de legitimidad normativa, asociada al cumplimiento de las condiciones para el acceso al poder y para su ejercicio, y la legitimidad empírica o descriptiva, que se refiere al reconocimiento social del poder. En su análisis, se limita al primer tipo de legitimidad y en este punto advierte sobre el cambio hermenéutico que propicia la evolución del Estado legislativo al Estado constitucional, cuyos efectos se evidencian, además, en la tensión entre el principio de legitimidad democrática de las normas y el control constitucional, lo que inevitablemente nos conduce al interrogante sobre cómo

* Título del texto de Fabián G. Marín Cortés, Temis, Bogotá, 2008, 261 p.

** Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas e investigadora del Grupo “derecho y Sociedad”.

justificar la intervención judicial en asuntos tradicionalmente debatidos en órganos políticos. Tal inquietud del autor puede trasladarse, sin duda, al escenario nacional, en el que hemos presenciado intervenciones positivas, generalizadas y fácticas de los jueces constitucionales¹, ante la omisión o ineficacia de la actuación política para proteger los derechos constitucionales, intervenciones que no han tenido –ni podrían tener– legitimidad democrática pero que encuentran razón de ser en la defensa del orden constitucional, de sus principios y derechos. Así, apoyados en Marín, podríamos decir que ante un poder político ilegítimo, que no asegura la vigencia de los derechos, sean estos civiles, políticos o sociales, se activa una especie de competencia transitoria para el juez constitucional de intervenir más allá del caso *sub judice* basado en una legitimidad no democrática.

Sin embargo, el juez constitucional no es el único actor que irrumpe en este cambio de “savia” y de “piel” del Estado. El profesor Marín advierte con vehemencia el interés del sector privado, nacional y transnacional en cooptar los escenarios de regulación, directamente o a través de incidencia política en estos, con el objetivo de hacer prevalecer intereses de tipo económico particular en detrimento del interés colectivo. En este sentido, la globalización ha conducido a un tipo de “política transnacional” sin límites geográficos que abre paso a la creación de órganos y relaciones basados en el mercado como lenguaje común de la humanidad y en el interés económico como pretensión generalizable lo que, a su vez, altera el sentido tradicional de soberanía del poder como atributo distintivo inviolable e indelegable del Estado, quien para surgir en el contexto global debe compartir espacios institucionales con empresas transnacionales y organismos supranacionales, lo que mengua su soberanía y acelera el desarrollo de la sociedad global. De este modo, al existir normativamente la posibilidad de que los particulares –nacionales o extranjeros– concurren con el Estado en la gestión de lo público, es necesario distinguir entre lo público estatal y lo público no estatal, es decir, entre la fracción de lo público que permanece bajo la propiedad y administración del Estado y aquello que Marín denomina la *administración alterna o paralela*, que se puede entender como un “tercer sector” que entra en la riña por un espacio en la antigua pugna entre lo público y lo privado; en otras palabras, como una solución intermedia para la permanente disputa entre Estado y mercado.

1 El profesor Rodolfo Arango Rivadeneira define los derechos sociales fundamentales como derechos del individuo frente al Estado en demanda de acciones positivas, generales y fácticas, es decir, una acción –en lugar de una abstención– con efectos potenciales sobre todas las personas y que implican una prestación fáctica, no normativa. Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Colombia: Legis, 2005, p. 113.

Este asunto, no obstante, no está libre de polémica y, en efecto, es objeto de crítica y preocupación en el texto que se reseña. A medida que crece lo público no estatal, se reduce el Estado y se encomienda el desarrollo y la protección de lo público a la iniciativa privada. Algunos de los problemas que surgen ante esta situación son: a) el dilema de la aplicación completa o atenuada de los principios que rigen la función pública a la administración pública paralela, b) la desprotección en que se encuentran los derechos humanos en la práctica del sector privado, c) el aumento de la brecha entre ciudadano-Estado y la prevalencia de la relación cliente-empresa, d) la confusión sobre el régimen jurídico aplicable a las nuevas formas societarias creadas para gestionar lo público, e) el ánimo de lucro y el interés económico de los particulares, lo que conlleva la falta de consideración de situaciones particulares de los ciudadanos, f) la posibilidad que tienen los particulares que prestan servicios públicos de moldear la normatividad y las políticas públicas que les aplican bajo el argumento de la flexibilidad y la eficacia y g) la renuencia a permitir el acceso a la información de las entidades lo que, a su vez, repercute negativamente en la participación ciudadana y en el control sobre quienes ejercen lo público no estatal.

Ante tal arremetida de lo público no estatal, vale la pena preguntarse por el significado mismo de lo público, pues si bien hoy entendemos que lo público no se reduce a lo estatal, tampoco queda claro si este espacio ideal –en el sentido weberiano– se encuentra en alguna intersección, por ejemplo, entre lo privado y lo estatal o, entre lo social y lo privado. En esta definición de lo público conviene recordar las visiones de Arendt, quien entiende lo público como lo común y lo visible². El primer sentido, viene de la mano del poder soberano que encarna lo colectivo, aquello que es de utilidad general, pero no representa lo público en tanto abierto ni manifiesto, puesto que el poder puede sustraerse a la publicidad de sus actos³. El segundo sentido, identifica lo público con la metáfora de la luz, esto es, será público lo visible, lo ostensible, lo que aparece ante la sociedad y no se queda en la oscuridad de la esfera privada. De este segundo sentido de lo público derivamos derechos como el acceso a la información (art. 74 C.P.) y el derecho de petición (art. 23 C.P.). Un tercer sentido de lo público, lo asimila a lo abierto, a lo accesible a todos, en contraposición a lo cerrado o de imposible acceso general⁴.

Con esta breve reflexión sobre los sentidos de lo público y partiendo de la discusión propuesta por Marín, la pregunta es: ¿cuál de estos sentidos se pierde o se merma

2 Arendt, Hanna, *La condición humana*, México: Paidós, 2001 (reimpresión), p. 59.

3 Rabotnikof, Nora, “Lo público y sus problemas: notas para una reconsideración” En: Revista internacional de filosofía política, No. 2, Madrid, 1993, p. 78

4 *Ibíd.* p. 77

con la creciente irrupción de la administración pública paralela? en otras palabras –y abusando de la redundancia– ¿qué le queda de público a lo público no estatal?, o bien, teniendo en cuenta los tres sentidos mencionados ¿los particulares que prestan servicios públicos, desarrollan una actividad de interés colectivo, visible y accesible a todos? Al parecer ninguno de los sentidos de lo público sale bien librado de este análisis: la pretensión económica de la iniciativa privada, el secreto de la información empresarial como garantía a la competencia y la posibilidad de exclusión del usuario que no paga por los servicios, llevan a concluir que poco o nada le queda de público al llamado “tercer sector”. Tal como señala Marín, estamos en presencia de una sustitución del Estado por la empresa y del ciudadano por el consumidor, en una relación despolitizada y mediatizada por la globalización económica. En este sentido y para alentar al lector, Marín señala que mientras existan necesidades colectivas existirá lo público, sin embargo, todo parece indicar que el valor privilegiado cuando de servicios públicos se trata es la eficiencia y, para lograr resultados a corto plazo, ha tomado fuerza la idea de que todo funciona mejor sin la presencia de la paquidérmica burocracia. Así, el discurso gerencial y privatista, representa la justificación para la desregulación y, lamentablemente, la pérdida de transparencia, de control ciudadano y de legitimidad de lo público.

LA LETRA Y EL ESPÍRITU DE LA LEY: REFLEXIONES PRAGMÁTICAS SOBRE EL LENGUAJE DEL DERECHO Y SUS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN*

*Mauricio Aristizábal Peña***

El discurso de los abogados es un blanco común de resentimiento, muchas veces justificado, por los hablantes/ciudadanos que desenvuelven su vida en el lenguaje y en la interpretación “casual”, “corriente” u “ordinaria” de los signos que el derecho usa. Los abogados son capaces de ver posibles interpretaciones que al parecer no violan la estructura semántica o gramatical básica de la oración; pero tales interpretaciones, sin embargo, omiten las inferencias (de intención o propósito) que la emisión claramente sugiere y que son parte constitutiva de la comunicación que se pretende.

Entonces, la necesidad de univocidad del derecho está dada porque, como técnica de control social, el derecho confía instintivamente en que tiene sentido, en que es posible y económico transmitir órdenes y prohibiciones jurídicas mediante el lenguaje. El derecho por tanto trabaja sobre la idea de que una denominación corresponde a un concepto único o, cuando menos, a un concepto bien definido.

El autor, en la primera parte del libro nos presenta el panorama cultural y jurídico que configuró desde el siglo XIX las herramientas para aplicar el derecho, contribuyendo a desmitificar la relevancia que por largo tiempo se le otorgó a la disputa entre iusnaturalistas e iuspositivistas, centrando su análisis en las necesidades teóricas y académicas propias de la región.

* Diego López Medina, *La letra y el espíritu de la ley: reflexiones pragmáticas sobre el lenguaje del derecho y sus métodos de interpretación*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho – Temis, 2008, 181 pp. Reseña realizada en el marco del Semillero de Filosofía del Derecho, del Grupo de Investigación ‘Saber, poder y derecho’ de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín-Colombia.

** Estudiante de cuarto semestre de Derecho, Universidad de Antioquia.

Los hablantes comunes pueden tener expectativas interpretativas claras cuando lidian con proposiciones normativas, esperanzas lingüísticas que son defraudadas con frecuencia por la ideología de excepcionalismo lingüístico.

Aquella idea de que el lenguaje jurídico es técnico ayuda a cimentar la imagen falsa según la cual la interpretación jurídica es mínima ya que la precisión lingüística de los enunciados normativos disminuye o, incluso, elimina por completo la necesidad de interpretar. El textualismo del lenguaje técnico jurídico genera con frecuencia un déficit de legitimidad del derecho frente la comunidad de hablantes corrientes. El textualismo termina abandonando el “sentido común”; así mismo, frecuentemente parece una forma mucho más violenta de introducir consideraciones políticas frente a los resultados que dicha comunidad esperaría del ejercicio interpretativo según sus perspectivas pragmáticas ordinarias.

Cabe decir que la interpretación jurídica puede ser descrita como cierto tipo de operación intelectual que se encamina, bien sea a encontrar, clarificar, extraer, descubrir, crear o, de manera aun más general, atribuir cierto “significado” a las palabras, oraciones, en fin, a los textos en los que solidifica aquella forma de ordenamiento de la vida social que denominamos “ley” o “derecho”. Por tanto, el foco de gravedad de la interpretación se centra en los mecanismos que estructuran el lenguaje en la transmisión de significado.

Se debería prestar atención a los mecanismos básicos del habla ordinaria para entender que el lenguaje tenía múltiples funciones y no sólo la “constatativa” o “verificativa” que tan laboriosamente construyeron los positivistas lógicos.

El profesor López en los tres primeros capítulos sitúa los fundamentos conceptuales de su análisis, luego de precisar las ideas propias de la teoría filosófica del significado de Hebert Paul Grice, para luego articularlas, en el cuarto capítulo, con la teoría legal de la interpretación y del significado.

La teoría de Grice, según el autor, ayudará a levantar el velo que cubre a las teorías de la interpretación, y que condena al positivismo como mera forma de legitimación irracional de opciones políticas posibles. Es en el cuarto capítulo donde desarrolla los conceptos de la filosofía del lenguaje con el uso de las expresiones “significado” y “significar” que están dentro del lenguaje jurídico. Tal teoría nos plantea dos tipos de significado: el significado natural, y el significado no-natural.

Por un lado nos encontramos frente a significados naturales o casos fácticos, donde el emisor está comprometido con el hecho de que lo que está diciendo se corresponde verdaderamente con un cierto estado de cosas; mientras tanto, en casos no-fácticos, el hablante no asume ese compromiso. Los significados no naturales pueden ser fácilmente puestos entre comillas.

Los significados naturales no son atribuidos a alguien que esté intentando transmitir un mensaje comunicativo. El significado no-natural equivale a decir que alguien quiso decir o significar algo por X (motivo, propósito, fin).

Por ahora sabemos que “significar” y “significado” en derecho se convierten estructuralmente en proposiciones intencionales del tipo “alguien quiso decir”, “alguien quiso significar”.

Además del significado convencional, las palabras y oraciones también incluyen “implicaturas conversacionales”, “implicaturas” que a pesar de que no se distinguen del valor “superficial” de la expresión lingüística, se encuentran atadas convencionalmente a esta función comunicativa.

Nuestros intercambios dentro de la charla se caracterizan por ser, hasta cierto nivel, esfuerzos cooperativos; cada participante reconoce en ellos, hasta cierto punto, un propósito o un conjunto de propósitos comunes, o como mínimo una dirección mutuamente aceptada.

El profesor López Medina en el cuarto capítulo describe las características que distinguen la práctica lingüística del lenguaje ordinario con respecto al lenguaje jurídico, ilustrando con casos históricos, literarios y jurisprudenciales, las reglas de interpretación jurídica, distinguiendo su función y su validez así como sus vacíos en términos de una teoría del significado.

De lo anterior se destaca que para el autor, el espiritualismo puede generar mayor “seguridad jurídica” en el sentido de que ancla los textos a los diálogos sociales donde las palabras de la ley pueden producir resultados pragmáticamente comprensibles.

Conforme a la idea de significado no-natural el intérprete es consciente de que lo que ahora importa es captar la intención del emisor (como fin, propósito o consecuencias buscadas). Sin olvidarse del texto que es extremadamente importante en la interpretación, ya que se trata de un acto intencional.

El lenguaje jurídico no podría funcionar efectivamente si no utilizara, como el ordinario, su capacidad expansiva de significar por vía de implicaturas, presuposiciones y otros elementos de naturaleza pragmática.

Por una parte la intención o propósito pueden ser interpretados en clave psicologista como una reconstrucción fáctica de los estados mentales del legislador original. Por otra parte, la idea puede ser entendida como la búsqueda no-psicologista de las metas sociales o políticas, bajo una cierta teoría moral reconstruida, que se propuso el legislador sin querer atar a las generaciones subsiguientes a su intención psicológica concreta.

El lenguaje depende de manera crucial de propósitos, intenciones y contextos. Pero también es cierto parcialmente que si el lenguaje del derecho fuese tan intencional, propositivo y contextual como el ordinario, la certeza de las normas se rompería a favor de un contextualismo sin principio en el que “excusas” de diverso tipo terminarían por devorar el núcleo del significado de los enunciados normativos.

DESMITIFICANDO LA PROPIEDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y ABSOLUTO

**Una aproximación a la obra “Propiedad y dignidad”
de Raúl H. Ochoa Carvajal**

*Marcela Vásquez Galvis**

Las personas quieren poseer cosas: tierras, equipaje y otras personas, para sentirse seguros, pero les pueden quitar todo eso y al final lo único que realmente poseemos es la historia de nuestras vidas.

Australia, película (2008)

Una tarde me hallaba conversando con un profesor –del área de derecho económico, aclaración importante– y cuando le repliqué respecto a un comentario en el que decía que la propiedad era un derecho fundamental, que ello no era cierto, me miró como si hubiera pronunciado ¡la peor de las blasfemias! Por supuesto la discusión, de ahí hasta el final, giró en torno a las razones por las cuales la propiedad era o no fundamental y concluyó con que los discursos no se podían reconciliar puesto que lo que yo decía era propio de una ideología cercana al socialismo mientras que él argüía en sede del liberalismo y por ende del capitalismo tal como se le conoce hoy. En realidad el germen de las ideas no era mío. Yo pude realizar tal acotación porque tuve la oportunidad de conocer la obra del Profesor Raúl Humberto Ochoa Carvajal cuando ésta aún se encontraba en el proceso de edición, de tal modo que mis afirmaciones no eran más que una torpe reproducción del contenido del libro del Profesor. Pero valga la breve anécdota con la que intencionalmente empiezo esta Reseña, para evidenciar la importancia de *retomar* –ya que no es, como lo demuestra el Profesor Ochoa, ni mucho menos, una discusión nueva– el debate respecto a cuál es la naturaleza

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

del *derecho de propiedad*, y para cuestionar *el mito* de su carácter de derecho natural, fundamental, absoluto, inalienable y sagrado.

La obra se titula "*Propiedad y dignidad*". Y lleva por subtítulo "*El derecho de propiedad: ni derecho natural ni derecho fundamental*". La afirmación que entraña el subtítulo, por sí sola, ya causa escozor, pero precisamente por eso, por "incómodo", se hace interesante aproximarse a la lectura de libro. Lectura que una vez iniciada, lleva el sello inconfundible del estilo del Profesor Ochoa: un viaje narrativo a través de la historia, la filosofía del derecho, la filosofía política, la doctrina, la jurisprudencia y, en general, el alcance de la propiedad –del derecho de propiedad–; todo amenizado con breves pasajes literarios, porque como lo expresa el autor "(...) En parte la respuesta nos la brinda, como casi siempre, la literatura"¹. Así que a lo largo del libro nos encontramos con apartes de Alicia en el país de las maravillas de Lewis Carroll, Antígona de Sófocles, Cuánta tierra necesita el hombre de León Tolstói, La Iliada de Homero, El mercader de Venecia de William Shakespeare, Las almas muertas de Gogol o Prometeo de Goethe. Con ello no le resta rigor al texto sino que lo refresca, lo aligera y lo enriquece.

En cuanto a la estructura metodológica, el libro se divide en cinco capítulos que reseñaré sucintamente, para finalizar con una semblanza de la tesis central del autor y la reflexión que ella propone. Así que en el primer capítulo, nos expone el concepto de propiedad distinguiéndolo del de dominio, haciendo referencia este último a *imperium*, a poder; mientras la primera se asocia más que al derecho civil, a la economía política, al mercado. También se aclara la diferencia entre propiedad y patrimonio: patrimonio tenemos todos, propiedad tienen solo algunos. Y en todo caso, se concluye que el término propiedad se aplica a diferentes fenómenos y que por ende no es acertado hablar de un "núcleo esencial" de la misma. De igual manera, el capítulo sirve de abre bocas para los subsiguientes en cuanto a la exposición histórica de la filosofía del derecho y la filosofía política respecto a por qué se entiende el derecho de propiedad a través de la idea de dominio (absoluto e ilimitado) propia del período romano tardío, idea que es la acuñada en la Revolución francesa por parte de los burgueses a quienes les interesaba realizar un corte tajante con los postulados feudales en los que "primero estaba la cosa y luego el individuo"², para así poder exaltar al individuo de modo que fuera de él de quien partiera la propiedad y a quien regresara, sin ningún tipo de injerencias ni trabas. Era este el concepto que les convenía a los burgueses endilgándole al derecho de propiedad el carácter de sagrado, absoluto e inalienable, legitimados por el enlace

1 OCHOA CARVAJAL, R. (2009) Propiedad y dignidad. Temis: Bogotá, p. 139.

2 Ibidem, p. 7.

que hicieron del derecho en cuestión, con otros de supremo talante como la libertad y la igualdad. Y fue este el concepto que se trasplantó a la edad moderna, a la etapa de los códigos y las Declaraciones que no hicieron más que consagrar en la forma de normas vinculantes y generales todo un sistema filosófico, el del liberalismo. El tema del liberalismo y el importantísimo papel que desempeña la propiedad al interior de este sistema ideológico, mereció capítulo aparte: el cuarto; el cual comentaré en párrafos posteriores. Por ahora, concentrémonos en el primero, ya que continúa con un análisis de otras corrientes como las del socialismo jurídico “que propugnaba una democratización de la vida económica”³. Ideas en un principio utópicas, pero que de alguna manera darán pie a los postulados de la función social y ecológica que deberá tener la propiedad para que sea protegida en la mayoría de las Constituciones actuales, sin que por ello se diga que se trata de ordenamientos jurídicos de corte socialista o hasta comunista. Se trata, más bien, de sistemas jurídicos que han entendido que la propiedad no puede protegerse, sin más, por el mero hecho de pertenecerle a un individuo, sino que debe garantizarse aquel derecho a la propiedad que efectivamente esté cumpliendo un papel benéfico para la sociedad y cuyo uso sea racional en términos ambientales –aspecto este último en el que, resalta el autor, la Constitución colombiana es pionera–. Es decir, la propiedad viene a tener hoy múltiples limitaciones jurídicas, políticas y culturales. Y de allí que no pueda decirse tan tranquilamente que ésta sea absoluta, ilimitada, sagrada e inalienable. Tal pensamiento es, en palabras del Profesor Ochoa, “una visión superada”, o por lo menos, un equívoco que debe corregirse.

Entonces nos encontramos con el capítulo segundo en el que se amplían las discusiones introducidas en el primero pero para explicar por qué el derecho de propiedad no es un derecho natural: es aquí donde el relato clásico sobre el derecho a la propiedad empieza a desmitificarse. Y usa el autor las voces de sendos iusnaturalistas para demostrar que en sus teorías, excepción hecha de la segunda etapa de Locke, no hay referencia alguna al derecho de propiedad como un derecho de categoría anterior y superior a la sociedad, al Estado o a cualquier norma, es decir, no lo ubican como un derecho natural, y en cualquier caso, para ellos tal derecho sí entraña algún tipo de límite. Son ellos: A) Thomas Hobbes: el derecho de propiedad nace con la sociedad civil y el Estado es el que lo adjudica y protege, de modo que a él no se le puede oponer dicho derecho. B) John Locke: en las teorías de este filósofo pueden distinguirse dos momentos. En el primero la propiedad es común y la calidad de propietario se adquiere en virtud del trabajo pero limitado a lo necesario, lo demás es de todos. En el segundo, y por la aparición del dinero como

3 Ibidem, p. 23.

medio de cambio, habla de la acumulación y por esta vía la propiedad adquiere todas las connotaciones de la propiedad privada capitalista, con lo que, en el decir del Profesor, es con Locke con quien “se empieza a dibujar con caracteres gruesos el Estado de derecho liberal”⁴ y su característico individualismo exacerbado. C) Rousseau: los derechos surgen en el seno de la sociedad, del Estado, del pacto, por ende el derecho de propiedad no es anterior a ellos. Solamente la propiedad del primer ocupante o la derivada del trabajo y únicamente la necesaria, podrían ser un derecho natural, ¿cómo? Es la aparente contradicción que se le ha endosado a este pensador y que es explicada por el Profesor Ochoa. D) Kant: la propiedad es resultado de la razón y de la libertad, pero al igualar los conceptos propiedad y libertad no lo hace, como Locke, en sede de propiedad privada y acumulativa, sino para resaltarla como una categoría autónoma del hombre. E) Proudhon: este pensador hace parte, junto con Max Stirner, de los anarquistas analizados por el autor puesto que es su interés presentar aquellos autores clásicos que se refirieron seriamente al derecho de propiedad. Como es de esperarse, para Pierre Joseph Proudhon la propiedad como derecho absoluto, nivelado con la libertad y la igualdad, es un adefesio, ya que lo que tenemos derecho a poseer es aquello que se pueda obtener con nuestro trabajo y sea necesario y suficiente para nuestro consumo y mantenimiento. F) Stirner: este anarquista extremo no aboga por la existencia de ningún derecho natural, la propiedad no es un derecho si no un hecho que radica en aquello que la persona pueda defender por la fuerza.

Luego del recorrido por las teorías de estos iusteóricos, que no ubican la propiedad privada como un derecho natural, al final del capítulo se hace el Profesor una pregunta: ¿por qué si ilustres pensadores como estos y otros más, no pensaban así, vino a tener la propiedad la connotación de derecho inviolable e indiscutible, en los códigos y Declaraciones, al mismo nivel de la libertad y la igualdad? Y como si fuera una novela de misterio, seguimos la lectura hasta descubrir que el autor halla la respuesta, sorpresivamente, en Jellinek –citado por Ernst Bloch– quien afirma que las Declaraciones se basaron en la revolución norteamericana, más que en la francesa, de ahí que la contradicción se resuelva con el Bill of Rights...

Y si en el segundo capítulo el Profesor demuestra por qué no es el derecho de propiedad un derecho natural, en el tercero se ocupa de presentar por qué no es un derecho fundamental, continuando de esta manera lo que he llamado “la desmitificación”. La verdad es que unas pinceladas del contenido de este capítulo ya nos las había presentado el autor, en el año 2003, a través del artículo *¿Es la propiedad un*

4 Ibidem, p. 62.

derecho fundamental?⁵, lo que indica que la inquietud por el tema, inspirada según el propio Profesor en las lecturas de Beccaria y de Bloch, venía de antaño. Se expone, pues, en ellos, que aunque tanto los derechos fundamentales como el derecho de propiedad son derechos subjetivos, el segundo es de naturaleza patrimonial, no fundamental. De manera que, por sí mismo, no se puede enmarcar en el linaje de los fundamentales porque no encaja en los criterios históricos, jurídicos y morales que se traen a colación para tratar de definir la esencia de los derechos fundamentales. Se demuestra en el texto, a través de importante doctrina de teóricos nacionales y extranjeros, que al derecho de propiedad le falta esa derivación directa de un principio y el “amarre” moral que, por el contrario, comporta un derecho fundamental. También se prueba, a través de sendas sentencias de la Corte Constitucional, que para esta alta Corporación el derecho de propiedad no es un derecho fundamental, ni en un sentido material ni en un sentido formal. A no ser que con su desprotección se vulnere un derecho que por sí mismo sea fundamental, momento en el cual el derecho de propiedad sí adquiere la característica de fundamental pero por virtud de la ya conocida figura constitucional de la fundamentalidad por conexión. Por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia se han referido a la relatividad de los derechos fundamentales –amén del carácter universal que pretende imprimírseles actualmente– y son relativos puesto que por su carácter histórico, varían de un contexto político-social a otro y de un caso concreto a otro. Entonces, puesto que son tan diferentes en su naturaleza y en su historia, ¿por qué se ha pretendido clasificar al de propiedad como un derecho fundamental? Porque –y aquí se cita, entre otros, a Luigi Ferrajoli– se han conjugado y perpetuado a través de la historia doctrinas liberales, iusnaturalistas y civiles romanas, cimentadas en los intereses de grupos específicos que han logrado otorgarle al derecho de propiedad un carácter que en realidad no tiene, ni siquiera teóricamente, y que lo ha igualado a otros derechos como la libertad, la igualdad o la seguridad, sin los que sí es impensable la existencia del hombre, por lo menos dignamente. Tal equívoco en la equiparación de unos derechos –los que responden a valores supremos– con el otro, ha logrado “condicionar hasta nuestros días la teoría de los derechos en su totalidad”⁶ y ha sido por ello que tratadistas como Marx criticaron en su momento los derechos humanos como unos derechos *de clase*, de la clase burguesa, egoísta y liberal. De manera que como muy jocosamente lo presenta el Profesor, derechos tan valiosos como la libertad y la vida “se contaminaron por andar con la propiedad”⁷ y, a su

5 OCHOA CARVAJAL, R. ¿Es la propiedad un derecho fundamental? En Revista ESTUDIOS DE DERECHO, Vol. LXI, No. 137, Julio de 2003, p. 153-173.

6 Ibid supra, p. 102.

7 Ibidem, p. 106.

vez, la propiedad se encumbró por juntarla con las primeras. Un valioso punto que se anotaron, sin duda, primero la burguesía de la Revolución francesa, y luego sus herederos, los liberales individualistas. A ello es que se refiere el capítulo cuarto, dispuesto como se anunció, para la relación liberalismo-propiedad, en el que se evidencia que la perversión radica en que cuando la ideología liberal se inscribió en la lógica del mercado capitalista, la propiedad fue la que definió al hombre, de modo que las personas se cosificaron, se convirtieron en una mercancía más y así, quien no es propietario no tiene valor dentro de la sociedad. La libertad del liberalismo es utilitarista, su igualdad es la más desigual, y sin embargo estos valores han logrado hacerse pasar por universales y por ello es que poca resonancia tuvo la objeción al carácter virtuoso del tipo de propiedad descarnada y cruel del liberalismo, que despojó –despoja– a una inmensa mayoría de las condiciones mínimas necesarias para vivir ya no se diga bien, sino *dignamente*. Con todo, esta ideología tuvo su crisis con el advenimiento del Estado social de derecho a partir de las reclamaciones de ese otro grupo por fuera del rango de propietarios que probó la falsedad del espejismo que proponía el individualismo recalcitrante, y que trató de reivindicar la valía de una sociedad holista en la que el centro no es el individuo sino la comunidad, entendiéndosela como el marco en el que se puede lograr niveles aceptables de bienestar.

Personalmente, el capítulo más atrayente es el último, el quinto. El que precisamente se refiere al enlace entre propiedad y dignidad y donde se depura la tesis que propone el Profesor Ochoa a lo largo todo el texto. Creo que el aforismo popular “Tener casa no es riqueza pero no tenerla sí es pobreza”, cobra aquí toda su validez cuando comprendemos que hoy importa no sólo vivir, sino vivir dignamente, no de cualquier manera, sino de forma que se puedan cubrir las necesidades básicas para ello. Y para eso se deben tener, por lo menos, opciones y posibilidades reales y alcanzables de realizarse como ser humano y de expresarse en sociedad. A eso apuntan, primordialmente, las libertades fundamentales, a procurarles al hombre condiciones de vida digna, y esto incluye el ámbito económico porque de allí derivan los medios materiales para alcanzar esa dignidad. Ahí, en ese preciso sentido, *sí es fundamental la propiedad*, en el instante en el que se engarza con la dignidad, con las necesidades esenciales de la persona y de aquéllos que le rodean. Ahí la propiedad sí tendría el mismo valor supremo que la libertad y que la igualdad, y ahí sí debe ser protegida y garantizada desde la esfera estatal y normativa de manera universal y absoluta. Pero entonces no se estaría ante un derecho *de* propiedad sino ante un derecho *a* la propiedad, esto es, un derecho a acceder a unos medios y bienes que permitan la autorrealización del hombre y el desarrollo de sus capacidades en condiciones dignas. Este sería el verdadero derecho natural, fundamental, inalienable y sagrado por fundirse indiscutiblemente con la dignidad de la persona.

Ese tenue pero ingenioso juego de preposiciones, hace una diferencia abismal. Como que el que podría considerarse uno de los más grandes mitos del derecho en la historia: el derecho de propiedad, ha sido a través de estas páginas, una vez más, desvirtuado; y en su lugar aparece una visión más amable con el ser humano, no apta para individualismos y menos para las lógicas del mercado salvaje que se lucra de la explotación del trabajo de otros menos favorecidos pero que ahora pasan a ser visibilizados en virtud del derecho a la propiedad. Y el Profesor Ochoa lo advierte, no se trata de satanizar, al romper, la propiedad y la posesión de bienes pugnando por un comunitarismo desmedido; se trata sí de mirar ante qué tipo de propiedad estamos y cómo es que ella se está positivizando.

Ahora bien, otro tema es la discusión que gira en torno a la determinación de los confines de ese derecho a la propiedad articulado con la dignidad. De cuándo se está cruzando la frontera entre el derecho a la propiedad privada para acceder a una vida digna y el derecho de propiedad privada propio del liberalismo egoísta. Y por esa vía el debate se traslada, indefectiblemente, al campo de quién está legitimado para realizar la definición sobre cuál es la medida de la propiedad necesaria: es el juez o son las mayorías políticas. Una discusión de filosofía jurídica y constitucional, que no es nueva, pero a la que se le expanden las aristas con el tema de la propiedad.

Espero, pues, que el texto que aquí esbozo, sirva, por lo menos, para atraer a otros estudiantes como yo, al discurso de la deconstrucción de paradigmas, al cuestionamiento de antiguas y empolvadas instituciones sociojurídicas que deben renovarse, que deben ser vistas con otros lentes: unos que permitan indagar si el mundo jurídico sí está reflejando, más allá del papel, esos anhelos de solidaridad, no un “tuyo” y un “mío” si no un “nuestro”, los que permitan que no nos parezca blasfemia escuchar, por ejemplo, que el derecho de propiedad no es un derecho fundamental ni un derecho natural.

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 citará 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 diciembre de 2009

