



Autora: Alejandra Echeverri Jaramillo
Título: Héctor Lavoe
Técnica: Óleo con espátula
Dimensiones: 50 x 70
Año: 2007

LOS CONFLICTOS AL INTERIOR DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA: UNA MIRADA HERMENÉUTICA*

* Investigación terminada, adscrita al CODI y al CISH de la Universidad de Antioquia.

Fecha de recepción: 20 de abril de 2010
Fecha de aprobación: 16 de mayo de 2010

LOS CONFLICTOS AL INTERIOR DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA: UNA MIRADA HERMENÉUTICA

*Jhon Byron Montoya G.***

RESUMEN

La investigación se plantea develar el tipo de Universidad que se está construyendo a través del tratamiento de los conflictos universitarios entre estudiantes y administración, desde la época del 70 hasta el 2007, partiendo de subcategorías como el contexto, los intereses, las posiciones, la comunicación, las formas de resolución, la misión y la visión.

Palabras clave: Develar sentidos, conflictos, el contexto, los intereses, las posiciones, la comunicación, las formas de resolución, la misión y la visión.

CONFLICTS INSIDE OF UNIVERSITY OF ANTIOQUIA: A HERMENEUTIC VIEW

ABSTRACT

The study look for to unveil the type of University that is constructing through the treatment of university conflicts between students and the administration, since the 70's until 2007, it will begin using subcategories such as context, interests, positions, communication, resolution forms, mission and vision.

Keywords: Unveil meanings, conflicts, context, interests, positions, communication, resolution forms, mission and vision.

** Abogado, docente de tiempo completo de la FUNLAM y de cátedra en la U. de Antioquia. - Magister en educación y pedagogía social. UNED (Madrid - España). Candidato a Doctorado en Ciencias Sociales. Universidad Pablo de Olavide (Sevilla - España).

LOS CONFLICTOS AL INTERIOR DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA: UNA MIRADA HERMENÉUTICA

INTRODUCCIÓN

El tratamiento a la regulación pacífica y el uso del conflicto como fuerza creativa de diseño de futuros posibles, constituye uno de los paradigmas con mayor contenido renovador en las sociedades modernas para cualquier institución, proyecto social o investigativo interesado en ocuparse de los conflictos, en particular cuando se preocupa por su estudio, tratamiento y regulación, el punto nodal y más problemático es su comprensión, porque el conflicto, es una institución muy reciente en su dimensión ontológica, no lo suficientemente reconocida y muy poco aceptada culturalmente.

Se parte de reconocer en la presente reflexión investigativa, la complejidad de esta institución en su composición y naturaleza. Se considera necesario su estudio y comprensión para incidir en una nueva cultura, en su reconocimiento como algo connatural al ser humano y propio de cualquier proceso social, como un escenario de la realidad humana, en donde se juega la existencia y las grandes batallas de la identidad y el desarrollo; donde se produce y reproduce el orden y desorden macro-social.

El desarrollo de este paradigma con el cual se desea contribuir a través de la presente investigación, exige de las personas y conglomerados sociales un cambio en las formas de relacionarse, en los medios de comunicación y de diálogo, en la formación de nuevas perspectivas y destrezas que permitan comprender mejor el conflicto, sus procesos, sus dinámicas y sus necesidades, privilegiando la creatividad, el aprendizaje continuo y la comprensión del otro. Exige una transformación de los esquemas mentales y de la forma como se han abordado y tratado los conflictos en el interior del Alma Mater, procurando una lenta pero segura evolución hacia nuevas condiciones de convivencia en la universidad y a mejores desarrollos de procesos de la individualización y socialización.

Inicialmente, como parte del presente artículo, se registran unas consideraciones generales que dan cuenta del objeto de estudio de la investigación, los objetivos, el diseño investigativo, la unidad de trabajo, las fuentes consultadas, el tipo estudio, las técnicas e instrumentos, la validez y fiabilidad; posteriormente, se desarrolla una

conducta interpretativa de los conflictos en sus décadas, contrastadas con teorías y enfoques sobre el conflicto social.

Esta interpretación contará con la valoración del investigador y los análisis realizados en el proceso investigativo, permitiendo avanzar en niveles de mejor interpretación y comprensión del sentido de los conflictos al interior de la universidad, posibilitando construir una teoría propia del conflicto a partir de la cultura conflictiva de estos actores y de la sociedad universitaria.

1. ASPECTOS GENERALES

Se desarrollan en este apartado aspectos relacionados con el objeto de estudio, los objetivos, el diseño investigativo, la unidad de trabajo, las fuentes consultadas, el tipo estudio, las técnicas e instrumentos utilizados para recoger la información, la validez y fiabilidad.

El objeto de estudio de la presente investigación, es el análisis de los conflictos al interior de la Universidad de Antioquia, entre la administración central y los estudiantes durante el periodo comprendido entre 1970 y 2007.

Para efectos del presente estudio se seleccionaron cuatro conflictos, uno por cada década de coyuntura conflictiva. Es de decir, para la década de 1970, se abordó la problemática de 1973, relacionada con la quema del Bloque Administrativo y la muerte de un estudiante, Fernando Barrientos. Para el periodo de 1980 se consideró el análisis de la coyuntura de 1987, dada la complejidad y dimensiones de los atentados a la vida, en que murieron más de treinta estudiantes y profesores, asesinados por parte de grupos de extrema derecha, que a su vez exterminaron entre este período y 1990 a más de tres mil militantes de la izquierda y defensores de los Derechos Humanos en Colombia.

En la década de 1990, se encuentra el conflicto de 1993, producto de la expedición de la Ley 30 de 1992, (Reforma Educativa) su implementación generó ajustes educativos, conflictos en el interior de la Universidad de Antioquia, la cual implicó modificaciones en la normatividad, la que a su vez se convirtió en arduas polémicas y desbordamientos en las protestas estudiantiles.

En la presente década del 2000, las coyunturas que originan los conflictos, tienen un marcado acento de referencias diversas, por un lado, brotes de delincuencia común, irrupción de grupos guerrilleros y paramilitares en frecuentes escaramuzas por la búsqueda del control territorial en el campus, manipulación de las asambleas estudiantiles, entre otros intereses. El resultado, un accidente fatal cuando se preparaba la realización de una protesta estudiantil contra el Tratado de Libre Comercio,

cerca donde se encontraba el laboratorio de química, explotando los elementos que manipulaban algunos estudiantes, causando la muerte a dos estudiantes y quemaduras a cuarenta que se encontraba en sitios aledaños.

Pensar en los conflictos de la Universidad, mediante una mirada analítica, comprensiva y transformadora, es lograr responder al **objetivo general**, interpretar el sentido y el significado que ha tenido el conflicto entre los estudiantes y las administraciones de la Universidad, desde la década de 1970 hasta el 2007, y como **objetivos específicos**, analizar los contextos que influyen en dicha conflictividad, determinar las causas y los intereses que han motivado la aparición de los conflictos, analizar las posiciones y los procesos que han acompañado los conflictos entre las partes, considerar cuáles han sido las formas de solución y resolución de los conflictos, verificar si la Universidad posee un modelo propio de resolución de los conflictos y qué tipo de relación existe entre la solución y resolución de los conflictos y el proyecto educativo institucional. Finalmente hacer una propuesta metodológica de tratamiento de los conflictos al interior de la Universidad.

El diseño investigativo propuesto permitió obtener la información necesaria para responder a las preguntas de investigación y acercarse al logro de los objetivos definidos, estableciendo relaciones entre las subcategorías objeto de análisis, y la categoría (el conflicto).

La unidad de trabajo, estuvo constituida por los testimonios directos e indirectos, representados en los archivos históricos y en las experiencias humanas vividas y narradas a través del lenguaje, que contenían la información sobre el desarrollo del conflicto en diferentes épocas y momentos.

Las fuentes consultadas fueron los archivos de prensa, los archivos de documentos, correspondencia, boletines, actas, informes y las entrevistas realizadas a los actores claves, que actuaron como partes o estuvieron vinculados de una u otra forma en las situaciones de conflicto.

El tipo estudio correspondió a un **diseño cualitativo desde la perspectiva de la investigación histórica hermenéutica**, orientado hacia la comprensión del significado de las situaciones de conflicto vividas por los estudiantes y administradores al interior de la Universidad, visto como una construcción colectiva de sentido, producto de relaciones humanas conflictivas en interacción, expresadas en representaciones sociales

Lo histórico de la investigación esclareció el objeto de estudio (los conflictos entre estudiantes y administración central en el interior de la Universidad de Antioquia), porque los trató cronológicamente (por períodos) y de una manera abierta (es decir ampliándolos hasta el presente), buscando contribuir al descubrimiento de

regularidades, leyes de desarrollo y patrones de conducta a través de los diversos períodos conflictuales que ha vivido la institución, encontrando sentido a través de una interpretación racional de los conflictos.

Para recoger la información existente sobre el objeto de estudio, se emplearon **técnicas e instrumentos** como el análisis de contenido y el grupo de discusión, la entrevista a profundidad, la entrevista no estructurada, las fichas de trabajo, las fichas analíticas para fuentes documentales y la matriz para la recolección y análisis de la información.

Para asegurar la **validez y fiabilidad**, se emplearon algunos procedimientos tales como el análisis lógico por parte del investigador, el cual se confirmó a través de la relación existente entre objetivos, categorías, enfoque investigativo y la naturaleza del objeto de estudio y la triangulación metodológica.

2. CONDUCTA INTERPRETATIVA DE LOS PERIODOS CONFLICTUALES

Debido a las consideraciones abiertamente negativas que las culturas occidentales tienen de los conflictos, resulta difícil distinguir las diferentes formas o niveles de conflictividad o los distintos motivos de los actores en oposición, porque la comprensión incompleta de la conducta conflictiva tiene serias consecuencias sobre nuestra habilidad para manejar los conflictos de forma positiva y restringe la ayuda que se pudiera prestar hacia soluciones efectivas, además, hace difícil cerrar acuerdos que reduzcan la escalada de los conflictos.

La complejidad de este objeto de estudio demuestra la gran variedad de niveles y formas que pueden adoptar los conflictos en la Universidad de Antioquia; reconstruir la presencia y el desarrollo de un movimiento social como son los conflictos, es más complejo de lo que se podría pensar a primera vista.

Los conflictos complejos que se presentan en la Universidad de Antioquia son de diferentes tipologías (de intereses, de índole social, política, ideológica, etc.) y tienen múltiples raíces. El conflicto tiene que ver con los intereses concretos que las partes persiguen, con las interpretaciones de los procesos que estos hacen y ejercen de lo que está en disputa, o la inclusión de un tercero con sus intereses, o en el proceso de resolución.

Cuando los teóricos e investigadores del conflicto social hablan de sus orígenes y causas, se refieren a diversos enfoques que dan explicación a los conflictos, dependiendo de los diversos aspectos y procesos que enfatice para sus explicaciones.

El presente acápite desarrolla las diversas teorías y enfoques sobre el conflicto social (La teoría psicocultural, la teoría estructural, la concepción marxista y funcionalista del conflicto, la teoría de los vínculos cruzados, las teorías llamadas racionalistas sobre el conflicto social, y la cultura del conflicto) contrastados con los periodos conflictivos al interior de la Universidad de Antioquia.

2.1 Diversas teorías, escuelas y enfoques sobre el sobre el conflicto social y su relación con los conflictos en la Universidad de Antioquia

Ross (1995, 197-230) como investigador, hablando de la cultura del conflicto, parte de explicar dos teorías. **La teoría psicocultural y la teoría estructural**, a sabiendas de que ambas ven, cada una por su lado, fuerzas muy diferentes sobre la causa primaria de los conflictos, y recomiendan estrategias muy distintas para resolverlos con éxito.

La teoría psicocultural apunta a la necesidad de alterar las metáforas dominantes en torno a una disputa o a las interpretaciones de las partes en los conflictos. Las explicaciones psicoculturales expresan las diferencias interculturales en la conducta del conflicto y lo hacen basándose en las causas de la acción arraigadas en imágenes y percepciones del mundo externo culturalmente compartido. Estas disposiciones forman la base de un marco interpretativo que influye en cómo los individuos y los grupos entienden a los demás y cómo reaccionan ante ellos.

Turner & Merton (1957, citados en Lorenzo Cardozo 2001), se refieren a **la teoría estructural del conflicto**, como un gran número de hipótesis que explican la conducta del conflicto en términos de los intereses sociales que los grupos persiguen. La teoría socio estructural del conflicto tiene dos móviles. En primer lugar utiliza la estructura de la sociedad para determinar quien será probablemente el que inicie el conflicto y contra quien lo hace según los patrones de subsistencia de la sociedad, sus normas y autoridades. En segundo lugar, la estructura social nos brinda una explicación del desarrollo de los conflictos una vez que han comenzado.

Como parte de esta teorías (estructural y socio estructural), consideradas para algunos autores como tradicionales, explican el conflicto con respecto a las condiciones ideológicas, institucionales, o socioeconómicas, entre ellas están **el Marxismo y el Funcionalismo**.

El punto de partida de la **concepción marxista de los conflictos**, está en una interpretación de los sistemas sociales en clave conflictiva. La historia de todas las sociedades habidas hasta hoy ha sido la historia de la lucha de clases (Marx & Engels, 1985 citados en Lorenzo Cardozo 2001). En esta dirección para el marxismo

tradicional, el conflicto social y la revolución han de ser interpretados en términos de imperativo estructural con un origen fundamentalmente socio-económico.

Con respecto a **la concepción funcionalista del conflicto**, Lorenzo Cardozo (2001) plantea que tiene una percepción del conflicto social, caracterizada por su minusvaloración científica e incluso su criminalización ética. Para Parsons (1902) el orden es el fundamento del concepto de sistema social, donde toda disensión o conflicto es una traición a los intereses colectivos o, cuando menos, un serio peligro para ellos. Los conflictos para esta escuela son disfunciones, confrontaciones entre fines. Se valoran las disensiones y los conflictos como procesos de acción social, siempre que contribuyan a la estabilidad y perdurabilidad de los sistemas sociales.

Esta escuela refuerza, aunque resulte paradójico, el aparato normativo de los sistemas sociales, fortaleciendo las normas preexistentes y haciendo nacer otras nuevas que adecuan su funcionamiento a las aspiraciones de los actores sociales y readapten el sistema a los cambios de su contexto. Desarrollan la reforma de la estructura normativa por medio de la negociación y el consenso – actitudes y previsiones en cualquier caso de la radicalización de la protesta social – da estabilidad al sistema social conduciéndolo por la senda del reformismo (McAdam, 1999).

La teoría de los vínculos cruzados, resalta la fuerza y la configuración de los lazos económicos, sociales, políticos y efectivos entre miembros de una sociedad, influyendo en el origen y en la expansión de los conflictos y hacen que sea más o menos factible la resolución pacífica de los mismos (Coleman, 1957). Dice esta teoría, que los vínculos entre los miembros de la misma comunidad y entre diferentes comunidades, limitan la gravedad del conflicto y contribuyen al arreglo de la disputa a través de intereses compartidos (Levy, 1972); no hay que olvidar que la teoría de los vínculos cruzados pone énfasis en el interés y no en los sentimientos. Si bien, los vínculos cruzados pueden limitar la expansión del conflicto mismo de una comunidad o sociedad, estos vínculos pueden ocasionar una rápida y exitosa movilización contra elementos extraños al conflicto.

Otro enfoque sobre el origen de los conflictos son las **teorías llamadas racionalistas sobre el conflicto social**, que se refieren en el análisis de los conflictos a dos factores claves. La oportunidad política, es decir unas condiciones políticas que favorezcan la rebelión, entendiendo la rebelión en el sentido amplio, y el segundo factor es la llamada movilización de recursos o estructuras de movilización.

Lorenzo Cardozo (2001, 84-87) plantea cómo en este enfoque, entre oportunidad política y capacidad de movilización, existe el complejo campo en el que entran en juego el mundo de las ideas y la cultura.

La cultura del conflicto se refiere a las normas prácticas e instituciones específicas de una sociedad relacionada con la conflictividad; la cultura define lo que la gente valora y lo que le mueve a entrar en disputa; indica así mismo formas adecuadas de comportamiento en determinadas clases de controversias y configura las instituciones en las que dichas controversias son procesadas, tratadas y resueltas. Podría decir que la cultura del conflicto abarca aquello por lo que la gente lucha dentro de una sociedad, las características de los oponentes o rivales que luchan y el resultado de la contienda (cohen, 1990).

2.2 Conducta interpretativa de los conflictos al interior de la Universidad de Antioquia

Los conflictos societarios en la Universidad de Antioquia, generan un considerable número de reflexiones teóricas. En esta dirección se detecta un acusado eclecticismo, aceptando que ninguna teoría por sí sola podría explicar los periodos conflictivos al interior de ella, dada su complejidad.

En el contexto que revisten los conflictos en la Universidad de Antioquia se nota claramente la yuxtaposición de dos tendencias e imaginarios ideológicos y políticos del conflicto, (Las teorías Funcionalistas-consensualistas, y la Marxista-conflictiva), las cuales condicionan e influyen en la interpretación de los conflictos sociales al interior de la Universidad. Por un lado del status quo, del Estado de Derecho y el buen funcionamiento de sus instituciones, versus la reivindicación de la concepción marxista de las clases, de la sociedad y el Estado, que reivindica la colectivización de medios, bienes de producción y estatización de la propiedad, contraponiendo el concepto de democracia representativa, al concepto de democracia participativa y el socialismo.

Se puede observar a la luz de estas dos teorías, como el conflicto al interior de la Universidad de Antioquia ha tomado históricamente la revolución como principal referencia y ello ha condicionado notablemente la concepción del conflicto a su interior, no solo en lo intelectual, sino también en términos políticos. En tensión, por otro lado, con una concepción funcionalista del conflicto, expresado en prácticas controladoras del conflicto, predominantemente a través de la norma jurídica, logrando procesos de consensos en momentos álgidos y críticos del mismo, y el predominio de la cultura del no reconocimiento del conflicto

Podría hablarse desde un marco general, de un modelo explicativo de los conflictos al interior de la Universidad de Antioquia, producto de una síntesis entre formulaciones del marxismo y del estructural funcionalismo, basado en la existencia de una serie de tensiones o problemas estructurales (sociales, ideológicos y culturales)

a los que se le suele denominar como causas estructurales y determinadores de procesos coyunturales (casi siempre políticos e ideológico) que los agravan algunas causas coyunturales, hasta que un detonante provoca la revuelta (un acontecimiento político, amenazas, muertes, medidas académicas, etc.), con una fuerte presencia de vías de hecho, pocos episodios de negociación, distinguiendo entre aquellos factores que contribuyen a generar la situación en que se gesta el conflicto social, y los detonantes, que son los acontecimientos o procesos cortos que provocan directamente la revuelta.

La tenaz persistencia de estas explicaciones tradicionales de los conflictos en la Universidad es ciertamente curiosa, puesto que presupone despreciar todos los hallazgos teóricos que se han hecho en el campo de los movimientos sociales y en la teoría del conflicto desde los años sesenta. Si a ello le sumamos la falta de una cultura del conflicto a su interior, el no reconocimiento del mismo, la ausencia de una metodología propia del tratamiento de las disputas, se configura un cuadro de gran preocupación en la valoración de los conflictos, el cual requiere nuevas miradas, ya que el paradigma al que nos referimos resulta tradicional y de un tratamiento poco creativo, en la construcción de un tejido social más saludable al interior de la Universidad.

2.2.1. Enfoques analíticos del conflicto y los periodos conflictuales

En la anterior reflexión interpretativa nos hemos referido a algunas de las propuestas teóricas que tratan de explicar el origen de los conflictos clasificándolas en las teorías consensualistas y las teorías conflictivistas. Lo que resulta ahora de interés es analizar, cómo estas escuelas o enfoques analíticos del conflicto social, (la teoría psicocultural, la teoría estructural o socio-estructural, la de vínculos cruzados, la racionalista, la intercultural) se han expresado en la práctica interpretativa de los conflictos de la Universidad de Antioquia.

2.2.2 Las disposiciones psicoculturales y los conflictos en la Universidad

Las disposiciones psicoculturales encontradas en las sociedades conflictivas se refieren tanto al conflicto interno como al externo (Lorenzo Cardozo (2001), como sucedió al interior de la Universidad de Antioquia en el conflicto de 1987 y 2006.

En ambos períodos conflictivos (1987 y 2006) cada una de las partes del conflicto en una relación de percepción antagónica (paramilitares, guerrillas, y grupos universitarios) sufrieron cambios que fomentaron el escalamiento (Kriesberg, 1975, 191). En ambos conflictos, una vez que se inició la conducta conflictiva se activaron mecanismos (comunicados de muerte, destierros, actos terroristas y por

la otra parte movilizaciones, actos simbólicos y culturales) que incrementaron la magnitud de la conducta conflictiva. Aclarando que los contextos externos y las modalidades de conflictividad son completamente diferentes en cada uno de estos periodos, mientras que las percepciones, las acciones de los actores y partes, en cada uno de estos periodos es el mismo. (Greemberg & Mitchell, 1983)

La teoría psicocultural del conflicto evoca emociones profundas manifestadas en situaciones con un alto grado de ambigüedad y muchas veces inestructuradas, también acciones comunes (Whiting & Whiting, 1975). Las sociedades con niveles de conflictividad interna en un momento dado, están unificadas internamente y sus numerosos vínculos cruzados evitan hasta cierto punto las disputas largas y enconadas. (Lorenzo Cardozo, 2001).

Una de las partes (paramilitarismo) después de expresar hostilidad y una acción coercitiva contra la otra parte, (supuestamente estudiantes y profesores vinculados con la guerrilla); además, cuando el otro lado (la administración y los demás estamentos) responde ante la coerción, las amenazas y los daños sufridos, provocando sentimientos de lealtad y participación en la causa defendida.

En ambos conflictos, el aumento del compromiso de las partes con las metas perseguidas, justificó un incremento del esfuerzo dedicado a su alcance, pero el peso del conflicto estuvo en buena medida determinado por esos mecanismos, (comunicados de muerte, destierros, actos terroristas y por la otra parte movilizaciones, actos simbólicos y culturales) que fueron fuentes de escalamiento, y que estuvieron acompañados con frecuencia de un sentimientos de crisis, ansiedad y limitación (Lewin, 1948, Dentsch & Kraus, 1960). En ambos conflictos, la administración central de la Universidad reaccionó ante ese estrés causado por los comunicados y las muertes ocasionadas por este actor, mediante una intensa actividad, académica cultural, ritual y simbólica que cohesionó a individuos y grupos anteriormente divididos.

2.2.3 Los vínculos cruzados

Pero si los vínculos cruzados hacen disminuir la gravedad de la conflictividad interna, y afectar los intereses, también pueden envalentonar a una sociedad en el momento de enfrentarse a un enemigo externo. (Lorenzo Cardozo, 2001).

En el conflicto de 1987 y 2006, la administración y sus estamentos, basados en las consignas por el derecho a la vida, propusieron extensos lazos sociales dentro de la Universidad contra todo tipo de acción armada y actores externos con intereses violentos. No solamente los fuertes vínculos dentro del grupo, construyen la unidad facilitando con ello la acción conjunta, sino que también sugiere que estas acciones

estén asociadas a la confrontación contra los terceros “extraños” y no permitan la justificación de la agresión subsiguiente.

Lo mejor que se puede hacer en estas situaciones conflictivas es tener presente que la mayor complejidad incrementa la probabilidad de que se produzca un conflicto grave y tratar por todos los medios de protegerse de sus efectos negativos. Las situaciones de alta conflictividad raramente son constructivas y a menudo se caracterizan por una escala de las acciones hostiles que hace que la comunidad se polarice, se radicalicen los líderes y que haya poco espacio entre los extremos para que se coloque un tercero intermedio (Coleman, 1957) y son frecuentemente transformadas las percepciones y posiciones, en diferencias de principios, que hacen que cualquier compromiso al que se llegue dé la sensación de derrota. En tales circunstancias los contendientes creen que hay pocas cosas que les impiden llevar a cabo sus acciones, y recurren con facilidad a la violencia.

La estrategia de los vínculos cruzados, además de afectar a los intereses, disminuyen desde un punto de vista psicológico la intensidad del conflicto. La existencia de vínculos interpersonales o institucionales entre grupos que tienen intereses comunes, puede hacer que las pretensiones de los demás parezcan más razonables o tal vez menos amenazadoras (Hass, 1964, Mitrany, 1966). Los vínculos cruzados producen unas imágenes más matizadas y menos radicales, que facilitan la reacción a la sustancia de la demanda, evitando que los adversarios potenciales se vean mutuamente con la aureola de inhumanos. En las sociedades, como la de la Universidad de Antioquia, donde existe una presencia de grupos armados, es menester la significación afectiva que se les otorga a tales vínculos cruzados en relación al cumplimiento de las necesidades como universidad.

Si dos partes se encuentran en una relación conflictiva puede parecer que cualquiera de las dos, al perseguir sus metas tendrá que utilizar la coerción – de este modo puede inducir una de las partes a la otra a que ceda lo que no desea (Kriesberg, 1975, 135), en las relaciones conflictivas de suma cero, el caso del conflicto de 1973, 1987 y 2006, al extender la gama del tiempo y ampliar los temas en litigio, el resultado de suma cero se transforma en otro de suma variable.

En estos conflictos una de las partes utilizó la coerción y la fuerza en la búsqueda y satisfacción de sus metas (relación suma - cero y la otra gravitó en cierres temporales y ulteriores aperturas y medidas de orden judicial). Aunque muchas conductas son compatibles con las asunciones sobre la maximización del interés, también intervienen otros motivos a veces no compatibles con una limitada definición de los intereses. Finalmente, sobre este tópico se puede decir que los intereses de los estudiantes en este período, siendo fundamentalmente un producto cultural, fueron configurados por factores ideológicos. (Mansbridge, 1990)

2.2.4 Lo estructural en los conflictos

Dice Ross (1995, 228) que en una teoría estructural del conflicto se oculta la idea de que la organización de la sociedad crea intereses específicos que llegan a determinar quién es el que compete y quién es el que coopera, pero el argumento que une la organización económica y social al conflicto político puede ser elaborado de varias formas. Los marxistas se encuentran entre las generalizaciones más comunes de la ciencia social, que conceden importancia a la conexión entre la organización de la producción y la estructura del conflicto societario, cuya influencia se ha sentido en el tratamiento de los conflictos al interior de la Universidad de Antioquia, en particular la influencia del marxismo en el contexto de 1973.

Además de las características de cada parte y las relaciones entre ellas, el contexto social y los intereses que existan entre las partes en conflicto, contribuye a darles forma a sus identidades, sus quejas y sus metas (Kriesberg, 1975, 123). Para esta escuela, los intereses de individuos o del grupo, constituyen un mecanismo frecuentemente invocado como móvil de acción para la organización social, política o económica. (Harris, 1974 citado en Ross, 1995).

Esos modos estructurales de pensar prevalentes tienen una importancia que va más allá de la forma en que las partes se consideren a sí mismos, se definen una a la otra de acuerdo con las categorías que prevalecen. Por ejemplo, en el contexto del conflicto del 1973, el marxismo fue un paradigma predominante en la manera de explicar los procesos sociales, expresados en lucha de clases, en medio y en tensión con el paradigma Estado céntrico, que se desarrolló durante todo el siglo XIX y principios del XX, caracterizado por estar al centro los intereses y consolidación de las instituciones. (De Sousa Santos & García Villegas, 1998b)

Dos aspectos apoyan este punto de vista. Uno es que los intereses de los estudiantes tienen una clara asociación con la localización social del momento histórico, la influencia del marxismo y de la izquierda, donde el propio interés ideológico y político es el motivo primordial para que los individuos actúen con vistas a la obtención de los mayores beneficios. El segundo aspecto está relacionado con la posición de imaginarios, ideologías y políticas claramente diferenciados: por un lado el status del Estado de Derecho y las instituciones del régimen, por el otro, la influencia del pensamiento marxista que reivindicaba la colectivización de los bienes de producción y estatización de la propiedad.

Otra de las consideraciones de esta escuela, es que los grupos que comparten posiciones en la estructura social, poseen intereses comunes y se enfrentan a unos situados en posiciones diferentes. Subyacen similitudes en la relación de amigo-enemigo en

los actores involucrados en el conflicto del 1973 y del 2006. Los siguientes textos aportan información al respecto:

Contra todas aquellas personas que después de destruir nuestra universidad quieren hacer de ella un cuartel de batalla sin objetivo alguno y un centro de agitación totalmente ajeno a los principios que siempre han imperado en nuestra Alma Mater. Muy especialmente contra aquellos grupos que viven de la universidad y dentro del orden interno de la misma tratan de sabotear la buena marcha de la Institución al irse en forma directa y personal contra el Señor Rector!

Es así como los sectores estudiantiles en conflicto se identificaron con las posiciones de la izquierda, en tanto las directivas se adscribieron a la preservación del statu quo.

Una segunda similitud la encontramos en los conflictos de 1987 y 2006, en el referente causal de ambos. En 1987 y 2006 la confrontación armada y el asentamiento de la percepción amigo-enemigo, por medio de acciones de hecho, tuvieron su inspiración en el paramilitarismo, que actuó bajo la lógica de la “cacería de brujas” al mejor estilo de la inquisición.

En ambos conflictos (1987 y 2006) los intereses son los mismos: los paramilitares pretenden “limpiar” la Universidad, en tanto los estudiantes y directivas, bajo ópticas discursivas diferentes, reivindican el derecho a la vida. En ambos conflictos, (1987 y 2006) las formas de solución son contingentes, indeterminadas y violentas. Algunos textos significativos validan la tesis anterior:

Por primera vez en la historia de la institución, un fenómeno complejo de profundas raíces económicas, sociales y políticas, como el de la violencia, ha sacudido desde afuera su normalidad académica e institucional y ha llegado, hasta lo más íntimo del alma de todos y cada uno de los miembros de este gran conglomerado²

Lo anterior hace de la Universidad una institución vulnerable ante situaciones sociales explosivas, en donde se ponen en juego el conocimiento, su transmisión o su producción. “Las acciones violentas han sido contra el movimiento estudiantil y popular como lo demuestran tantos asesinatos, desapariciones y el cierre y militarización de la U. de A. y los liceos del bloque de Robledo”³. “Grupos de autodefensas, los cuales acrecentarán, si cabe, la inseguridad que vivimos en el país.”⁴.

1 Administración, comunicado, junio 2 de 1973

2 Administración, comunicado, agosto 25 de 1987

3 Estudiantes, comunicado, septiembre 14 de 1987

4 Profesores, comunicado, agosto 4 de 1987

Hay testimonios en la historia conflictiva de la Universidad de que los grupos conformados por ideologías tienen predisposición a utilizar la coerción y la violencia. En general la elaboración de una ideología tiende a objetivar la lucha y el adversario. Esto hace que el conflicto parezca más impersonal y, por tanto, puede imponerse al adversario una mayor militancia o sanciones más severas (Coser, 1967). Por ejemplo, en el conflicto de 1987 y 2006, se evidencian actores armados (paramilitares y guerrillas) donde la forma predominante de perseguir sus metas es a través de la coacción, la violencia y el terror.

Existen otros grupos que tienen diferencias en cuanto a su predisposición a utilizar la coerción, lo cual indica una variación en las culturas (Kriesberg, 1975, 152). La administración central recurre al grado de integración como respuesta ante la acción violenta, se refiere al grado de acción recíproca entre los miembros de diferentes grupos, (facultades, institutos, decanos, profesores, estudiantes, trabajadores) en la medida que existieron consignas comunes y complementarias: por la vida, en contra de los asesinatos y desapariciones, etc. Cuanto mayor sea la integración y coincidencia de posiciones entre los diferentes grupos, menos probable será que cualquiera de las partes utilice la coerción y la violencia contra la otra. (Dahrendorf, 1988)

Un aspecto de los teóricos del conflicto de la escuela de Harvard que llama la atención, es la necesaria identificación de los intereses para un buen tratamiento del conflicto. Debido a la ambigüedad en la identificación de los intereses, las partes no le dan sentido a cada situación, desaprovechando los conflictos.

Por ejemplo, en el conflicto de 1973 se mezclaron factores que actuaron directamente sobre el origen del conflicto, con otros que solo lo condicionaron, y se tendió a sobrevalorar el papel de las causas y a minusvalorar la propia dinámica del conflicto social al interior de la Universidad, como fue la jornada del 8 y 9 de junio, que se constituyó en el factor que generó el conflicto.

En muchos conflictos de la Universidad, ya sean entre Administración y estudiantes o de otro tipo, están implicados grupos o movimientos (sectores estudiantiles, izquierdas y paramilitares) con un largo bagaje histórico que tienen intereses acumulados a los que puede añadir otros nuevos, a medida que van cambiando las condiciones, y que incide en el tratamiento de los conflictos, ampliándose los intereses, o diluyendo los análisis. (Gulliver 1979, 234-352).

Por ejemplo, en el conflicto de 1993, se generaron por las partes, una serie de intereses que dilataron y dificultaron su tratamiento. Por parte del estudiantado, se hacía énfasis en la participación y búsqueda de reconocimientos como actor, en la reestructuración de la Universidad de Antioquia, planteando que la norma en el tratamiento de los conflictos debía consultar las necesidades del estudiantado,

ampliación de horarios y flexibilidad de la libre asistencia a clase; abogaban porque el déficit presupuestal se subsanara y proponían un mecanismo de elección democrática, tanto del Rector como de los distintos representantes al Consejo Superior.

El estamento directivo enunció sus intereses con relación a la participación de todos los estamentos en el proceso de reestructuración de la Alma Máter. Se abogaba por el mantenimiento de la normalidad académica, congelamiento de matrículas, levantamiento de la huelga de hambre, rebaja en el costo de inscripciones para los aspirantes a ingresar a la Universidad de Antioquia.

En el proceso del conflicto lograron unos elementos comunes alrededor de los intereses, los cuales se sintetizaron así: la implementación y aplicación de la Ley 30 de 1992 en la Universidad de Antioquia, la necesidad de una reforma a los estatutos de la Alma Máter orientada de manera participativa, la preocupación por la calidad académica, las relaciones de la Universidad con la sociedad y la preocupación por la violencia política y común dentro de la Universidad.

De hecho, uno de los pasos más importantes para resolver esta clase de conflictos, consistió en que las partes acordaron los asuntos que hay que descartar y los que hay que tomar en serio. Como apuntan Schattchneider (1960) y Coleman (1957) la sustancia de los conflictos, los contendientes y los objetivos cambian por el paso del tiempo. Otro aspecto a resaltar es que las sociedades que tienen fuertes vínculos cruzados desarrollan con más facilidad un poderoso y positivo sentido de grupo y de intereses comunes, que aquellas sociedades que poseen vínculos reforzantes.

2.2.5 Teorías racionalistas

Partiendo de las características generales que identifican esta escuela del conflicto, las cuales se sintetizan en dos aspectos claves, esto es, por qué se producen las rebeliones y cuándo, en qué momento concreto estallan. El primero de ellos es la oportunidad política, es decir, unas condiciones políticas que favorezcan la rebelión y movilización de recursos. Contrastando estos elementos con la interpretación de los conflictos, nos permite observar lo siguiente. (Lorenzo, 2001, 84). El comportamiento y los intereses del paramilitarismo como grupo o actor social que irrumpe en el contexto socio-político de la época del 80, se puede inscribir dentro de las teorías llamadas racionalistas que incluye dos aspectos claves: primero, porque se produce en este contexto la rebelión, se refiere a los entornos políticos represivos que tendieron a generar movimientos o actores con institucionalizaciones rigurosas, disciplinas intensas y militancias formalizadas.

Es el caso de la época del 80, de cómo la debilidad del Estado, la no negociación con la guerrilla y su escalada militar, las nuevas formas de participación ciudadana

y la expansión del narcotráfico, permeó varias esferas de la sociedad y del Estado, dio surgimiento al paramilitarismo como un actor en el panorama político colombiano, en lucha frontal contra las izquierdas y la guerrilla.

Y el segundo aspecto es la llamada movilización de recursos o estructuras de movilización, es decir, el grupo dispuso de recursos económicos y organizativos sólidos (Lorenzo Cardozo, 2001, 86). Este aspecto se nota con más claridad en el conflicto de 2006, donde encontramos un actor con formas organizativas propias a nivel nacional y en particular al interior de la Universidad de Antioquia, con unos objetivos, metas y procedimientos tácticos claros en el proceso de conquista y defensa de territorios, expresados en limitar las opciones de control social ejercida por los oponentes (las izquierdas y guerrillas); conseguir nuevos miembros que se sumen a sus objetivos programáticos, influir y orientar decisiones de las autoridades públicas, conseguir una mayor presencia al interior de diferentes espacios y territorios en el caso de la Universidad de Antioquia, oficializando su presencia como Autodefensas Unidas de Colombia bajo la sigla (AUC U.de.A.), mantener la moral y el nivel de compromiso de los militantes o participantes; aportar al movimiento rasgos de legitimidad, ética e institucionalidad, aprovechar las prácticas sociales e institucionales sancionadas por la tradición, de cara a planificar tanto la organización como el tipo de acciones colectivas a emplear.

Según estos principios teóricos, que son el marco intelectual del conflicto social visto por los racionalistas y que se constituyen en las ideas previas que se consideran poseían los participantes de este movimiento en la época del 80, época de surgimiento como organización o grupo, ya sean caracterizadas como actitudes mentales, ideológicas o la percepción general de la realidad que tuviesen, pasan a estar mediatizadas por cuatro criterios racionalistas, generados en buena medida por la propia dinámica del conflicto social (Hill 1983). Las estrategias que con una finalidad utilitaria se plantean los grupos enfrentados, las expectativas racionales que se van teniendo durante el desarrollo de la movilización y las oportunidades que ofrezcan el marco y las circunstancias político-institucionales existentes.

Las ideologías que justificaron intelectualmente esta rebelión –entiéndase este concepto de forma amplia– son principios teóricos que antes del conflicto de 1987 eran poco conocidos por la sociedad universitaria, a excepción del principio de lucha contra las izquierdas y las guerrillas que se han constituido en el motivo más importante de su aparición como grupo. Estos principios planteados en términos confusos e incluso contradictorios no fueron lo suficientemente claros en esta época, por lo que políticamente fueron inocuos, su papel “subversivo” solo fue políticamente activo cuando en el conflicto del 2006 los paramilitares desarrollaron, concretaron y radicalizaron sus objetivos, metas y procedimientos tácticos al interior de la Universidad de Antioquia,

como actitudes mentales, mentalidades colectivas o ideologías propias de un grupo social, que puede ser considerado un “nuevo actor social”.

Lo importante ahora, (Conflictos del 2006), diferente al conflicto de 1987, (donde se dio surgimiento al paramilitarismo), es que dicho conflicto social es el que induce y oficializa una determinada forma de percibir los problemas con las izquierdas y la guerrilla en clave de crítica: radicaliza posturas políticas y éticas contra ellas, señala culpables, pone de manifiesto los problemas o incluso los agrava, propicia interpretaciones maximalistas de los objetivos y en general cuestiona todo el orden vigente y su percepción social, de tal manera, casi de improviso, la gente descubre un rostro diferente del mundo que lo rodea en contra de las guerrillas.

Los grupos movilizados en esta dirección, construyen marcos interpretativos con mayor o menor grado de autonomía intelectual y son estos marcos los que actúan como referentes interpretativos de cada situación conflictiva. Esta tesis entendida de una forma simplista, conlleva a la presencia de elementos psicologizantes e irracionales presentes, (en los conflictos de 1987, y 2006) relacionados con la cantidad de muertes causadas por este grupo, dado que las expectativas sociales de estos grupos o actores se basan más que en determinados referentes positivos, en la reinterpretación mental y emotivo-vivencial, que se haga en ellos. Sin perder de vista la interacción de otros factores, que hacen que esas expectativas sean interpretadas en clave política, es decir, “que solo generan conflictos cuando existe la percepción de posibilidades de éxitos, de expectativas de triunfo ante un grupo dirigente u oponente debilitado o dividido” (Lorenzo Cardozo, 2001, 91).

2.2.6 La cultura del conflicto

La cultura del conflicto perfila lo que los actores y colectivos consideran de valor y digno de luchar por ellos; en esto se encuentran los motivos, las causas y los intereses invertidos en bienes, principios o ideologías, territorios, estatutos, autoridades, poderes; también las acciones que tengan una valiosa significación (Wildavsky, 1991). Para este análisis intercultural del conflicto, son tan importantes tanto los elementos conductuales como los preceptuales. Es decir, atiende fundamentalmente la importancia de las percepciones, posiciones y el proceso en el estudio del conflicto.

Es preciso examinar las raíces específicas de la cultura del conflicto tal como expresa la teoría cultural del conflicto. (Ross, 1995, 226) La cultura afecta a la conducta conflictiva cuando sanciona ciertos métodos para perseguir intereses de individuos o de grupos y desapruueba otros.

Culturalmente se sabe que la Universidad de Antioquia enfrenta cualquier divergencia de interés, y lo refleja a través de quema de buses y enfrentamiento con la

policía, generando una cultura de conflicto, en la manera en que los estudiantes viven y procesan sus acciones, expresadas por la vía de los hechos, actos unilaterales, paros escalonados, asambleas, mítines, movilizaciones y enfrentamientos. Se podría hablar de una cultura del conflicto en la manera como la administración vive y resuelve los conflictos con énfasis en la normatividad; como aprueba y desaprueba los procesos establecidos en los diversos estatutos.

Cada actor en esta cultura de la Universidad, como en cualquier cultura, tiene claras expectativas sobre lo que un bando o parte debe hacer cuando surgen reivindicaciones, cómo se comporta, a quién se tiene que recurrir y si es o no apropiado utilizar tal procedimiento (Ross, 1995, 232). Por ejemplo, en el conflicto de 1987, podemos identificar la redefinición de órdenes, identidades, poderes, valores, los siguientes textos significativos ratifican lo dicho:

Es imposible pretender convertir hoy en realidad el principio ideal de que la Universidad sea la garante de la vida de sus miembros y que al mismo tiempo sirva de soporte concreto y formal de la libertad que cada uno tiene para escoger sus propias opciones en otro espacio distinto del universitario⁵.

Lo anterior se relaciona con un largo proceso de transformación del orden institucional, a favor de un poder informal. Existe en la Universidad un tipo de poder estamental que ha girado en torno a distintos sectores gremiales. Hay reivindicaciones legítimas de los estamentos. Pero hay otras que en muchos casos ha trascendido su relación de afinidad con la Institución y se han colocado por encima del ser de la misma, en sus ansias, intereses e ideales. Ese vacío que se encuentra a la hora de intentar el rescate de la identidad con la Universidad, da cuenta expresa de esa situación⁶.

De acá se puede desprender que la cultura del conflicto que la Universidad tiene, está relacionado en la concepción negativa o positiva del conflicto, de reconocimiento o no, lo que una parte valora de la otra, las relaciones, las forma adecuadas de resolverlos conflictos, y el tipo de instituciones, normatividad y prácticas que ayudan a determinar el curso de las disputas sobre cuestiones de valores, principios y bienes.

Este método de análisis intercultural del conflicto, plantea además, que aunque toda sociedad o grupo tiene una cultura del conflicto que le es propia, hay ciertas formas en las que las diferencias sociales y psicoculturales de los grupos, individuos y sociedades pueden explicar dicha variedad.

Es decir, las maneras de concebir los conflictos entre estudiantes y administración son diferentes culturalmente hablando, expresada en los niveles de conciencia como

5 Administración, comunicado, Sep. 3 de 1987.

6 Administración, comunicado, Sep. 3 de 1987.

grupos o estamentos sociales, en sus percepciones, representaciones y acciones. Por ejemplo, la administración central en la defensa de sus intereses asume su rol de autoridad legítima y legalmente constituida como esfera estatal, es decir, se asumen como autoridad y directriz. El movimiento estudiantil busca posicionamiento a partir de vías de hecho, reivindica el contexto ideológico marxista en términos de apropiación mediática.

En el campo de las percepciones y posiciones, la administración central como tendencia, deslegitima toda acción o vía de hecho como subversiva, y califica el movimiento estudiantil como anacrónico en sus prácticas. El movimiento estudiantil por su parte rechaza toda posición oficial de las directivas, establece una postura basada en la relación amigo-enemigo, fundamenta sus argumentos en función a la acusación y formula juicios de responsabilidad al Estado y a las directivas, asemejando a las directivas como expresión del Estado.

En la comunicación, la administración central enuncia la exposición de motivos que determinan las decisiones, invita a los estudiantes a obrar bajo los canales regulares que establecen la Ley y el estatuto universitario. En el proceso del conflicto, la administración central se expresa básicamente alrededor de reuniones estamentarias, consejo académico y superior, resoluciones y aplicación del estatuto académico. El movimiento estudiantil se expresa en asambleas, mítines, asambleas permanentes y paros, que desencadenan un proceso de polarización.

Este análisis ofrece importantes percepciones sobre el modo en que las prácticas, las intencionalidades y sentidos de los grupos e instituciones culturales, afectan la conducta entre ambos actores y se generan conflictos al interior de la Universidad y como ellos son connaturales al carácter cultural de la Universidad.

Las diferencias culturales pueden dar razón de por qué la gente en un determinado marco siente que sus intereses se encuentran amenazados por una cierta circunstancia o factor externo o colectivo que proporciona un repertorio de acciones y un patrón de medida que puede aquilatar las acciones de otros actores (Antruch & Black, 1991, Wildevsly, 1989). En el conflicto de 1987 y del 2006 como parte de la cultura de la Universidad, nos encontramos con una gran movilización cultural de todos los sectores sociales, alrededor de la defensa por la vida y contra todo tipo de violencia, en medio de relaciones conflictivas a su interior entre los diferentes actores:

“Que los acontecimientos contra la universidad y el movimiento popular hacen imposible la normalidad académica. Que la actual problemática no solamente compromete al estudiantado, sino a todos los estamentos de la Universidad”⁷.

7 Administración, comunicado, agosto 3 de 1987.

“Crece cada día más nuestro desconcierto, se acentúa nuestro estupor y somos presas del espanto ante los hechos violentos que han venido mancillando a nuestra Universidad al tomarla como escenario de este trágico drama social”⁸. “Aunque ha afectado enormemente a la Universidad, la violencia actual afecta también a la ciudad y al país. No es un problema exclusivamente universitario, es un problema nacional y de gran envergadura”⁹.

Ver los conflictos como una conducta cultural nos ayuda a explicar el por qué de los conflictos en el escenario de la Universidad como institución estrechamente ligada a la cultura. Método de análisis complejo de los conflictos que requiere ser sistematizado e integrado con los demás enfoques y escuelas de interpretación, como guía para el tratamiento de los conflictos al interior de la Universidad de Antioquia.

2.3 Reconocimiento de los patrones de los conflictos al interior de la Universidad de Antioquia

Hablar de patrones del conflicto nos remite al concepto de “morfología”, que tiene que ver con el estudio de la forma. Término introducido por Goethe –citado por Redorta (2004, 97)–, donde analiza, bajo este concepto, estructuras homólogas desde el punto de vista funcional. Igualmente intenta establecer la operatividad que se deriva de una estructura determinada.

Se habla de “morfología de los conflictos”, Redorta (2004, 98), para referirse a la capacidad de los mismos para ser identificados por un patrón reiterativo, que distingue unos conflictos de otros; es decir, identifica unas reglas que son comunes a ciertos tipos y características de los conflictos; qué significa o supone una contribución a la teoría general de los conflictos. Lo que Redorta (2004) llama “encontrar el molde – responsable del patrón o estructura – de algunos sucesos sociales” (p. 99).

Desde este punto de vista el concepto de “patrón del conflicto”, en un sentido amplio sostiene Escudero (1977, 21), son los medios a través de los cuales se puede interpretar el mundo de los conflictos. El mismo concepto da cuenta de cierta forma de los conflictos, su “morfología”, su estructura, y cierto nivel de previsibilidad. Es lo que Redorta (2004) define “extraer las características más relevantes” (p. 107).

Aplicando el concepto de patrón de conflicto, al campo de los conflictos al interior de la Universidad de Antioquia, son las características más relevantes y comunes de los conflictos analizados, son prototipos o modelos a los que se pretende que respondan las piezas sobre las que se iniciara el reconocimiento de dichos patrones

8 Administración, comunicado, agosto 18 de 1987.

9 Administración, comunicado, septiembre 27 de 1987.

conflictuales que identifican la identidad de los conflictos propios de la Universidad. A partir de aquí, la técnica de análisis de conflictos, permitirá tomar decisiones sobre cuáles son los límites y posibilidades que permiten que algo pueda incluirse ajustado al patrón que se pretende comprender. A continuación se da cuenta de las características de los patrones de los conflictos al interior de la Universidad de Antioquia.

- El contexto es una categoría que influye en los conflictos al interior de la Universidad de Antioquia.
- Los factores ideológicos y políticos de actores externos con presencia en la vida interna de la Universidad, como parte del contexto, influyen en el tratamiento de los conflictos.
- La violencia política e ideológica al interior de la Universidad de Antioquia, ha debilitado la construcción de la misión y visión de la Universidad y la concepción positiva del conflicto, haciendo del conflicto cada vez más una relación amigo-enemigo absoluto.
- Los actores (guerrilla y paramilitarismo) con presencia en la Universidad de Antioquia, utilizan la violencia y el terror como medios para la defensa de sus intereses ideológicos y políticos, generando conflictos al interior de la universidad, no posibilitando el reconocimiento y la identidad del otro.
- Existe una gran influencia de las izquierdas y las derechas al interior de la Universidad, en particular en el tratamiento de los conflictos, que hacen que éste tienda a su escalada negativa y destructora, a través de la violencia, el terror y las amenazas
- En los actores existe la tendencia a aferrarse a determinadas posiciones y descuidar la atención a sus intereses, porque el interés mismo aparece desdibujado y equiparado con la posición.
- Se ha construido una visión negativa de los conflictos, bajo una concepción amigo-enemigo, que tiende a su agudización.
- En algunas coyunturas, donde la fuente de los conflictos obedecen fundamentalmente a la acción y defensa de intereses ideológicos y políticos de las izquierdas y las derechas, se presenta una compatibilidad de intereses entre estudiantes y administración. Esta situación posibilita en medio de la zozobra e inestabilidad de la Universidad, que ambas partes (estudiantes y administración) refuercen la comunicación, la relación y los niveles de negociación alrededor de un elemento común, la lucha contra la violencia política, construyéndose visiones positivas del conflicto y reconocimientos en medio del mismo.

- La defensa de la vida y contra todo tipo de violencias en el interior del Alma Mater, lleva a que los diferentes actos comunicativos de estudiantes y administrativos, tengan como elemento común las mismas banderas.
- En las situaciones de conflicto donde se construya una comunicación intersubjetiva y de lazos cruzados, permiten enfrentar oleadas de violencia, repercutieron en un acercamiento y reconocimiento de las partes alrededor de un interés común, favoreciendo las formas de resolución de los conflictos.
- En aquellas situaciones en donde la comunicación es unidireccional y baja en vínculos comunicativos, la conflictividad interna como externa (con un actor externo o un tercero) son más altas. Las situaciones conflictivas que poseen un recio entramado de vínculos comunicativos, dirigen más integradamente sus acciones hacia la desescalada del conflicto, mientras que si este entramado comunicativo es débil, también serán débiles las acciones para neutralizar las acciones violentas y de escalada del conflicto.
- La violencia política e ideológica, así como el tratamiento negativo de los conflictos y la concepción absoluta de amigo-enemigo que ha permeado las coyunturas, han debilitando la misión y la visión de la Universidad de Antioquia, al punto que no han permitido el reconocimiento y la identidad del otro.
- La administración central tiene una tendencia a mantener el orden, la defensa de las instituciones universitarias, el Estado de Derecho y la aplicación de la normatividad en el tratamiento y resolución de sus conflictos.
- No existe una cultura de reconocimiento del conflicto, ni una cultura de la negociación al interior de la Universidad de Antioquia.
- Se puede concluir que la Universidad no cuenta con una cultura de la negociación y menos con una metodología propia para el tratamiento de conflictos de una manera organizada y sistemática; sin embargo, si cuenta con una normatividad legal para tratar sus conflictos.
- El conflicto bajo la concepción amigo-enemigo, que conlleva el no reconocimiento del otro, afecta la misión de la Universidad de Antioquia en sus tareas sustantivas de investigación, docencia y extensión; así como en la reglamentación de sus formas de gobierno.

En este sentido es fácil deducir que la Universidad de Antioquia no cuenta con una metodología propia, integradora y compleja para el tratamiento de sus conflictos. Como parte de las propuestas de esta investigación, está el compromiso de poner a consideración unos elementos generales metodológicos y educativos que sirvan como referente o guía para el tratamiento de los conflictos a su interior; igualmente

una propuesta de un observatorio de los conflictos para el tratamiento y regulación de los mismos.

BIBLIOGRAFÍA

- COLEMAN, J. S. (1957). *Comunidad y conflicto*. Glencoe: Free Press.
- COSER, L. (1967). *Las funciones del conflicto social*. México, D.F: Fondo de Cultura Económica.
- DAHRENDORF, R. (1988). *El conflicto social moderno*. Madrid: Mondadori.
- DE SOUSA SANTOS, B. & García Villegas, M. (1998b). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia Análisis socio-jurídico Tomo I*. Bogotá: Universidad Nacional.
- ESCUADERO, L.F; *Reconocimiento de patrones*, Madrid, paraninfo, 1977.
- GULLIVER, P. H. (1979). *Disputas y negociaciones: Perspectiva cultural*. New York: Academic Press.
- HASS, E. B. (1964). *Más allá del Estado-Nación: el funcionalismo y la organización internacional*. Stanford: Stanford University Press.
- KRIESBERG, L. (1975). *Sociología de los conflictos sociales*. México: Industria Editorial.
- Lorenzo Cardozo, P. L. (2001). *Fundamentos teóricos del conflicto social*. Madrid: Siglo XXI.
- MANDELROT, B. (1996). *Los objetos fractales*. Barcelona: Luquets.
- MCADAM, D. (1999). Oportunidades políticas: orígenes terminológicos, problemas actuales y futuras líneas de investigación. En D. McAdam, J. D. McCarthy & M. N. Zald (coords.), *movimientos sociales: perspectivas comparadas: oportunidades políticas, estructuras de movilización y marcos interpretativos culturales*, Madrid: Trotta.
- MITRANY, D. (1966). *Un sistema de paz de trabajo*. Chicago: Cuadrángulo de libros.
- PARSONS, T (1902). *Hacia una teoría general de la acción* Madrid: Taurus.
- REDORTA, J. (2004). *Como analizar los conflictos: la tipología de conflictos como herramienta de mediación*. Barcelona: Piadós.
- ROSS, M. H. (1995). *La cultura del conflicto: las diferencias interculturales en la práctica de la violencia*. Barcelona: Piadós.
- SCHATTSCHEIDER, E.E. (1960). *El pueblo semi-soberano: vista realista de la democracia en América*. Hinsdale, Ill: The Dryden Press.
- WHITING, B.B. & Whiting, J.W.M. (1975). *Los niños de seis culturas: un análisis psico-cultural*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- WILDAUSKY, A. (1991). *Una teoría de la cultura de liderazgo*. En B. D. Jones. *El liderazgo y la política*. Lawrence: University Press of Kansas.



Autora: Alejandra Echeverri Jaramillo

Título: Bob Marley (rojo)

Técnica: Óleo con espátula

Dimensiones: 100 x 70

Año: 2007

EL CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS EN EL MARCO REGULATORIO ESTATAL COLOMBIANO*

* Este artículo es el resultado de una reflexión académica que realicé durante mis lecciones que sobre la materia ofrezco a los estudiantes de derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, la cual me lleva a indagar sobre el poco desarrollo o la carencia que existe en el ordenamiento jurídico colombiano respecto a la aplicación de una normatividad con carácter internacional que pretende abrirse un espacio en el marco contractual estatal colombiano y que encuentra bastante resistencia por parte de nuestros operadores jurídicos, quizás por el poco conocimiento que de la misma tienen o por el miedo que les produce lo foráneo.

Fecha de recepción: 18 de abril de 2010

Fecha de aprobación: 20 de mayo de 2010

EL CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCANCIAS EN EL MARCO REGULATORIO ESTATAL COLOMBIANO

*José Luis Marín Fuentes***

RESUMEN

Con relación al poco desarrollo que en la actualidad existe respecto a la aplicación de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos internacionales de compraventa a los contratos que sobre la materia se desarrollan en el ámbito contractual estatal colombiano, se hace necesario tratar de ofrecer una visión más abierta sobre su utilización y su aplicación dentro del marco de los contratos estatales. Este trabajo nos muestra cómo puede llevarse a cabo una contratación internacional sin que se presenten las dificultades habituales que existen en materia de contratación estatal la cual posee un régimen bastante particular respecto al papel que deben desempeñar las entidades estatales cuando de contratar con personas y compañías extranjeras se trata.

Palabras clave: Compraventa Internacional, control estatal, leyes orgánicas.

THE INTERNATIONAL CONTRACT FOR THE SALES OF GOODS, IN THE COLOMBIAN STATE LEGAL SYSTEM

ABSTRACT

This article is referred to the few development that currently exists regarding the implementation of the Vienna Convention of 1980 on international contracts for the sale of goods and that are being developed in the field Colombian state contract, it becomes necessary to attempt to provide a vision more open about their use and application within the framework of state contracts. This paper shows how we can take out an internationally negotiation without the usual difficulties that exist in hiring state which has a very particular regime regarding the role to be played when state entities are due to negotiate with people or companies from abroad.

Keywords: International sale, state control, organics laws.

** Abogado y Profesor de derecho internacional privado y contratos internacionales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. Especialista y Magíster en derecho internacional privado y contractual internacional. Correo electrónico: jlmarin@derecho.udea.edu.co

EL CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS EN EL MARCO REGULATORIO ESTATAL COLOMBIANO

I. INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de contratos estatales, casi que inmediatamente se hace referencia al poder especial de que goza el Estado respecto de la contratación, pues siempre se ha considerado que un contrato de estas características está impregnado por cierta ritualidad e imperatividad que hace que las contrapartes le tengan algún temor o reverencia cuando de asumir sus obligaciones se trata. En materia contractual internacional las cosas tienden a cambiar un poco ya que la posición del Estado no es tan prominente y, por el contrario, se coloca en un nivel muy similar al de su contraparte, equilibrándose tanto el poder de negociación, como la aplicación de normas que son muy inquisitivas en cuanto a la ecuación contractual se refiere.

Abordando el tema de una manera más directa, se puede apreciar que en Colombia la contratación estatal se halla dividida en dos partes; una de ellas la podemos denominar la contratación estatal nacional, esto es, para ser desarrollada dentro de los límites de la República y otra la contratación estatal internacional, la cual traspasa sus fronteras y se puede someter a diferentes ordenamientos jurídicos.

Los contratos estatales o administrativos que se desarrollan a nivel nacional tienen como característica principal que son básicamente contratos de adhesión, ello porque su contenido ha sido definido previamente por el ente estatal y además porque contienen los llamados, en derecho administrativo, términos de referencia, los cuales, al entablarse una relación contractual dejan un margen de negociación muy estrecho a una de las partes. De la misma forma se sabe que esta clase de contratos tienen como uno de los pilares fundamentales las denominadas cláusulas

las exorbitantes¹ –*actus juri imperii*– las cuales le ofrecen a la entidad estatal una posición privilegiada² frente a sus contrapartes.

Tomando elementos de la noción anterior, se puede definir al contrato estatal internacional como aquel compromiso que ha sido establecido entre un ente estatal y una persona jurídica o natural extranjera para realizar, en nuestro caso particular, actos de comercio que atienden las reglas de los mercados en cuanto a precio, calidad y forma³ y que se basan en una determinada actividad de la cual nacerán tanto derechos como obligaciones para ambas partes; este contrato tendrá como cualidad esencial el que puede ser regulado por un derecho diferente al nacional.

Con estos elementos y en referencia al tema del contrato estatal internacional, podemos observar que en los últimos tiempos ha existido en Colombia cierta confusión relacionada con la regulación que debe tener una figura tan específica como lo es la de los contratos internacionales de compraventa de mercancías, realizados éstos por parte de una dependencia estatal y su contratista extranjera.

Por otro lado y si bien no se toma como la definición más apropiada, al analizar el ordenamiento jurídico colombiano podemos darnos cuenta que se aplica tanto a la regulación, como al área de los contratos realizados por los entes estatales o pertenecientes en cualquier grado a la Administración, en especial, el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública el cual se halla especialmente contenido en la Ley 80 de 1993 que en los últimos años ha sido complementada por algunas disposiciones⁴, siendo el cambio más sustancial el introducido por la Ley 1150 del 2007.

No obstante lo anterior, la contratación por parte de la Administración también se halla sometida a normas de carácter constitucional, en especial el artículo 209 que establece: la función contractual estatal “*estará al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...*”; este artículo define

1 La entidades estatales al celebrar un contrato: pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales..., numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

2 El Estado puede ser concebido como el órgano de poder social en algún territorio, sobre determinada población, en un tiempo definido, poder que se sitúa por encima de la vida social. Característica importante del Estado es que resume el interés general de la sociedad que domina sin confundirse con ella ni con los múltiples intereses privados que la integran. GARCÍA CASTILLO, Tonatiuh, El contrato de Estado Internacional. México D.F.: Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM. 2008. p. 269.

3 Ibidem p. 274.

4 Entre otros se encuentran el Decreto 777 de 1992, Ley 87 de 1993, Decreto 679 de 1994, Decreto 855 de 1994, Decreto 287 de 1996, Decreto 626 de 2001, Decreto 280 de 2002, Decreto 327 de 2002, Decreto 941 de 2002, Decreto 2170 de 2002, Decreto 2166 de 2004.

básicamente el marco general o deontológico en donde se debe ubicar la regulación de aquellas actuaciones jurídicas que comprometen a los entes estatales en una actividad contractual.

En materia de contratos internacionales de compraventa de mercancías, es la Ley 518 de 1999 la que se encarga de regular toda la actividad contractual que de allí se derive, siendo una ley que tiene como característica esencial el ser especializada y ratificatoria de un tratado o convenio internacional, para el caso, la Convención de Viena de 1980 sobre la Venta Internacional de Mercancías⁵.

En cuanto al tipo de regulación que queremos estudiar, vemos que nos encontramos frente a varias normas que en un determinado evento se pueden presentar como competentes para manejar esta clase de contratos; de ahí que sea necesario definir con claridad cuál de todas ellas será la indicada o si, por el contrario, éstas en su conjunto o parte de las mismas, pueden servir como un cuerpo estructurado que maneje de una forma coherente la regulación de la materia. Será preciso pues entrar en el análisis individualizado de cada una de esas normativas para determinar cuál es el verdadero marco regulatorio de los contratos estatales de compraventa internacional de mercancías en el contexto de la contratación oficial colombiana, en adelante contratos CECVIM.

II. POSICIÓN JURÍDICA

En relación al lugar que deben ocupar las normas en un ordenamiento jurídico, podemos abordar la Ley 518 de 1999 y ver si ésta puede presentar algún problema referente a su ubicación dentro del sistema legal colombiano; ello por cuanto su especificidad proviene de la ratificación de una normatividad internacional, lo que en algunas ocasiones le puede dar un papel predominante sobre otras leyes que conforman el conjunto normativo colombiano. Al efecto tenemos que si bien la Ley 518 de 1999 ratifica y pone en marcha la aplicación en Colombia de la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercancías⁶, la misma no alcanza

5 MARÍN FUENTES, José Luis, *Compraventa Internacional de Mercancías*, Medellín: Editorial Señal Editora. 2006. p. 14.

6 La Sentencia C-582/99 de la Corte Constitucional señala que: “*No todos los tratados y convenios internacionales hacen parte del bloque de constitucionalidad, pues tal y como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha señalado en varias oportunidades, “los tratados internacionales, por el sólo hecho de serlo, no forman parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, no ostentan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias”. En efecto, la Corte ha señalado que, salvo remisión expresa de normas superiores, sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos (i) y, que prohíben su limitación en estados de excepción (ii). Es por ello, que integran el bloque de constitucionalidad, entre otros, los tratados del derecho internacional humanitario, tales como los Convenios de Ginebra, los Protocolos I y II y ciertas normas del Pacto de San José de Costa Rica”.*

la categoría necesaria para integrar el denominado bloque de constitucionalidad⁷ que se le exige a algunas normas para que puedan tener posición preferente sobre las demás normas o leyes que son aplicables en el ordenamiento jurídico nacional; ello porque en Colombia, para que las normas ratificatorias de tratados o convenciones internacionales ocupen un lugar de privilegio frente a las demás normas, así deberá quedar establecido durante el proceso de ratificación del tratado, esto es, durante la creación de la ley respectiva por parte del legislativo o puede ser el caso que el tratado o la convención se adscriba básicamente al tema de los derechos humanos, en cuyo evento entrarían a hacer parte de esa línea constitucional⁸ que le brinda una “supremacía” sobre otras leyes que regulen la materia o que se asemejen a la misma. Igualmente y de acuerdo al trámite legislativo dado a la ratificación de la Convención⁹ anotada, se puede evidenciar que la misma fue tratada como una

7 La Sentencia C-582/99 de la Corte Constitucional nos brinda una definición sobre el tema. Para el efecto señala: “El control constitucional de una ley deberá verificarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también a partir de su comparación con otras disposiciones con carácter “supra legal” que tienen relevancia constitucional. En otras palabras, el conjunto de normas que se utilizan como parámetro para analizar la validez constitucional de las leyes integra el denominado bloque de Constitucionalidad. Por consiguiente, existen ocasiones en las cuales las normas que, por su naturaleza, se convierten en parámetros para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de una ley, pueden integrar el bloque de constitucionalidad. Todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad son parámetros de legitimidad constitucional, pero no por ello gozan de idéntica jerarquía normativa. Así pues, no todos los contenidos normativos que son parámetros de constitucionalidad, deben ser modificados de acuerdo con el procedimiento previsto para la reforma constitucional, pues el proceso de cambio normativo varía según la naturaleza de cada disposición. Pero, todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad son parámetros necesarios e indispensables para el proceso de creación de la ley”.

8 El artículo 4° señala que la Constitución es norma de normas.

9 “Dicho de otro modo, no pueden considerarse parámetros de control constitucional los acuerdos, tratados o convenios de carácter económico, pues no existe disposición constitucional expresa que los incluya, ni son de aquellos que el artículo 93 de la Carta otorga un plus, ni son normas que la Carta disponga una supra legalidad. Existen razones procesales y prácticas del control constitucional que justifican esa decisión. En primer lugar, los acuerdos comerciales, en esencia, traducen objetivos y políticas gubernamentales, los cuales están sometidos a la reciprocidad de los Estados y a las necesidades económicas coyunturales, lo cual impediría un control definitivo de la constitucionalidad de una disposición legal. Igualmente, no es razonable que la Corte excluya definitivamente una disposición que deba compararse con una norma cuya vigencia puede ser temporal, pues tal y como esta Corporación ya lo dijo “mal podría entonces la Corte excluir en forma permanente del ordenamiento una ley por violar un tratado cuya aplicabilidad está sujeta a contingencias”. De otro lado, aceptar la tesis de los actores, imposibilita el control constitucional, pues le correspondería a la Corte revisar las disposiciones impugnadas con todo el universo jurídico-comercial. Finalmente, la inclusión al bloque de constitucionalidad del acuerdo comercial que se estudia, también desconocería la fuerza normativa de la Carta y la naturaleza del control constitucional, pues la Corte estaría obligada a confrontar dos normas de la misma jerarquía (ley que aprueba el acuerdo comercial y la que se considera infringida).

En tercer término, en virtud del principio *Pacta sunt servanda*, que encuentra amplio sustento en la Carta (CP art. 9°), como ya se ha visto, es deber de los operadores jurídicos aplicar las normas internas distintas de la Constitución de manera que armonicen lo más posible con los compromisos internacionales suscritos que tiene el país.” Sentencia C-582/99 Corte Constitucional.

ley ordinaria¹⁰, lo cual la excluye de la escala normativa prevista para el bloque de constitucionalidad¹¹. El análisis anterior se realizó con el fin de ver si dicha ley podía encontrarse dentro de un lugar que le diera preeminencia sobre otras leyes¹² que tratan el tema relativo a la contratación estatal internacional en materia de compraventa de mercancías.

Tenemos pues que para el efecto, se puede afirmar que si bien la Ley 518 de 1999 es una norma de tipo ordinaria, la misma posee como característica primordial el manejar una materia específica dentro del área de la contratación estatal internacional como lo son los contratos de compraventa internacional de mercancías. Por ello, si esta descripción se hace respecto a las otras normas estudiadas, es decir, la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, es en este sentido que podríamos examinar si dentro de las tres normas en cuestión se puede abrir paso el principio del *specialia generalibus derogant*, –La ley especial deroga a la Ley general– y si éste podrá ser aplicable al interior de las mismas.

Dentro del sistema de graduación legal que posee el ordenamiento jurídico colombiano encontramos que en el mismo coexisten un sinnúmero de normas, a las cuales se les ha concedido una escala valorativa que hace que algunas de ellas tengan

10 La Sentencia C-529/2000 señala en su parte introductoria que: “1.2. *Remisión de la ley aprobatoria y del Convenio por parte del Gobierno Nacional.*

La Ley 518 del 4 de agosto de 1999, por medio de la cual se aprueba la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos Internacionales de Compraventa de Mercaderías, acordada en Viena el 11 de abril de 1980, fue remitida a esta Corporación por el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, el día 6 de agosto de 1999, es decir, dentro del término de los seis días que prevé el numeral 10° del artículo 241 de la Constitución Política, por cuanto la ley fue sancionada el día 4 de agosto de 1999.

1.3. Trámite en el Congreso de la República.

El proyecto de ley se presentó ante el Senado de la República y se le dio el trámite de una ley ordinaria, en virtud de que la Constitución no establece un procedimiento especial para la expedición de leyes aprobatorias de Convenios Internacionales”.

11 “En principio, integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas y, (v) las leyes estatutarias. Por lo tanto, si una ley contradice lo dispuesto en cualquiera de las normas que integran el bloque de constitucionalidad la Corte Constitucional deberá retirarla del ordenamiento jurídico, por lo que, en principio, los actores tienen entonces razón en indicar que la inexequibilidad de una disposición legal no sólo se origina en la incompatibilidad de aquella con normas contenidas formalmente en la Constitución. Sentencia C-582/99 de la Corte Constitucional.

12 “Es posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. El primero: *stricto sensu*, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario. De otro lado, la noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que “tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias”, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional”. *Ibidem*.

preponderancia sobre las otras; todo esto de acuerdo al nivel de valores sociales que se pretenden proteger mediante la emisión de dichos preceptos jurídicos o legales. Para el efecto encontramos pues que en la jerarquía normativa nacional existen tanto leyes constitucionales, como tratados internacionales que versan sobre el tema de la protección de los derechos humanos, así como leyes orgánicas¹³ en su función normativa¹⁴, las leyes estatutarias¹⁵ y para el efecto del presente trabajo, las leyes ordinarias que podrían ubicarse en último lugar.

- 13 El artículo 151 de la Constitución Política señala: “El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara”.
- 14 “Desde luego una ley orgánica es de naturaleza jerárquica superior a las demás leyes que versen sobre el mismo contenido material, ya que éstas deben ajustarse a lo que organiza aquella. Pero, propiamente hablando, la ley orgánica no tiene el rango de norma constitucional, porque no está constituyendo sino organizando lo ya constituido por la norma de normas, que es, únicamente, el Estatuto Fundamental. La ley orgánica no es el primer fundamento jurídico, sino una pauta a seguir en determinadas materias preestablecidas, no por ella misma, sino por la Constitución. Así, la norma constitucional es creadora de situaciones jurídicas, sin tener carácter aplicativo sin ninguna juridicidad anterior, al paso que la ley orgánica sí aplica una norma superior -la constitucional- y crea, a la vez, condiciones a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa; ahora bien, la ley orgánica ocupa tanto desde el punto de vista material, como del formal un nivel superior respecto de las leyes que traten de la misma materia; es así como la Carta misma estatuye que el ejercicio de la actividad legislativa estará sujeto a lo establecido por las leyes orgánicas (art. 151).” (sentencia C-337 de 1993, M.P., doctor Vladimiro Naranjo Mesa) (se subraya)
- b) La consecuencia del rango especial de esta clase de leyes, se refleja en que pueden condicionar la expedición de otras leyes al cumplimiento de sus procedimientos y principios.
- c) Este mismo criterio se repitió en la sentencia C-423 de 1995, y se puso de presente que las leyes orgánicas son verdaderos límites procedimentales para el ejercicio del legislador. En lo pertinente dice la providencia: “Las leyes orgánicas se constituyen en reglamentos que establecen límites procedimentales, para el ejercicio de la actividad legislativa, en el caso de las leyes ordinarias en general y en el de ciertas y determinadas leyes en especial; son normas de autoreferencia para quienes tienen la facultad de expedirlas y posteriormente desarrollar la materia de la cual tratan, a través de leyes ordinarias. Son normas intermedias entre las disposiciones del ordenamiento superior y las normas que desarrollan la materia que ellas regulan; sin embargo, ellas no se “incorporan al bloque de constitucionalidad”, como lo afirma en su concepto el Director Nacional de Planeación, sino en los precisos casos en los que la misma Constitución lo disponga como requisito de trámite de las leyes.”. Sentencia C-432 de 2000 Corte Constitucional.
- 15 “De la Constitución no resulta la identidad entre todo “estatuto” y las leyes estatutarias, pues mientras el primer concepto es genérico y aplicable al conjunto normativo referente a una materia cualquiera, integrado por normas constitucionales, legales o de otro nivel, agrupadas o dispersas, las leyes estatutarias se caracterizan precisamente por estar destinadas, por la propia Constitución, a regular determinadas materias cuya enunciación, es taxativa. Al paso que el nivel jerárquico de las leyes estatutarias es superior al de las demás leyes en el ámbito del asunto que regulan, un estatuto sobre determinada materia respecto de la cual el legislador ha resuelto disponer es, en principio, ley ordinaria y tan sólo de manera excepcional podría adquirir el carácter de estatutaria. La sola utilización de la palabra “estatuto”, para distinguir un conjunto de normas, no puede conducir a la conclusión de que se está en presencia de una ley estatutaria o de algo que debiera tramitarse como tal. Sentencia C-633/96 Corte Constitucional.

Pasando a su análisis, podemos establecer que una ley de tipo orgánica puede ser tenida como aquél precepto legal que en cuanto al contenido material del mismo se presenta como una norma de naturaleza jerárquica superior¹⁶ a las demás leyes, en este caso, con una escala menor al de las normas de tipo constitucional y que generalmente se destina a regular materias relacionadas con el funcionamiento de los órganos estatales.

Con relación a las leyes estatutarias hay que tener en cuenta que si bien puede existir una aparente similitud con la palabra estatuto, entre éstas existen diferencias que hacen que cada una de ellas tenga una posición diferente dentro de la jerarquía normativa colombiana. Un estatuto puede entenderse como un concepto legal de carácter genérico el cual es aplicable al conjunto normativo al que se refiere el mismo, o bien sea a una materia determinada y que se encuentra integrada por normas tanto de tipo constitucional como legal agrupadas o dispersas¹⁷.

En cuanto a una ley estatutaria, ésta se puede definir como aquella clase de normas que se caracteriza precisamente por estar destinadas, por la propia Constitución¹⁸, a regular determinadas materias y de cuya enunciación se puede entender que serán taxativas. Igualmente hay que decir que el nivel jerárquico de esta ley será establecido por mandato constitucional, y que será superior al de aquellas que regulan una misma materia a la cual se pretenda aplicar.

Para el caso en estudio, tenemos que la Ley 80 de 1993 se presenta como el “Estatuto General de la Contratación”, sin embargo, hay que anotar que se trata de una norma con carácter ordinario¹⁹, esto es, similar al de las otras normas que se están estudiando en el presente trabajo²⁰ y en ningún caso, una norma de la cual se pueda deducir que tenga prevalencia sobre las otras por el simple hecho de presentarse como estatuto.

En efecto, y de acuerdo a lo anterior, se podrá señalar que las normas que regulan el contrato estatal de compraventa internacional de mercancías en Colombia

16 Sentencia C-337 de 1993 de la Corte Constitucional.

17 Sentencia C-432 de 2000 de la Corte Constitucional. Expediente D-1342.

18 Artículo 152.

19 “En lo que atañe a las normas sobre contratación administrativa, su naturaleza no tiene un rango superior al de las otras leyes de la República, pues de tales preceptos no depende la expedición de otros ni mediante ellos se rige una actividad a la que deba entenderse subordinada la función legislativa ordinaria. Se trata de contemplar normas especiales para la contratación que tiene lugar entre el Estado y los particulares, por oposición a la que se desarrolla con arreglo a las leyes civiles y mercantiles únicamente entre personas privadas, luego no existe motivo alguno para que, únicamente en consideración a los sujetos que intervienen como partes en una y otra clase de contratos, las reglas aplicables pudieran tener jerarquía normativa diferente”. Sentencia C-432 del 2000.

20 Ley 518 de 1999 y 1150 de 2007.

se hallan todas en un mismo nivel jerárquico; sin embargo, habrá que recurrir al principio antes enunciado, esto es, el *specialia generalibus derogant*, para poder definir con una mayor certeza cuál de las normas en cuestión tiene una aplicación preferente frente a las demás o si se puede hacer una especie de *colage* normativo y definir en un solo cuerpo, las normas que son válidamente aplicables. Para ello en el trascurso del presente trabajo se confrontarán sucintamente las reglas más relevantes de cada cuerpo normativo y se presentarán aquellas que encajan mejor en el ámbito de la contratación estatal internacional.

III. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL INTERNACIONAL – CECVIM

En materia contractual siempre aparece una serie de normas o elementos deontológicos que identifican valores a los cuales deben adscribirse las actuaciones de las partes en una relación contractual. Así, pues, cumplen dichos valores unas funciones definidas entre las que se encuentra la de servir de fundamento en cuanto a la interpretación que se le debe dar a todo el contenido normativo, esto es, son útiles para su comprensión, ejecución y observancia²¹.

En este sentido, tanto la Ley 518 de 1999²², como la Ley 80 de 1993²³ y la Ley 1150 de 2007²⁴, establecen una serie de principios los cuales entran a dirigir la actuación de los actores, esto es, la del representante de la parte estatal²⁵, así como la del particular que participan en relaciones comerciales internacionales. Estos principios se hallan enmarcados dentro de principios generales tanto del derecho nacional como el internacional y pueden ser los de la buena fe tanto contractual como precontractual, la transparencia, la economía y la celeridad entre otros.

21 VALENCIA RESTREPO, Hernán, Nomoárquica, principalística jurídica o los Principios Generales del derecho, Segunda edición, Bogotá: Editorial Témis, 1999, página 62.

22 Artículos 7, 8 y 9.

23 Artículo 23,24, 25, 26.

24 Artículo 13.

25 El artículo 3º de la Ley 80 de 1993, señala que: “*los servidores públicos tendrán consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines*”. En este caso se aprecia que una de las partes en el contrato internacional de compraventa de mercancías necesariamente será un delegado o representante de una entidad estatal que, no actuará como persona simple o natural, como si puede suceder con la contraparte internacional; adicionalmente, sobre la primera de las partes recae la carga de comportarse de acuerdo a un reglamento previamente establecido, debiendo observarlo plenamente so pena de someterse a las sanciones que establece el mismo respecto a su desconocimiento.

IV. INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL INTERNACIONAL – CECVIM

En este punto nos encontramos con una gran dificultad y es aquella que se presenta con relación a la interpretación que se le debe dar a un contrato CECVIM, ello debido a que las tres leyes que se están analizando en el presente trabajo prevén cada una una orientación en cuanto a la interpretación legal que se le debe dar al contrato en sí mismo. Por eso será necesario analizar cada una de las normativas con el fin de establecer cual de ellas tiene prevalencia o si todas se pueden complementar; al efecto tenemos:

Artículo 7º Ley 518 de 1999. “1) *En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.* 2) *Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella, se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado*”.

Artículo 28. Ley 80 de 1993. “*En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrán en consideración los fines y los principios de que trata esta ley²⁶, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos*”.

Con base en lo expuesto se puede deducir que será lo definido en el artículo 7º de la Ley 518 de 1999 lo que se presente como más competente para las cuestiones de interpretación contractual, ello debido no sólo a su especialidad, sino a que el contenido del artículo 28 de la Ley 80 del 93 encaja dentro de los postulados de aquél artículo. Igualmente y en razón a la particularidad que presentan los CECVIM, quien más que la misma normativa en su conjunto para definir las prestaciones que con ocasión de este contrato se deban realizar. Se busca, pues, que la interpretación de tales contratos se haga a la luz de las normas convencionales ya que éstas tienen como característica el pertenecer a una sistema normativo neutro, es decir, sin influencia estatal, lo que hace que su aplicación sea estandarizada sin importar el lugar donde ella se dé.

26 Subrayas fuera del texto.

V. ELEMENTOS DEL CONTRATO CECVIM

1. Oferta

Para los efectos de este escrito, podemos ver que una oferta puede describirse como aquel acto jurídico de una persona tanto jurídica como natural mediante el cual esta hace una invitación a contratar, dirigida según el caso a personas determinadas o indeterminadas y, donde se hace mención del objeto y las condiciones de la misma. La Ley 518 de 1999, como ley principal aplicable a los contratos CECVIM, aborda, en los artículos 14 y siguientes, lo referente a la oferta²⁷.

De otro lado, y si bien el contrato estatal en su generalidad es regulado por la Ley 80 de 1993 complementada por otras normas, podemos observar que respecto al tema de la oferta en materia comercial la misma Ley 80 no es bien clara ya que según lo establecido en sus artículos 30 y 31 se puede apreciar que con relación al caso de la oferta, dichos artículos se dirigen básicamente a seleccionar, no la mercancía como tal, sino el proveedor de las mismas quien deberá cumplir con unos requisitos específicos.

Entonces, en este caso la selección del contratista se colocaría dentro de una etapa pre-contractual toda vez que la naturaleza del contrato es esencialmente la del suministro de unos productos sin importar la calidad de quien los provea; esta selección será pues sólo relevante para efectos de evitar litigios jurídicos posteriores en cuanto a la calidad o experiencia que tenga el mismo proveedor en el campo de la venta y la entrega de los productos.

2. Capacidad contractual

En relación con el tema de la capacidad contractual el artículo 6° de la Ley 80 de 1993 señala que “*pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes*”. De acuerdo a esta definición se puede determinar que dicha normativa aborda de una forma tangencial la cuestión de la capacidad jurídica de los contratantes tomada esta como un elemento de validez del contrato, dejando su regulación en manos del derecho nacional que sea aplicable a dicha capacidad; esta norma, que para el caso se presenta como una norma de derecho internacional privado, no resuelve la cuestión directamente sino que señala otra norma que será aplicable al evento,

27 La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es necesariamente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

precepto este de por sí indeterminado, toda vez que la nacionalidad de una de las partes es incierta y sólo se puede conocer al momento de celebrarse el contrato.

De ahí pues que se observe que esta Ley, al igual que el artículo 4²⁸ de la Ley 518 de 1999, no resuelven directamente lo relativo a la capacidad contractual de las personas y, por el contrario, lo dejan en manos de otras normas de carácter nacional que serán determinadas una vez se conozca la nacionalidad de la persona extranjera que es parte en un contrato de carácter estatal.

Desde otra posición y en una forma por decir indirecta, el artículo 8° de la Ley 80, señala unas causales de incapacidad que pueden ser aplicables a las partes en el contrato. Algunos de los apartes del mencionado artículo no son aplicables a los contratos CECVIM, ya que de dar aplicación a los mismos se estaría violando el principio de legalidad, ello porque dicha regulación²⁹ se presentaría como de alcance extra-territorial, esto es, para generar efectos en un espacio jurídico externo al colombiano, en este caso tendría aplicación el principio: *–leges non obligant extra territorium– Las leyes no obligan por fuera del territorio del Estado donde fueron creadas.*

Bajo esta perspectiva será el derecho nacional aplicable al caso *–lex loci celebrationis–* la ley del lugar de celebración del contrato, el que se encargue de regular lo relativo a la capacidad contractual de las partes, así como de las inhabilidades que aparezcan en las diferentes etapas contractuales; al efecto serán de aplicación en forma subsidiaria los artículos 9,10 y 11 de La ley 80 de 1993.

VI. DERECHO APLICABLE

Una cuestión muy importante en los contratos CECVIM es aquella que hace referencia al derecho aplicable a los mismos. En el espectro jurídico colombiano aparece que a primera vista será la Ley 80 de 1993 la que se presenta como idónea para regular estos contratos por el hecho de tener el calificativo de estatales; la misma, en su artículo 13, señala expresamente que: *“Los contratos que celebren las entidades estatales a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto se regi-*

28 La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador, dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne en particular: a) La validez de contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones ni tampoco a la de cualquier uso; a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercancías vendidas.

29 Véase el numeral 1, literal f, numeral 2 literal a y d del artículo 8°.

rán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes³⁰, salvo en las materias particularmente reguladas por esta ley.

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera”.

Sin embargo, analizando el enunciado precedente y con el fin de determinar el derecho aplicable a este tipo de contrato, es decir, el CECVIM, se puede apreciar que se está haciendo una remisión directa a la Ley 518 de 1999 para que lo regule; la regulación prevista por esta ley será básicamente en lo concerniente a etapa de formación y lo que es relativo a las obligaciones de las partes. Este encargo “indirecto” se puede explicar en el hecho de que tales contratos tienen unas particularidades que hacen que sea la Ley 518 la más apropiada para regularlos; en consecuencia y como se anotó anteriormente, se puede tomar esta Ley como la principal y las otras dos leyes³¹ como las que se encarguen de complementar aquello que no se encuentra expresamente regulado en esta normativa.

En la misma línea y en cuanto al inciso segundo y tercero del artículo 13 antes citado, hay que tener presente que éstos, al igual que el artículo 869 del Código de Comercio³², regulan lo relativo a la ejecución del contrato, en especial cuando se trata de la ubicación espacial³³ de las partes; por eso es importante señalar que si el ente estatal es el comprador, será el derecho colombiano³⁴ el aplicable; en el caso contrario, si el ente estatal es el vendedor será el derecho extranjero el competente para conocer de la ejecución, ello si las partes así lo deciden en el contrato. De otro lado, no debe olvidarse que si el derecho extranjero que regula las compraventas internacionales de mercancías es la Convención de Viena sobre la materia, entonces el derecho aplicable será aquél sin importar el foro donde se discuta la ejecución. Lo anterior debe tenerse en cuenta ya que en ningún momento

30 Subrayas fuera del texto.

31 Ley 80 de 1993 y Ley 1150 del 2007.

32 La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana.

33 Si dos Estados son parte en la Convención de Viena sobre la venta internacional de mercancías de 1980, el derecho aplicable a la materia será la Convención, así la ley de un Estado remita a la ley del otro, en cuyo caso podría aplicar su propia ley por haber similitud en ambas, esto es, las normas convencionales.

34 Que sea declarado aplicable al contrario, y esto como se está analizando, puede ser un conjunto de leyes entre las que se encuentran la Ley 518 de 1999, la Ley 80 de 1993, la Ley 1170 de 2007 y las normas del Código de Comercio.

el derecho administrativo colombiano puede pretender que sus normas tengan un alcance extraterritorial – *leges non obligant extra territorium*–.

VII. FORMA DEL CONTRATO

Dentro de su generalidad, se ha tenido siempre presente que la voluntad contractual deberá ser plasmada o expresada en algún medio que después pueda servir como elemento valorativo y probatorio del mismo; por ello, si bien un contrato puede revestir diferentes formas tales como la oral, la escrita o la de un comportamiento tácito o expreso, se ha sugerido que por cuestiones metodológicas estos sean plasmados en medios de los cuales se pueda dar fe posteriormente.

En materia contractual estatal colombiana, el artículo 39 de la Ley 80 indica que: *“Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen una mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad”*.

Al efecto, podemos apreciar que el postulado anterior aparece como una norma de imperativo cumplimiento, o quizás como un elemento esencial del contrato estatal, pero no debe olvidarse que ha quedado establecido que el derecho aplicable a un contrato CECVIM será la Ley 518 de 1999 la cual viene a delimitar esta imperatividad al establecer que no es necesario que esta clase de contratos se realice por medio de un escrito toda vez que su artículo 11 señala que *“el contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos”*. Por ello estimamos que la contradicción que se presenta entre ambas normas deberá ser resuelta a favor de la norma más especializada, que para el caso será el artículo 11 de la Ley 518 de 1999, toda vez que en el proceso de ratificación y adhesión a la Convención de Viena sobre la venta internacional de mercancías, Colombia no hizo ninguna reserva con relación a los artículos 12 y 96 de la misma.

VIII. CONTENIDO

Respecto al contenido que debe establecerse para los contratos de CECVIM, éste se puede representar en una serie de cláusulas o términos que definen las contraprestaciones que emanan del mismo, esto es, los deberes y obligaciones que deben respetar las partes entre sí.

Para poder adaptarse a los lineamientos que marcan la contratación estatal, el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 ha señalado que: *“Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.....”*.

Es de esta forma, esto es, remitiendo a unas normas diferentes, como la Ley en mención aborda la regulación del contenido de unos contratos específicos como lo son los contratos CECVIM. Por ello será la Ley 518 de 1999, la cual, para el caso, se presenta como más competente y la que establece los parámetros en los cuales las partes deben definir el contenido de la obligación contractual, en este caso lo enunciado por su artículo 6°.

IX. PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

Perfeccionar un contrato es básicamente cerrar una serie de actos o negociaciones anteriores en los que se definió esencialmente el objeto del mismo, así como el precio, su forma de pago y el lugar para la realización de las prestaciones, en nuestro caso, la entrega de las mercancías. En relación a esta definición, veamos qué establecen las normas que regulan los contratos CECVIM en Colombia.

Para el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, *“Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve por escrito.*

Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las apropiaciones presupuestales correspondientes...

Los contratos estatales son intuitu personae y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante”.

A su vez el artículo 23 de la Ley 518 señala que: *“El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención”*.

Como se puede observar, existe una especie de contradicción entre las dos normas que se presentan como competentes para conocer sobre esta parte del desarrollo de un contrato como el anotado. En efecto, la Ley 518 crea todo un esquema en el cual debe encajar el posterior perfeccionamiento de los contratos CECVIM; para ello, la Parte II que desarrolla lo relativo a la formación del contrato muestra en un espacio de no menos de 10 artículos, los pormenores que implica dicho perfec-

cionamiento. Por eso será necesario que en este caso se dé aplicación preferente a esta normativa, toda vez que al someter ambas leyes al principio del *specialia generalibus derogat* se estaría adaptando el contrato a la norma más adecuada y especializada a su funcionamiento

X. NULIDAD CONTRACTUAL

A manera de síntesis se puede apreciar que en materia de contratos CECVIM, la nulidad contractual puede ser tomada como aquel acto por medio del cual se priva de efectos al contrato, esto es, que el mismo no podrá desplegarlos *inter partes* y como consecuencia se presentará un redireccionamiento a la relación contractual, la cual vuelve a ubicarse en el punto inicial de partida. Esta acción da lugar a que se presente la resolución del contrato y en consecuencia el mismo no producirá más efectos hacia el futuro y tendrán lugar las indemnizaciones que se causen por la violación de la norma que la instituyó

En este sentido, el artículo 44 de la Ley 80 señala que: “*Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando*

1. *Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;*
2. *Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;*
3. *Se celebren con abuso o desviación del poder;*
4. *Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y*
5. *Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre trato de ofertas nacionales o extranjeras o con violación a la reciprocidad de que trata esta ley”.*

En el mismo sentido observamos que este artículo se presenta como un complemento a las causales de nulidad que hacen parte del derecho común al que el mismo hace remisión. En el caso de la Ley 518 de 1999, ella aborda lo relativo a la resolución del contrato destacando que esta se puede dar como consecuencia de la nulidad declarada de dicho contrato, pero al ser las causales anteriores hechos que tienen más afinidad con los elementos de validez del contrato, será pues la Ley 80, así como el derecho interno los encargados de regular dicha nulidad.

XI. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

En cuanto a la responsabilidad contractual emanada del incumplimiento de alguna de las partes, esta será regulada bien sea por el derecho seleccionado por ellas³⁵, o por los artículos 45 y siguientes de la Ley 518 de 1999 respecto a las obligaciones del vendedor y por los artículos 61 y siguientes en cuanto a las del comprador.

Entonces, respecto a la responsabilidad prevista por los artículos 50, 51, 52 y 53 de la Ley 80 de 1993, se tiene que la misma será solamente aplicable en el evento que sea esta Ley la que haya sido escogida de una forma subsidiaria para regular el contrato; en caso contrario sería la ley aplicable de acuerdo al derecho seleccionado por las partes o en su defecto, será la responsabilidad establecida por la Ley 518 de 1999.

De otro lado y en el evento que sea aplicable la Ley 80, existe una responsabilidad que no es del tipo contractual sino disciplinaria que cobija a la parte estatal; esta clase de responsabilidad se halla contenida en el artículo 26, el cual establece una serie de parámetros que deben ser observados al emprender una contratación donde se vean implicados los intereses patrimoniales del Estado.

XII. ECUACIÓN CONTRACTUAL

El artículo 27 de la Ley 80 desarrolla una teoría que en el derecho comercial se le conoce como la teoría de la imprevisión³⁶ o *hardship*³⁷, la cual tiene aplicación una vez se ha roto el equilibrio contractual sin que el hecho que lo origina sea directa-

35 Véase el artículo 6 de la Ley 518 de 1999.

36 Artículo 868 del Código de Comercio. “*Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión*”. De otro lado, en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidas al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

37 La Sección II de los Principios UNIDROIT sobre los contratos mercantiles internacionales establece en su artículo 6.2.2. que: “*Hay una excesiva onerosidad (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja*”.

mente imputable a una de las partes³⁸. Se trata de actos de carácter extraordinario que son posteriores a la celebración del contrato los cuales no pudieron ser previstos por las partes y que cuando ocurren, si bien no hacen imposible el cumplimiento de la obligación contractual, dificultan su realización que se convierte en excesivamente onerosa de tal forma que el contrato en este caso puede perder su fin esencial.

Por eso, en caso de que se presenten inconvenientes en el cumplimiento de la obligación contractual y los mismos sean consecuencia de los hechos descritos en la teoría de la imprevisión, la parte afectada puede recurrir a la aplicación de la solución que implica dicha teoría para poder corregir el desarrollo del contrato y de esta forma cumplir con sus obligaciones en la forma estipulada en este. En este evento se dará aplicación a lo establecido sobre la materia en el derecho que ha sido seleccionado como competente para regular el contrato CECVIM.

XIII. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

Liquidar un contrato es básicamente ponerle fin a las prestaciones que del mismo se derivan. En materia de contratos CECVIM la liquidación de estos puede proceder, sólo cuando estamos en presencia de un contrato de compra por instalamentos o de tracto sucesivo en cuyo caso puede ser factible la liquidación del contrato en el estado en el que se halle en el momento en que se solicita la liquidación.

Si bien el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 señala que: “*Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que los requieran, serán objeto de liquidación*” y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 establece que: “*La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos y condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto*”; creemos que ambas normativas deberán presentarse como complemento a lo señalado por el artículo 73 de la Ley 518 de 1999³⁹; todo ello porque esta última posee una competencia mayor

38 Puede configurarse los presupuestos para que se aplique el principio del *rebus sic stantibus*.

39 1) En los contratos en los que se estipulen entregas sucesivas de mercancías, el incumplimiento por una de las partes de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas constituye un incumplimiento esencial del contrato en relación con esa entrega, la otra parte podrá declarar resuelto el contrato en lo que respecta esa entrega; 2) Si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas da a la otra parte fundados motivos para inferir que se producirá un incumplimiento esencial del contrato en relación con futuras entregas, esa otra parte podrá declarar resuelto el contrato para el futuro, siempre que lo haga en un plazo razonable. 3) El comprador que declare resuelto el contrato respecto de cualquier entrega podrá, al mismo tiempo, declararlo resuelto respecto de entregas ya efectuadas o de futuras entregas sí, por razón de su interdependencia, tales entregas no pudieran destinarse al uso previsto por las partes en el momento de la celebración del contrato.

en cuanto a la regulación de la materia, en tanto que las otras dos normatividades lo único que hacen es señalar el procedimiento que se ha de seguir para el caso de la liquidación del contrato.

XIV. TRIBUNAL COMPETENTE

Hemos analizado que en materia de contratos CECVIM, el derecho aplicable de preferencia será la Ley 518 de 1999, la cual en su artículo 6° prevé que las partes son libres de establecer no sólo el derecho competente para conocer del contrato, sino que también pueden escoger el tribunal que conozca de los eventuales litigios que con motivo del desarrollo o terminación del contrato puedan ocurrir. Esta potestad de las partes de ampliar la competencia jurisdiccional se ve reflejada en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993 que indica que: *“En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.... En los contratos con personas extranjeras.... podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal arbitral internacional”*.

Hasta este punto no existe problema en cuanto al tribunal competente ya que como se aprecia, las partes pueden escoger el foro que más convenga a sus intereses; pero no debe olvidarse que frente al derecho administrativo colombiano, esta elección deberá ser expresa tal como indica el artículo 70. Ahora, a falta de este tipo de elección del tribunal competente, serán los jueces administrativos⁴⁰ quienes tendrán la potestad de dirimir el conflicto presentado, sin olvidar que esta autorización estará supeditada no sólo a que no exista cláusula compromisoria, sino que el derecho aplicable sea el administrativo colombiano, esto porque son las normas de éste último (Ley 80 de 1993) las que le otorgan esa competencia.

Lo anterior puede mostrar que las partes pueden excluir la competencia de los tribunales estatales colombianos no sólo a través de una cláusula compromisoria, sino mediante la selección del derecho aplicable al CECVIM, ello por la especialidad que presenta la norma que los regula en el ordenamiento jurídico colombiano.

40 El artículo 75 de la Ley 80 de 1993 establece que: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo”*.

XV. CONCLUSIÓN

En materia de contratos estatales de compraventa internacional de mercancías se puede apreciar que confluyen en su regulación un sinnúmero de normas las cuales se complementan entre sí; esto sucede por la autorización que brinda la normativa principal en cuanto a la regulación en Colombia de esta clase de contratos que para el efecto es la Ley 518 de 1999. Si bien se entiende que ésta regula lo relativo a la formación del contrato, las otras normas estudiadas vienen a complementar el desarrollo del mismo tanto en las etapas precontractuales, como en las postcontractuales.

Tampoco se puede olvidar que la normativa vigente no impide incluir dentro del derecho competente para regular una relación jurídica de este tipo a la denominada *lex mercatoria*, en especial los Principios UNIDROIT sobre los contratos mercantiles internacionales los cuales son un complemento muy importante para la Ley 518 de 1999 y además sirven como guías que pueden despejar las dudas que durante toda la etapa contractual se presenten.

De otra parte, se puede apreciar que el poder estatal en cuanto al manejo de cláusulas exorbitantes y de su posición predominante, se reduce cuando se trata de los contratos CECIVM ya que se deja a un lado la imperiosidad que representan leyes como la Ley 80 de 1993 y se pasa a una regulación más estandarizada, de aplicación universal y en consecuencia más apropiada para regular en su especialidad una materia que se presenta cada día más dinámica y que hace parte del movimiento global en materia comercial.

Finalmente hay que señalar que con todas estas normas en su conjunto, se puede llevar a cabo una buena negociación en materia contractual internacional sin poner en peligro los intereses del Estado y haciendo que se apliquen unos postulados que se encuentran acordes con un movimiento global al cual no escapan las administraciones estatales quienes poco a poco comienzan a derrumbar esas barreras propias del antiguo derecho administrativo y se sumergen en las nuevas corrientes del derecho comercial internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá Sentencia C-337 de agosto 19 de 1993 Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá Sentencia C-633 de 21 del noviembre de 1996 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá Sentencia C-582 del 11 de agosto de 1999 Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

- CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá Sentencia C-529 de mayo 10 del 2000 Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá Sentencia C-432 del 12 de abril del 2000 de la Corte Constitucional Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
- GARCÍA CASTILLO, Tonatiuh, El contrato de Estado Internacional. México D.F.: Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM. 2008.
- MARÍN FUENTES, José Luis, Compraventa Internacional de Mercancías, Medellín: Editorial Señal Editora. 2006.
- UNIDROIT. Principios UNIDROIT sobre los contratos mercantiles internacionales. Versión digital disponible en: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm> (mayo de 2008).
- VALENCIA RESTREPO, Hernán, Nomoárquica, principialística jurídica o los Principios Generales del derecho, Segunda edición, Bogotá: Editorial Témis, 1999



Autora: Alejandra Echeverri Jaramillo
Título: Celia Cruz
Técnica: Óleo con espátula
Dimensiones: 50 x 70
Año: 2007

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN COLOMBIA: REFLEXIONES DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y LA NORMATIVIDAD ESTATUTARIA*

* Este trabajo hace parte del proyecto financiado por la Dirección de Investigaciones de la Universidad Católica de Oriente, Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Línea en Estudios Ambientales. Constituye una fase esencial del proyecto denominado “El concepto de participación ciudadana y su expresión en materia ambiental: ¿Posibilidad ciudadana o exigencia normativa?”

Fecha de recepción: 15 de abril de 2010
Fecha de aprobación: 16 de mayo de 2010

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN COLOMBIA: REFLEXIONES DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y LA NORMATIVIDAD ESTATUTARIA

*Carlos Fernando Echeverri Jiménez***

RESUMEN

Este trabajo es parte de un proyecto de investigación sobre participación ciudadana en materia ambiental. Específicamente se examina el concepto democracia participativa, sus diversos ámbitos de aplicación, la relación entre representación y participación, la forma en que la Corte Constitucional asume dicho concepto, para pasar al estudio de los mecanismos de participación previstos en la Ley Estatutaria de Participación Ciudadana (Ley 134 de 1994) precisando el significado y principales características de cada uno de ellos, luego se hace breve alusión a la aplicación de dicha Ley en los asuntos ambientales y se concluye formulando algunas reflexiones de orden socio-político sobre el modelo de democracia participativa en Colombia.

Palabras clave: Democracia participativa, protección del medio ambiente, mecanismos de participación ciudadana.

THE CITIZEN PARTICIPATION IN COLOMBIA: REFLECTIONS SINCE THE CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE AND STATUTORY REGULATION

ABSTRACT

This work is a part of an investigation project about citizen participation in environmental subject. Specifically it exams the concept of participative democracy, its several range of application, the relation between representation and participation, how the Constitutional Court assumes that concept, then continue with the study of the participation mechanisms planned in the Statutory Law of Citizen Participation (Law 134 of 1994) specifying the mean and the main characteristics of each one of they, then it makes a short reference to the application of that Law in the environmental matters and it concludes formulating some reflections socio- politic order about the participative democracy model in Colombia.

Keywords: Participative democracy, protection of the environment, mechanism of citizen participation.

** Abogado, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Antioquia. Diplomado en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Universidad de Antioquia en colaboración con la Universidad Carlos III de Madrid. Magister en Ciencia Política, Instituto de Estudios Políticos Universidad de Antioquia. Profesor de la Universidad de Antioquia y la Universidad Católica de Oriente. E-mail: cafej@derecho.udea.edu.co, Tel: 219-58-74, Universidad de Antioquia, Oficina 14-409.

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN COLOMBIA: REFLEXIONES DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y LA NORMATIVIDAD ESTATUTARIA

Las sociedades modernas buscan actualmente los mejores medios para transitar hacia un modelo de organización política en el que la democracia se vuelva más real, la democracia política se extienda a la sociedad y la democracia representativa se complemente con mecanismos de democracia directa [...] aprovechando las virtudes del sistema representativo e incorporando las ventajas de la participación ciudadana, todo lo cual estructura la base del esquema de “democracia participativa”¹ (Norberto Bobbio)

1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS

Este texto hace parte de una reflexión investigativa amplia, que se viene adelantando y cuyo desarrollo continúa, en torno a la temática de la democracia participativa en Colombia. La pretensión es examinar dicho asunto desde diversas perspectivas, una de las cuales consiste en evaluar la posible articulación entre los discursos de la participación ciudadana y la protección del medio ambiente. Al respecto, un punto de partida esencial consiste en analizar el concepto mismo de democracia participativa y las principales características de los mecanismos previstos en la Constitución de 1991 y la Ley Estatutaria de Participación Ciudadana 134 de 1994² (asuntos de los cuales se ocupa este texto). Adicionalmente se delinearán algunas ideas básicas sobre la conexión entre dichos mecanismos participativos y la protección del medio ambiente, el papel del juez y su intervención como garante de la participación ciudadana en materia ambiental, el grado de exigibilidad de dicha participación como condición para adoptar ciertas decisiones, etc. (aspectos que en esta versión se dejan esbozados, pues serán objeto de ulteriores análisis). Cabe advertir que en ninguno de estos campos se pretende hacer un análisis exhaustivo, sino básicamente

1 Norberto Bobbio. *El futuro de la democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1986, Citado por la Corte Constitucional en Sentencia C-180 de 1994.

2 Tangencialmente se hará alguna alusión a las Leyes Estatutarias 131 de 1994, 741 de 2002 (modificatoria de la 131/94) y 850 de 2003.

dejar sentadas algunas pistas que estimulen el debate con quienes tengan interés en la temática de la democracia participativa y su implementación en Colombia.

2. ALCANCE Y SIGNIFICADO DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL CONTEXTO DE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN: UNA APROXIMACIÓN PRELIMINAR

La actual Constitución se origina en un momento en el cual tanto interna como externamente se venían ejerciendo en el país una serie de presiones orientadas a lograr la apertura de mayores espacios democráticos (tendencia expansiva de la democracia). Al respecto, María Teresa Uribe señala: “Lo que se discutía en la antesala de la Constituyente era la necesidad de salirle al paso a las reiteradas crisis de legitimidad y gobernabilidad [...] De allí surgieron las iniciativas referidas al fortalecimiento de la democracia participativa para oponerla a un modelo decadente de representación [...]”³. Tal fuerza llegó a cobrar este factor que la pregunta sometida a votación ciudadana para convocar la Asamblea Nacional Constituyente, fue formulada por el Decreto 927 de 1990 en los siguientes términos: “¿Para fortalecer la democracia participativa, vota por la convocatoria de una Asamblea Constitucional, con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución Política de Colombia?”

Por su parte, uno de los órganos que nace de la nueva Carta, precisamente la Corte Constitucional, a quien el Constituyente confirió la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (artículo 241) no ha dudado en aseverar: “El fortalecimiento y la profundización de la democracia participativa fue el designio inequívoco de la Asamblea Nacional Constituyente [...]”⁴. En Sentencia C-180 de 1994 se advierte que la Norma Fundamental expresa el concepto de democracia participativa no solo en el plano político, sino también en el administrativo, comunitario, económico, social, cultural, etc., lo cual hace evocar los planteamientos de Norberto Bobbio en su obra *El futuro de la democracia*:

Después de la conquista del sufragio universal, si todavía se puede hablar de una ampliación del proceso de democratización, dicha ampliación se debería manifestar no tanto en el paso de la democracia representativa a la democracia directa, como se suele considerar, cuanto en el paso de la democracia política

3 María Teresa Uribe de Hincapié. “Lo viejo y lo nuevo en la crisis política colombiana”. *Estudios Políticos*. (7-8). Medellín, dic., 1995 - jun., 1996, pp. 79-80.

4 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-180 de abril 14 de 1994. Bogotá, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

a la democracia social, no tanto en la respuesta a la pregunta ¿quién vota? como en la contestación del interrogante ¿dónde vota?⁵

En la misma línea, Giovanni Sartoria puntualiza: “[...] Considerar el mero acto de votar como participación es poco más que una manera de hablar y, desde luego, nos deja con un significado muy diluido del término”⁶

En Sentencia C-179/2002, enfatiza la Corte que en un modelo de democracia participativa

No todas las decisiones se dejan a los representantes elegidos democráticamente, sino que algunas pueden ser adoptadas, complementadas o modificadas directamente por el pueblo o con su intervención, a través de figuras como el plebiscito, el referendo, la consulta popular, la iniciativa popular y el cabildo abierto. Y, además, que las decisiones que adopten dichos representantes pueden ser controladas a través de la revocatoria del mandato (mecanismos de participación-decisión). De otro lado, otras formas de participación democrática se presentan en la posibilidad de acceder a los cargos públicos (participación-gestión), de ejercer las acciones públicas (participación-fiscalización) y de prestar los servicios públicos o controlar su prestación (participación-gestión, participación-control)⁷.

Al efectuar la aproximación a este modelo reglado de participación, comenzando por la parte dogmática de la Constitución, se advierte desde el Preámbulo la formulación de la *participación como valor*, luego el artículo 1º que consagra el modelo de Estado Social de Derecho advierte que una de sus características es su naturaleza *democrática, participativa y pluralista*; por su parte, el artículo 2º indica el *alcance* de la participación al señalar como uno de los *finés esenciales* del Estado “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación”, con lo cual, la invitación a participar no es restrictiva, lo cual tiene pleno sentido en el contexto de una Constitución fundamentada en un esquema de *soberanía popular (artículo 3)*, que incorpora entonces como (artículo 40) la participación ciudadana como *derecho constitucional fundamental*⁸, para luego enunciar en el artículo 103 y otra serie de

5 Norberto Bobbio. *El futuro de la democracia*. Traducción de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 3 ed., 2001, pp. 34-35.

6 Giovanni Sartori. *Teoría de la democracia*. Trad. Santiago Sánchez González. Tomo 1. Madrid. Alianza, 1998, pp. 152-153.

7 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 2002. Bogotá, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

8 Para el estudio del concepto de derechos fundamentales, su significación y los criterios que en Colombia han venido siendo utilizados por la Corte Constitucional para identificarlos, véase la segunda edición del texto del Profesor Tulio Elí Chinchilla Herrera, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Las nuevas líneas de la jurisprudencia*, Bogotá, Temis, 2 ed., 2009.

normas constitucionales una serie de *mecanismos* concretos de participación. Al respecto, vale mencionar algunas de las normas constitucionales que tienen relación con el tema de la participación, lista que no es taxativa sino meramente enunciativa:

Preámbulo: Marco democrático y participativo.

Artículo 1: República democrática y participativa.

Artículo 2: Fomentar la participación como un fin esencial del Estado.

Artículo 3: Soberanía popular.

Artículo 40: Derecho fundamental a la participación.

Artículo 41: Enseñanza de la Constitución. Aprendizaje de los principios y valores de la participación.

Artículo 45: Participación de los jóvenes.

Artículo 49: Participación comunitaria - salud.

Artículo 57: Participación de los trabajadores en la gestión de la empresa.

Artículo 67: Educación y democracia.

Artículo 78: Participación de organizaciones de consumidores - control.

Artículo 79: Participación de la comunidad - decisiones en materia ambiental.

Artículo 95 #5: Deber ciudadano de participar.

Artículo 103: Mecanismos de participación.

Artículo 104: Consulta popular nacional.

Artículo 105: Consulta popular local.

Artículo 106: Participación a nivel local.

Arts.107-112: Partidos políticos, movimientos sociales y estatuto de la oposición.

Artículo 152-d: Regulación de mecanismos de participación mediante Ley estatutaria.

Artículo 155: Iniciativa popular.

Artículo 170: Referendo.

Artículo 241: Acción de inconstitucionalidad como forma de participación.

Artículo 258: Derecho al sufragio.

Artículo 259: Voto programático.

Artículo 260: Derecho a elegir.

Artículo 270: Participación en la vigilancia de la gestión pública -veedurías ciudadanas.

Artículo 297: Consulta popular - formación de nuevos departamentos.

Artículo 307: Referendo - Regiones.

Artículo 311: Participación comunitaria en los municipios.

Artículo 318: Juntas Administradoras Locales.

Artículo 319: Consulta popular - Áreas metropolitanas.

Artículo 321: Consulta popular - Provincias.

Artículo 330: Participación - Comunidades indígenas.

Artículo 342: Participación - discusión planes de desarrollo.

Artículo 369: Participación - gestión y fiscalización servicios públicos.

Artículo 375: Iniciativa popular Acto legislativo.

Artículo 376: Consulta Popular - Convocatoria Asamblea Constituyente.

Arts.377: Referendo Constitucional derogatorio.

Arts.378: Referendo Constitucional aprobatorio; entre otros.

Por su parte, en Sentencia C-180 de 1994, la Corte retoma algunos planteamientos de Norberto Bobbio, para destacar que en las sociedades contemporáneas se viene dando un tránsito hacia un modelo de organización política en el cual la democracia representativa se complementa con mecanismos de democracia directa, articulando las virtudes del sistema representativo con las ventajas de la participación ciudadana, todo lo cual estructura la base del esquema de “democracia participativa”⁹. Lo anterior constituye una precisión elemental pero sumamente relevante pues una mirada desprevenida pudiera conducir a pensar que existe una oposición, una tensión o contradicción entre democracia representativa y democracia participativa, o concluir con cierta ligereza que la democracia participativa es la superación del modelo representativo, cuando en realidad tales modelos no son excluyentes sino que están imbricados en constante relación de complementariedad. Bobbio es enfático al señalar que entre la forma extrema de democracia representativa y la forma extrema de democracia directa hay un *continuum* de formas intermedias, con lo cual estos dos modelos, lejos de ser incompatibles o alternativos, vienen a integrarse y complementarse recíprocamente, conformando una especie de democracia integral, donde las dos formas (representativa y directa) resultan necesarias pero, consideradas en sí mismas, insuficientes¹⁰.

Así las cosas, cuando la Constitución colombiana acoge una propuesta de carácter participativo, debe entenderse que allí siguen teniendo cabida los elementos propios de la representación política; quizá buena parte del éxito o fracaso que a largo plazo puedan tener los mecanismos de participación ciudadana en Colombia, dependerá del fortalecimiento del sistema de representación, pues la existencia de unos partidos políticos sólidos, que operen como verdaderos canales entre el Estado y la

9 Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, México, 1986, Citado por la Corte Constitucional en Sentencia C-180 de 1994, *Op. Cit.*, p. 490.

10 Norberto Bobbio. *El futuro de la democracia*. Traducción de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 3 ed., 2001, pp. 60-61.

sociedad, un Congreso que opere adecuadamente como órgano de representación política, el sufragio mismo como instrumento rodeado de unas mínimas garantías, son verdaderos presupuestos para la consolidación del modelo democrático que la Constitución propone.

3. PARTICIPACIÓN CIUDADANA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LEY ESTATUTARIA 134 DE 1994

En Colombia la participación ciudadana es una materia esencialmente regulada. En este sentido, el artículo 152-d. Constitucional corrobora lo anterior y exige que dicho tema sea asumido por el Congreso de la República a través de Ley Estatutaria¹¹, tipología normativa que el constituyente reservó para aquellas materias que consideró claves para el Estado y la sociedad; lo cual constituye un serio indicio de la importancia que el constituyente le atribuyó a los mecanismos de participación ciudadana.

Las siguientes páginas están orientadas a estudiar a la luz de la Constitución, la Ley Estatutaria 134 de 1994. Además, teniendo en cuenta que en tal calidad esta norma tuvo un control previo y automático de constitucionalidad, materializado en la Sentencia C-180 de abril 14 de 1994¹², se estudiarán también algunos aspectos de esta Providencia. Finalmente, se tendrán en cuenta las modificaciones incorporadas en materia de voto programático y revocatoria del mandato por la Ley Estatutaria 741 de mayo 31 de 2002¹³ y la respectiva Sentencia C-179 de marzo 12 de 2002¹⁴. No se trata, desde luego, de estudiar en detalle cada uno de los mecanismos, sino apreciar el concepto y la enunciación de los principales pasos que deben agotarse frente a cada uno de ellos, resaltando la importancia de estos instrumentos e identificando ciertos aspectos que eventualmente dificultan su operatividad.

3.1 Iniciativa popular legislativa y normativa

“La iniciativa popular legislativa y normativa ante las corporaciones públicas es el derecho político de un grupo de ciudadanos de presentar proyecto de

11 Un análisis sobre las características de estas Leyes Estatutarias y las temáticas por ellas reguladas puede verse en Tulio Elí Chinchilla Herrera. *Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas. Título VI. De la rama legislativa*, Chinchilla Herrera Tulio Elí. *Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas. Título VI. De la rama legislativa*. Bogotá, La Comisión, 1998, pp. 175-185.

12 Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-180 de 1994, pp. 451-572.

13 Ley Estatutaria 741 de mayo 31 de 2002, *Diario Oficial*, (44.823), Bogotá, jun. 4 de 2002.

14 Sentencia C-179 de marzo 12 de 2002, Corte Constitucional, Bogotá, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

acto legislativo y de ley ante el Congreso de la República, de ordenanza ante las asambleas departamentales, de acuerdo ante los concejos municipales o distritales y de resolución ante las juntas administradoras locales, y demás resoluciones de las corporaciones de las entidades territoriales, de acuerdo con las leyes que las reglamentan, según el caso, para que sean debatidos y posteriormente aprobados, modificados o negados por la corporación pública correspondiente” (Ley 134 de 1994, artículo 2)

Paolo Biscaretti Di Ruffia define la iniciativa popular como la transmisión de la potestad de iniciar el procedimiento de revisión constitucional o de formación de la ley formal a una determinada fracción del cuerpo electoral. El autor la clasifica en *simple* (cuando se concreta simplemente en una moción, encaminada a que aprueben las cámaras una ley con un contenido específico) y *formulada* (cuando el proyecto de ley debe ser completamente elaborado por los mismos que lo presentan)¹⁵. En Colombia la normatividad contempla la iniciativa formulada, por cuanto los ciudadanos deben redactar el respectivo proyecto de articulado y su exposición de motivos. Ahora bien, la presentación de estas iniciativas genera para la corporación pública la obligación de debatir el proyecto, sin que tenga que ser necesariamente aprobado, pues puede ser incluso negado en su totalidad.

Para promover la iniciativa debe reunirse el apoyo del 0,5% de los ciudadanos inscritos en el respectivo censo electoral, constituir un comité de promotores y elegir un vocero. Cumplido lo anterior, se inscribe la iniciativa (presentada en forma de articulado) ante la Registraduría Nacional del Estado Civil quien revisa la solicitud y entrega un formulario para que allí se reúna, en un término de 6 meses, el respaldo del 5% de los ciudadanos inscritos en el respectivo censo electoral. Si esto se logra, el proyecto se presenta ante la corporación respectiva quien lo estudia siguiendo las reglas del artículo 163 Constitucional. El vocero debe ser convocado y escuchado en las sesiones en que se tramite el proyecto.

Las temáticas susceptibles de ser reguladas a partir de este mecanismo se encuentran limitadas por la Constitución y la Ley. No se puede presentar en temas como: planes de desarrollo; relaciones internacionales; cuestiones fiscales y tributarias; concesión de amnistías o indultos; preservación y restablecimiento del orden público; régimen salarial y prestacional de los empleados públicos; etc., limitaciones temáticas que se encuentran expresamente señaladas en los artículos 154 Constitucional y 29 de la Ley 134 de 1994.

15 Paolo Biscaretti Di Ruffia, *Las instituciones legislativas de la democracia directa*, Madrid, Tecnos, 1982, p. 421.

De otro lado, conviene resaltar que la actual Constitución contempla tres procedimientos de reforma constitucional: además del tradicional Acto Legislativo, incluye la Asamblea Constituyente y el Referendo. Si bien las posibilidades de participación ciudadana son más evidentes en los dos últimos (*Consulta Popular* para convocar una Asamblea Constituyente y *Referendo Constitucional*, respectivamente), ha de quedar claro que también en el Acto Legislativo es viable tal participación, concretamente en ejercicio del mecanismo de la *Iniciativa Popular*, toda vez que el proyecto de Acto Legislativo puede ser de origen ciudadano, en los términos previstos en los artículos 155 y 375 de la Constitución y artículos 2 y 28 al 31 de la Ley 134 de 1994.

3.2 Referendo

“Es la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica o derogue o no una norma ya vigente” (Ley 134 de 1994, artículo 3).

El procedimiento¹⁶ inicia cuando los promotores inscriben su solicitud ante la Registraduría del Estado Civil, reciben el formulario en el cual deben reunir, en un máximo de 6 meses, el apoyo del 10% de los ciudadanos que integran el respectivo censo electoral. Si consiguen dicho apoyo, el gobierno convoca mediante Decreto a votaciones en las cuales se determina si se aprueba o no el respectivo referendo. La decisión se adopta por la mitad más uno de los votos, siempre que haya participado al menos la cuarta parte del censo electoral respectivo¹⁷.

Teniendo en cuenta el *ámbito territorial* en que opere, el referendo se clasifica en nacional, regional, departamental, distrital, municipal o local; atendiendo a la *naturaleza de las normas objeto de referendo* este puede ser constitucional, legal o infralegal; y en cualquiera de los casos, según su *propósito* puede ser un referendo aprobatorio (cuando se pretende que un proyecto normativo se consolide como norma jurídica), o derogatorio (cuando la pretensión es someter una norma ya a consideración de la ciudadanía, a fin de que decida si la deroga o no). Como puede apreciarse, el referendo se caracteriza por ser un mecanismo de participa-

16 El siguiente es el trámite inherente a un referendo legal o infralegal. Cuando se trata de un referendo constitucional dicho procedimiento difiere en varios aspectos, como se verá posteriormente.

17 En Sentencia C-180 de 1994 la Corte Constitucional alude al control constitucional de este tipo de Actos y señala que en los referendos infralegales el control, a cargo de la Jurisdicción Administrativa, es automático, previo al pronunciamiento popular y abarca aspectos formales y materiales. Por su parte, en los referendos sobre Leyes el control que efectúa la Corte Constitucional es posterior, mediante acción, e igualmente recae sobre aspectos formales y materiales.

ción estrechamente relacionado con un texto *normativo*, cuya suerte es sometida a consideración de los ciudadanos.

Al respecto, el autor italiano Paolo Biscaretti Di Ruffia precisa:

“A pesar de que la doctrina y la legislación frecuentemente usan indistintamente los términos de referendo y plebiscito, este último [...] debería más precisamente referirse a una manifestación del cuerpo electoral no actuada en relación a un acto normativo (como el referendo), sino más bien respecto a un simple hecho o suceso, concerniente a la estructura del Estado o de su gobierno [...]”¹⁸.

El artículo 170 Constitucional se ocupa del referendo *derogatorio de leyes*, cuya utilización está proscrita en campos como leyes aprobatorias de tratados internacionales, ley de presupuesto y leyes referentes a materias fiscales y tributarias. Por su parte, el artículo 35 de la Ley 134 de 1994 hace extensivas al referendo las *limitaciones temáticas* previstas en el artículo 29 de dicha Ley (temas que no puedan ser de iniciativa popular legislativa y normativa, no podrán ser objeto de referendo).

Se contempla también el referendo como procedimiento de reforma constitucional. En este caso, el trámite requiere inicialmente la aprobación de una Ley de Convocatoria¹⁹, la cual es revisada por la Corte Constitucional²⁰. Si la Corte Constitucional declara exequible la Ley de convocatoria, se lleva a cabo el evento electoral respectivo, teniendo en cuenta que la aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere la aceptación de más de la mitad de los votantes y que el número de sufragantes (*umbral*) exceda la cuarta parte del total del ciudadanos que integran el censo electoral.

De otro lado, debe mencionarse la existencia del *referendo constitucional derogatorio* establecido en el artículo 377 de la Constitución Política, que no es automático

18 Paolo Biscaretti Di Ruffia, *Las instituciones legislativas de la democracia directa*, Madrid, Tecnos, 1982, Citado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-180 de 1994, *Op. Cit.*, p. 507.

19 Este tipo de Ley, que puede tener iniciativa en el Gobierno Nacional o en los ciudadanos, en número no inferior al 5% del censo electoral, requiere aprobación por mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara, luego de lo cual dicha Ley es sometida a control constitucional automático a cargo de la Corte Constitucional, control posterior a la Ley pero previo a la votación. En Colombia han sido aprobadas las Leyes de Convocatoria 796 de 2003 (referendo multitemático, Sentencia C-551 de 20023, que llegó incluso a la fase de votación, aunque finalmente sólo fue aprobado su primer artículo, pues los demás puntos no superaron el umbral), Ley 1327 de 2009 (referendo sobre prisión perpetua, que actualmente está siendo revisado por la Corte) y Ley 1354 de 2009 (referendo sobre reelección presidencial, declarado inexecutable mediante Sentencia C-141 de 2010).

20 En Sentencia C-180 de 1994 la Corte Constitucional precisó que el control sobre este tipo de Leyes es un control formal, automático, posterior a la Ley pero previo al pronunciamiento popular.

ni obligatorio, sino eventual, pero es una herramienta democrática interesante en cuanto otorga la posibilidad a los ciudadanos de someter a referendo un Acto Legislativo mediante el cual se modifique la Constitución en temas como derechos consagrados en el Capítulo 1 del Título II de la Carta y sus garantías, procedimientos de participación, o sobre el Congreso, referendo que es eventual por cuanto sólo tendría lugar si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a su promulgación, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral.

3.3 Consulta popular

“La consulta popular es la institución mediante la cual, una pregunta, de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local es sometida por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie al respecto.

En todos los casos la decisión es obligatoria.

Cuando la consulta se refiera a la conveniencia de convocar una asamblea constituyente, las preguntas serán sometidas a consideración popular mediante ley aprobada por el Congreso de la República” (Ley 134 de 1994, artículo 8).

En cuanto al procedimiento, el mandatario (Presidente de la República –con la firma de todos los ministros y previo concepto favorable del Senado–; el gobernador –previo concepto favorable de la Asamblea departamental–; o el alcalde –previo concepto favorable del Concejo o de la Junta Administradora Local, según el caso–) redacta la consulta en un texto que pueda ser contestado simplemente con un “sí” o un “no”. Dicho texto es examinado por el Tribunal Administrativo correspondiente²¹, quien determina si es acorde con la Constitución, caso en el cual se procede a la respectiva votación; para que la decisión popular sea vinculante, se requiere que la determinación sea adoptada por la mitad más uno de los votos válidos siempre y cuando haya participado no menos de la tercera parte de los electores que componen el respectivo censo electoral.

Ahora, si la consulta versa sobre la conveniencia o no de convocar una Asamblea Constituyente (*consulta popular* como mecanismo de participación a efectos de

21 Esto en el caso de las consultas departamentales, municipales o locales, pues en las de carácter nacional el control no es previo sino posterior y lo ejerce la Corte Constitucional (Constitución Política artículo 241 #3; Sentencia C-180 de 1994, *Op. Cit.*, pp. 523 y 524).

una reforma constitucional), el procedimiento es más complejo pues debe expedirse previamente una Ley de convocatoria la cual se remite a la Corte Constitucional para su respectivo control²², luego de lo cual se realizan las votaciones. Sólo se entiende convocada la Asamblea si así lo decide al menos la tercera parte de los ciudadanos que integran el censo electoral. En tal caso, en fecha posterior se eligen los delegatarios a la Asamblea Constituyente, organismo que debe actuar siguiendo las directrices definidas por el pueblo a través de la consulta popular.

La consulta se divide en obligatoria y facultativa. Es *obligatoria* cuando la Constitución exige que ella se lleve a cabo como requisito sine qua non para la adopción de ciertas decisiones. Así ocurre en eventos tales como la formación de nuevos departamentos (artículo 297), vinculación de municipios a áreas metropolitanas o para la conformación de éstas (artículo 319), ingreso de un municipio a una provincia ya constituida (artículo 321). Es *facultativa* cuando no se origina en una exigencia específica de la Constitución, sino que el respectivo gobernante considera importante conocer la opinión ciudadana en torno a un asunto determinado.

Si bien la consulta popular es un mecanismo interesante en cuanto la decisión popular debe ser acatada, ello sólo ocurre si se cumple el requisito cuantitativo exigido por la Ley. En efecto, en lo que hace a la consulta para convocar a una Asamblea Constituyente, la Ley Estatutaria, acorde con el artículo 376 inciso 2 de la Carta, prevé que ella sólo se entiende convocada si así lo decide al menos la tercera parte de los ciudadanos que integran el censo electoral. Ahora, frente a las demás formas de consulta popular la Ley 134 también hace esa exigencia, pese a que aquí no existe norma constitucional alguna que sustente tal requisito²³. No obstante, la Corte Constitucional lo declaró exequible aduciendo que “esta norma se ajusta a la Constitución, en cuanto reproduce el artículo 104 de la Carta Política”, lo cual no guarda relación con la realidad pues el artículo 104 se limita a prescribir que “la

22 Aquí es importante hacer las siguientes precisiones: La mencionada Ley, además de indagar si se convoca o no a la Asamblea, define el número de delegatarios, sistema para elegirlos, competencia de la Asamblea, fecha de iniciación y período de la misma. Dicha Ley tiene un control, ejercido por la Corte Constitucional, de carácter automático, posterior a la Ley pero previo al pronunciamiento popular (Constitución Política artículo 241 #2; Sentencia C-180 de 1994, *Op. Cit.*, p. 526.)

23 Ello obviamente va en detrimento del mecanismo, como lo demuestra el interesante estudio elaborado por Mauricio García Villegas, donde se citan una serie de eventos en los cuales pese a haberse efectuado consultas populares, en la mayoría de los casos no se logró cumplir el mencionado requisito, con lo cual las decisiones popularmente adoptadas no se tornaron obligatorias. Curiosamente un caso mencionado por el autor en una localidad denominada “El Esfuerzo” fue prácticamente el único caso en que lograron superar el umbral de participación, otorgando así efectos vinculantes a la consulta. (Cfr. Mauricio García Villegas, *Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas. Título IV. De la participación democrática y de los partidos políticos, Bogotá, La Comisión, 1997*, pp. 45 y 46.)

decisión del pueblo será obligatoria”, sin condicionar este efecto a la participación de un número determinado de votantes.

3.4 Plebiscito

“Es el pronunciamiento del pueblo, convocado por el Presidente de la República, mediante el cual apoya o rechaza una determinada decisión del ejecutivo” (Ley 134 de 199, artículo 7)

El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, elabora la convocatoria al plebiscito. Si el Congreso no rechaza esta determinación, puede llevarse a cabo la votación. El plebiscito versa sobre políticas del ejecutivo que no requieran aprobación del Congreso. No puede referirse a temas como: estados de excepción; duración del período presidencial, ni utilizarse para modificar la Constitución²⁴. En Sentencia C-180 de 1994, la Corte Constitucional expresa:

El plebiscito se inspira en el principio de la soberanía popular, que impone por obligación al mandatario, recurrir al depositario básico del poder —el pueblo— para definir el rumbo, orientaciones o modalidades del Estado. De ahí que pueda ser definido como la convocatoria directa al pueblo para que, de manera autónoma, defina su destino. No se trata entonces, de la refrendación de la política a seguir [...] el plebiscito es el pronunciamiento que se le solicita al pueblo acerca de una decisión fundamental para la vida del Estado y de la sociedad²⁵

Ahora bien, esta figura no escapa a la orientación inherente a la Ley 134 de 1994, cuyas exigencias son tan rigurosas que lejos de impulsar los mecanismos y propender por su utilización efectiva, parecieran orientarse a reducir sus posibilidades de aplicación. En esta línea se enmarca el artículo 80 de dicha Ley cuando prescribe: “El pueblo decidirá, en plebiscito, por la mayoría del censo electoral”. En una sociedad altamente abstencionista difícilmente logran congregarse los ciudadanos y obtener tales niveles de participación, lo cual hace que algunos de estos mecanismos sean de muy escasa o nula utilización.

3.5 Cabildo abierto

“El cabildo abierto es la reunión pública de los Concejos distritales, municipales o de las juntas administradoras locales, en la cual los habitantes

24 El control constitucional del plebiscito lo ejerce la Corte Constitucional. Es un control posterior y sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización (Constitución Política, artículo 241#3; Sentencia C-180 de 1994, *Op. Cit.*, p. 507).

25 Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-180 de 1994, *Op. Cit.*, p. 508.

pueden participar directamente con el fin de discutir asuntos de interés para la comunidad” (Ley 134 de 1994, artículo 9)

El procedimiento comienza por la solicitud que debe hacer por lo menos el 0,5% del censo electoral respectivo²⁶, ante la secretaría del Concejo municipal o de la Junta Administradora Local, según el caso, entidad que debe divulgar el lugar y fecha así como los temas que se tratarán en el cabildo, al cual podrán asistir todas las personas interesadas (que vivan en el lugar) pero sólo podrán hacer uso de la palabra el vocero de quienes solicitaron el cabildo y quienes se inscriban al menos con tres días de antelación y presenten resumen escrito de su intervención. Cabe advertir que tales personas tienen la posibilidad de participar en la deliberación, mas no en la toma de la decisión, la cual es adoptada por la Corporación respectiva, dando respuesta escrita y razonada a las solicitudes ciudadanas. En otras palabras, es preciso señalar como un primer rasgo esencial del cabildo su carácter meramente deliberatorio, esto es, en dicho mecanismo la participación de los ciudadanos no tiene efectos decisorios.

La Corte Constitucional alude a las raíces del mecanismo:

“Esta expresión de democracia directa remonta sus orígenes al derecho español del cual se adoptó en Latinoamérica durante la colonia. Más que una fórmula desarrollada por el derecho positivo indiano, consistía en una práctica del fuero popular, mediante la cual *se tomaban decisiones* [...] consentidas por todos los vecinos en concejo abierto [...]”²⁷. (se resalta)

Por oposición a lo anterior, lo que hace la Ley 134 de 1994 en materia de cabildo abierto es desarrollar en el derecho positivo una serie de requisitos y formalismos que deben agotarse para que opere el cabildo, teniendo en cuenta que los ciudadanos que intervienen en el mismo, no adoptan propiamente decisiones. Ello resulta profundamente cuestionable para quienes asuman el concepto de participación democrática del modo que lo hacía Estanislao Zuleta cuando planteaba: “Que la gente pueda opinar no es suficiente, que pueda actuar es necesario, y que pueda actuar en aquello que le interesa, en su comunidad, en su barrio, en su municipio [...]”²⁸

Al respecto, un grupo de Magistrados de la Corte Constitucional manifestó su disenso frente a la forma como la Ley 134 reguló el cabildo abierto. En efecto, mientras la posición mayoritaria (en una decisión por demás bastante apretada, cinco

26 Se prevé además la posibilidad de que las organizaciones civiles participen en el proceso de convocatoria y celebración de los cabildos abiertos.

27 Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-180 de 1994, *Op. Cit.*, p. 510.

28 Estanislao Zuleta. “La participación democrática en Colombia”. Revista Universidad de Antioquia, 56 (212), Medellín, abr.-jun., 1998, p. 8.

votos a favor - cuatro en contra) se limitó a resaltar la importancia del mecanismo²⁹, no tuvo ningún reparo en declarar exequible la regulación que otorga al cabildo efectos meramente deliberatorios, no decisorios, con un argumento bastante cuestionable consistente en señalar que queda “abierta la puerta para que en el futuro, el Congreso por la vía Estatutaria le reconozca fuerza vinculante a las deliberaciones populares en el cabildo”³⁰. Lo que resulta cuestionable, más que la decisión en sí, es esa ligereza de la Corte, la falencia de un mayor nivel argumentativo, pues pareciera la Corte no haberse percatado de que terminó expresando algo así como que la norma no es inconstitucional por cuanto es posible que en el futuro sea modificada. Por su parte, el Salvamento parcial de voto suscrito por los magistrados Gaviria Díaz, Martínez Caballero, Cifuentes Muñoz y Naranjo Mesa, considera que es contrario a la Constitución atribuirle al cabildo abierto un carácter meramente deliberante, pues con ello el mecanismo se confunde con el derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Carta, cuando debiera ser un instrumento de participación adicional, como forma de expresión de la soberanía popular³¹. En este Salvamento se alude, si bien de modo muy tangencial, al efecto meramente simbólico, a la *eficacia simbólica* que pueden tener este tipo de normas de participación ciudadana³².

3.6 Revocatoria del mandato

“La revocatoria del mandato es un derecho político, por medio del cual los ciudadanos dan por terminado el mandato que le han conferido a un gobernador o a un alcalde” (Ley 134/94, artículo 6).

A continuación se estudiará este mecanismo, teniendo en cuenta las modificaciones que a las Leyes Estatutarias 131 y 134 de 1994, incorpora la Ley Estatutaria 741 de 2002 (Sentencia C-179 de 2002), norma que reduce los requisitos exigidos para que opere la revocatoria. En efecto, el trámite de una revocatoria de mandato inicia cuando un grupo de ciudadanos, en número no inferior al 40% de los votos

29 En tal sentido expresó: “Del fortalecimiento del cabildo abierto con su espacio propio, depende la expansión de la modalidad de participación directa en forma de asambleas generales a otros ámbitos del Estado. El cabildo abierto, como nos enseña la historia, cuando adquiere dinámica, se convierte en escenario del tratamiento popular a los problemas nacionales, regionales o locales, según el caso”.

30 *Ibid.*

31 Colombia. Corte Constitucional, Salvamento parcial de voto –suscrito por los Magistrados Gaviria Díaz, Martínez Caballero, Cifuentes Muñoz y Naranjo Mesa– a la Sentencia C-180 de 1994, Op. Cit., pp. 570 y 571.

32 Este asunto es de mucha importancia, pues hasta hoy la mayor parte de las evidencias indican que las normas de participación ciudadana tienen ante todo una eficacia simbólica. Para un estudio del tema de la función simbólica del derecho, puede verse el texto de Mauricio García Villegas, *La eficacia simbólica del derecho: examen de situaciones colombianas*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1993.

que obtuvo el gobernante respectivo, solicita ante la Registraduría del Estado Civil que convoque a votaciones para revocar el mandato del mismo, fundamentando su solicitud en el incumplimiento del programa de gobierno o en la insatisfacción general de la población. El Registrador informa a la persona cuyo mandato pretende revocarse y posteriormente convoca a votaciones; la revocatoria opera si así lo determinan la mitad más uno de los votos, siempre que el número de sufragios no sea inferior al 55% de la votación válida emitida el día en que se eligió al mandatario. Si la revocatoria prospera, el Presidente de la República procede a remover al gobernador revocado, o el gobernador remueve al alcalde revocado -según el caso-, y a nombrar un encargado transitoriamente hasta que se elija popularmente al nuevo gobernante, el cual ocupará el cargo por el período constitucionalmente establecido.

La revocatoria sólo es establecida por la Ley para los gobernadores y alcaldes. No se aplica para otros funcionarios de elección popular como los Congresistas, Diputados, Concejales, ni para el Presidente de la República.

Se debe destacar que en la regulación inicial³³, sólo se habilitaba para solicitar la revocatoria y participar en ella a quienes sufragaron en la elección del funcionario, lo cual fue avalado por la Corte Constitucional con fundamento en la teoría del mandato y en la interpretación derivada del artículo 259 de la Constitución. No obstante, esta exigencia legal fue suprimida mediante la Ley 741 de 2002, y la Jurisprudencia de la Corte modificada (Sentencia C-179 de 2002), con lo cual podrán tomar parte en la solicitud y votación de la revocatoria todos aquellos ciudadanos del censo electoral municipal o departamental respectivo, aunque no hayan participado en la elección del funcionario cuyo mandato se cuestiona.

3.7 El intrincado camino para la regulación de las veedurías ciudadanas como forma de participación

La temática de las veedurías no fue regulada por la ley 134 de 1994, que sólo hizo breve alusión a la participación democrática de las organizaciones civiles (veedurías ciudadanas) por considerar que tales asuntos son materia de Ley ordinaria. Al respecto, en Sentencia C-180 de 1994, la Corte Constitucional advierte que

Encuentra inconstitucional la degradación de rango de la Ley que debe ocuparse de desarrollar el inciso final del artículo 103 y el artículo 270 de la Constitución [...] no puede la Corte aceptar la diferenciación caprichosa entre los mecanismos de participación política y los llamados a operar en esferas diferentes de la electoral, pero igualmente decisivas en la definición

33 Leyes Estatutarias 131 de 1994 y 134 de 1994, Sentencias C-011 de 1994 y C-180 de 1994.

de los asuntos colectivos, como son las que corresponden a los órdenes social, económico, cultural y administrativo.

La trascendencia que tiene la regulación de los mecanismos de participación en planos distintos del político o electoral ha sido previa e inequívocamente decidida por el Constituyente. Este no restringió en el artículo 152, literal d) de la Carta la reserva de ley estatutaria para los mecanismos políticos. En ningún campo, sea social, administrativo, económico o cultural, tales mecanismos o instituciones son del resorte de la ley ordinaria. Todos lo son de rango estatutario, de manera única y exclusiva³⁴.

Con todo, en el año 2000 el legislador aborda el tema de las veedurías ciudadanas mediante Ley ordinaria (Ley 563 de 2000), desatendiendo los anteriores planteamientos de la Corte Constitucional. La consecuencia lógica de lo anterior, perfectamente previsible por demás, fue que la declaratoria de inexecutable de tal Ley ordinaria, mediante Sentencia C-1338 de 2000. De modo que sólo en el año 2003 (nueve años después de ponerse en vigencia la Ley 134 y doce años después de ser aprobada la Constitución) el Congreso de la República aprobó la Ley Estatutaria de Veedurías Ciudadanas (Ley 850 de 2003, Sentencia C-292 de 2003)³⁵, norma que define en su artículo primero las veedurías ciudadanas, luego indica el procedimiento para su constitución, su objeto y ámbito de ejercicio, así como los objetivos de las veedurías (artículo 6), entre los que se destaca “Fortalecer los procesos de participación ciudadana y comunitaria en la toma de decisiones, en la gestión de los asuntos que les atañen y en el seguimiento y control de los proyectos de inversión”. Seguidamente la norma señala los principios rectores de las veedurías (democratización, autonomía, transparencia, igualdad, responsabilidad, eficacia, objetividad, legalidad) y finalmente se alude a las funciones de las veedurías, medios y recursos para su funcionamiento, etc.

4. BREVES NOTAS SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS ANTERIORES MECANISMOS EN MATERIA AMBIENTAL

Cabe decir que en materia ambiental es perfectamente posible hacer uso de diversos mecanismos de participación ciudadana previstos en la Constitución y regulados en las respectivas Leyes Estatutarias. Quizá uno de los más destacados es la *consulta popular*, que bien puede ser desarrollada no sólo a nivel nacional, sino también en los ámbitos departamental, municipal o local, con fundamento en los artículos 105 de la Constitución y el artículo 8° de la Ley Estatutaria 134 de 1994.

34 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-180 de 1994.

35 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-292 de 2003. Bogotá. Magistrado Ponente: Eduardo Montenegro Lynett.

Pero además de la consulta popular, cuya especial aplicabilidad al momento de adoptar decisiones relevantes en materia ambiental es evidente, es preciso hacer al menos breve alusión a la incidencia y aplicabilidad en materia ambiental de otros mecanismos previstos en la Ley 134 de 1994, tales como la posibilidad de presentar proyectos normativos en materia ambiental a través del mecanismo de la *iniciativa popular*; en caso de que tales proyectos no sean aprobados por la corporación respectiva podría solicitarse un *referendo aprobatorio* (advirtiendo que en el caso del referendo constitucional requiere previa ley de convocatoria, pero en los demás casos -referendo sobre proyectos de Ley, de Ordenanza, de Acuerdo o de Resolución- no requiere el aval de la corporación respectiva sino que logrado el apoyo del 10% del censo electoral se convocaría directamente a votación).

De otro lado, existe la posibilidad de que el Gobierno Nacional recurra a mecanismos como el *plebiscito* antes de adoptar decisiones que se tengan proyectadas en materia ambiental y que tengan un impacto nacional, evento en el cual se espera que lo decidido en el plebiscito oriente esas futuras decisiones del ejecutivo.

Otro mecanismo como el *cabildo abierto* genera la posibilidad de que los ciudadanos participen en las discusiones que se adelanten en concejos municipales y juntas administradoras locales, de modo que se posibilite escuchar cuál es el sentir de los ciudadanos en relación con problemáticas ambientales o asuntos que los mismos ciudadanos de la respectiva localidad estimen pertinente discutir.

Desde luego, existirá siempre la posibilidad de que los ciudadanos recurran a mecanismos de participación-control tales como el *referendo derogatorio* para dejar sin efecto ciertas normas que se ocupen de asuntos relacionados con el medio ambiente y que sean consideradas inconvenientes por los ciudadanos, o la misma *acción de inconstitucionalidad* ante la Corte Constitucional (artículo 241 Constitución Política) o la *acción de nulidad por inconstitucionalidad* ante la Jurisdicción Administrativa (artículo 237 num.2 Constitucional) cuando se considere que tales normas son violatorias de la Constitución.

Existen además otros mecanismos de participación-control tales como las *veedurías ciudadanas*, que permiten hacer una vigilancia a proyectos y en general a la gestión pública, de indudable aplicación como forma de vigilancia frente a determinaciones y proyectos que puedan generar un impacto ambiental negativo.

Finalmente, no resulta descartable que en caso de graves desaciertos de gobernadores o alcaldes que desatiendan lo previsto en su programa de gobierno en asuntos relacionados con políticas ambientales, los ciudadanos puedan cuestionar dicha gestión a través del que quizá es más drástico y contundente de los mecanismos de participación, cual es la *revocatoria del mandato*.

Desde luego, vale recordar que en etapas posteriores de este proceso investigativo se hará una ampliación sobre estos tópicos, a la vez que se evaluará el rol del juez en tanto garante del derecho a la participación. Por lo pronto, con respecto al asunto específico de la participación en la protección del medio ambiente, vale recordar la especial relevancia que el Constituyente de 1991 atribuyó a las temáticas ambientales, no sólo mediante la incorporación de los derechos colectivos (artículo 79) y mecanismos para su protección como las acciones populares (artículo 88) sino en general mediante el recurrente énfasis en la importancia de la protección del medio ambiente, al punto que suele aludirse a la Carta de 1991 como una “Constitución ecológica”, una “Constitución verde”.

Pues bien, en el propósito de poner en conexión, poner a dialogar dos temáticas que resultan de la mayor importancia en el marco de la actual Carta Política y que sólo aparentemente están desligadas como son la *protección del medio ambiente* y la *participación ciudadana*, resulta útil examinar cómo se asume, desde el punto de vista del derecho, el *rol* del ciudadano y de la comunidad en materia ambiental, pues en medio de este concepto amplio de participación al que se ha hecho alusión, se enmarca el artículo 79 Constitucional cuando señala que: “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. *La Ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo [...]*”

Así las cosas, tenemos entonces un escenario en el cual aparecen protagonistas como el ciudadano y la comunidad, quienes en el marco de la actual Constitución están llamados a participar en diversas esferas de la vida en sociedad y una de ellas es precisamente la relativa a la protección del medio ambiente, asunto de la mayor relevancia al cual se refiere la Corte Constitucional en los siguientes términos:

[...] 5. La participación ciudadana y comunitaria en la protección del ambiente y de los recursos naturales tiene sólidos fundamentos en la Constitución Política. El carácter democrático, participativo y pluralista del Estado (C.P. art. 1), el principio de participación de todos en las decisiones que los afectan (C.P. art. 2) y la soberanía popular (C.P. art. 3), establecen un modelo político muy definido que moldea las relaciones individuo-Estado, particularmente en aspectos tan sensibles y vitales para todos como es el tema ambiental.

6. El Constituyente elevó a la categoría de derecho colectivo el goce de un medio ambiente sano, y dispuso que la ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo (C.P.art.79)³⁶

Por su parte, en Sentencia C-671 de 2001, la Corte destaca que la protección del medio ambiente constituye garantía de la supervivencia de las generaciones presen-

36 Corte Constitucional. Sentencia C-328 de julio veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cinco (1995). Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

tes y futuras y en consecuencia ha sido entendido como una prioridad dentro de los fines del Estado, ligado al deber de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. Retomando ideas expuestas en Sentencias tales como la T-411 de 1992 y T-046 de 1999, la Corte resalta que

En cuanto hace parte del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras, el medio ambiente se encuentra al amparo de lo que la jurisprudencia ha denominado “Constitución ecológica”, conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección. [...] En efecto, una lectura sistemática y armónica de las normas que orientan la concepción ecologista de la Constitución Política, particularmente de los artículos 2º, 8º, 49, 58, 67, 79, 80 y 95-8, permite entender el sentido que jurídicamente identifica este fenómeno. *Así, mientras por una parte se reconoce el medio ambiente sano como un derecho del cual son titulares todas las personas -quienes a su vez están legitimadas para participan (sic) en las decisiones que puedan afectarlo y deben colaborar en su conservación-*, por la otra se le impone al Estado los deberes correlativos de: 1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera. (se resalta)³⁷.

Ahora bien, en una primera aproximación a la jurisprudencia constitucional se advierte que la Corte no duda en otorgar un especial efecto a la participación ciudadana en materia ambiental cuando se trata de asuntos que involucran comunidades indígenas. En tal sentido, y teniendo en cuenta lo prescrito en el Parágrafo del artículo 330 Constitucional en virtud del cual se estipula que “La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”, la Corte Constitucional en Sentencia SU-039 de 1997 señala:

[...] se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las

37 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-671 de junio 28 de 2001, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. [...] la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales [...] a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. [...] El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación³⁸.

En la misma línea se destaca la Sentencia C-030 de 2008, donde la Corte declara inexecutable la Ley General forestal (Ley 1021 de 2006) por considerar que al tramitar el proyecto no se garantizó suficientemente a las comunidades indígenas el derecho a la participación. En dicha Sentencia la Corte señala que:

El derecho general de participación que tienen las comunidades indígenas de acuerdo con nuestro ordenamiento superior, encuentra una manifestación especial en las previsiones del convenio 169 de la OIT, que hacen parte del bloque de constitucionalidad y conforme a las cuales los gobiernos deben “... consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” [...] La adopción de la ley debió haberse consultado con esas comunidades [...]

Esa consulta, que tiene unas características especiales, no se cumplió en este caso [...] razón por la cual la Corte concluye que, dado que la ley versa sobre una materia que se relaciona profundamente con la cosmovisión de esas comunidades y su relación con la tierra, y que, por acción o por omisión, es susceptible de afectarlas de manera directa y específica, no hay alternativa distinta a la de declarar la inexecutable de la ley³⁹.

38 Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

39 Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2008. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

5. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Es pertinente concluir este texto efectuando un breve diagnóstico sobre la participación ciudadana en Colombia mirado el asunto desde una perspectiva ya no estrictamente jurídica sino teniendo en cuenta algunos componentes de orden socio-político. Para ello se retomarán algunos planteamientos formulados por María Teresa Uribe de Hincapié en evento celebrado con ocasión de la primera década de vigencia de la actual Constitución Política⁴⁰. Al respecto, conviene iniciar este acápite conclusivo destacando que la forma como fue asumido en la Constitución Política el tema de la participación ciudadana, la trascendencia que se le dio a dicha temática y la forma como ello se reflejó en la gramática constitucional, hizo que el asunto contara con una buena aceptación por parte de los ciudadanos, los analistas y expertos, quienes generalmente resaltaban las bondades del modelo participativo. No obstante, al surgir la reglamentación, al constatar la escasa aplicación de tales mecanismos, el panorama fue cambiando hasta producirse un generalizado sentimiento de desconcierto, sensación que es sintetizada por María Teresa Uribe cuando expresa: “Hace diez años abrigábamos la esperanza de que la democracia participativa fuese algo así como la clave que abriría todas las puertas bloqueadas por siglos de exclusión y de abandono [...] Hoy predomina el desencanto y un sentimiento vago de cansancio”⁴¹.

Es importante auscultar y tratar de hallar las razones de ese cansancio, de esa desesperanza, para lo cual resulta pertinente la mirada que propone Uribe de Hincapié, cuando en su diagnóstico sobre “las promesas incumplidas de la democracia participativa”, dicha autora aborda un aspecto fundamental para entender el asunto, al preguntarse si lo que hizo crisis fue la democracia participativa como tal, o en cambio fue el discurso fundacional, épico y mesiánico, con el que fue presentada; los lenguajes políticos a los que dio lugar y quizá también un tipo de diagnóstico sociopolítico sobre la democracia participativa que no logró situarse en el registro de la guerra, contentándose con señalar causas posibles y efectos manifiestos, y que además desestimó la fluidez y la capacidad adaptativa de las prácticas políticas clientelistas en Colombia⁴².

40 María Teresa Uribe de Hincapié, “Las promesas incumplidas de la democracia participativa”, en: Víctor Manuel Moncayo et al., *El debate a la Constitución (Memorias del Seminario de evaluación diez años de la Constitución colombiana)*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001), Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia e ILSA, 2002.

41 *Ibid.*, p. 191.

42 *Ibid.*, p. 192.

Es importante la conclusión a la cual conduce el planteamiento formulado por la autora, pues en virtud de lo expuesto resulta claro que las promesas incumplidas de la participación no son atribuibles, o al menos no son exclusivamente imputables, a esta forma de acción política y por ende no hay que pensar que la democracia participativa está destinada a un rotundo fracaso. Así, entonces, cuando María Teresa Uribe se pregunta ¿qué queda de la participación política?, no duda en ofrecer una respuesta, que bien vale la pena adoptarla como conclusión de este análisis:

A lo largo de esta década, la democracia participativa sufrió su propio proceso de secularización; dejó de ser épica, mesiánica y salvificadora, hoy se la mira con una muy saludable incertidumbre y quizá de una manera más realista; identificando sus ventajas y sus limitaciones, entendiendo que su expansión no es ascendente y globalizante, sino que está atada a los ciclos de movilización social y que presenta un desarrollo desigual en las localidades y en las regiones.

La democracia participativa y directa dejó de ser el centro iluminador de la vida política; la clave que abría todas las puertas y que solucionaba todas las fracturas, desigualdades e inequidades de la vida social para encontrar su propia esfera de acción, tal vez más restringida y necesitada de complementariedades con otras formas de acción política como la representativa por ejemplo[...] En suma, los procesos de secularización y de descentramiento de la democracia participativa, aunque han traído desesperanza, frustración y desencanto, son saludables y benéficos para el devenir de la vida política colombiana en la medida en que “descargan” esa forma de acción política de expectativas que van más allá de sus posibilidades⁴³.

BIBLIOGRAFÍA

- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Las instituciones legislativas de la democracia directa*, Madrid, Tecnos, 1982, p. 4215.
- BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. Traducción de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 3 ed., 2001.
- CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. *Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas. Título VI. De la rama legislativa*. Bogotá, La Comisión, 1998.
- _____, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Las nuevas líneas de la jurisprudencia*, Bogotá, Temis, 2 ed., 2009.

43 *Ibid.*, p. 207.

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Echeverri Uruburu, Álvaro. “La convivencia democrática como objetivo central de la reforma a la Constitución”. *Gaceta Constitucional (A.N.C)*. (48). Bogotá, abr.12, 1991, pp.5-11.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA Ley 131 de 1994.

_____. Ley 134 de 1994.

_____. Ley 472 de 1998.

_____. Ley 741 de 2002.

_____. Ley 850 de 2003.

_____. Proyecto de Ley # 92 de 1992 –Senado de la República-, *Gaceta del Congreso*, (23), Bogotá, año 1, ago.11, 1992, pp. 1-11.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-089 de marzo 3 de 1994. Bogotá, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia C-180 de abril 14 de 1994. Bogotá, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

_____. Sentencia C-328 de julio 27 de 1995. Bogotá, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia C-021 de enero 23 de 1996. Bogotá, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia SU-039 de 1997, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

_____. Sentencia C-671 de junio 28 de 2001. Bogotá, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

_____. Sentencia C-179 de marzo 12 de 2002. Bogotá, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

_____. Sentencia C-292 de abril 8 de 2003. Bogotá, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

_____. Sentencia C-030 de 2008. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho: examen de situaciones colombianas*. Bogotá, Ediciones Uniandes, 1993.

_____. “Los límites de la democracia participativa”. En: Londoño Osorio, Juan Fernando et al. *Sociedad civil, control social y democracia participativa*. Bogotá, Fescol, 1997, pp. 39-64.

_____. *Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas. Título IV. De la participación democrática y de los partidos políticos*. Bogotá, La Comisión, 1997.

PÉREZ TORO, William Fredy. “Constitución y reglamentación”. *Estudios Políticos*. (4). Medellín, jul.-dic., 1993, pp. 73-90.

- RESTREPO MORENO, Luis Alberto. “La participación ciudadana: participación tutelada o participación abierta?”. En: Londoño Osorio, Juan Fernando et al. *Sociedad civil, control social y democracia participativa*. Bogotá, Fescol, 1997, pp. 27-38.
- SARTORI, Giovanni. *Teoría de la democracia*. Trad. Santiago Sánchez González. Tomo 1. Madrid. Alianza, 1998.
- URIBE DE HINCAPIÉ, María Teresa. “Las promesas incumplidas de la democracia participativa”. En: Moncayo, Víctor Manuel et al., *El debate a la Constitución (Memorias del Seminario de evaluación diez años de la Constitución colombiana)*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001), Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia e ILSA, 2002, pp. 143-156.
- _____. “Lo viejo y lo nuevo en la crisis política colombiana”. *Estudios Políticos*. (7-8). Medellín, dic. 1995-jun.1996, pp.78-90.
- VARGAS VELÁSQUEZ, Alejo. “La participación ciudadana: posibilidades y límites”. *Política colombiana*. 4(2). Bogotá, 1994. pp. 33-41.
- ZULETA, Estanislao. “La participación democrática en Colombia”. *Revista Universidad de Antioquia*. 56 (212). Medellín, abr.-jun., 1988, pp. 4-9.



Autora: Alejandra Echeverri Jaramillo

Título: Edgar Morin

Técnica: Óleo con espátula

Dimensiones: 100 x 70

Año: 2009

EFICACIA DE LOS DERECHOS SOCIALES: ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE TUTELA Y DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA SU PROTECCIÓN EN LA SUBREGIÓN DEL MAGDALENA MEDIO ANTIOQUEÑO*

* Informe final de la investigación “Eficacia de los derechos sociales: análisis de las sentencias de tutela y de las políticas públicas para su protección en la subregión del Magdalena Medio Antioqueño 2001-2007.” Financiado por el Comité para el Desarrollo de la Investigación –CODI– y por la Dirección de Regionalización de la Universidad de Antioquia en la convocatoria de proyectos de menor cuantía para el año 2008. El desarrollo de este trabajo no hubiera sido posible sin el apoyo del coinvestigador y estudiante de la sede Puerto Berrío de la Universidad de Antioquia, Cristian Leonel Guardia López y sin la labor de los ocho auxiliares de investigación del proyecto.

Fecha de recepción: 11 de abril de 2010

Fecha de aprobación: 26 de mayo de 2010

EFICACIA DE LOS DERECHOS SOCIALES: ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE TUTELA Y DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA SU PROTECCIÓN EN LA SUBREGIÓN DEL MAGDALENA MEDIO ANTIOQUEÑO

*Luisa Fernanda Cano Blandón***

RESUMEN

La implementación de políticas públicas constituye el instrumento por excelencia para lograr la eficacia normativa de los derechos constitucionales, especialmente de los llamados derechos sociales, lo cual, hasta ahora, ha sido más una labor de los jueces constitucionales que de los órganos democráticos. Por tanto, se espera que ante la existencia de políticas públicas para atender tales derechos, se reduzca el número de acciones de tutela para demandar su protección en casos particulares. En el proyecto de investigación desarrollado en los municipios de Maceo, Puerto Nare y Puerto Berrío, se analizó la protección de los derechos sociales por parte de los jueces constitucionales vía acción de tutela como indicador de su garantía –o ausencia de ésta– mediante acciones públicas.

Palabras clave: Derechos sociales, políticas públicas, enfoque de derechos, juez constitucional.

EFFECTIVENESS OF THE SOCIAL RIGHTS: ANALYSIS OF THE “TUTELA” JUDGMENT AND THE PUBLIC POLITICS FOR THEIR PROTECTION IN THE MAGDALENA MEDIO IN ANTIOQUIA

ABSTRACT

The implementation of public politics constitutes the instrument par excellence for attain the normative efficacy of the constitutional rights, specially the calls social rights, which, up to now, has been a work of the constitutional judges and don't a work of democratic organs. In this way, is expected that before the existence of the public politics for attend those rights, the number of “tutela” actions for demand their protection in particular cases reduces. In the project of investigation development in the towns of Maceo, Puerto Nare and Puerto Berrío, was analyzed the protection of social rights made for the constitutional judges through “tutela” action how indicator of their guarantee – or absence of this- by means of public actions.

Keywords: Social rights, public politics, focus of rights, constitutional judge.

** Magíster en Gobierno y Asuntos Públicos de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), Sede México. Abogada de la Universidad de Antioquia. Profesora de tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Miembro del Grupo de Investigación Derecho y Sociedad. Correo electrónico luisafcano@yahoo.com.mx

EFICACIA DE LOS DERECHOS SOCIALES: ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE TUTELA Y DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA SU PROTECCIÓN EN LA SUBREGIÓN DEL MAGDALENA MEDIO ANTIOQUEÑO

Este escrito busca cumplir tres propósitos. En primer lugar, presentar la fundamentación conceptual y la metodología del proyecto de investigación que da origen a las reflexiones que aquí se sugieren, proyecto desarrollado en el Magdalena Medio antioqueño con el apoyo de un estudiante coinvestigador y ocho auxiliares de investigación que se encargaron de fichar cerca de quinientos expedientes de tutela en los municipios de Puerto Berrío, Puerto Nare y Maceo, fichas que sirvieron de fuente para analizar los derechos invocados y protegidos en las sentencias de tutela estudiadas y comparar la protección de derechos sociales desde el punto de vista judicial y desde las políticas públicas, en materia social, diseñadas en los mencionados municipios de esta subregión antioqueña.¹

El segundo propósito es abordar las políticas públicas, en el campo social, como una opción para la exigibilidad no judicial de los derechos sociales,² así como la referencia jurisprudencial del concepto de políticas públicas en el país a partir de la figura del estado de cosas inconstitucional y, la eventual creación jurisprudencial de un derecho subjetivo a políticas públicas inexistente, hasta el momento, en el ordenamiento positivo nacional. Así mismo, en este punto, se pretende abordar el concepto de políticas públicas con enfoque de derechos como una posibilidad de conciliar lo aparentemente inconciliable, el discurso de los derechos y la lógica económica de la asignación y distribución de recursos fundamentada en el principio de escasez y en la eficiencia de las políticas públicas.

1 Los municipios que hacen parte de esta subregión son Puerto Berrío, Puerto Nare, Maceo, Caracolí, Yondó y Puerto Triunfo. La información se recolectó en los juzgados ubicados en los tres primeros municipios, en virtud de la distancia que existe entre la seccional de la Universidad de Antioquia ubicada en Puerto Berrío, a la cual pertenecen los auxiliares de investigación, y los municipios que fueron descartados para el rastreo.

2 Cano Blandón, Luisa Fernanda (2005). “Un derecho puede ser exigido por su titular mediante múltiples mecanismos –considerando las vías legales, obviamente– tales como protestas y manifestaciones públicas, petición por vía administrativa de su cumplimiento, huelgas, entre otros (...) En cambio, decimos que un derecho es justiciable, o que se caracteriza por su justiciabilidad, cuando es posible que su titular ponga en conocimiento de la autoridad judicial pertinente, la vulneración de su derecho, con el fin de que sea el juez quien imponga coactivamente el cumplimiento de la obligación”.

Y en tercer y último lugar, el escrito presenta los resultados del trabajo empírico desarrollado en los mencionados municipios del Magdalena Medio antioqueño, cuya información permitió explorar la relación existente entre las dos vías principales para la protección de los derechos sociales: una que podría denominarse *principal*, mediante la formulación y ejecución de políticas públicas del orden local que garanticen el bien jurídico que protegen³ y otra *subsidiaria*, mediante sentencias de tutela dirigidas a la protección de los derechos sociales en casos concretos frente a la posible amenaza de su violación o frente a su violación efectiva.

En este sentido, existe una relación inversamente proporcional entre acción de tutela y políticas públicas, según la cual, “en la medida en que las políticas públicas contribuyan al pleno ejercicio de los derechos, la población tendrá menos motivos para acudir a los mecanismos judiciales para reclamarlos”, (Pérez Murcia, 2007: 75) en otras palabras, se espera que a mayor gasto público social, menor número de acciones de tutela se interponga solicitando la protección de derechos sociales. A la inversa, si el número de acciones de tutela incoadas es alto o incrementa, puede entenderse como una señal de ausencia de políticas públicas en materia de derechos sociales o como síntoma de que, pese a su existencia, tales políticas presentan deficiencias.

Por lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008, relativa al derecho a la salud, estableció como indicador del cumplimiento de su providencia, la reducción de la presentación de acciones de tutela en el país para acceder a los servicios de salud.

Durante más de una década las personas han tenido que acudir a la acción de tutela para que la justicia resuelva controversias que habrían podido ser dirimidas de manera general por los órganos competentes de regulación. Este fenómeno *constituye un claro indicio* acerca de las fallas en la regulación del sistema de salud, lo cual a su vez es el fundamento de las órdenes generales atinentes a corregir dichos problemas. Por esta razón, las decisiones que adopten los órganos de regulación encaminados a cumplir la presente sentencia deben necesariamente conducir a un resultado que facilite el acceso de las personas a los servicios de salud y que eventualmente disminuya la proporción de tutelas presentadas para ello.

(...)

Tales indicadores son de enorme trascendencia y significación para verificar si los objetivos de la política pública en materia de salud se están logrando y si los medios diseñados para alcanzarlos son idóneos.⁴ [Cursiva fuera de texto]

3 En este caso nos referimos a la alimentación, la salud, la educación, el trabajo, la seguridad social y la vivienda (Arango: 2005:347).

4 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Esta inquietud, que motivó la ejecución del proyecto en mención, se inscribe dentro de un interrogante de mayor trascendencia acerca de la relación entre el derecho, los derechos y las políticas públicas. Al respecto vale la pena hacer una primera aclaración: la lengua inglesa diferencia los términos *politics* y *policy*, para referirse a la actividad de consecución y permanencia en el poder, el primero; y al instrumento por medio del cual se pretende dar tratamiento a los problemas públicos, el segundo.⁵

En español, en contraste, utilizamos el término “política” para ambas definiciones y la forma como se han diferenciado, hasta ahora, es usando en plural el segundo concepto al hablar de las políticas. Similar situación sucede con el término “derecho”, puesto que en español lo usamos indistintamente para aludir al conjunto de instituciones que regulan el comportamiento humano, como para hacer referencia a la facultad otorgada a un sujeto para exigir el cumplimiento de determinado bien jurídico.

En inglés, por el contrario se utiliza el término *law* para el primer concepto y *right* para el segundo. Por lo anterior, es necesario explorar la relación entre las políticas públicas y el derecho como marco regulador de competencias –entendido como *law*– por un lado y, entre éstas y los derechos –entendidos como *rights*– por el otro. Esta última denominación, es la que permite acercarnos al llamado enfoque de derechos en las políticas públicas que se abordará en el segundo apartado.

La ejecución de la investigación se dividió en dos etapas, la primera buscaba explorar y recolectar información sobre las acciones de tutela falladas entre 2001 y 2007, tarea que se llevó a cabo en ocho despachos judiciales: los seis juzgados del municipio de Puerto Berrío y los Juzgados Promiscuos de Puerto Nare y Maceo, fichándose un total de 478 expedientes de tutela archivados en cada despacho. Posteriormente se sistematizó la información en el programa estadístico Epi Info.⁶

5 Salazar Vargas (2009:32) indica que “la palabra política tiene tres acepciones bien diferentes. La primera corresponde a la expresión inglesa *politics* con la cual se designa la práctica de la competencia política, especialmente entre partidos y a través de estrategias desarrolladas por los políticos profesionales. Es la actividad dirigida a la conquista, ejercicio y mantenimiento del poder o, como algunos lo denominan, es “el arte de lo posible”. La segunda hace referencia al vocablo inglés *polity* con la cual se entiende la estructura y la organización política. La tercera es el vocablo *policy* (*policies* en plural) con significado de directriz o curso definido de acción, deliberadamente adoptado y perseguido para conseguir un determinado fin”.

6 En cada juzgado se realizó un inventario del número de acciones de tutela presentadas entre enero de 2001 y diciembre de 2007, con los libros radicadores de cada año, obteniendo un total de 800 acciones y se decidió revisar la totalidad de expedientes encontrados de este periodo, pese a lo cual el inventario no coincidió con el número de fichas elaboradas (478) por varias circunstancias, entre ellas el envío de la acción, después de admitida, a otro despacho competente o la duplicidad de la información en los libros radicadores, hecho que se tuvo en cuenta para el análisis estadístico. La distribución de expedientes revisados por juzgado es la siguiente: 57 en el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Berrío a cargo del auxiliar de investigación Juan Alberto Zapata Zapata y del coinvestigador Cristian Leonel Guardia López; 77 en el Juzgado Promiscuo de Familia de Puerto Berrío a cargo del auxiliar Luis Eduardo Peláez Jaramillo; 69 en el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío a cargo del auxiliar Gonzalo Andrés Giraldo Marín; 89 en el Juzgado Civil de Circuito de

La segunda etapa consistió en la revisión de normas y documentos que dieran cuenta de las acciones públicas implementadas en el periodo de análisis en materia social en los municipios objeto de estudio, información que se complementó con entrevistas a actores sociales y políticos con incidencia en estos municipios. El paso final de la investigación consistió en verificar si, en efecto, se ha reducido el número de acciones de tutela presentadas en la subregión en respuesta al diseño e implementación de políticas públicas en materia de derechos sociales, los mismos que, hasta el momento, han tenido una precaria protección en los municipios del Magdalena Medio antioqueño que hicieron parte de la investigación; ello se puede verificar en el Índice de Necesidades Básicas Insatisfechas –NBI–, el cual indica que el 38.4% de los hogares del municipio de Puerto Berrío no tiene asegurado un nivel mínimo de subsistencia, cifra que se reduce a 35.4% de los hogares en el municipio de Maceo y a 31.9% en Puerto Nare.⁷

1. LOS DERECHOS SOCIALES: TIERRA FÉRTIL PARA EL DISCURSO CONSTITUCIONAL

Los derechos sociales surgen como resultado de la ampliación de los bienes jurídicos que son objeto de protección constitucional en los textos normativos superiores, como consecuencia de la transición normativa y fáctica del Estado Liberal al Estado Social de Derecho y del propósito de adicionar la protección del principio de igualdad a través de los derechos sociales, al principio democrático y a la libertad, protegidos mediante los llamados derechos civiles y políticos, los cuales siguieron ostentando una posición privilegiada frente a los nuevos derechos que hacían el *debut* constitucional en pleno siglo XX.

En la última década y, particularmente en América Latina y en Colombia, el tema de los derechos sociales se ha convertido en un campo abonado del que emergen toda clase de debates jurídicos y políticos, pues aparece como un propicio escenario para articular varias discusiones. Algunas de ellas son: a) la estructura de los derechos sociales con relación a la estructura de los llamados derechos civiles y políticos; b) los mecanismos de protección judicial disponibles para la garantía de

Puerto Berrío a cargo de Geovanny Andrés Agudelo; 62 en el Juzgado Segundo Promiscuo municipal de Puerto Berrío a cargo de Manuel Jaime Monsalve; 30 en el Juzgado Laboral del Circuito de Puerto Berrío a cargo de Juan Felipe Márquez Naranjo; 65 en el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Nare a cargo de Luis Guevara Pérez y 29 en el Juzgado Promiscuo Municipal de Maceo a cargo del auxiliar Oscar Felipe Velásquez Muñoz.

7 Fuente: Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE–. Información producida en el Censo nacional del 2005 y ajustada a diciembre 31 de 2008.

los derechos sociales; c) la identificación del objeto y del sujeto pasivo u obligado frente a los derechos sociales; d) la legitimidad de los órganos judiciales para intervenir en políticas públicas y en planeación económica, aún en contra de la voluntad democrática o, lo que se ha denominado “la dificultad contramayoritaria”⁸ y e) el valor vinculante de la jurisprudencia constitucional que ordena acciones públicas generales más allá del caso concreto.

Estas situaciones han sido abordadas por la doctrina nacional y extranjera, por lo que no es intención de este escrito ahondar en temas que han sido ampliamente discutidos en otros espacios.⁹ Lo que se pretende, en este apartado, es presentar en términos políticos –*politics*– y de políticas –*policies*– una discusión que se ha planteado principalmente desde el ámbito jurídico.

1.1 La lucha por la justiciabilidad pasa por el debate de la fundamentalidad (e incluso de la existencia) de los derechos sociales

Posiblemente el asunto sobre el que más se ha debatido, de los mencionados previamente, es la inexistencia de garantías específicas que permitan la protección en sede judicial de los derechos sociales, lo que ha llevado a desarrollar elaborados –y no pocas veces forzados– argumentos para justificar la justiciabilidad de los derechos sociales y para objetar su aparente carácter de “derechos disminuidos.”¹⁰

En otro espacio¹¹ se ha señalado la posibilidad de abordar este debate desde dos orillas: en una se encuentra el argumento que presenta la disponibilidad de garantías

8 Al respecto Lopera Mesa (2001) sostiene que “la que desde Alexander Bickel se conoce como la «dificultad contramayoritaria» (*The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*, 1962, 2ed., New Haven-London, Yale University Press, 1986, p. 16) agrupa todas las críticas dirigidas contra la justicia constitucional en nombre de la democracia. En ella se mezclan objeciones contra la idea de supremacía constitucional y contra la que en este trabajo denomino opción judicialista, es decir, aquellas que no necesariamente cuestionan la existencia de límites constitucionales al legislador o la necesidad de arbitrar mecanismos de control para hacerlos efectivos, sino la atribución de dicho control a jueces carentes de legitimidad democrática para imponer su opinión a la de la mayoría”.

9 Ver Arango Rivadeneira, Rodolfo (2005) *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá: Universidad Nacional, Legis, 347p.

10 Prieto Sanchis, Luis (1990:185) sostiene que “existe una conciencia general de que los llamados DESC o bien no son auténticos derechos fundamentales y representan una suerte de retórica jurídica, o bien, en el mejor de los casos, son derechos disminuidos o en formación (...) en la filosofía política, al parecer hoy dominante, constituyen la expresión de justicia secundarios, cuando no peligrosas confirmaciones del criterio utilitarista que amenazan el disfrute de las libertades individuales (...) en el panorama que ofrecen los ordenamientos de corte liberal los derechos sociales tienden a situarse en el etéreo capítulo de los principios programáticos, muy lejos de las técnicas vigorosas de protección que caracterizan a los derechos fundamentales”.

11 Ver Cano Blandón, Luisa Fernanda (2005). “Fundamentalidad y exigibilidad de los derechos sociales: una propuesta argumentativa (primera parte)” En: *Revista Estudios de Derecho* Año LXXV, Vol. 062, N°. 140, pp. 215-240.

judiciales como condición *sine qua non* para hablar de la existencia de un derecho; en la otra se encuentra el argumento según el cual la justiciabilidad de un derecho es una consecuencia –y no un requisito– de la existencia de los derechos. La primera posición es defendida, entre otros, por Abramovich y Curtis (2002: 47) quienes sostienen que “lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico para actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida.”¹² En contraste, Alexy (1993:496) indica que “la existencia de un derecho, no puede depender exclusivamente de la justiciabilidad, cualquiera que sea la forma como se le describa; lo que sucede, más bien, es que cuando existe un derecho éste es también justiciable.” La primera postura, en palabras de Atria (2004), alienta la prevalencia de la forma sobre la sustancia, lo que encuentra explicación en la tradicional confusión entre derechos y garantías, que equipara el concepto de derecho al concepto de acción procesal (Cruz Parceró, 2007:77).¹³

Es evidente que la posibilidad de acudir al juez para demandar la protección de un derecho, es una consecuencia del trabajo argumentativo que justifica la necesidad de tal protección, ya sea por la urgencia de la situación, por la conexidad con otros derechos, porque esté dirigido a lograr la dignidad humana o porque se trate de una población merecedora de especial protección.¹⁴ No obstante lo anterior, la justiciabilidad de los derechos sociales en determinadas circunstancias, no excluye la posibilidad de exigir –de modo general y no sólo en casos extremos– políticas públicas para su protección a los órganos democráticos.

Esto es, si bien la elaboración doctrinaria y jurisprudencial de los derechos sociales en Colombia ha permitido avanzar en su protección, es menester pasar del discurso académico a la acción pública, que promueva cambios estructurales en

12 Lo anterior es criticado por Atria (2004:43) de la siguiente forma: “En su alegato por la exigibilidad de los derechos sociales, Abramovich y Curtis parten de una posición que puede parecer extraña, porque parecen preferir el agua sucia de la bañera antes que al bebé: aunque un Estado cumpla habitualmente con la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por el derecho social (...) ningún observador podría afirmar que los beneficiados por la conducta estatal gozan de ese derecho como derecho subjetivo hasta tanto verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento”.

13 Cruz Parceró (2007:77) sostiene que “muchas de las críticas y posiciones escépticas sobre los derechos sociales se apoyan en una concepción positivista sobre lo que son los derechos subjetivos. Para ser más precisos en una concepción kelseniana que entiende que los derechos subjetivos en sentido estricto son poderes que tiene un sujeto para exigirle al Estado el cumplimiento de un deber jurídico de otro sujeto. Esta noción se centra en la idea de acción procesal (...) es reduccionista y tenemos buenas razones para rechazar una estipulación de este tipo, que por lo demás confunde lo que es tener un derecho con tener una garantía”.

14 La Corte Constitucional en sentencia T-227 de 2003 con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett señala “será fundamental todo derecho que funcionalmente esté dirigido a lograr la Dignidad Humana y sea traducible en un derecho subjetivo”.

la situación de los derechos sociales en el país y, no sólo, osadas determinaciones jurisprudenciales.

Por tanto, el siguiente paso es ir más allá de la justiciabilidad y entrar al camino de la exigibilidad de políticas (*policies*) para la satisfacción de los derechos. En otras palabras, la protección general de los derechos sociales no debe depender exclusiva, ni prioritariamente, de un mecanismo como la acción de tutela sino del cumplimiento de la obligación constitucional del Estado de adoptar medidas económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr, progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de tales derechos (Art. 2 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales –PIDESC–).

1.2 ¿Es relevante para políticas públicas la discusión sobre la naturaleza de los derechos sociales como derechos?

Dentro de las objeciones que se erigen contra los derechos sociales se distinguen aquellas que desestiman su carácter fundamental –y con ello su justiciabilidad– de aquellas que cuestionan su existencia misma como derechos.

Las objeciones del primer tipo pueden clasificarse según sean ideológicas, funcionales o prácticas (Cano Blandón, 2005). Las objeciones del segundo tipo, es decir, aquellas que cuestionan la denominación de derechos de las demandas sociales y su incorporación a los textos constitucionales, han tenido lugar a partir, principalmente, del concepto de derecho subjetivo. En este sentido, Atria (2004:15) sostiene que “si la noción de derecho es entendida por referencia a la idea de derecho subjetivo en el sentido jurídico del término, la noción de derechos sociales es una contradicción en los términos.”¹⁵

Paradójicamente –y no en pocas ocasiones– se ha dicho que el derecho posee tal ductilidad que permite la incorporación de los llamados derechos sociales al apreciado formato de los derechos subjetivos.¹⁶ Así, la tesis de Arango (2005:5) es que “los derechos sociales fundamentales son concebibles sin mayores dificultades como derechos subjetivos.”¹⁷

15 Pese a que Atria fundamenta esta afirmación para elaborar un argumento moral de los derechos, resulta valiosa la deconstrucción jurídica que realiza del concepto de derechos sociales para efectos de su relación con las políticas públicas, en la medida en que, si se quiere evitar tal contradicción, “debemos rescatar una forma alternativa de entender el concepto político de derechos” (Atria 2004:15).

16 En contraste, Atria (2004: 33) manifiesta que el lenguaje jurídico como lenguaje institucionalizado tiene limitaciones para expresar el conflicto político, lo que evidencia que las instituciones son dúctiles, pero no completamente.

17 Entendiendo por derecho subjetivo “el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo” (Arango citando a Maurer 2005:9). Esto le permite concluir que todo aquello que cumpla con las siguientes características: una norma jurídica, una obligación jurídica y una posición jurídica, es un derecho subjetivo.

Sin embargo, al sentir de Atria (2004:51) el concepto mismo de derecho subjetivo, es individualista, mientras que los derechos sociales apelan a la solidaridad, a la necesidad de preocuparnos por el otro, sentimiento que se desnaturaliza al ser juridificado, lo que muestra la estrechez del traje liberal para dar cabida a los fines colectivos. Incluso el autor es enfático en señalar que “los derechos sociales no pueden ser exigibles como derechos subjetivos. Para hacer de los derechos sociales derechos jurídicamente exigibles es necesario des-socializarlos” Atria (2005:47).

Pese a ello, se ha insistido en que “los derechos sociales, no podrán vencer a los derechos individuales si no están expresados en el lenguaje de los derechos” (Atria, 2004:27) y, más específicamente de los derechos subjetivos, lo cual, según Haba (2004:8) es una tarea inocua, pues las enunciaciones de los derechos sociales en instrumentos jurídicos, como las Constituciones, sólo posee cierto valor fermental o heurístico, ya que se trata, simplemente, de unos ideales, cuya eficacia depende de condiciones extrajurídicas de tipo económico y cultural. Por tanto, es necesario superar estos “juegos del lenguaje que, en cuanto a la práctica, resultan esencialmente inofensivos. Estos son, puede decirse, más bien unos discursos-pantalla: no se ocupan, en lo esencial, de la realidad, sino que la sustituyen por un «cielo» de papeles y oratorias, una especie de iusteología” (Haba, 2004: 28).¹⁸

En suma, la preocupación por argumentar la justiciabilidad de los derechos sociales, ha desatendido la preocupación por su cumplimiento efectivo y la posibilidad de demandar social y políticamente acciones públicas generales frente a estos. Sin embargo, la conciliación entre derechos y políticas públicas no es un asunto simple.

2. EL ESPINOSO CAMINO DE LOS DERECHOS EN EL DISCURSO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Entendemos las políticas públicas como un flujo de acciones y decisiones intencionalmente coherentes y racionalmente focalizadas, tomadas por actores públicos (que no sólo estatales), sociales y/o privados, con el fin de resolver, de manera puntual, un problema definido como público en la arena política (*politics*), utilizando para ello recursos técnicos, humanos, físicos y económicos de distinta naturaleza y

18 Señala Haba (2004: 28) que “el destino práctico de los derechos económicos no se juega en el papel de las Constituciones, y muchísimo menos en los pergaminos que componen el Derecho Internacional, sino en la complicada madeja que constituyen, conformando el mundo real, las condiciones económico-materiales y también ciertos decisivos factores culturales propios de cada país.” Pese a que coincidimos con Atria en que la eficacia de los derechos va más allá de su consagración formal, tal escepticismo frente al poder regulador del derecho en una sociedad no tiene en cuenta que, bajo ciertas circunstancias, es necesaria la protección judicial de los derechos, por lo que las vías democrática y judicial para su garantía son complementarias y no excluyentes.

cuyo propósito, en últimas, es avanzar en la protección progresiva de los derechos constitucionales.

La definición anterior, pretende reformular el concepto tradicional según el cual, una política pública es una acción gubernamental racional y eficiente para gestionar lo público. Es claro que los teóricos de las políticas públicas pocas veces han mencionado la dimensión jurídica de las políticas y mucho menos han puesto atención al tema de los derechos. De igual forma, la doctrina jurídica ha ignorado por largo tiempo su posición frente a aquellas.

Los primeros, han entendido que el derecho (*law*) es el marco regulador en el que se produce un juego de actores racionales que utilizan la norma como una variable más dentro del complejo proceso de las políticas, es decir, como las reglas de juego, las instituciones que otorgan competencias y límites al proceso de elaboración de políticas.¹⁹ Los juristas, por su parte, han entendido que el concepto de políticas públicas pertenece prioritariamente al campo económico y a la administración pública por lo que, de modo general, este tema no se ha considerado objeto de estudio jurídico.

En los últimos años, sin embargo, tanto la teoría de las políticas públicas como el derecho, han debido replantear su divorcio en virtud de los cambios jurídicos y políticos producidos por las premisas del Neoconstitucionalismo y por la incidencia de los jueces constitucionales en la acción pública.²⁰

2.1 El llamado enfoque de derechos en las políticas públicas

Además de limitar las políticas públicas, de ser su marco regulador y de servir de instrumento para su implementación, el derecho orienta el contenido de las políticas; esto lo hace a través de la consagración de derechos constitucionales (*rights*).

Recientemente, se ha conjugado el lenguaje de las políticas públicas con el discurso de los derechos en la expresión *políticas públicas con enfoque de derechos*, el cual

19 Caillosse (2000:38-39) citado por Sierra Cadena (2009:18) señala que “la teoría de las políticas públicas llegó al mejor conocimiento de su objeto ignorando casi totalmente su dimensión jurídica, puesto que la sociología tomó el papel de disolverla en los juegos de los actores, que los juristas rehúsan a comprometer, introduciendo similares impurezas en el derecho.”

20 Sin lugar a dudas el Neoconstitucionalismo incide en cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la definición del derecho, sobre el estatus de su conocimiento y sobre la función del jurista. Cruz (2006:2) citando a Guastini, sostiene que “la constitucionalización del ordenamiento jurídico ha de entenderse como un proceso de transformación al cabo del cual el ordenamiento resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza así por poseer 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.”

se ha desarrollado doctrinaria y jurisprudencialmente, de manera principal, frente a la garantía de los derechos sociales.

Es indiscutible que las políticas públicas representan una posibilidad para reducir la brecha entre lo normativo y lo fáctico, un instrumento para planear y regular –tal como lo hace la norma– pero también para concertar, ejecutar y evaluar y, aunque contar con una política pública dirigida al cumplimiento de derechos sociales no es garantía de su eficacia normativa, no contar con ella representa una barrera para su desarrollo y el incumplimiento de una obligación constitucional del Estado con su protección.^{21, 22} En la medida en que focalizan la acción pública en virtud de la escasez de recursos, las políticas públicas en materia social permiten atender a las condiciones mínimas para asegurar la vida digna de los destinatarios sobre los que se ha focalizado la orientación de ciertos recursos.²³

En tal sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008, se refirió extensamente al tema de políticas públicas en la parte motiva de su providencia, lo que constituye verdadera doctrina constitucional al respecto en el país. En tal ocasión, esa Corporación expresó:

La Corte no sólo reconoce que la defensa de muchas de las facetas prestacionales de un derecho constitucional requiere acciones variadas y complejas por parte del Estado. También reconoce que les compete a las autoridades constitucionalmente establecidas para tal labor, decidir cuáles son las acciones y medidas necesarias para que se garantice el derecho del accionante. Garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, sean estos de libertad o sociales, es un mandato constitucional que irradia el ejercicio del poder público y determina una de sus funciones principales en un Estado Social de Derecho.

(...)

21 Al respecto Pérez Murcia (2007:73) señala: “cabe advertir que la sola existencia de políticas públicas no determina logros en la materialización de los DESC e incluso, por el contrario, puede darse el caso de que las políticas erijan nuevas barreras para la realización de los mismos”.

22 En igual sentido Roth Deubel (2006:60) indica que “las políticas públicas constituyen las herramientas desarrolladas por el Estado para favorecer y garantizar el cumplimiento y el respeto a estos derechos considerados como bienes públicos fundamentales constitutivos de una sociedad democrática. Por tanto, la formulación y la implementación de las políticas públicas deberían estar diseñadas en función de su utilidad para acercar a la sociedad a estos objetivos. Igualmente la evaluación de las mismas debería realizarse con base en idénticos criterios de libertad, igualdad, justicia y dignidad.”

23 No deja de inquietar la contradicción que se presenta entre el principio de universalidad de los derechos humanos y la focalización –elemento natural– de las políticas públicas. Por ejemplo, en virtud del principio de igualdad, un no-destinatario de una política determinada, que cumple las condiciones para serlo pero que no fue beneficiado por ésta debido a que no alcanzó a ser incluido en su cobertura, ¿podría incoar una acción de tutela para solicitar que el juez constitucional le ordene al responsable de la política incluirlo en ésta, pese a que los recursos ya fueron focalizados?

En consecuencia, se desconocen las obligaciones constitucionales de carácter prestacional y programático, derivadas de un derecho fundamental, *cuando la entidad responsable de garantizar el goce de un derecho ni siquiera cuenta con un programa o con una política pública* que le permita avanzar progresivamente en el cumplimiento de sus obligaciones correlativas.²⁴ [Cursiva fuera del original]

Esta determinación de la Corte Constitucional, concuerda con la normatividad internacional al respecto. El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) y la Observación General número 3 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) de las Naciones Unidas, que data de 1990, se refieren a la naturaleza de las obligaciones de los Estados parte frente al PIDESC. Ésta última precisa que la obligación de “adoptar medidas” es un compromiso incondicionado de los Estados y que éstas deben ser deliberadas, concretas y orientadas claramente hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.

Sin embargo, tal como señala Pérez Murcia (2007:73), “no obstante el deber de los Estados de poner en marcha políticas respetuosas y garantes de los derechos humanos, se advierte un divorcio entre la lógica de los derechos y la lógica de las políticas públicas,” lo que se acentúa desde un concepto tradicional de política pública según el cual las políticas son resultado de una empresa racional llevada a cabo por técnicos en materia presupuestaria que sugieren al gobernante de turno la opción de *policy* más eficiente, es decir, aquella que responde de mejor manera al análisis costo-beneficio.²⁵

Los cuestionamientos por la equidad, la discriminación positiva, el impacto social y cultural de la política y la participación de los destinatarios en la acción emprendida, están lejos de éste concepto, hoy replanteado, en parte, por los afortunados aportes de la escuela francesa de las políticas públicas.

Sin embargo, la práctica de las políticas públicas en Colombia ha permanecido al margen del debate académico sobre el concepto²⁶ y es claro que ha predominado el

24 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda.

25 Tal como lo señalara Merriam (citado por Aguilar Villanueva, Luis F., 1992: 45) “a menos que se incorporen a las operaciones de gobierno mayores dosis y niveles de ciencia, la civilización corre el peligro del capricho, la ignorancia y la pasión.” En este mismo texto Aguilar (1992: 10) explica que la política pública no es más que “una disciplina que pretende contribuir a la elaboración de decisiones públicas más eficaces que, sin cuentos y con sustancia, sean capaces de ir abandonando oportuna y sistemáticamente desoladores problemas y defectos públicos.”

26 Ver Cuervo, Jorge Iván (2007). Las políticas públicas, entre los modelos teóricos y la práctica gubernamental. En: Ensayos sobre políticas públicas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 65-96.

enfoque economicista que prioriza la simpleza del análisis presupuestario y pasa por alto que quien diseña o ejecuta una política pública no sólo necesita sacar adelante una acción eficiente sino, además, democráticamente construida y orientada hacia el cumplimiento de los derechos constitucionales.

Estas tres condiciones que debe cumplir toda política pública (eficiencia, participación democrática y enfoque de derechos) fueron indicadas –o más precisamente ordenadas– por la Corte Constitucional en la sentencia mencionada previamente de la siguiente forma:²⁷

La jurisprudencia constitucional ha precisado tres condiciones básicas, a la luz de la Constitución Política, que debe observar toda política pública orientada a garantizar un derecho constitucional. La primera condición es que *la política efectivamente exista*. No se puede tratar de unas ideas o conjeturas respecto a qué hacer, sino un programa de acción estructurado que le permita a la autoridad responsable adoptar las medidas adecuadas y necesarias a que haya lugar (...)

La segunda condición es que la finalidad de la política pública debe tener como prioridad *garantizar el goce efectivo del derecho*. En tal sentido, por ejemplo, no puede tratarse de una política pública tan sólo simbólica, que no esté acompañada de acciones reales y concretas. Así pues, también se viola la Constitución cuando existe un plan o un programa, pero se constata que (i) “sólo está escrito y no haya sido iniciada su ejecución” o (ii) “que así se esté implementando, sea evidentemente inane, bien sea porque no es sensible a los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho en cuestión, o porque su ejecución se ha diferido indefinidamente, o durante un período de tiempo irrazonable” (Cita de la sentencia T-595 de 2002).

La tercera condición es que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública *permitan la participación democrática*. En tal sentido, la jurisprudencia ha considerado inaceptable constitucionalmente que exista un plan (i) que no abra espacios de participación para las diferentes etapas del plan, o (ii) que sí brinde espacios, pero éstos sean inocuos y sólo prevean una participación intrascendente. [Cursiva fuera del original]

Una política pública tendrá enfoque de derechos si su objetivo, referente e indicador es la garantía de los derechos constitucionales y no, exclusivamente, la eficiencia presupuestaria.²⁸

27 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda.

28 Sobre el tema de indicadores sociales ver Pérez Murcia, Luis Eduardo (2007) ¿Cómo medir el cumplimiento de los derechos sociales?, un modelo de indicadores para monitorear y evaluar el disfrute del derecho a la educación. En: Los derechos sociales en serio, Bogotá: De Justicia, pp.131-177.

2.2 Del discurso a la práctica del enfoque de derechos

En cuanto a la forma de llevar a la práctica el enfoque de derechos en el diseño de una política en materia de derechos sociales, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ha aportado a este asunto en sus Observaciones Generales.

Así, por ejemplo, frente al derecho a la educación, la Observación General número 13 dispone como características de este derecho la asequibilidad o disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la adaptabilidad, lo que se ha conocido como las 4A. Así mismo, se ha hablado del método PANEL (Participation, Accountability, No discrimination, Empowerment, Linkage) de las 4P (Progresividad, Priorización, Presupuesto y Participación) y de los Objetivos del Milenio como criterios para verificar el cumplimiento de los derechos en las acciones públicas. Igualmente y, haciendo énfasis en el desarrollo humano, el enfoque de derechos parte de principios como: la universalidad, la no regresividad, la igualdad, la no discriminación, la integralidad de todos los derechos, la participación activa de los titulares de derechos y de la rendición de cuentas de los portadores de obligaciones.

En todo caso, no basta con que el documento que contiene la política pública señale que ésta tiene enfoque de derechos como un asunto retórico y de legitimación, la asignación presupuestal, la cobertura, la naturaleza de las acciones y el tiempo de ejecución, entre otros asuntos, deben atender a la garantía del derecho para hablar de la existencia de tal enfoque.

En síntesis, la jurisprudencia constitucional no admite políticas de papel, meramente simbólicas o documentos que sirvan de disfraz y distracción frente a la desatención a los problemas públicos y a la violación sistemática de derechos que redunden en un estado de cosas inconstitucionales.²⁹

29 La Corte Constitucional en sentencia T-025 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, señaló que “Se está ante un estado de cosas inconstitucional cuando *“(1) se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas -que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales - y (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales.* Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.”

Con la sentencia T-760 de 2008, entre otras, la Corte Constitucional ha asumido el papel de ente ordenador, regulador y supervisor de la ejecución de políticas públicas en el país, por lo que pasamos de hablar de la judicialización de la política (*politics*) a la judicialización de las políticas (*policies*).

Uprimny (2008:82), explica que la judicialización de la política se refiere al hecho,

(...) de que ciertos asuntos que tradicionalmente habían sido decididos por medios políticos y que se consideraba que eran propios de la política democrática, empiezan a ser crecientemente decididos por los jueces, o al menos son fuertemente condicionados por decisiones judiciales, lo cual implica, a su vez, que muchos actores sociales empiezan a formular sus demandas en términos jurídicos [lo que] supone (...) una modificación de las fronteras tradicionales entre el sistema judicial y el sistema político en las sociedades democráticas en la medida en que el trámite y decisión de ciertos asuntos es transferido de la esfera política al ámbito judicial, con lo cual la dimensión jurídica de la acción social y de la política pública adquiere mayor peso.

Sin embargo, esta actuación loable de los jueces, a la cual millones de colombianos le deben hoy su vida y su bienestar, no debería convertirse en un patrón de actuación regular, aceptado y generalizado. Cuando los jueces asumen la política de ordenar políticas públicas, fijar plazos, responsables y contenidos para la misma, nos encontramos frente a una situación que debería ser remedial, residual y temporal. Remedial en la medida en que ocurre ante la inactividad de los órganos democráticos en la materia; residual porque la actuación judicial en políticas públicas debería ser subsidiaria en el proceso de construcción de las mismas; y temporal porque la democracia exige que los asuntos importantes para una sociedad sean debatidos abierta y públicamente.

El planteamiento anterior, condujo al objetivo del proyecto de investigación desarrollado en el Magdalena Medio antioqueño, en cuyo caso se pretendió analizar si la protección de los derechos sociales ha sido una labor primordialmente de los jueces o si, se han diseñado políticas públicas que atiendan estos derechos y, en consecuencia, reduzcan las acciones judiciales en este territorio.

3. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL MAGDALENA MEDIO ANTIOQUEÑO

De los despachos judiciales de los municipios de Maceo, Puerto Nare y Puerto Berrio, se extrajo la información correspondiente a 478 sentencias de tutela emitidas por los jueces locales en primera instancia entre 2001 y 2007.

En este apartado se presentan algunos datos compilados de tal rastreo. La distribución de los expedientes por despacho y el número de acciones de tutela concedidas y negadas en cada juzgado es la siguiente:

TABLA 1. DISTRIBUCIÓN DE EXPEDIENTES FICHADOS POR JUZGADO

Municipio	Autoridad judicial	# de expedientes fichados	# de fallos que conceden la tutela	# de fallos que niegan la tutela	No hay datos
Puerto Berrio	Juzgado Civil del Circuito	89	53	36	0
	Juzgado Laboral del Circuito	30	15	15	0
	Juzgado Penal del Circuito	69	60	9	0
	Juzgado 1° Promiscuo Mpal.	57	51	5	1
	Juzgado Promiscuo de Familia	77	58	19	0
	Juzgado 2° Promiscuo Mpal.	62	47	13	2
Puerto Nare	Juzgado Promiscuo Municipal	65	26	35	4
Maceo	Juzgado Promiscuo Municipal	29	24	5	0
TOTAL		478	334	137	7
		100%	69,9%	28,7%	1,4%

Fuente: Elaboración propia.

En el 69,9% del total de casos analizados se consideró procedente la acción de tutela y en el 30,1% de ellos se negó la protección con base en los siguientes argumentos:

TABLA 2. RAZONES DE LA IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

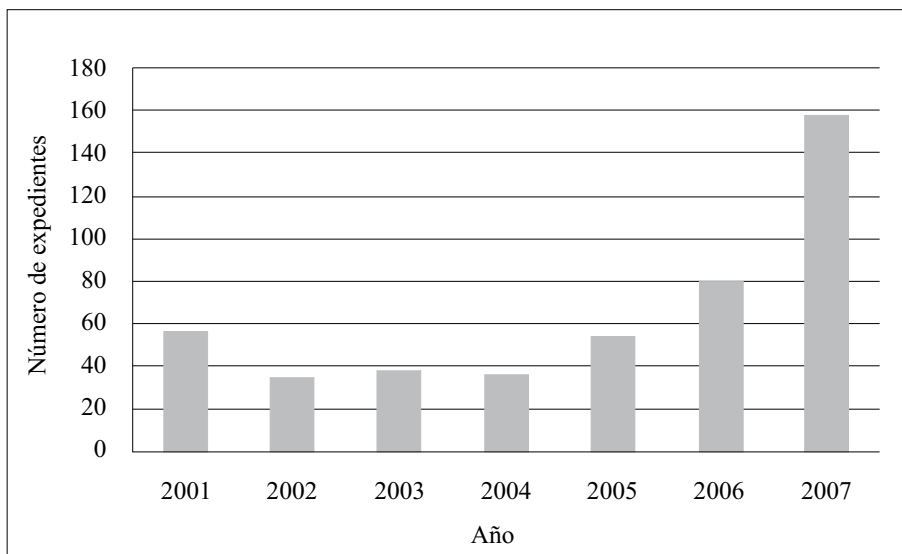
Razón por la que niega la tutela	%
No hay una violación real y efectiva de derechos fundamentales	16,3%
Existían otros mecanismos de defensa judicial	10%
No procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable	2,7%

Razón por la que niega la tutela	%
El derecho que se solicita sea protegido no es un derecho fundamental	1,3%
La tutela se interpuso ante funcionario incompetente	0,6%
La violación de derechos fundamentales ya se consumó	0,6%
No se configuró una vía de hecho	0%
Otros argumentos	4,6%

Fuente: Elaboración propia.

La distribución de los expedientes revisados por año es la siguiente:

GRÁFICO 1. DISTRIBUCIÓN DE EXPEDIENTES FICHADOS POR AÑO



Fuente: Elaboración propia.

Se aprecia un incremento en el número de acciones de tutela; de 56 fallos fichados correspondientes al año 2001, se pasó a 157 casos fichados de sentencias expedidas en el 2007, lo que sugiere un crecimiento continuo de acciones presentadas en los despachos judiciales desde el 2004.

Para efectos del proyecto de investigación, interesaba conocer cuáles son los derechos cuya protección se invoca con mayor frecuencia por el accionante y cuáles los que protegen los jueces en mayor medida en el periodo de estudio. El resultado

debe ser apreciado teniendo en cuenta que, en una misma acción, pueden invocarse varios derechos como amenazados o vulnerados y que el juez puede proteger derechos distintos a los solicitados. Sólo se presenta el resultado de algunos derechos cuyo valor fue superior al 1%.

TABLA 3. DERECHOS INVOCADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS

Derecho	No.	Porcentaje de expedientes en los que se solicita protección	No.	Porcentaje de expedientes en los que se concede protección
Derecho a la salud	229	47,9%	164	34,3%
Derecho a la vida	218	45,6%	139	29,1%
Derecho de petición	106	22,2%	73	15,3%
Derecho a la igualdad	82	17,2%	31	6,5%
Derecho al trabajo	58	12,1%	6	1,3%
Derecho a la Seguridad Social	58	12,1%	45	9,4%
Derecho al mínimo vital	44	9,2%	46	9,6%
Derecho al debido proceso	43	9%	19	4%
Derecho a la honra	24	5%	0	0%
Derechos de los niños	18	3,8%	6	1,3%
Derecho a la vivienda	17	3,6%	3	0,6%
Libertad de expresión	12	2,5%	0	0%
Derecho a la educación	12	2,5%	7	1,5%
Libertad de conciencia	11	2,3%	0	0%
Derecho a la intimidad	6	1,3%	0	0%
Patrimonio público	6	1,3%	0	0%
Libre desarrollo de la personalidad	6	1,3%	1	0,2%

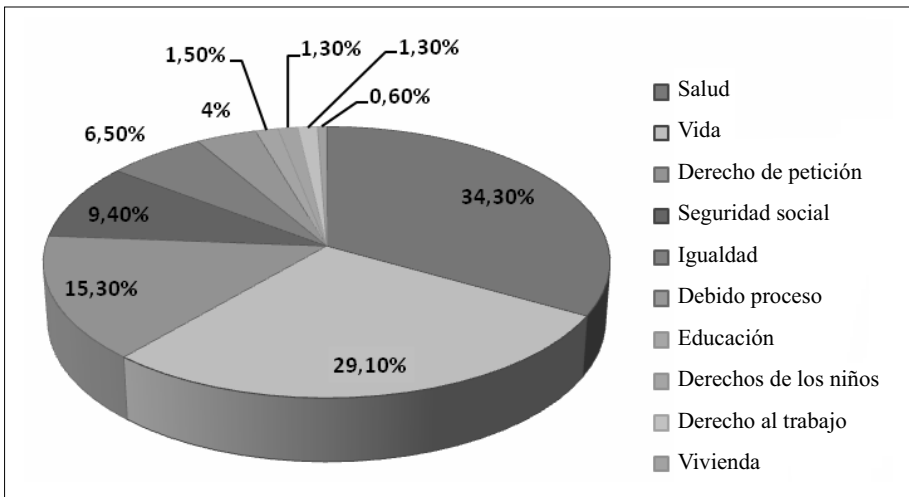
Fuente: Elaboración propia.

El derecho a la salud ocupa el lugar del derecho más recurrido y así mismo, del derecho más protegido. En casi la mitad de las sentencias revisadas el accionante

solicitó la protección del derecho a la salud. Posiblemente el derecho a la vida aparezca en segundo lugar en virtud del argumento de la conexidad del derecho a la salud con el derecho a la vida para justificar su protección.

En el 34,1% de los expedientes (equivalente a 163 fallos) se hace referencia expresa a la conexidad y en el 53,8% el (los) derecho (s) invocado (s) coincide (n) con el (los) derecho (s) protegidos (s). En el Gráfico 2 se aprecia el porcentaje de protección de cada derecho en las sentencias revisadas.

GRÁFICO 2. FRECUENCIA DE LOS DERECHOS CONCEDIDOS EN LAS SENTENCIAS DE TUTELA



Fuente: Elaboración propia.

En cuanto a la relación entre derechos protegidos y el uso del argumento de conexidad, se encontró que en el 80% de los casos en los que el derecho a la vida es protegido se menciona la conexidad, lo mismo sucede en el 72% de los casos en los que el derecho a la seguridad social es protegido y en el 69,9% de las sentencias en las que se protege la salud de nuevo aparece la conexidad.

En la siguiente tabla se relaciona el despacho judicial con el número de expedientes que conceden protección al derecho a la salud y con el número de fallos que aluden a la conexidad.

TABLA 4. PROTECCIÓN DE LA SALUD Y CONEXIDAD

Autoridad judicial	# fallos que protegen el derecho a la salud	# fallos que se refieren a la conexidad
Juzgado Civil del Circuito	24	30
Juzgado Laboral del Circuito	12	12
Juzgado Penal del Circuito	28	10
Juzgado Primero Promiscuo Municipal	31	36
Juzgado Promiscuo de Familia	29	50
Juzgado Segundo Promiscuo Municipal	32	18
Juzgados Promiscuos de Puerto Nare y Maceo	8	7

Fuente: Elaboración propia.

De otro lado, sólo dos expedientes, provenientes del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Puerto Berrío, se refieren expresamente a la expresión “política pública” y en ambos se menciona frente al tema del pasivo pensional del municipio y la necesidad de atender tal obligación. En 134 de los casos revisados (28%) hay alguna orden del juez para alguna autoridad pública del municipio, en 34 de estos la orden es para la administración municipal que resulta ser el sujeto demandado en el 22% de los fallos, mientras que las Empresas Prestadoras de Salud (EPS) son accionadas en el 23,4% de los expedientes.

Con fundamento en los datos anteriores, es posible señalar que los derechos sociales, particularmente el derecho a la salud, al trabajo, a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital continúan siendo accionados, en un número considerable, en sede judicial con el objetivo de demandar su protección. Si se suma el porcentaje de fallos en los que aparece invocado uno de los anteriores derechos por el accionante, se tiene que en el 98% del total de expedientes revisados, es decir, en 471 de los 478 analizados, se solicita la protección de al menos uno de aquéllos derechos. No obstante lo anterior, el derecho a la vivienda, a la educación y los derechos de los niños, aparecen por debajo del 4% en las acciones de tutela cuyos fallos fueron objeto de estudio.

Por supuesto, si bien el alto número de acciones de tutela en derechos sociales es síntoma de la ausencia de políticas públicas que planeen la ejecución de recursos al respecto –tal como lo señala la Corte Constitucional– no es posible endilgar

total responsabilidad de ello a las administraciones municipales de los municipios estudiados, puesto que sería necesario realizar un estudio pormenorizado de las responsabilidades de los gobiernos departamental y nacional frente a cada derecho.

Con el fin de conocer la situación social de los municipios de Puerto Berrío, Puerto Nare y Maceo en el periodo de análisis (2001-2007), se recogió información contenida en los planes de desarrollo de la época, en documentos suministrados por la división de Seguimiento, Evaluación y Banco de Proyectos del Departamento Administrativo de Planeación de la Gobernación de Antioquia y en entrevistas realizadas a actores sociales y políticos de la Subregión.³⁰

A continuación se presenta el resumen de los indicadores hallados.

TABLA 5. INDICADORES DE CALIDAD DE VIDA DE MACEO, PUERTO BERRÍO Y PUERTO NARE

	Maceo	Puerto Berrío	Puerto Nare	Total en la subregión
Población estimada al 2009	7.342	42.038	17.539	66.919
Población en situación de pobreza al 2006	6.606 (88,9%)	38.576 (93,5%)	12.827 (73,9%)	58.009 (86,6%)
Población con NBI ajustado al 2008	2.604 (35,4%)	15.820 (38,4%)	5.540 (31,9%)	23.964 (35,8%)
Viviendas por estrato al 2006	21,8% (estrato 1)	38,5 % (estrato 1)	37% (estrato 1)	
	53,9% (estrato 2)	42,4% (estrato 2)	46% (estrato 2)	
Población sisbenizada a julio de 2009	8.411	49.743	15.666	73.820 (110,3%)
Tasa de analfabetismo	639 (12,7%)	2.920 (11,3%)	2.024 (18%)	5.583 (8,3%)

30 El Departamento Administrativo de Planeación de la Gobernación de Antioquia, en respuesta a un derecho de petición enviado, suministró las estadísticas sobre indicadores de calidad de vida de los municipios estudiados y el resumen de la ejecución financiera por problemas correspondiente al periodo comprendido entre enero de 2004 y diciembre de 2007.

	Maceo	Puerto Berrío	Puerto Nare	Total en la subregión
Afiliados a la Seguridad Social en Salud 2008	Subsidiado 6.695 (90,2%)	Subsidiado 28.089 (68,1%)	Subsidiado 8.994 (51,8%)	43.778
	Contributivo 1.287 (17,3%)	Contributivo 15.462 (37,5%)	Contributivo 4.238 (24,4%)	20.987
Cobertura en servicios públicos domiciliarios a 2008	Acueducto 66,2%	Acueducto 94%	Acueducto 85%	
	Alcantarillado 53,6%	Alcantarillado 78,1%	Alcantarillado 74,4%	
	Agua potable 12,9%	Agua potable 87,6%	Agua potable 36,6%	
	Energía 87,2%	Energía 96,8%	Energía 93,5%	

Fuente: Elaboración propia con base en información suministrada por Planeación Departamental

El 86,6% de la población de los tres municipios juntos se encuentra en situación de miseria o de pobreza y, de estos, el 35,8% tiene sus necesidades básicas insatisfechas, cifras que reflejan una precaria y alarmante situación social en la subregión. Llama la atención que, pese a que el derecho a la salud fue el más invocado y protegido en las acciones de tutela revisadas, el 110% de la población total de los municipios estudiados se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud, por lo que el número de acciones podría explicarse más como una situación estructural del sistema que como una particularidad de los municipios rastreados.

Sin embargo, algunos líderes sociales y funcionarios públicos que trabajaron en el periodo de interés de la investigación, fueron entrevistados sobre la percepción de la situación social en los municipios de Puerto Berrío y Puerto Nare y coincidieron en que el derecho al trabajo y el derecho a la salud han sido los más afectados en los últimos años, mientras que el derecho a la vivienda y el derecho a la educación han sido atendidos con distintos programas con el apoyo de la Gobernación de Antioquia y del gobierno central. Así mismo, estiman que en los últimos diez años la situación social del municipio ha empeorado o ha mejorado poco y que la acción de tutela es el mecanismo al que, en mayor medida, recurre la población para la protección de sus derechos.

4. EN CONCLUSIÓN: NO SE TRATA DE VARIOS CAMINOS SINO DE VARIOS PASOS EN EL CAMINO A LA EFICACIA DE LOS DERECHOS SOCIALES

La Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008, advierte que la faceta prestacional de todo derecho constitucional debe ser atendida, prioritariamente, mediante la implementación efectiva de políticas públicas que cumplan con las condiciones que el Tribunal indica:

(...) la faceta prestacional y progresiva de un derecho constitucional **permite a su titular exigir judicialmente**, por lo menos, (1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados.

[Negrilla fuera del original]

Pareciera que la Corte desplaza la atención de la justiciabilidad de los derechos al debate sobre la exigibilidad judicial de políticas públicas y no de cualquier política, sino de una que a) se concrete en acciones y plazos precisos, b) que esté dirigida a la satisfacción de un derecho y no a la vanagloria del gobernante o a acciones aisladas para responder a sus clientelas y que, por último, c) involucre a los interesados en el proceso de construcción de la política para que pueda hablarse, como pocas veces sucede, de una política pública y no meramente gubernamental.

Pero además, desde el punto de vista jurídico, resulta inquietante la frase en negrilla en la cita, puesto que la Corte estaría creando, vía jurisprudencial, un derecho subjetivo a políticas públicas –creación que es posible en virtud del artículo 94 de la Constitución relativo a derechos innominados– al señalar que la faceta prestacional de un derecho le permite al titular exigir judicialmente que se diseñe una política pública dirigida a la satisfacción de su derecho y en la cual ese titular pueda participar. La Corte no hace más exigencias para ello, ni que exista conexidad, ni que el titular pertenezca a una población vulnerable, ni que se encuentre en una situación de urgencia.

En esta actuación, la Corte Constitucional deja claro que los responsables de la eficacia de los derechos son, en primer término, los órganos democráticos³¹ y que,

31 En igual sentido la Corte Constitucional ha sostenido que “según el artículo 13 de la C.P., el ‘Estado (...) adoptará medidas en favor de los grupos discriminados o marginados’. Le corresponde al Legislador, **en primer término, ordenar las políticas** que considere más adecuadas para ofrecer a las personas que se encuentren en esa situación, medios que les permitan asumir el control de su propia existencia” CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 225 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

si no existen políticas públicas que garanticen su satisfacción o si estas se quedan escritas y no se ejecutan con participación ciudadana, es posible exigir el diseño –o rediseño– de tal política en sede judicial.³²

Lo anterior implica que, tal como advierte Pérez Murcia (2007:74), “las políticas públicas con enfoque de derechos constituyen un mecanismo de exigibilidad de los DESC capaz de complementar los mecanismos de exigibilidad judicial”, por lo que representan la vía principal para la garantía de los derechos de modo que la protección judicial es una vía complementaria de las políticas. La misma idea deriva de la Observación General 3 del Comité DESC de las Naciones Unidas al señalar que, “entre las medidas que cabría considerar apropiadas, **además de las legislativas**, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables” [Negrilla fuera del original].

Por ello, Democracia y Constitucionalismo, deben estar al servicio de los derechos; tanto los órganos democráticos como los jueces constitucionales son órganos constituidos y, como tales, sometidos a la normatividad constitucional como límite y como fin. La función de cada uno es indispensable para la eficacia de los derechos sociales, así como su convivencia es necesaria para hablar de un Estado Democrático y Constitucional. En palabras de Bovero (2006:15), “cada uno de los sistemas es necesario para la existencia (y la buena salud) del otro.”³³

Sin embargo, es preferible sostener que el juez constitucional ordena y/o hace control constitucional a las políticas, en lugar de participar activamente en su planeación. Del hecho de que la Corte Constitucional haya participado en la planeación de políticas públicas reiterativamente no se deriva que deba hacerlo de manera regular y generalizada pues tal generalización desestimula el debate democrático y la movilización ciudadana por la protección de los derechos.³⁴

32 En este punto vale la pena preguntarse qué sucedería si el gobernante, al que le es ordenado el diseño de una política pública, no acata la orden del juez o no lo hace en un tiempo prudente para ello, pues teniendo en cuenta que esta orden integra la parte resolutive de una sentencia de tutela, podría dar lugar a un incidente de desacato.

33 Al sentir de la Corte Constitucional (Sentencia SU 225 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) “con el cumplimiento de la cláusula que proscribe la marginación y la discriminación, la función del juez será no la de remplazar a los órganos del poder público incursos en la abstención, sino la ordenar el cumplimiento de los deberes del Estado, desde luego siempre que se verifique que la inhibición viola un derecho constitucional fundamental. (...) A juicio de la Corte Constitucional un mandato de erradicación de las injusticias presentes, sólo puede actualizarse en el tiempo y requiere de la puesta en obra de una vasta gama de acciones que, sin lugar a dudas, deben ser decididas por el Congreso y ejecutadas por la administración.”

34 En tal sentido, Sierra Cadena (2009:96) sostiene que “el juez constitucional está ubicado fuera de la primera esfera de creación y de planificación de las políticas públicas, él no está llamado a crear políticas públicas, pero sí a verificar la constitucionalidad de su marco normativo. La acción del juez constitucional está, desde

Coincidimos con Abramovich y Courtis (2006: 71) en que

El poder judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de política pública, el marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general [sin embargo] el Poder Judicial, provocado adecuadamente, puede ser un poderoso instrumento de formación de políticas públicas (...) Los jueces no sustituyen a los poderes políticos en la elección concreta de la política pública diseñada para la satisfacción del derecho, sino que examinan la idoneidad de las medidas elegidas para lograr esa satisfacción.

El control constitucional de las políticas públicas es un importante elemento de una Democracia Constitucional para advertir sobre la falta de idoneidad de las mismas o sobre su inexistencia; por ejemplo, dejar sin piso constitucional medidas regresivas en materia de derechos sociales representa una actuación deseable y necesaria del Alto Tribunal.³⁵

Por último, en el estudio de caso abordado sobre la situación de los derechos sociales en el Magdalena Medio antioqueño, se advierte que en casi la totalidad de los expedientes estudiados se invoca, por lo menos, la protección de un derecho social y, en respuesta a ello, en el periodo de análisis, las sentencias de tutela que protegen tales derechos ocupan un número considerable dentro de la totalidad del rastreo. Sin embargo, de los casos revisados se concluye que los jueces de la Subregión han sido tímidos en ordenar y controlar políticas públicas generalizadas más allá del caso tratado.

Siendo un fin del Estado colombiano *garantizar* la efectividad de los derechos y principios constitucionales (art. 2 C.P.C.), y teniendo en cuenta que la Constitución reitera que las autoridades de la república están instituidas para *asegurar* el cumplimiento de los deberes sociales del Estado (art. 2 C.P.), son los órganos de elección popular, como agentes del poder público, los encargados de garantizar su protección en primera instancia, es decir, el Estado Social no se construye mediante sentencias de tutela sino –principalmente– mediante políticas públicas,

el comienzo, limitada a operaciones de control. Pero en la práctica y en la realidad política, el juez constitucional va más lejos (...) deviene en un actor determinante para aplicar las políticas públicas y en especial frente al desarrollo de los derechos sociales, en el cual condiciona y orienta su ejecución.” Sin embargo, el juez constitucional sí puede ser un actor relevante en la formación del problema público y la incorporación en la agenda de tal problema; de acuerdo con Cuervo (2007) el modelo de “agencia judicial” es una de las posibles vías cómo puede llegar a la agenda pública una situación problemática, pues “ante la deficiencia del Estado y la posible vulneración de los derechos fundamentales se justifica la intervención de los jueces” (Cuervo, 2007: 161).

35 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-556 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. “Las medidas regresivas que disminuyen una protección alcanzada para un derecho social, se presumen en principio inconstitucionales y contrarias al Pacto de San José de Costa Rica, pero pueden ser justificables en ciertas condiciones en las que sea imposible mantener el nivel de protección obtenido, por lo cual se someten a un control judicial más estricto.”

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Victor y otros. Comp. *Derechos sociales: instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2006, pp. 11-102.
- AGUILAR VILLANUEVA, Luis F. *El estudio de las políticas públicas*, México: Miguel Ángel Porrúa, 1992.
- ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales, Bogotá: Universidad Nacional, Legis, 2005, 347p.
- ATRIA, Fernando. “¿Existen derechos sociales?”. En: *Discusiones: Derechos Sociales*. Alicante, No. 4, 2004, pp. 15-59.
- BOVERO, Michelangelo. “Nuevas reflexiones sobre democracia y constitución, prefacio”. En: SALAZAR UGARTE, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México: UNAM, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 13-43.
- CANO, Luisa Fernanda. “Fundamentalidad y exigibilidad de los derechos sociales: una propuesta argumentativa (primera parte)”. En: *Revista Estudios de Derecho*, Medellín, Vol. 062, N°. 140, Año LXV, Agosto de 2005, pp. 215-240.
- CANO, Luisa Fernanda. “Fundamentalidad y exigibilidad de los derechos sociales: una propuesta argumentativa (segunda parte)”. En: *Revista Estudios de Derecho*, Medellín, Vol 063, N°. 141, Año LXV, Abril de 2006, pp. 197-220.
- CARBONELL, Miguel. “Eficacia de la constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”. En: *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 2, 2008, pp. 43-71.
- CHINCHILLA HERRERA, Tulio. *¿Qué son y cuáles son los Derechos fundamentales?*, Bogota: Temis, 2009, Segunda edición, pp. 139-222.
- COURTIS, Christian. “Los derechos sociales como derechos”. En: Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA). Derechos Fundamentales, Iquique, Chile, 7 a 10 de junio de 2001.
- CRUZ, Luis M. Estudios sobre el Neoconstitucionalismo. México: Ed. Porrúa, 2006, pp.1-22.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio. *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*. Madrid: Trotta, 2007, 207p.
- CUERVO, Jorge Iván. “Las políticas públicas, entre los modelos teóricos y la práctica gubernamental”. En: *Ensayos sobre políticas públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 65-96.
- CUERVO, Jorge Iván. “La definición del problema y la elaboración de la agenda”. En: *Ensayos sobre políticas públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 151-165.
- ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, 371p.

- HABA, Enrique Pedro. Magia verbal, realidades y sentido fermental de los, así llamados, «derechos» económicos. En: Criterio Jurídico, Santiago de Cali, Vol. 4, 2004, pp. 7-30.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia. “La problemática legitimidad de la justicia constitucional”. En: Anuario iberoamericano de justicia constitucional, N°. 5, 2001, pp. 227-256
- PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo. “Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas”. En: *Los derechos sociales en serio. Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá: DeJuSticia, 2007, pp.73-129.
- PRIETO SANCHIS, Luis. Estudios sobre derechos fundamentales, Madrid: Debate, 1990, 185 p.
- ROTH DEUBEL, André Noël. *Discurso sin compromiso. La política pública de derechos humanos en Colombia*. Bogotá: Ed. Aurora, 2006, pp. 9-101.
- SIERRA CADENA, Grenfieth de J. *El juez constitucional: un actor regulador de políticas públicas*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009, pp. 80-116.
- UPRIMNY, Rodrigo. “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”. En: *Los jueces: entre el derecho y la política*. Colombia: ILSA, 2008, pp. 81-99.



Autora: Alejandra Echeverri Jaramillo
Título: Óscar D León
Técnica: Óleo con espátula
Dimensiones: 50 x 70
Año: 2007

***OTRA CARA DEL SISTEMA
ACUSATORIO COLOMBIANO:
EL MENOSPRECIO DE LA LIBERTAD
Y LA CONSOLIDACIÓN DEL
AUTORITARISMO PENAL****

* El presente artículo hace parte del primer capítulo del trabajo de investigación de la maestría cursada por el autor.

Fecha de recepción: 19 de abril de 2010
Fecha de aprobación: 26 de mayo de 2010

**OTRA CARA DEL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO:
EL MENOSPRECIO DE LA LIBERTAD Y LA CONSOLIDACIÓN
DEL AUTORITARISMO PENAL**

*Luis Gonzaga Vélez Osorio***

RESUMEN

Tras el análisis de la manera como fueron implementadas las restricciones del derecho a la libertad personal en el nuevo Código de Procedimiento Penal de tendencia acusatoria, se pone en evidencia que el modelo procesal ha sido diseñado para controlar el orden público, persiguiendo así la eficacia de la justicia aunque ello implique llevar a un segundo plano los derechos fundamentales.

El artículo revela el propósito que inspiró la implementación del sistema penal acusatorio en Colombia, el que, visto desde la óptica de la libertad personal, lejos está de propugnar por el fortalecimiento de las garantías de los justiciables y sí, en cambio, orientado a desarrollar la política de seguridad democrática y consolidar un derecho penal antiterrorista, en lo que constituye manifestación del autoritarismo penal.

Palabras clave: Derecho penal, sistema penal acusatorio, derechos fundamentales.

**OTHER FACE OF THE COLOMBIAN ACCUSATORY SYSTEM:
DESPISE OF THE FREEDOM AND THE CONSOLIDATION
OF THE PENAL AUTHORITARIANISM**

ABSTRACT

After of the analysis of the form how were implemented the restrictions to the personal freedom right in the new Criminal Proceedings Code that has accusatory tendency, it's evident that the process model has been designed for control the public order, persecuting the efficacy although the fundamental rights can be violates.

The reveals the objective that inspired the implementation of the accusatory penal system in Colombia, that since the view of the personal freedom, it is far to advocate for the strengthening of the people's rights, but it is oriented to develop the politic of democratic security and consolidate antiterrorist criminal law, that constitutes the manifestation of criminal authoritarianism.

Keywords: Criminal law, accusatory criminal system, fundamental rights.

** Abogado de la Universidad de Antioquia, especialista en derecho procesal de la U.P.B., estudiante de último semestre de Maestría en derecho, modalidad profundización, de la Universidad de Antioquia, Jefe del Departamento de prácticas de la facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad de Antioquia, profesor del curso de derecho procesal penal y del observatorio de la justicia penal, de la misma Facultad.

OTRA CARA DEL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO: EL MENOSPRECIO DE LA LIBERTAD Y LA CONSOLIDACIÓN DEL AUTORITARISMO PENAL

INTRODUCCIÓN

Con la promulgación del acto legislativo 003 de 2002 surgieron múltiples discursos que sostuvieron que el proceso penal colombiano emprendía el rumbo hacia el garantismo penal¹, lo que colocaría a nuestro País en los estándares internacionales de administración de justicia, ofreciendo un sistema procesal de tendencia acusatoria que haría realidad las garantías de los justiciables.

Mediante dicha reforma constitucional se estableció la oralidad como característica del nuevo sistema procesal penal, el que, además, sería público, contradictorio, concentrado y dirigido por un Juez imparcial ante quien se practicarían las pruebas solicitadas por las partes. Tal sistemática procesal despojaría a la fiscalía de la posibilidad de restringir la libertad de los justiciables y depositaba dicha facultad en los jueces de control de garantías a efectos de procurar la imparcialidad.²

Según las voces de los autores de la reforma³, el centro de gravedad del nuevo sistema procesal lo constituía el juicio, con lo que supuestamente se restaba importancia a la etapa de investigación, por años fortalecida por la cultura inquisitorial dominante.

Desde esta mirada, el nuevo modelo de juzgamiento se mostraba como el escenario perfecto para fortalecer las garantías procesales, haciendo énfasis en el reforzamiento del derecho a la libertad personal, derecho que como lo consignó la exposición de motivos de dicho proyecto, estaba siendo abusado por parte de la Fiscalía.⁴ A pesar de lo anterior, en desarrollo de la reforma constitucional así mencionada se expidió la Ley 906 de 2004⁵, que respecto del reforzamiento de

1 Exposición de motivos publicado en la Gaceta No 134 de 2002.

2 Salvo lo relacionado con las capturas excepcionales.

3 El proyecto fue presentado por Rómulo González y Armando Estrado Villa, ministros de Justicia y del interior, bajo la presidencia de Andrés Pastrana Arango, a petición del Fiscal General Luis Camilo Osorio.

4 Secretaría General del Senado de la República, Gaceta No 134 de 2002.

5 Publicada en el Diario oficial No. 45658 de agosto 31 de 2004.

la libertad emprendió una ruta distinta a la expresada durante las discusiones del proyecto del acto legislativo.

Huelga decir que para ese momento había ocurrido un cambio de Gobierno en Colombia y se había implementado la política de ‘seguridad democrática’ mediante la cual se emprendió una lucha rasera contra la criminalidad, lo que motivó la expedición del acto legislativo 002 de 2003 que modificó, entre otros, el artículo 28 de la Constitución Política para permitir allanamientos, registros y capturas sin orden judicial⁶. Nos encontrábamos ahora ante una política criminal de mano dura, con la que el gobierno de Álvaro Uribe Vélez decidía combatir a la guerrilla para cumplir su promesa electoral.

Era notorio que el ambiente político en el que se gestó el acto legislativo que introducía el sistema acusatorio en Colombia, no era igual al que existía para la discusión del proyecto de Ley que lo desarrolló⁷. En efecto, cuando en el Congreso se dio inicio a la discusión del referido proyecto de ley que modificaría el Código de Procedimiento Penal en Colombia, ya se encontraba bastante adelantado el trámite de la reforma constitucional antiterrorista⁸, lo que tuvo graves efectos frente a la regulación del derecho a la libertad en el proceso penal, como quedará evidenciado en su oportunidad.

Bajo este nuevo ambiente legislativo, caracterizado por una coalición Uribista en el Congreso que defendía sin ambages la política de seguridad democrática, la reforma al proceso penal centró su atención en conseguir una justicia eficaz, para lo cual no sólo introdujo un **subsistema de justicia negocial** sino que ante todo fortaleció el régimen de restricciones de la libertad personal, factores estructurados sistemáticamente para lograr un sistema procesal eficientista y autoritario.

Quedaba así evidenciado que el sistema procesal penal desarrollado por la ley 906 de 2004 tenía dos caras: una que podríamos llamar ‘**discursiva o declarada**’, que mostraba cómo en Colombia se había diseñado un proceso penal de tendencia acusatoria, en el que el respeto por las garantías de los justiciables fuera uno de sus fundamentos y la otra, que llamaríamos ‘**no declarada**’, que mostraba que el propósito de la reforma procesal era conseguir la eficacia en la lucha contra la criminalidad, procurando la rendición temprana de los justiciables mediante el

6 Acto legislativo 002 de 2003, publicado en el diario oficial no 45242 de julio 08 de 2003.

7 La discusión del acto legislativo antiterrorista inició en el Congreso el día 06 de mayo de 2003 (Gaceta 186 de 2003). la discusión de la ley que desarrollaría el sistema acusatorio inició el día 24 de octubre de 2003 (Gaceta No. 564 de 2003).

8 Para entonces se había surtido la ponencia para segundo debate de la segunda vuelta en la Cámara de Representantes (publicado en Gaceta 550 de 2003).

subsistema de justicia negocial que permitiera llegar a la condena sin agotar un juicio previo⁹, para lo cual era necesario introducir incrementos punitivos indiscriminados¹⁰, prohibir beneficios y aumentar la exigencia para los subrogados e incrementar el número de medidas de aseguramiento y llevar a su mínima expresión sus exigencias probatorias¹¹.

Esa faceta dual del sistema ha sido poco explorada, pues la mayor atención se ha centrado en las problemáticas propias de la etapa del juicio, de cara a las garantías de los procesados, lo que ha hecho que pase desapercibida la manera agresiva como el legislador ha regulado el derecho a la libertad de los investigados y ha trastocando el espíritu garantista que inspiró al acto legislativo 003 de 2002, poniendo de manifiesto el autoritarismo característico de los regímenes despóticos que se querían superar.

Por lo anterior, el presente trabajo tendrá por objeto identificar el propósito no declarado de la reforma procesal penal desarrollada por la Ley 906 de 2004 y modificada por la ley 1142 de 2007, de tal manera que se pueda verificar, a través de la forma en que ha sido regulado el derecho a la libertad personal, su contenido autoritario, propio de los modelos inquisitoriales.

Para llegar al objetivo propuesto, partiremos del análisis de los argumentos que justificaron la reformas constitucionales introducidas por los actos legislativos 003 de 2002 y 002 de 2003, así como la implementación de un nuevo código de procedimiento penal¹², especialmente la manera como se conjugan postulados garantistas con discursos que propugnan por las restricciones de la libertad como forma para combatir la criminalidad.

9 Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 22 de junio de 2006, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, expresó: “Desestimular la terminación temprana de los procesos ... podría ocasionar el colapso del sistema, cuya fortaleza se apoya justamente en la previsión de que sea poca la cantidad de casos que agoten todas las etapas procesales ... es un sistema que privilegia la terminación temprana del proceso y erige en principio rector los derechos de las víctimas a una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto –según fórmula contenida en el literal c) del artículo 11 de la ley 906 de 2004–...”.

10 La ley 890 de 2004 incrementó todas las penas en una tercera parte del mínimo y la mitad del máximo.

11 El artículo 307 de la Ley 906 introdujo múltiples medidas de aseguramiento, acumulables entre sí, y el artículo 308 ídem llevó el requisito material para imponerla al campo de la simple inferencia razonable.

12 Para este efecto, revisaremos la exposición de motivos y las distintas ponencias, todas publicadas en las Gacetas del Congreso.

1. EN BUSCA DE LA JUSTIFICACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE UN SISTEMA ACUSATORIO EN COLOMBIA

1.1. El discurso garantista

En la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo que introduciría el sistema acusatorio en Colombia¹³, los entonces Ministros del Interior, Armando Estrada Villa, y de Justicia, Rómulo González Trujillo, destacaron lo siguiente:

“Esta iniciativa de reforma constitucional tiene la finalidad de modificar la estructura del esquema de procesamiento criminal colombiano, para adoptar uno de clara tendencia acusatoria, en donde el eje del proceso sea el juicio oral y, por esta vía, se respeten de mejor manera los derechos de los ciudadanos durante la investigación y el juzgamiento”.

Como postulados de un sistema de juzgamiento que haría realidad las garantías de los justiciables, la reforma propuso los siguientes avances, propios de un proceso con tendencia acusatoria: i) El derecho a la libertad adquiriría mayor protección constitucional, ii) El derecho a un juez imparcial dejaría de verse truncado por las facultades que hasta el momento se habían otorgado a fiscales y jueces y iii) los derechos a la publicidad, la contradicción y la justicia pronta se harían realidad tras el advenimiento de un proceso de partes, regido por la oralidad y la concentración.

La propuesta así presentada, según las voces de sus autores, sería el desarrollo de los tratados internacionales sobre derechos humanos y el bloque de constitucionalidad. Para los Ministros¹⁴, la reforma constitucional haría realidad las garantías consagradas en dichos tratados, lo que le impregnaría la dosis de garantismo que se esperaba de un sistema de tendencia acusatoria.

Para explicar la manera como estaban siendo afectados en Colombia los derechos a la libertad y la imparcialidad, la exposición de motivos consignó: “ cuando [el fiscal] profiere una medida de aseguramiento, cuando ordena una captura, en fin, cuando toma decisiones de carácter judicial, es clara la afectación del principio de

13 El proyecto fue publicado en la Gaceta No 134 de 2002, puede consultarse en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3.

14 Es importante destacar que los Ministros Armando Estrada Villa y Rómulo González hacían parte del gabinete del Presidente Andrés Pastrana Arango, quien mantuvo una política criminal diferente a la de su sucesor Álvaro Uribe Vélez, lo cual incidió en el desarrollo que del acto legislativo hicieron las leyes 906 de 2004, 890 de 2004 y 1142 de 2007, promulgadas al amparo de la política de seguridad democrática, como en su momento se señalará.

imparcialidad del juzgador, en desmedro de los tratados internacionales y de las propias garantías que la misma Carta consagra¹⁵.

Según los representantes del Gobierno Nacional, no es posible pregonar la imparcialidad del fiscal cuando éste tiene interés en el resultado de la investigación; siendo su principal función la de investigar y acusar a los presuntos infractores de la ley penal, tales funciones resultan incompatibles “con la función de garantizar las libertades del procesado”, por lo que resultaba necesario despojarlo de la posibilidad de proferir decisiones judiciales, pues, según lo advirtieron, “si a una misma persona se le asignan las funciones de investigar y proferir providencias de contenido judicial, cumplirá en forma ineficiente ambas tareas, porque ellas se contraponen¹⁶”.

Resulta conveniente resaltar el énfasis que la exposición de motivos hizo respecto de la imparcialidad, pues, según lo plantearon los ministros, invocando argumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ésta no se refería únicamente a los funcionarios que las leyes denominen “jueces”, sino a cualquier persona que cumpla funciones judiciales. “Desde este punto de vista, el imperativo de imparcialidad no se dirige a los “jueces” en sentido estricto, sino a la función judicial, que entre nosotros ostenta parcialmente la Fiscalía General de la Nación¹⁷”.

Otro aspecto a destacar de la exposición de motivos lo constituía el diagnóstico que el gobierno nacional hizo del proceso penal colombiano de cara a las garantías de los justiciables. Dentro de las preocupaciones de los Ministros del Interior y de Justicia no sólo estaba la falta de imparcialidad de los fiscales, en los términos ya indicados, sino también el abuso que dichos funcionarios estaban realizando de las facultades que les había otorgado la Constitución de 1991, el que era notorio con el incremento de las medidas de aseguramiento. Así quedó consignado en la exposición de motivos:

“...un alto número de quienes se encuentran detenidos no son condenados, sino sindicados cumpliendo con una medida de aseguramiento²¹. Ello demuestra que los fiscales, que tienen radicada en cabeza suya esa función, están abusando de ella. En su primer año de funcionamiento, “la Fiscalía no sólo no redujo el número de personas detenidas por largos periodos sino que ese número creció en un 250%¹⁸”.

15 Secretaría del Senado, Gaceta No 134 de 2002, puede consultarse en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3

16 Ídem.

17 Ídem.

18 Ídem.

Esa preocupación del gobierno ante el incremento abusivo de las medidas de aseguramiento, lo llevaron a afirmar categóricamente que el proceso penal no se había humanizado en nuestro país ni se compadecía con el enfoque decidido de la Constitución. Por el contrario, indicaron, “nuestro proceso penal parece pertenecer a un Estado despótico, que no concede ninguna consideración a la dignidad humana (artículo 1° C.P.), la primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5 superior) ni los derechos fundamentales en general (artículos 11 y siguientes de la Carta)”.¹⁹

Semejante manifestación, consignada de manera categórica por los representantes del Gobierno Nacional, ponía en evidencia que el Estado Colombiano no podría seguir siendo cómplice de la violación de los derechos humanos en el interior de un proceso penal, al que calificaron como despótico, sino que debía, por el contrario, introducir un sistema procesal que garantizara los derechos fundamentales y recobrar el enfoque garantista introducido por la Constitución de 1991.

Como expresión de esa voluntad del Gobierno el proyecto de reforma constitucional tendría entonces el propósito de proteger el derecho a la libertad personal, desarrollo de la presunción de inocencia y la dignidad humana, acogiendo, entre otros argumentos, las decisiones del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos, que ha sostenido que de la presunción de inocencia se desprende directamente una presunción de libertad, que es necesario desvirtuar mediante pruebas suficientes²⁶.

Como consecuencia de lo anterior, la reforma constitucional tendría la pretensión de introducir la exigencia de que la orden judicial no fuera una simple formalidad consistente en que “a la persona le muestren un papel que ordene su detención”, sino que era necesario, como razón de principio, “que el sistema de procesamiento criminal que nos rijan, conciba la orden judicial como un requisito que contenga un sustrato probatorio tal, que permita deducir con un alto índice de probabilidad la comisión del delito investigado. En otras palabras la orden judicial no es condicionante de la legitimidad de la injerencia estatal, sino condicionada por la existencia de motivos fundados, esto es, que sea probable (...) que se ha cometido un delito y que la persona cuyo arresto se autoriza lo cometió.”²⁰

Así las cosas, en garantía del derecho a la libertad personal la reforma constitucional cumpliría los siguientes propósitos:

19 Ídem.

20 Ídem. El párrafo transcrito consigna la ambición propia de las teorías justificacionistas del derecho penal, conforme a las cuales el Estado no renuncia a la posibilidad de restringir la libertad personal en el interior del proceso penal, aunque pudiera exhibir discursos para poner a salvo el derecho a la libertad de la arbitrariedad del legislador y de los funcionarios judiciales (sobre las teorías justificacionistas Ferrajoli Luigi, Derecho y razón, teoría del garantismo penal, Ed. Trotta, Madrid, 1997, p. 258 y ss.).

- Exigir que la presunción de inocencia fuera el faro que guiara la afectación de la libertad, pues de ella se desprende directamente una presunción de libertad.
- Lograr que el derecho a la libertad sólo pueda ser afectado por mandamiento escrito proferido por un Juez, lo que implicaría que el Fiscal fuera despojado de las atribuciones que en tal sentido le había otorgado la constitución de 1991
- Conseguir que la afectación de la libertad sólo pudiera realizarse en virtud de mandamiento escrito que estuviera soportado en un sustrato probatorio que permitiera deducir, con un alto índice de probabilidad, la comisión del delito investigado. Con ello la exigencia constitucional de una orden judicial tendría sentido en tanto el funcionario judicial pueda determinar de manera objetiva si existen o no motivos fundados para afectar la libertad, pues, según lo expusieron los autores de la iniciativa, tal requisito “dota de sentido y contenido material a la exigencia de la orden judicial. Si la orden escrita la emite el fiscal, y no se evalúa si ella contiene motivos fundados, la exigencia constitucional se haría inaplicable porque no limita la actuación estatal”²¹. De esta manera el gobierno consideraba necesario que se exigieran unos requisitos materiales probatorios que pusieran a salvo la presunción de inocencia²².

El texto de la propuesta de reforma al artículo 250 constitucional²³, según quedaba consignado en la exposición de motivos ya descrito, proponía “una manera de resolver la situación jurídica del procesado distinta de lo que corresponde al aseguramiento del probable infractor de la ley penal para que comparezca al proceso”,

21 Exposición de motivos, publicado en la Gaceta 134 de 2002.

22 Nuestra Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha sostenido que la detención preventiva no violenta la presunción de inocencia. Al respecto pueden consultarse sentencia C- 327 de 1997, 774 de 2001, C- 456 de 2006, C-479 de 2007.

23 El texto presentado por el gobierno fue el siguiente:

Artículo 3º. El artículo 250 quedará así:

Artículo 250. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o con fundamento en denuncia, petición especial o querrela, desarrollar las investigaciones de los hechos que puedan constituir delitos y acusar ante los jueces de la República, cuando fuere el caso, a los presuntos infractores de la ley penal. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez de control de garantías las medidas que aseguren la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, las que procuren la conservación de la prueba y la protección de la comunidad; así mismo aquellas necesarias para la asistencia inmediata a las víctimas y hacer efectivo el restablecimiento del derecho.

Excepcionalmente, la ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar capturas administrativas. En estos casos, el juez de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

El juez de control de garantías, no podrá ser en ningún caso, el juez de conocimiento.

ello significaba que en lo sucesivo debía el fiscal “comparecer junto con el sindicado ante un juez de la república para presentarle la prueba por él recaudada y que sea el juez quien, bajo la facultad de la absoluta autonomía e independencia, decida si profiere o no medida de aseguramiento basado en la exigente prueba como para ordenar la detención o no de una persona, o la medida asegurativa que corresponda a la gravedad del delito o la participación del procesado”²⁴

A pesar de lo anterior, aunque la propuesta consignaba que el fiscal no seguiría definiendo la situación jurídica de los procesados, mantenía facultades que le permitieran tomar las medidas necesarias para evitar que se produjera una fuga del procesado, asunto que abordaremos en el capítulo siguiente.

Durante su trámite por el Congreso de la República, el proyecto, en lo tocante a la protección del derecho a la libertad, recibió el apoyo de los congresistas, quienes compartían la preocupación expresada por los autores de la iniciativa respecto del abuso de las medidas de aseguramiento y la afectación de la libertad por parte de los fiscales, lo cual consideraban como una grave violación a los derechos humanos. En función de esto último, la comisión de ponentes hacía énfasis en la necesidad de garantizar el derecho a la imparcialidad del funcionario judicial, maltrecha por las facultades que la Constitución de 1991 había otorgado a la Fiscalía.

En tal sentido, según lo expresaron los miembros de la comisión de ponentes, no podía perderse de vista que cuando el sistema vigente ponía sobre el funcionario instructor la función de decidir sobre la libertad de los sindicados, “afecta seriamente derechos fundamentales de los ciudadanos que se enfrentan al proceso penal. Un alto número de quienes se encuentran detenidos no son condenados, sino sindicados cumpliendo con la medida de la detención preventiva. Estos sindicados se ven obligados a permanecer indefinidamente bajo esta medida, incluso en los eventos en los que se interponen recursos para atacarla, ya que debido a la congestión, el fiscal tendrá muchos otros asuntos sobre los cuales pronunciarse, dejando de lado eventos como el que evocamos, generando graves violaciones a los derechos humanos y a las garantías de los sindicados”²⁵. (subrayas nuestras)

La naturaleza de la función del fiscal, según lo afirmaba la ponencia²⁶, lo obligaba, entre otras cosas, a percibir todo indicio como una prueba incriminatoria en potencia y a mirar al procesado como presunto autor o partícipe de la conducta punible que investiga, lo cual repercutía en el derecho a la libertad de los justiciables.

24 Exposición de motivos, publicado en la Gaceta 134 de 2002.

25 Ponencia para primer debate, primera vuelta en la Cámara de Representantes, publicado en la Gaceta no 148 de 2002.

26 Idem.

Durante el trámite de la segunda vuelta ante el Senado, la comisión de ponentes, como lo había hecho el Gobierno del Presidente Pastrana, consideró que la reforma constitucional tendría por efecto ajustar el juzgamiento penal colombiano a los cánones internacionales de derechos humanos, para cumplir así con lo establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Pacto de San José de Costa Rica de 1969²⁷. En la referida ponencia, los Senadores expresaron que la magnitud de dicho asunto se ponía en evidencia tras el análisis de los tratados internacionales de derechos humanos, que integran el bloque de constitucionalidad, pues el fiscal que interviene los derechos de quienes están investigados es “un juez parcial”, lo que conduce a la vulneración de la garantía de la imparcialidad judicial y de la presunción de inocencia, “en la medida en que casi la mitad de la población carcelaria está detenida preventivamente²⁸.”

La posición así expresada terminaría por fundamentar el discurso garantista de la reforma constitucional que se analiza, lo que permitiría concluir que el acto legislativo 003 de 2002 habría producido un reforzamiento del derecho a la libertad, el que tendría como fundamento el reconocimiento de que nuestro País había hecho del proceso penal un escenario para la violación de los derechos fundamentales, característica propia de un Estado despótico.

Así, el escenario del sistema procesal de tendencia acusatoria sería propicio para humanizar el proceso penal y hacer realidad el reconocimiento de las garantías constitucionales introducidas por el constituyente del año 1991.

Estos postulados, sin embargo, sufrirían un grave revés con los discursos eficientistas que se pondrán en evidencia a continuación.

1.2. El discurso eficientista

1.2.1. Entre la libertad del investigado y la búsqueda de la eficacia de la justicia.

A pesar de los fundamentos garantistas puestos de presente en el capítulo anterior, es evidente que el proyecto de reforma constitucional estaba inspirado, fundamentalmente, en el anhelo de introducir un sistema procesal a través del cual se fortalecieran las funciones de la fiscalía y se consiguiera de esta manera un resultado más eficiente en la lucha contra la criminalidad.

Ese anhelo eficientista puesto de presente a lo largo de la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo, como era de esperarse, tenía implicaciones res-

27 Gaceta del Congreso No. 531 de 2002, ponencia para primer debate en la segunda vuelta en el Senado, subrayas nuestras.

28 Cfr. Ídem.

pecto del derecho a la libertad personal, lo que se veía reflejado en dos aspectos fundamentales:

- i) La reforma constitucional consolidaba un proceso penal en el que el Estado continuaba abogando por el aseguramiento del imputado y
- ii) Consagraban facultades extraordinarias a la fiscalía para que ordenara capturas ‘administrativas’.

Aunque el establecimiento del principio de reserva judicial de la libertad, como garantía de imparcialidad, se presentara como avance para satisfacer los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, el trasfondo del asunto era la perpetuación de la medida de aseguramiento y con ello la licencia para que el Estado continuara afectando el derecho a la libertad de quien aún no había sido declarado culpable mediante sentencia ejecutoriada. Tras la expresión de garantía, se manifestaba en verdad una intención eficientista.

Al respecto, los autores de la propuesta de reforma constitucional consignaron lo siguiente:

“En este sentido, establecer que el juez decida si es justificada o no la imposición de la medida de aseguramiento, dota de contenido material la garantía del derecho a la libertad.

Lo anterior no quiere decir que la Fiscalía no pueda actuar como cualquier ciudadano en los casos de la captura en flagrancia, lo mismo que se mantendrían las atribuciones de la captura administrativa, en los eventos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente a partir de la Sentencia C-024 de 1994.

(...)

A tono con los cambios sugeridos se propone una manera de resolver la situación jurídica del procesado distinta de lo que corresponde al aseguramiento del probable infractor de la ley penal para que comparezca al proceso. Aunque pueda el Fiscal tomar las medidas necesarias para evitar que se produzca una fuga del procesado de haber cometido una conducta punible;²⁹

Sin que se conozcan los argumentos para justificar la existencia de la medida de aseguramiento en el interior de un proceso de tendencia acusatoria, pese a que dicha figura es una de las mayores manifestaciones del despotismo propio de los procesos inquisitivos³⁰, es claro que la iniciativa legislativa no tenía la intención de crear un proceso penal sin detención preventiva.

29 Gaceta 134 de 3 2002.

30 Al respecto Ferrajoli, Cfr., p. 551.

Así las cosas, la restricción de la libertad de quien apenas era sujeto de una investigación penal continuaba siendo una de las fortalezas del proceso penal, si bien ahora condicionada a que fuera impuesta por un juez de control de garantías y con fundamento en una mayor exigencia probatoria, como quedó dicho en el capítulo anterior.

Contra los postulados garantistas que reclaman la abolición de la detención preventiva³¹, la reforma constitucional que supuestamente expresaba un deseo de acabar con el despotismo que caracterizaba el proceso penal colombiano, paradójicamente mantenía una de sus instituciones más sobresalientes.

A la realidad descrita anteriormente, en la que la situación jurídica del presunto autor de la conducta punible seguía resolviéndose en función de su aseguramiento, se sumaba otro ingrediente de gran trascendencia: en el interior de un sistema acusatorio el fiscal estaría dotado de facultades extraordinarias para que tomara las medidas necesarias “para evitar que se produzca una fuga del procesado”, facultad ésta que, como bien puede entenderse, era distinta de la de imponer medidas de aseguramiento.

No era difícil advertir que aunque el gobierno de turno expresaba la necesidad de humanizar el proceso y reforzar la protección de la libertad personal, introduciendo para ello la reserva judicial como razón de principio, su prioridad era la lucha eficaz contra la delincuencia y para ello proponía no sólo que se mantuvieran las medidas de aseguramiento sino también que se permitiera que la fiscalía realizara capturas administrativas, en los términos consignados en la sentencia C-024 de 1994.³²

Esta última facultad otorgada a la fiscalía dejaba al descubierto que, en función del eficientismo que reclamaba esa lucha contra la criminalidad, el gobierno ‘borraba con el codo lo que hacía con la mano’, pues consagraba una excepción que dejaba sin piso los argumentos fundamentales de la reserva judicial de la libertad, que estaban inspirados justamente en la garantía de imparcialidad de quien decidía afectar la libertad personal, según lo exigían los convenios internacionales sobre derechos humanos.

De cara al análisis sobre el discurso eficientista del que ahora nos ocupamos, conviene destacarse tres aspectos fundamentales que caracterizaron el trámite del acto legislativo:

31 Ídem, p. 559.

32 Corte Constitucional, sentencia C 024 de enero 27 de 1994, Expediente D-350, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

- i) El Congreso no hizo mayores análisis sobre la contradicción existente entre la reserva judicial de la libertad y las facultades otorgadas al fiscal para afectar tal derecho;
- ii) Tras la decisión mayoritaria del Congreso de mantener a la Fiscalía General de la Nación dentro de la rama judicial, se consideró importante cambiar la expresión ‘capturas administrativas’ por la de ‘capturas excepcionales’³³. Este cambio, que no era simplemente una modificación semántica, fue bien aprovechado por el legislador, pues se han desatendido las limitantes bajo las que fue concebida originalmente dicha facultad y
- iii) Durante el trámite de la segunda vuelta ante el Senado se aprobó la modificación de la expresión ‘presuntos infractores de la ley penal’ por la de ‘imputados’³⁴, lo que terminó afectando negativamente la protección de la libertad, como también se explicará más adelante.

Como era de esperarse, la propuesta del gobierno frente a la posibilidad de que la fiscalía ordenara capturas pasó triunfal ante el Congreso de la república y sólo tenues voces indicaban alguna preocupación por tal reforma³⁵, al tiempo que la mayoría defendía sus bondades³⁶. Al efecto, debe destacarse lo consignado en el informe para segundo debate de la primera vuelta en el Senado, en el que la comisión de ponentes expresó:

“a) Desjudicialización de la Fiscalía General de la Nación.

(...)

Sin embargo, se reserva la posibilidad de capturar administrativamente en los términos que la ley fije, pues se ha considerado que siendo la principal

33 Ponencia para segundo debate de la segunda vuelta ante el Senado, publicado en la Gaceta No. 553 de 2002.

34 Ídem.

35 El Senador Darío Martínez expresó lo siguiente en la ponencia para primer debate de la primera vuelta: “El artículo sexto del proyecto por el cual se modifica el artículo 250 de la Constitución Política, faculta mediante ley a la Fiscalía General de la Nación, para realizar capturas administrativas. Con el objeto de amparar el derecho sagrado a la libertad de la persona, se deberían fijar unos parámetros generales, a fin de establecer cuáles habrán de ser las capturas administrativas. No deja de constituir preocupación general, el recordar las funestas capturas o detenciones administrativas que emitía el Presidente de la República con fundamento en el derogado artículo 28 de la vieja Constitución Nacional, cuando el Ejecutivo Nacional, encontraba indicios de que una persona atentaría contra el orden público”.

36 Como respuesta a la observación hecha por Pedro Pablo Camargo frente a la inconveniencia de revivir la captura administrativa, la comisión de ponentes defendió dicha figura así “la norma de la Constitución de 1886 daba un plazo de diez (10) días de retención, además sin limitante alguna, mientras que en el proyecto se propone control posterior antes de las treinta y seis (36) horas siguientes. Además la situación del país no permite que en estos eventos el control sea previo, y por esa razón así se propone (Informe de ponencia para primer debate de la primera vuelta en el senado, publicado en la Gaceta 210 de 2002).

finalidad del proyecto fortalecer la fiscalía, dadas las condiciones por las que atraviesa nuestro país, es necesario establecer un mecanismo de urgencia que permita a la Fiscalía capturar en casos diferentes a los de flagrancia, en todo caso sujeto a un control judicial posterior en un término máximo de treinta y seis (36) horas³⁷. (subrayado nuestro)

Así, sin mayores tropiezos, fue aprobada por el Congreso de la República una reforma constitucional que seguía utilizando el derecho a la libertad como instrumento para luchar eficazmente contra la criminalidad³⁸. Esta situación, que no podría entenderse como excepcional en la tradición jurídica colombiana, estuvo sin embargo apalancada por un hecho sobreviniente: la consolidación de un derecho penal antiterrorista, resultado de la política de seguridad democrática del presidente Álvaro Uribe Vélez.

¿Qué incidencia tuvo el cambio de gobierno y la implementación de una nueva política criminal en el desarrollo final del sistema acusatorio en Colombia?. De este tema nos ocuparemos a continuación.

1.1.1. El derecho a la libertad personal en el escenario de un derecho penal antiterrorista

El día 24 de abril de 2003 el Gobierno de Álvaro Uribe Vélez presentó un proyecto de reforma a los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución³⁹, reforma a la que se le denominó estatuto antiterrorista. El origen inmediato de dicha reforma lo

37 Gaceta 232 de 2002. El subrayado es nuestro, la negrilla corresponde al texto.

38 El texto aprobado en el Congreso fue el siguiente: Artículo 2°. El artículo 250 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 250. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o con fundamento en denuncia, petición especial o querrela, investigar los hechos que puedan constituir delitos y acusar ante los jueces de la República, cuando fuere el caso, a los presuntos infractores de la ley penal. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

39 El proyecto fue presentado por el Ministro del Interior y de Justicia, *Fernando Londoño Hoyos*, y la Ministra de Defensa, *Marta Lucía Ramírez de Rincón*.

constituía el estado de conmoción interior declarado por el presidente Álvaro Uribe Vélez cuatro días después de su posesión⁴⁰, el cual era un ejemplo significativo de la retórica emocional que el Gobierno quería usar para despertar la sensibilidad de la población y avivar su sentimiento patriótico⁴¹.

El proyecto presentado por el gobierno de Uribe tendría por objeto dotar a las autoridades administrativas de facultades constitucionales para que pudieran realizar, entre otras cosas, capturas sin orden judicial, en asuntos relacionados con el terrorismo. Semejante propuesta significaba un retroceso histórico frente a lo que constituía uno de los grandes avances de la Constitución de 1991, como era la consagración del principio de reserva judicial de la libertad como forma de poner freno al abuso del ejecutivo.⁴²

Los entonces Ministros del Interior y de Justicia, Fernando Londoño Hoyos, y de Defensa, Marta Lucía Ramírez de Rincón, consideraban que la solución a la situación de terrorismo en Colombia no podía lograrse mediante medidas transitorias porque la situación era permanente y, por ende, los mecanismos adecuados para conjurarla no podían ser por vía de decretos legislativos sino por medio de normatividad también permanente⁴³. Por tal razón, propusieron la siguiente reforma al artículo 28 constitucional:

“Artículo 2º. El artículo 28 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

Una Ley Estatutaria reglamentará la forma en que autoridades administrativas puedan realizar detenciones con fines de identificación y registros domiciliarios, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior, exclusivamente en casos de terrorismo⁴⁴.

40 El Presidente Álvaro Uribe Vélez declaró el estado de conmoción interior mediante el decreto 1837 de agosto 11 de 2002.

41 Iturralde Manuel, Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción, siglo del hombre editores, Bogotá, 2010, p. 304.

42 Para mayor ilustración sobre lo que significó la consagración del principio de reserva judicial de la libertad en la constitución de 1991 consultar la sentencia C-024 de 1994.

43 Exposición de motivos del proyecto publicado en la Gaceta 174 de 2003.

44 Ídem.

Con la modificación que se proponía, según sus autores, se pretendía autorizar actuaciones urgentes de los funcionarios de policía judicial⁴⁵, para lo cual debía acogerse la jurisprudencia de la Corte Constitucional que reconocía la existencia de una detención preventiva administrativa, que podía efectuarse sin orden judicial, bajo ciertas circunstancias y con el respeto a determinados principios en ella enumerados⁴⁶.

El discurso de la reforma representaban sin embargo un contrasentido, pues partía de admitir que la Constitución de 1991, como lo había reconocido la Corte Constitucional, consagraba la posibilidad de que se produjeran detenciones preventivas administrativas para conjurar los problemas de orden público, sin tener que recurrir a medidas de excepción⁴⁷ y, sin embargo, postulaba una reforma a dicha normatividad para consagrar medidas excepcionales con carácter permanente.

De otra parte el ejecutivo utilizaba una estrategia bastante útil, según el planteamiento de Manuel Iturralde, pues haciendo creer que Colombia estaba frente a una democracia sitiada, para lo cual utilizaba un lenguaje formulado en términos catastróficos, describía una situación de caos total debido a las acciones del enemigo del momento, para, de esta manera, legitimar respuestas extremas. En otras palabras, la estrategia del Gobierno de Uribe consistía en excitar el temor de la sociedad para alimentarse de él⁴⁸.

Como resultado de dicha retórica se incitaba a la polarización en el debate político sobre el control del orden público, de tal suerte que quienes se oponen al establecimiento de las medidas necesarias para combatir al enemigo estarían de su lado, con todo lo cual se sustenta un modelo de sociedad que privilegia la seguridad, el castigo y la exclusión y que asume como natural el lema: “el orden es primero y los derechos después”⁴⁹.

Para el gobierno de Uribe, la necesidad de reformar la Constitución era también la manera de superar los obstáculos que representaban las decisiones de la Corte Constitucional, la cual, según lo dejaba consignado la exposición de motivos, “durante los últimos cuatro años, ha sido bastante crítica y estricta en el entendimiento de las razones que han llevado al Gobierno a decretar el estado de conmoción interior

45 Como lo plantea Iturralde, “El estatuto no era ninguna innovación dentro de la legislación de excepción: simplemente les daba rango constitucional a las medidas que fueron aprobadas mediante decretos de emergencia. De esta forma el Gobierno se aseguraría la permanencia de esas medidas y eludiría el control de la Corte Constitucional” (Op. cit., p. 259).

46 Se hacía referencia a las sentencia C-024 de 1994, ya enunciada.

47 Corte Constitucional, sentencia C-024 de 2004.

48 Op. cit., p. 322.

49 Op. cit. p. 322.

ya así, ha convertido a este en un mecanismo en parte inservible para el ejecutivo ante la crítica situación del país⁵⁰.

Como puede apreciarse, la tensión existente entre la necesidad de restituir el orden público y la de respetar los derechos de los justiciables, era solucionada por la reforma constitucional partiendo de considerar que cuando los derechos constitucionales son un estorbo para las políticas del gobierno aquellos deben ceder en su eficacia, lo que la sociedad entendería como algo normal, aunque pugne con las ideas democráticas que inspiran a la Constitución⁵¹. Así las cosas, la nueva política criminal estaría enmarcada por un autoritarismo estatal inspirado en la idea de que el fin justifica los medios.

¿Qué efectos tendría esta visión autoritaria del derecho penal en el desarrollo de la ley que implementaría el sistema acusatorio colombiano? La respuesta del gobierno era contundente: “No altera ello el esquema de tendencia acusatoria que dispone nuestra legislación, sino que al contrario, atiende al mismo, para recabar información que será de utilidad en el transcurso de la investigación⁵²”.

En ese ambiente de liberalismo autoritario⁵³ era necesario considerar que como resultado de la política de seguridad democrática⁵⁴, elemento central del manifiesto político del gobierno de Uribe, toda reforma penal debía contribuir al restablecimiento del orden público y entonces era apenas lógico que la reforma al sistema procesal penal, desarrollo del acto legislativo 003 de 2002, debía servir a los propósitos de la lucha frontal contra el terrorismo y otras manifestaciones de criminalidad. Por tal razón, tanto el proyecto de reforma constitucional antiterrorista como el del código de procedimiento penal que implementaría el sistema acusatorio en Colombia, cuyas discusiones se surtían simultáneamente en el Congreso⁵⁵, debían caminar por un

50 Exposición de motivos, publicado en Gaceta 174 de 2003.

51 Por ello Manuel Iturralde califica el proyecto como “una auténtica contra-reforma constitucional, ya que devolvió el ordenamiento constitucional colombiano más de cien años atrás, a la tradición autoritaria de la constitución de 1886” (Op. cit., p. 262).

52 Exposición de motivos, publicada en Gaceta 174 de 2003.

53 “Una parte importante de las leyes y medidas penales aprobadas en Colombia en las últimas cuatro décadas ha sido producto de normas de excepción... La clase concreta de justicia penal que se administra en Colombia se ha estructurado a partir de la tendencia política a ejecutar medidas de excepción destinadas a investigar, perseguir y juzgar a quienes los gobiernos y la opinión pública sensibilizada consideran como criminales peligrosos” (Iturralde, Op. cit., p. 20).

54 “La llamativa expresión, Seguridad Democrática, se refería a una estrategia de seguridad cuyo fin es “proteger a todos, al trabajador, al empresario, al campesino, al sindicalista, al periodista, al maestro, frente a cualquier agresor”. (Ídem, p. 233).

55 Cuando se presentó la ponencia para el primer debate de la reforma al código de procedimiento penal, el proyecto de acto legislativo antiterrorista iniciaba su segunda vuelta ante la misma comisión de la Cámara de Representantes.

mismo sendero, que no era otro que el de la consolidación del autoritarismo penal. Nadie esperaba que la reforma al estatuto procesal penal estuviera impregnada de una filosofía diferente a la que inspiraba al estatuto antiterrorista, manifestación de la lucha del gobierno contra la criminalidad.

En función de ese ideal, las críticas relacionadas con la existencia en Colombia de un proceso penal caracterizado por la deshumanización y el despotismo, que sirvieron de fundamento a la tramitación del acto legislativo 003 de 2002 como forma de cumplir los convenios internacionales de derecho humanos, pasaban a un plano secundario, pues el modelo autoritario que ahora se imponía harían del desarrollo legal del sistema acusatorio una oportunidad para fortalecer el modelo de juzgamiento y endurecer las restricciones del derecho a la libertad.

Fue tan notorio el cambio de posición entre la aprobación del acto legislativo 003 de 2002 y el momento en que se iniciaron las discusiones del proyecto de reforma al código de procedimiento penal, que el propio Fiscal General de la Nación, autor de la iniciativa legislativa, pasó de avalar las críticas que el gobierno de Pastrana hacía frente la proliferación de medidas de aseguramiento a pedir, bajo el nuevo modelo autoritario de gobierno, el incremento desmesurado de las mismas, partiendo del supuesto de que la falta de medidas de aseguramiento en un buen número de delitos investigados por la fiscalía era un factor que alimentaba la impunidad.

Ese cambio de postura del Fiscal General de la Nación le permitiría manifestar que “El atraso de las cifras que acusa nuestro país en los tres aspectos de prevención, investigación y juzgamiento, así como en la baja tasa de medidas de aseguramiento, hace que se registre una altísima criminalidad ... La comparación internacional ... permite observar, como panorama general, que las naciones con sistemas judiciales penales de tendencia acusatoria, logran una mayor represión del crimen en las tres instancias policial, judicial (fiscales y jueces) y de encarcelamiento, con el resultado de lograr bajas tasas de criminalidad.”⁵⁶ (el subrayado es nuestro)

Pero la nueva posición del Fiscal no se antojaba gratuita, era por el contrario la consecuencia asumir el sistema procesal penal como escenario para garantizar el orden público. Así, el hecho de que el gobierno del Presidente Álvaro Uribe emprendiera una lucha frontal contra la delincuencia organizada, bajo el postulado de la política de seguridad democrática, alineaba a la Fiscalía en ese mismo camino, lo que significaría, entre otras cosas, que al momento de proponer la reforma al

56 En www.fiscalia.gov.co/pag/divulga/Decla02/G. (Conversatorio sobre los alcances de la reforma a la Fiscalía General de la Nación realizado en LA UNIVERSIDAD DE GEORGETOWN de Estados Unidos, con el entonces Fiscal Luis Camilo Osorio).

Código de Procedimiento Penal se echara por la borda aquel reforzamiento de la protección de la libertad personal por la que el Fiscal había abogado en el pasado⁵⁷.

Según lo pensaba el entonces Fiscal General de la Nación, una mayor eficiencia de parte de fiscales y jueces deberá culminar con una mayor cantidad de delincuentes pagando condena en las prisiones⁵⁸, lo que significaría entonces que el derecho procesal penal que ahora se vislumbraba mediría la eficacia de la justicia en el aumento de personas privadas de su libertad, utilizando la prisión como remedio, lo que dibujaba el régimen despótico a implementarse.

En ese ambiente legislativo en el que los derechos debían servir de instrumento a los fines del Estado, Luis Camilo Osorio criticaba la reforma introducida por la Ley 600 de 2000, afirmando que ella no se había sustentando en la búsqueda de soluciones al persistente problema de la ineficiencia judicial, pese a su agudización, sino en la necesidad de adecuar aún más el sistema procesal penal a los postulados de la Constitución Política de 1991, que ya habían sido reconocidos en el Código de Procedimiento Penal del mismo año, dentro de los que se podía citar como ejemplos la incorporación de normas rectoras, la privación excepcional de la libertad, la prevalencia del derecho sustancial. En palabras del Fiscal, tal normatividad no consagraba la existencia de un nuevo esquema procesal, “sino ajustes y precisiones con importancia y trascendencia jurídica imposibles de desconocer, pero que no abarcaron formulaciones para solucionar el problema de la congestión y por tanto de la impunidad”.⁵⁹ (subrayado nuestro). Semejante diagnóstico admitía, sin reparo alguno, que la consagración de derechos y garantías no eran más que ajustes y precisiones jurídicas, pero que lo realmente importante era implementar un nuevo sistema que acabara con la congestión y la impunidad.

En su exposición ante la Cámara de Representantes, durante el primer debate del proyecto de la que hoy es la Ley 906 de 2004, que desarrollaría el sistema procesal penal acusatorio, el entonces Fiscal puso de presente la fórmula para luchar contra la impunidad, lo que dejaría al descubierto la filosofía que el sistema encerraba. Al efecto señaló:

“Me he saltado algunas de las audiencias previas, que van a ser fundamentalmente la gran panacea donde pensamos que puedan tener lugar la culminación

57 Como se explicó anteriormente, el discurso garantista del acto legislativo 003 de 2002 plantearía que las medidas de aseguramiento fueran excepcionales y respetaran tanto la imparcialidad como la presunción de inocencia, por lo que debían tener un soporte probatorio exigente.

58 En www.fiscalia.gov.co/pag/divulga/Decla02/G. (Conversatorio sobre los alcances de la reforma a la Fiscalía General de la Nación realizado en LA UNIVERSIDAD DE GEORGETOWN de Estados Unidos, con el entonces Fiscal Luis Camilo Osorio).

59 Ídem.

de la mayoría de las causas ... son la imputación que se genera también en una audiencia previa, donde analizado y verificado por el propio acusado y por su defensor, podemos tener un escenario de que tempranamente, decidamos el Fiscal frente al defensor la autoría del delito, su participación, podamos inclusive recabar la posibilidad de colaboración con la justicia, para que de-late a sus cómplices, a sus auxiliadores, a los coautores, fundamentalmente el reconocimiento de que se causó un daño y que va a repararse ese daño y finalmente el acogimiento a una sentencia anticipada con unos beneficios.

De ahí que también complementariamente con este Código de Procedimiento, estamos recabando la necesidad de que el Código Penal nuevamente y no es simplemente por bandazos o por la ley de péndulo que suele atribuirse a la legislación nuestra, tengamos que agravar también las penas, para poder derivar de allí la posibilidad de que el escenario tenga como motivo atractivo la posibilidad de que haya una rebaja de las dalis (sic)".⁶⁰ (resaltado nuestro)

No podrá pasar desapercibida la misión que se encomendaba al nuevo sistema procesal penal, el cual, diseñado para conseguir la eficacia en la justicia pondría su empeño en procurar la rendición temprana de los justiciables, consagrando un subsistema que permitiera la aparición de sentencias sin procesos, alimentadas por allanamientos o negociaciones con la Fiscalía, lo que era calificado por el propio fiscal como "la gran panacea" del sistema. En función de dicho propósito el proyecto de ley impulsaba el incremento de las medidas de aseguramiento, distinguiendo para el efecto entre medidas privativas y no privativas de la libertad y permitiendo la acumulación de ellas. De esta manera solucionaría el fiscal el problema de impunidad derivado de la baja tasa de medidas de aseguramiento y creaba así mismo la presión suficiente para que 'su gran panacea' pudiera ser realidad.

Así las cosas, no era difícil de advertir que el proyecto que terminó con la expedición de la ley 906 de 2004 y que en su título IV implementaba el régimen de la libertad y su restricción, mostrara una cara que aunque distinta a los postulados que inspiraron el acto legislativo 003 de 2002, no era extraña para el momento en que se gestó, al fin y al cabo el mismo órgano que entendía necesario el establecimiento de un derecho penal antiterrorista para asegurar la vigencia de la política de seguridad democrática, arrasando con los derechos constitucionales, era también el encargado de regular los contenidos de un proceso penal diseñado para el juzgamiento de los destabilizadores de la sociedad.

Como resultado de lo anterior, la presunción de inocencia que pretendía amparar el acto legislativo 003 de 2002 recibía como respuesta la consagración de medidas de

60 Comisión Constitucional permanente, Cámara de Representantes, Acta No. 17 de noviembre 11 de 2003.

aseguramiento cuyo sustrato probatorio era una simple inferencia razonable, que llevada a extremos constituiría un indicio, lo que significaba regresar a régimen anteriores a la ley 600 de 2000. Así mismo las finalidades de las medidas recibirían ahora una descripción normativa que facilitara el acomodamiento a las variadas hipótesis consagradas por el legislador, cerrando de esta manera la oportunidad de evadir los múltiples propósitos que la inspiraban. Quedaría así demostrado que no era mentira aquella frase satírica que indicaba que “una medida de aseguramiento no se le niega a nadie”.

Si ello fuera poco, el nuevo sistema permitiría la captura del indiciado sin que estuvieran claramente regulados los motivos para ello, como no fuera admitiendo, como lo hizo la Corte Constitucional, que dichos motivos equivalen a los fines de la medida de aseguramiento⁶¹, lo cual implica en la práctica un adelantamiento de la medida de aseguramiento realizada sin posibilidad de controvertirla.

Y para cerrar el panorama, ahora la ley otorgaba amplias competencias a la Fiscalía para que ordenara capturas excepcionales, facultad que aunque fuera consagrada en el acto legislativo 003 de 2002 ahora era aprovechada por el fiscal para ampliar el espectro de la excepcionalidad y que permitió consagrar una medida restrictiva de la libertad que terminaba convirtiéndose en regla general⁶².

Con todo, el sistema acusatorio colombiano dejaba al descubierto, en la manera como regulaba las restricciones de la libertad personal, su inocultable vocación autoritaria, propia de la política criminal que la inspiraba.

61 Sentencia C-479 de junio 13 de 2007.

62 Por esta razón el artículo 300 de la Ley 906 de 2004 fue declarado inexecutable mediante sentencia C-1001 de 2005.



Autora: Alejandra Echeverri Jaramillo
Título: Ibrahim Ferrer
Técnica: Óleo con espátula
Dimensiones: 50 x 70
Año: 2007

RÉGIMEN COMÚN DE ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS: BIODIVERSIDAD Y SEPARACIÓN DE SUS COMPONENTES TANGIBLE E INTANGIBLE*

* Artículo de investigación producto del proyecto "El régimen de propiedad intelectual en Colombia y la protección al componente intangible de la biodiversidad", inscrito ante el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia.

Fecha de recepción: 13 de abril de 2010
Fecha de aprobación: 20 de mayo de 2010

RÉGIMEN COMÚN DE ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS: BIODIVERSIDAD Y SEPARACION DE SUS COMPONENTES TANGIBLE E INTANGIBLE

*Patricia González Sánchez***

*Sandra Patricia Duque Quintero***

RESUMEN

Los países andinos como Colombia, depositarios de gran biodiversidad, se han vuelto objetos de atención por parte de países desarrollados y altamente industrializados, de forma tal que en aras de la integración económica se insertan en nuestros ordenamientos legislaciones en materia de Propiedad Intelectual sobre los recursos naturales. Un claro ejemplo de ello es la Decisión Andina 391 de 1996, esto es, el Régimen Común de Acceso a los recursos genéticos, el cual parte de la premisa de separar el componente tangible (plantas, animales, microorganismos) y el componente intangible (conocimiento tradicional) de la biodiversidad. De esta manera, en este artículo de investigación, a partir de la descripción del concepto de comunidades locales y del marco regulatorio sobre acceso a los recursos genéticos, se analiza como al separar el Estado, proveedor del componente tangible, y a las comunidades locales, proveedoras del intangible, se configura una limitación al reconocimiento de los derechos colectivos sobre la biodiversidad, que son el resultado del papel protagónico que han desempeñado las comunidades indígenas, campesinas y afrodescendientes, en la conservación y uso sustentable de la diversidad biológica.

Palabras clave: Recursos genéticos, biodiversidad, comunidades locales.

COMMON REGIME OF ACCESS TO THE GENETICS RESOURCES: BIODIVERSITY AND SEPARATION OF ITS TANGIBLE AND INTANGIBLE COMPONENTS

ABSTRACT

The Andean countries how Colombia, proprietor of a lot of biodiversity, are objects of attention of develop countries and higher industrialized, in this way in order to the economic integration are inserted in our systems laws about Intellectual Property specifically in natural resources. A example of that is the Andean Decision 391 of 1996, that is, the Common Regime of Access to the genetics resources, which starts with the premise of separate the tangible component (plants, animals, microorganism) and the intangible component (traditional knowledge) of the biodiversity. In this order, this article of investigation, starting with the description of the concept of local communities and regulatory marc about access to genetics resources, is analyzed how when the State, purveyor of the tangible component, is separated of the local communities, purveyor of intangible component, is configured a limitation to the recognition of the collectives rights upon the biodiversity, that are the result of the important performance of natives communities, country people, black people, in the conservation and sustainable use of the biologic diversity.

Keywords: Genetic resources, biodiversity, local communities.

** Profesoras investigadoras del Grupo de Investigación Derecho y Sociedad, adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

RÉGIMEN COMÚN DE ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS: BIODIVERSIDAD Y SEPARACIÓN DE SUS COMPONENTES TANGIBLE E INTANGIBLE

INTRODUCCIÓN

Si en épocas pasadas la razón moderno-colonial construyó en América Latina latifundios de caña de azúcar, plátano, café y algodón, el nuevo sentido de la biodiversidad está llevando a generar un nuevo tipo de latifundio, el latifundio genético. Los recursos naturales se han convertido en objetos para la explotación, y la biodiversidad aparece entonces, no sólo como una multiplicidad de formas de vida, sino como zonas de reservas de naturaleza, donde territorios y hábitat conservan la diversidad biológica y cultural que hoy están siendo valorizados por su riqueza genética, sus recursos ecoturísticos o su función como colectores de carbono.

Las políticas recientes en torno a la biodiversidad no responden tan sólo a una preocupación por la pérdida de especies biológicas, esta se ha revelado como un banco de recursos genéticos que son la materia prima de los grandes consorcios de las industrias farmacéuticas y de alimentos, cuyo valor económico supera ya el de los consorcios petroleros.

Por su parte, aquellos países y pueblos donde se encuentran localizadas las áreas de mayor biodiversidad, le han otorgado la representación de significaciones y sentidos culturales, pero con las intervenciones los ven transformados en valores económicos; desconociendo que la biodiversidad es la expresión del potencial productivo de un ecosistema. Por tanto, se han generado nuevas formas de intervención en los ecosistemas y sus servicios ambientales, ocasionando problemas no previstos por los acuerdos de Río de Janeiro y Johannesburgo, como lo son las insatisfactorias regulaciones de los países en materia de bioprospección y bioseguridad, en las cuales las soberanías nacionales y los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades campesinas y negras, se han visto restringidas frente a los acuerdos internacionales en materia de comercio¹.

1 “...a principios de la década de los años 1990, existían transacciones por 43,000 millones de dólares anuales a partir de plantas medicinales autóctonas o sus derivados sin incluir el nuevo y creciente bodyshopbusiness y los colorantes naturales. Muchos de estos productos derivados de plantas, animales e insectos han sido

Sin embargo, uno de los desarrollos conceptuales más significativos en el tema de la biodiversidad, plasmado en la Convención de las Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica, es el reconocimiento expreso de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales. Este derecho se traduce en el deber de los Estados de regular y orientar todo lo relacionado con la utilización, manejo y aprovechamiento de tales recursos, dentro de sus territorios para garantizar el desarrollo sostenible, la conservación y su restauración.

Lo anterior plantea un nuevo paradigma para utilizar y aprovechar la riqueza de la biodiversidad biológica de cada Estado, perdiendo vigencia la teoría del libre acceso a dicha riqueza, ya que no se considera como patrimonio común de la humanidad sino que se ubica como parte integrante del patrimonio dentro del interés común de todas las naciones. No obstante, la Decisión Andina 391 de 1996², introduce una distinción entre el componente tangible y el componente intangible de la biodiversidad, asignando el carácter de tangible al material genético y el carácter de intangible al conocimiento asociado.

El término tangible se refiere a entidades corporales que se pueden tocar y manipular; sin embargo, se debe precisar que el material genético, el ADN, presente en un organismo y el conocimiento asociado no son tangibles en este sentido. La distinción que hace entonces la decisión andina tiene una doble consecuencia, el material genético o componente transmitido hereditariamente en códigos genéticos es declarado tangible y sujeto del régimen de acceso, mientras que el conocimiento transmitido en códigos culturales por las comunidades negras, indígenas y campesinas, es caracterizado como intangible, no sujeto a régimen de acceso; lo que lo convierte en un bien de libre acceso, a pesar de que muchas veces sean precisamente los conocimientos tradicionales los que permiten las investigaciones realizadas en los laboratorios.

Se hace necesario evidenciar cuándo un conocimiento es intangible y cuándo se convierte en tangible, dado que el conocimiento no es palpable, solo se hace visible

probados, elaborados y utilizados por los grupos indígenas y las comunidades locales de manera ancestral en diversas actividades. No se han producido, leyes específicas y procedimientos equitativos que pudiesen fortalecer el concepto de “derecho de propiedad intelectual colectiva”. Posey, D. 1992. “Los derechos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas”. La Jornada del Campo 10.11, México, p. 55.

- 2 Si bien el convenio de Diversidad biológica constituye un marco jurídico general de aplicación nacional e internacional, requiere de desarrollos en los distintos temas que maneja, para facilitar su implementación en el ámbito global, regional y nacional. Como ejemplo de reglamentación del Convenio en el ámbito regional, se encuentra la Decisión 391 de 1996 del acuerdo de Cartagena, sobre el régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos. Es así como los miembros del acuerdo de Cartagena (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela), aprueban en julio de 1996 dicha Decisión, la cual se constituye en el marco jurídico regional que regula el acceso a los recursos genéticos, a sus productos derivados y, a sus componentes intangibles asociados.

cuando es aplicado sobre un material determinado, allí se hace tangible. Así cuando se accede a una planta de uso popular para determinadas patologías y se lleva a un laboratorio donde se verifica el elemento activo, este gen se aísla y sobre este se obtiene una patente de propiedad, ¿Cuál es la posición de la legislación para proteger la comunidad que tradicionalmente ha ensayado y usado, dicha planta?

La problemática formulada es difícil de enfrentar al no existir un límite claro y preciso que permita una separación tajante entre el conocimiento tradicional, como componente intangible, y el componente tangible como lo hace la Decisión Andina 391 de 1996³, la cual además permite manifestar en la solicitud de acceso a los recursos genéticos, si se está interesado accesoriamente en el material intangible, para lo cual es necesario firmar un contrato accesorio con la comunidad que sería afectada. Pero, y según las propuestas que se han llevado ante las autoridades competentes para autorizar la bioprospección, como por ejemplo el caso de Bioandes en Colombia, es claro que las Multinacionales no están interesadas en el componente intangible de la biodiversidad sino en lo tangible; además, es poco seguro que estén dispuestas a pagar parte de sus regalías por la utilización de un recurso biológico patentado a partir del conocimiento tradicional.

COMUNIDADES LOCALES Y BIODIVERSIDAD

Las comunidades locales⁴ son las que han jugado un papel protagónico en los cambios y transformaciones que a través del tiempo ha presentado la biodiversidad del planeta⁵. En este sentido se sostiene que *“en la creación de especies y variedades*

3 Contrario por ejemplo a lo que sucede en países como Indonesia, en donde se presenta la unidad respecto a la utilización de las plantas siendo su principal componente el conocimiento y la utilización que sobre la misma se realiza.

4 El uso del concepto amplio de las comunidades locales comprende un gran conjunto de diferentes realidades organizativas y culturales, los cuales tienen los siguientes puntos en común: “posesión y acceso a un conocimiento tradicional sobre manejo de ecosistemas, relaciones especiales con su ambiente, que incluyen elementos culturales, espirituales, sociales, económicos y tecnológicos, además posiciones colectivas sobre propiedad, uso, custodia, administración, distribución y disfrute de los recursos y un sentido compartido de comunidad, adquirido a través de lazos históricos o de eventos circunstanciales” GRAIN, Hacia un régimen de derechos comunitarios sobre biodiversidad. En: Biodiversidad: sustento y cultura, octubre de 1996, p.74.

5 Para el caso de América, “la agricultura se inició aproximadamente hace 10.000 años, desde entonces, se ha presentado un continuo proceso de cruzamientos espontáneos y realizados por las diferentes poblaciones de agricultores sobre los cultivos básicos para la alimentación, la medicina y otros usos. Como resultado de este trabajo de mejoramiento colectivo de las comunidades se han desarrollado una gran cantidad de especies y variedades tradicionales con características particulares adaptadas a diferentes ambientes, requerimientos culturales y productivos”. Vélez O. Germán, 1998. Biodiversidad y derechos colectivos de los pueblos indígenas de Colombia. Programa Semillas, Bogotá, 12 p.

para la agricultura, desde épocas antiguas han intervenido varias culturas, pueblos indígenas y locales, proceso que ha sido determinado por factores ecológicos, tecnológicos, productivos y culturales”⁶.

Se debe tener en cuenta que la diversidad de especies y variedades que hoy sustentan la agricultura y la alimentación del mundo son el resultado de un milenarismo proceso de domesticación, selección y mejoramiento de especies cultivadas, lo cual ha sido posible por la generación de conocimiento, innovaciones y prácticas, resultado de la investigación colectiva que ha permitido acumular y transmitir de generación en generación el conocimiento producido en cada una de las culturas adaptadas a las diferentes regiones geográficas y climáticas, por esto:

Las comunidades indígenas, negras y campesinas desde épocas antiguas han compartido e intercambiado con orgullo las plantas, las semillas, los animales y el conocimiento tradicional. Esta valoración y forma de compartir, ha sido y es un factor fundamental en la *creación de conocimiento, adaptación y diseminación de la diversidad* y ha sido también una estrategia para la *sobrevivencia y fortalecimiento* de las culturas indígenas y locales. El uso y manejo de los recursos se basa en la diversidad biológica, étnica y cultural⁷.

Se considera que los derechos colectivos sobre la biodiversidad, son el resultado del papel que han desempeñado las comunidades indígenas, campesinas y locales en la preservación y mantenimiento de los conocimientos, las innovaciones y las prácticas, incorporando los estilos de vida tradicionales que han sido fundamentales para la conservación y uso sustentable de la diversidad biológica. Sin embargo, la legislación colombiana sobre el tema no cuenta con mecanismos jurídicos de regulación y protección acordes y eficaces, a la realidad del caso colombiano⁸.

6 Vélez O. Germán y Arias, C., Jaime, 1988. Sistemas de producción agrícola precolombinos de la América tropical y subtropical y sus relaciones ecológicas. Tesis, Universidad Nacional (Medellín), 950 p.

7 Montecinos, Camila, 1996. Habrá llegado la hora de preguntarnos en que callejón nos hemos Metido. Biodiversidad (Montevideo), (12-13): 9-17, Sep.

8 La gran paradoja consiste en que tanto las políticas como la normatividad ambiental en el último tiempo continúan siendo formuladas en perspectiva meramente sectorial y local, es decir, el discurso ambiental sigue enunciando principios para asumir los problemas ambientales contemporáneos, pero la realidad sociopolítica y económica nacional e internacional no hacen nada por incorporarlos materialmente en las prácticas concretas de gestión y política ambiental. Esto se expresa en primer lugar, en el hecho de que las luchas de las normas ambientales no obedecen al interés general sino que son la expresión normativa de claros intereses privados (generalmente de empresas nacionales y transnacionales) que se imponen no sólo en el momento de hacer la norma (ante los órganos competentes, ya sea el legislador ordinario o extraordinario) sino de aplicarla (fuerza indebida sobre las autoridades ambientales) o de interpretarla (frente a las decisiones judiciales, como en el caso de tutelas interpuestas para defender derechos colectivos y ambientales). Es decir, la norma no es generada, aplicada ni interpretada obedeciendo el interés común o general sino a expresos intereses concretos de sectores con gran poder en la toma de decisiones. De este modo, si las normas ambientales no obedecen al interés general, los destinatarios de las mismas no se sentirán identificados con ellas y por ende no serán

La Constitución Política de 1991, estableció en su artículo 7: “*El Estado debe reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana*”, que lejos de ser una declaración puramente retórica, proyecta en el plano jurídico el carácter democrático, participativo y pluralista de la República.

En este sentido, las comunidades negras fueron definidas por la Ley 70 de 1993 como el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.

Así mismo, el decreto 2001 de 1998 definió las comunidades indígenas, como los conjuntos de familias de ascendencia amerindia, que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborigen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social internos que las diferencian de otras comunidades rurales.

Y en el caso de las comunidades campesinas, es de anotar que en nuestro ordenamiento jurídico estas no cuentan con beneficios especiales, dado que se entiende que forman parte del conglomerado nacional en las mismas condiciones que los colombianos pobladores urbanos, por tanto, no se incluyen dentro de las minorías étnicas. No obstante, la Constitución genera algunos beneficios de los que derivan las políticas agropecuarias.

En este orden de ideas, las comunidades locales colombianas dependen estrechamente de la biodiversidad y cada vez se les debe reconocer su papel como garantes de la supervivencia de los recursos genéticos escasos y valiosos.

Ahora bien, Colombia es considerado el segundo país más biodiverso del mundo⁹; este potencial en recursos genéticos, químicos, medicinales y económicos ha colocado a nuestro país dentro de los objetivos de las multinacionales farmacéuticas luego de la firma del convenio de Río, que convalida los derechos de propiedad intelectual de las empresas sobre los recursos biológicos y genéticos, sin retribuir de manera adecuada las contribuciones de los pueblos indígenas del hemisferio sur,

acordes ni eficaces. Por lo tanto, la norma ambiental debe ser el resultado de los acuerdos fruto del debate público político con la participación de todas y todos los afectados y no los acuerdos del derecho negociado del ambiente, como ocurre con los recursos genéticos y sus componentes tangible e intangible. En esta medida, es urgente que las normas en materia ambiental deban contener elementos que involucren formas y mecanismos de resolver los nuevos y actuales problemas ambientales, los cuales deben ser vistos desde nuevas perspectivas científicas, técnicas, jurídicas y políticas, acordes con la realidad del caso colombiano.

9 Hernández, Salgar. Ana María. Biotecnología y Propiedad Intelectual. En: Ciencia y tecnología. Vol. 20 No. 3, 2002.

los cuales a través de cientos de años han seleccionado y mejorado estos recursos encargándose de su conservación. Colombia como muchos otros países tropicales, está en mora de esforzarse por desarrollar su propia base de información sobre biodiversidad y por comprenderla, utilizarla y conservarla, para sus fines y para futuras generaciones:

Las plantas que allá habitan y a partir de ellas diversos microorganismos, hongos y animales producen miles de productos útiles para el hombre y hay literalmente millones por descubrir, pues se estima que solo una fracción (menos de 5 % de los organismos) han sido estudiados buscando compuestos químicos con aplicaciones farmacéuticas, por eso se habla de los genes y la riqueza biológica como el “oro verde”, pero esta riqueza debe ser administrada cuidadosamente, pensando en su uso sostenible y no como algo que se debe derrochar porque parece eternamente renovable. Políticas inadecuadas y mal manejo están llevando a su acelerada destrucción, se calcula que pasado el año 2010 tal vez hayan desaparecido entre un tercio y la mitad de las zonas selváticas del mundo¹⁰.

De la articulación entre biodiversidad de las especies y la diversidad cultural, o sea, recursos genéticos y conocimiento por parte de las comunidades locales, es de donde se puede observar que:

A lo largo de la historia se han cultivado y recolectado más de siete mil plantas como alimento, pero hoy solo se depende de veinte especies que proveen el noventa por ciento del alimento del mundo; sin contar con la pérdida irremplazable de algunos recursos genéticos por el desarrollo de la revolución verde; a fines del siglo veinte. Hoy en día se cierne sobre la población mundial una forma de expropiación del conocimiento y de las técnicas desarrolladas por los pueblos como lo es la agricultura industrial que combina microbiología, biotecnología y la microelectrónica creando intereses de propiedad intelectual, llevándonos a depender de las grandes compañías multinacionales que son las que están llamadas a llevarse siempre las ganancias¹¹.

Por esto es importante anotar que en la comisión del acuerdo de Cartagena se menciona que los países son soberanos en el uso y aprovechamiento de sus recursos, debido a que cuentan con un importante patrimonio biológico y genético que debe preservarse y utilizarse de manera sostenible:

Los recursos genéticos deben ser entonces para los países, patrimonio directo que a su vez deberá ser transferido a las comunidades que aportaron dicho

10 Casa, Isaza. Adriana. “Recursos Genéticos Biodiversidad y Derecho”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1999.

11 Pardo, Fajardo. María del Pilar. 1999. Instituto de Investigaciones de recursos Biológicos “Alexander Von Humboldt Biodiversidad y análisis Normativo y de competencias para Colombia, Ed Legis.

conocimiento y como la definición de recurso genético hace claridad que todo material de naturaleza biológica que contenga información genética de valor real o potencial es propiedad única y exclusiva del país de origen; la meta de conservación de la diversidad biológica es la de respaldar un desarrollo sostenible, protegiendo y usando los recursos biológicos sin reducir la variedad mundial de genes y especies, ni destruir hábitats y ecosistemas importantes; el tema de conservación está constituido por especies amenazadas, áreas protegidas, zoológicos o bancos de germoplasma. En virtud de ello, uno de los aspectos que se debe tener en cuenta, es el mejoramiento genético de las especies con la participación directa de los campesinos e indígenas que ha sido una vía efectiva para aumentar el espectro varietal de las localidades y con esto el rendimiento, además de enriquecer toda una cultura en relación con la selección y producción de alguna especie nativa¹².

Además, otro de los aspectos que se deben observar con detenimiento es el de la producción basada en la uniformidad, lo cual viene a convertirse en una amenaza para la conservación de la biodiversidad y de la sostenibilidad. El mejoramiento de las plantas en la agricultura se ha basado en la intensificación del rendimiento del producto deseado a expensas de las partes no deseadas, en este sentido, lo que la biotecnología puede considerar como no deseado, puede ser de gran utilidad para las comunidades locales, el dejarlo por fuera del sistema genera deterioro ecológico y pobreza rural. Desde que las compañías farmacéuticas, alimenticias y de semillas han descubierto el valor que tienen las plantas, animales y microorganismos para su desarrollo, la biodiversidad ha cobrado un valor económico y se considera un bien jurídico que debe ser protegido, por lo que se han ido regulando los derechos de propiedad intelectual.

En la actualidad, se estima que las ganancias que les dejan a las multinacionales las indicaciones por parte de los indígenas y las comunidades locales ascienden a cifras altas de ahorro; teniendo en cuenta que dicho conocimiento aumenta la eficiencia en la localización de plantas con propiedades terapéuticas. Sin embargo, se ha desconocido a los campesinos, indígenas, pescadores y recolectores como aquellos que han conservado por siglos la sabiduría de su conocimiento tradicional, sin que se les haya dado la importancia y el reconocimiento merecido.

De otro lado, la bioprospección que es el estudio de la diversidad biológica con el fin de descubrir recursos biológicos con aplicabilidad comercial, ha sido llevada a cabo en forma ilegítima desde hace muchos años, es el caso, a modo de ejemplo, de la investigación científica, ya que a través de jardines botánicos, museos y otros institutos de investigación privados, se establecen contratos con empresas farmacéuticas, de semillas, de biotecnología y de alimentos, relación que comporta

12 Ibidem. p. 93.

para estas últimas, el intercambio de bibliografía, equipos y dinero, a cambio de material biológico; y de esta manera, reducen, de forma considerable, los gastos de investigación.

COMPONENTE TANGIBLE E INTANGIBLE DE LA BIODIVERSIDAD

La biodiversidad comporta **dos componentes insolubles**: uno tangible y otro intangible.

El componente **tangible** de la biodiversidad está conformado por la variedad de genes, de especies y de ecosistemas que podemos identificar, manejar y usar. En otras palabras, lo conforman el material genético, las poblaciones naturales y los recursos de los ecosistemas que pueden ser evaluados físicamente. El componente **intangibile**¹³ de la biodiversidad, está constituido por la variedad de conocimientos, innovaciones y prácticas individuales o colectivas relacionadas con la diversidad biológica. Dentro de este componente se incluyen los saberes de los pueblos indígenas y de las comunidades campesinas, así como las tecnologías modernas y las innovaciones científicas para usar los recursos. Los recursos intangibles, también llamados recursos invisibles, por el grado de dificultad de darles un valor aproximado, se convierten en activos estratégicos para quienes los posean.

En este orden de ideas, se debe entender por conocimiento tradicional o intangible el conjunto de innovaciones, conocimientos, prácticas, usos, informaciones y formas de vida de las comunidades indígenas, afroamericanas y campesinas utilizados en la conservación, uso y mejoramiento de la biodiversidad. Este conocimiento es necesario para la supervivencia, conservación y uso sostenible de las comunidades, ya que representan formas de conservación y uso sostenible de la vida en la tierra; por lo que no debe ser entendido como aquel que por ser tradicional, es estático, no innovador o no dinámico. Por el contrario, se encuentra estrechamente relacionado con el medio natural en el cual se desenvuelve la comunidad en su propia cosmovisión de entender el mundo. Esto le confiere al conocimiento tradicional una dinámica, que da un uso cultural a la biodiversidad¹⁴.

13 Los recursos intangibles se han convertido en capital intelectual, como las políticas o procesos que alguien desarrolla en una empresa, los cuales son métodos intangibles pero que en el momento de aplicarlos se convierten en capital real para las empresas. Sin embargo, en nuestro caso para los recursos naturales y el conocimiento adjunto que se extrae de las comunidades indígenas y locales nunca ha aplicado; por lo cual es importante tomar real conciencia de la situación problemática y la desprotección en que se encuentran.

14 Revista Semillas. No 7, Bogotá, Colombia. Junio de 1996, p. 6.

Otro aspecto importante del conocimiento tradicional, es su carácter colectivo, ya que no se ejerce como una apropiación privada sino que tiene un sentido de cooperación, el portador del conocimiento tiene la obligación de ponerlo al servicio de la comunidad¹⁵. En esta medida, la colectividad del conocimiento se refiere a que éste es creado, desarrollado y transformado colectivamente. En consecuencia, el conocimiento tradicional es y se genera desde lo colectivo.

Este conocimiento, igualmente es intergeneracional, y se transmite principalmente de forma oral, sin desconocer otras formas de comunicación como la escritura, los gestos, y las actitudes frente a los recursos. Por lo que los componentes de la estructura social permiten la articulación que existe entre el conocimiento tradicional, el territorio y las formas de vida:

El conocimiento y la cultura conforman una unidad indisoluble con el medio ambiente y, el proceso de este tipo de conocimiento se encuentra articulado con la cosmogonía de la comunidad. En este sentido puede entenderse que muchas plantas, por ejemplo, no podrán tener la misma función, uso e importancia si son alejadas de su entorno natural o si son modificadas sus condiciones originales¹⁶.

Cuando se habla de conocimiento tradicional, existen diferentes categorías, cada una de las cuales con sus propias características:

1. Conocimiento sagrado o espiritual. Depende de la cultura conforme a una determinada cosmovisión de la comunidad, y existen condiciones éticas o rituales para su acceso.
2. Conocimiento especializado, donde sus limitaciones de acceso son por razones de destreza, oficios o especialidad de los miembros de la comunidad; sin embargo, están y se aportan al colectivo. Esta categoría genera conocimiento de dominio público, el cual se considera “...*el conjunto de saberes que circulan sin ningún tipo de restricciones, tanto en el ámbito de los mecanismos internos de la comunidad como en el ámbito intercultural de ésta. El acceso a este tipo de conocimiento tradicional es generalmente informal y por regla general, su espacio de aprendizaje es en la cotidianidad de la vida doméstica y en las relaciones de vecindad. Hacen parte de este tipo de conocimientos por ejem-*

15 A diferencia del concepto de propiedad del derecho romano en donde el hombre no es parte del derecho natural sino que éste es una cosa sobre la cual él puede adquirir pleno dominio para disponer de ella libremente, aquí, el conocimiento surge más como una adaptación al medio natural y como una forma de garantizar su supervivencia en este medio, ya que las comunidades viven como parte del entorno natural y no separadas de él, creando una relación armónica que contribuye a la preservación del mismo.

16 Revista Semillas. No. 7. Bogotá, Colombia. Junio de 1996, p. 12.

plo, la forma de preparar alimentos, la identificación de plantas comestibles y venenosas, la medicina casera, entre otras"¹⁷.

En la actualidad, el tema de la protección de los conocimientos tradicionales no cuenta con mecanismos jurídicos de defensa eficaces, ya que son considerados por el Estado, bienes de libre acceso, lo que propicia su uso y explotación indiscriminada por parte de nacionales como por extranjeros. Se hace necesario que las comunidades locales fortalezcan las estrategias y acciones que les permitan garantizar el manejo integral y autónomo de sus territorios, la seguridad alimentaria y el fortalecimiento de su identidad y apropiación cultural, tales como: la recuperación, la conservación, el manejo, el uso, el libre intercambio y la investigación participativa de los recursos genéticos locales y el conocimiento asociado; todo esto, adoptando propuestas agroecológicas sustentables.

En mérito de lo expuesto, el componente intangible de la biodiversidad debe ser protegido formal y materialmente, teniendo en cuenta que la biodiversidad¹⁸ aparece no sólo como una multiplicidad de formas de vida, sino como zonas de reserva natural y cultural:

En las últimas tres décadas del siglo XX, los pueblos indígenas y las comunidades campesinas y negras, creadores y depositarios de los saberes tradicionales, se gestan como nuevos sujetos sociales y políticos, planteando entre sus reivindicaciones la de fortalecer dentro de su patrimonio cultural y sus cosmovisiones, los sistemas de saberes, sus formas simbólicas de percepción, significación y relación con la naturaleza, y sus normas culturales y de organización social para la gestión de un desarrollo propio, en donde el hombre es parte integrante e indisoluble del cosmos y su realización plena consiste en ajustarse armónicamente al orden universal de la naturaleza. El hombre es naturaleza, no domina ni pretende dominar, convive¹⁹.

Lo anterior plantea un nuevo paradigma para utilizar y aprovechar la riqueza de la biodiversidad biológica de cada Estado, incluso, permite que pierda vigencia la teoría del libre acceso a la biodiversidad, ya que esta no se considera como patri-

17 Valencia, Pilar. Pluralismo jurídico: una premisa para los derechos colectivos. Santafé de Bogotá, 1997, pp. 6-7.

18 El concepto de biodiversidad puede ser definido como "la riqueza, la cantidad y gran variedad de seres vivos que existen en una determinada área. Incluye el número total de especies y variedades que existen en un ecosistema terrestre, de aguas dulces o marinas, en el suelo, en los bosques y en las áreas agrícolas. La biodiversidad incluye también las diferentes culturas y etnias que viven en un territorio. Contiene los recursos biológicos como animales, vegetales y seres humanos, los cuales están asociados de forma inseparable al conocimiento para su uso y manejo" VÉLEZ O. Germán y ARIAS, C., Jaime. Solicitud de acceso a los recursos genéticos de Colombia. El caso de BioAndes. Programa Semillas, Bogotá, p. 1998.

19 Márquez Calle, Germán. De la abundancia a la escasez: la transformación de ecosistemas en Colombia. Bogotá, FEN Colombia, 1996, p. 146.

monio común de la humanidad sino que se ubica dentro del interés común de todas las naciones y es ampliamente reconocida como parte integrante del patrimonio de cada Nación.

El viraje en la concepción del libre acceso a los recursos se presenta en cuanto se problematiza en la actualidad que la biodiversidad se está perdiendo a grandes velocidades, afirmación que se apoya en informes sobre la degradación ambiental, la cual se estima que para finales del siglo XXI, habrá reducido, aproximadamente, la sexta parte de las especies vivas del mundo²⁰, lo que generaría una pérdida no sólo del componente tangible, sino también del intangible, como consecuencia al todo indivisible que conforman ambos componentes de la biodiversidad.

MARCO NORMATIVO SOBRE ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS

La diversidad biológica, así como la labor del mejoramiento tradicional de cultivos y animales, además de los conocimientos autóctonos sobre los mismos, fueron considerados como un bien de tipo público no exclusivo, cuyo acceso era libre y gratuito. No obstante, a partir de estos recursos genéticos obtenidos sin costo alguno, se desarrollaron productos de diversa índole, nuevas variedades vegetales, productos farmacéuticos, plaguicidas y otros, que fueron definidos como propiedad privada y sujetos de derecho de propiedad intelectual.

La asimetría de la relación entre recursos genéticos suministrados gratuitamente por países en desarrollo y productos finales adquiridos por empresas de países desarrollados, debió ser justificada de alguna manera; para lograr tal efecto, se confirmó que la diversidad biológica fuera concebida como Patrimonio Común de la Humanidad, es decir, un bien público por cuyo aprovechamiento no debiese desembolsarse monto alguno, por lo que se acudió a un concepto que permitió extraer la riqueza genética de los países, sin otorgar ninguna compensación. Por el contrario, productos como los plaguicidas, los medicamentos y las semillas mejoradas, se ubicaron bajo el alero de otra noción: la propiedad privada.

Ese concepto se consolidó cuando en 1983 la FAO aprobó el “*Compromiso Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos*” que tomó como principio los recursos genéticos y los consideró un patrimonio de la humanidad, por lo que su acceso no debería ser restringido. La adhesión de varios países a este compromiso, pro-

20 Se calcula que a principios del siglo veinte la pérdida de especies era menor de 0.01 por día, mientras que para el año 2000 se perderán aproximadamente 100 especies por día. GRAIN. Cultivando diversidad. Biodiversidad (Montevideo), (1): 2-5, Ago.

vocó un incremento en el intercambio de germoplasma en el ámbito mundial, y trajo consigo avances en la investigación, que permitieron la obtención de nuevas variedades vegetales con mejores características. Fue evidente que los países que proveían los recursos no estaban participando de los beneficios que producían los nuevos productos.

Paralelamente al surgimiento de una conciencia internacional de rechazo al concepto de Patrimonio Común de la Humanidad, los adelantos en la biotecnología con la identificación de nuevas aplicaciones y los avances en el campo de técnicas de ensayo de materiales biológicos, revitalizaron el interés de las empresas farmacéuticas, químicas, biotecnológicas y de semillas por los recursos genéticos en estado silvestre, como por el conocimiento tradicional de los pueblos indígenas y comunidades locales. Es menester precisar que el aprovechamiento de estos recursos para la aplicación en diferentes sectores de la industria son múltiples:

Es generalmente aceptado que aproximadamente uno de cada 10.000 compuestos derivados de la evaluación masiva de plantas, animales y microbios eventualmente resulta ser un fármaco potencialmente rentable. En contraste con esto, Shaman Pharmaceuticals Inc., una compañía con sede en E.E.U.U que recolecta plantas hablando con los curanderos indígenas y observándolos trabajar, ha tenido una tasa de éxito del 50%. La fórmula para el éxito de Shaman es la siguiente: si se descubre que tres comunidades diferentes utilizan la misma planta para sus propósitos medicinales, esta compañía considera a dicha planta para ser objeto de investigación adicional. Cerca de la mitad de las plantas recolectadas por los investigadores de Shaman arroja resultados positivos en las evaluaciones preliminares. Hasta mayo de 1994, Shaman Pharmaceuticals Inc., había recolectado 640 plantas, evaluado 471 e identificado 290 extractos que ameritan investigación adicional. Esta compañía actualmente posee patentes sobre dos compuestos en ensayos químicos, ambos derivados de "cierta hierba" que "crece abundantemente" en por lo menos siete países de centro y sur América²¹. "Una estimación del valor de mercado de productos medicinales basado en plantas, muchas de las cuales fueron usadas por primera vez por comunidades indígenas, ascendió en 1985 a 43 billones de dólares²².

De esta manera, las actividades de aprovechamiento así como cambios en factores ambientales y socio culturales, empezaron a generar tendencias alarmantes hacia la desaparición tanto de una parte de la diversidad biológica como de las comunida-

21 Rafi. Informe sobre Bioprospección. En: Reunión Regional sobre Propiedad Intelectual y Pueblos Indígenas, Santa Cruz de la Sierra, 1994.

22 Calle, Rosángela. El conocimiento tradicional y la propiedad intelectual. En: Taller "Estrategia de fomento al uso sostenible de los recursos biológicos para el logro de los principios del convenio de diversidad biológica y desarrollo" Villa de Leyva, 1999.

des autóctonas y sus conocimientos tradicionales; esta erosión genética y cultural, proyectada en el tiempo, alarmó al mundo por la percepción de un futuro carente de recursos básicos para la sobrevivencia del género humano en un entorno degradado y poco apto para su desarrollo.

Fue así como en junio de 1992, 157 países, entre los que no se cuentan los Estados Unidos, firmaron el Convenio sobre la Diversidad Biológica²³ durante la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro, incluyendo principalmente todos los países de la Comunidad Andina. Este documento legal se apoya en tres pilares fundamentales: la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes, y la participación justa y equitativa en los beneficios que genera dicha utilización.

En materia de apropiación del conocimiento intangible asociado a los recursos genéticos, el Convenio exige:

- 1) Un contrato de acceso (art. 15, párr.4º) que sólo podrá celebrarse sobre los recursos genéticos de los que la parte suministradora sea “país de origen” (art. 15, párr.3º).
- 2) El consentimiento fundamentado previo de la parte contratante que proporciona los recursos (art. 15, párr. 5º).
- 3) La repartición equitativa de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas (art. 8º, inc. j).

Este instrumento jurídico cambia la situación, al declarar el derecho soberano que tienen los países sobre sus recursos, estableciendo que la biodiversidad no difiere de otros recursos naturales sobre los que el Estado tiene soberanía; como los minerales y el petróleo. La consecuencia de esta situación es simple: si los Estados tienen soberanía sobre sus recursos genéticos, pueden determinar el acceso a los mismos, negociando términos concertados con aquellos que quieran utilizar estos recursos. Los términos podrían incluir regalías y tarifas de acceso, en el entendido que es muy difícil llevar adelante procesos de conservación y uso sostenible si no se produce una valorización de los mismos.

En este contexto, se establece la exigencia a los Estados para que se adopten las medidas necesarias para crear las condiciones que faciliten el acceso a los recursos genéticos para su uso sostenible; en otras palabras, no restringir el acceso. No se trata únicamente de controlar el acceso a los recursos genéticos, busca como parte

23 Este Convenio fue aprobado en Colombia mediante la ley 165 de 1994 y declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-519 de 1994.

del marco regulatorio, proteger el conocimiento, innovaciones y prácticas de las comunidades locales y pueblos indígenas, especialmente la existente en los países de la región Andina. El hecho es que los pueblos indígenas y campesinos han desarrollado sus propios sistemas, prácticas y conocimientos en materia agrícola, han controlado plagas, manejado recurso natural y practicado la medicina tradicional. De esta forma, el uso de las prácticas tradicionales debería traer consigo beneficios económicos y sociales para los habitantes del país.

Actualmente, los derechos de propiedad intelectual tienen la característica de ser concedidos a los innovadores oficiales, dejando de lado a los no oficiales; entendiéndose por no oficiales a los países, las comunidades y los particulares que en general trabajan en el ámbito local y que a través de generaciones no han obtenido el reconocimiento de su labor innovadora. Los innovadores oficiales por el contrario son las personas naturales o jurídicas que ponen a punto nuevas tecnologías y productos cuyas invenciones pueden reconocerse oficialmente por medio del sistema de derechos de propiedad intelectual.

En vista de esto, los países de la Comunidad Andina y entre ellos Colombia fueron los primeros en establecer a nivel mundial una norma para el acceso a los recursos genéticos, la cual se conoce como el "*Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos*" contenido en la Decisión 391 de 1996; la cual reitera la soberanía de los países de la Comunidad Andina sobre los recursos genéticos que sean originarios de allí, los recursos genéticos provenientes de las especies migratorias que por causas naturales se encuentren en territorio de estos países y los componentes intangibles de esos recursos genéticos. Se excluyen de esta protección los recursos genéticos humanos y el intercambio de recursos biológicos y genéticos que realicen las comunidades entre sí y para su propio consumo.

La Decisión igualmente define los recursos genéticos como todo material de naturaleza biológica, que posea información genética de valor o utilidad real o potencial, y exige que, de manera previa a su explotación, se celebren contratos de acceso entre los interesados y los proveedores de los recursos genéticos y componentes intangibles.

En caso de que haya un recurso que incluya un componente intangible esta Decisión exige:

- a) La identificación del proveedor y del componente intangible y,
- b) La incorporación de un anexo al contrato de acceso donde se demuestre que hubo consentimiento por parte de las comunidades, y se garantice una distribución equitativa de los beneficios.

La Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, se desarrolló estableciendo principios o normas “marco”²⁴ en materia de acceso; con estos, ha sido implementada en Colombia una legislación que lo regula:

Un ejemplo claro, lo constituye la política Nacional de Biodiversidad la cual plantea una orientación estratégica que en materia de biodiversidad debe adoptar Colombia. Esta política desarrollada por el Ministerio del Medio Ambiente, el Departamento Nacional de Planeación y el Instituto Alexander Von Humboldt, fue aprobada en 1997. La política se desarrolló mediante una amplia consulta técnica, con diversos sectores y establece tres ejes de acción: conocer, conservar y utilizar la biodiversidad, en concordancia con lo establecido por el Convenio sobre Diversidad Biológica²⁵.

De acuerdo al informe Colombiano presentado en la primera reunión de la Comisión de Recursos Genéticos de la CAN, se consideró que con la expedición de esta Decisión ocurrió una transición de la Legislación civil a la Legislación ambiental, específicamente en lo relativo al ejercicio del derecho de propiedad sobre los recursos naturales renovables.

La legislación ambiental, a diferencia de la civil, hace parte del Derecho Público porque regula las relaciones de los particulares con el Estado en el campo ambiental, lo cual implica que sus disposiciones priman sobre las normas de derecho privado, más aún si se tiene en cuenta que el Artículo 42 del Código de Recursos Naturales afirma que *“pertenecen a la nación los recursos naturales renovables y demás elementos ambientales regulados por este Código que se encuentren dentro del territorio Nacional, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por particulares y de las normas especiales sobre baldíos”*, condición que también se aplica a los recursos genéticos, inmersos dentro de la categoría de recursos biológicos, que a su vez hacen parte de los recursos naturales.

Para dar cumplimiento a la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, el Ministerio del Medio Ambiente expidió el 7 de Julio de 1997 la Resolución 620

24 Ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional que una ley marco o cuadro es aquella que implica una nueva relación entre la rama del poder Legislativo y la rama Ejecutiva, en la medida en que éste último colabora activamente con el primero en la regulación de la materia correspondiente, de forma tal que el Congreso fija las pautas generales y directrices que habrán de guiar la regulación, mientras que el Ejecutivo completa, precisa y determina la reglamentación específica del asunto de que se trate (sentencia C-054/98). Asimismo, ha indicado la Corte que el Legislador puede consagrar normas marco dentro de leyes ordinarias, por cuanto ambas requieren el mismo trámite ante el Congreso ; lo que las diferencia será el grado de amplitud que habrá de caracterizar las leyes marco, en relación con las materias específicas que la Constitución les señala.

25 Escobar, G. (ed) Inst. Alexander von Humboldt, 2000. Colombia Megadiversa. Cinco años explorando la riqueza de un país biodiverso.

“...por la cual se delegan algunas funciones contenidas en la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y se establece el procedimiento interno para tramitar las solicitudes de acceso a los recursos genéticos y sus productos derivados”, norma mediante la cual se establece el procedimiento interno para tramitar las solicitudes mencionadas.

En el marco jurídico para la investigación y tratados ambientales ratificados por Colombia se han promulgado varias leyes; pero de manera más directa, está conformado fundamentalmente por dos instrumentos: la Decisión 391 y la Resolución 620, aunque es pertinente anotar que el inciso 2º del artículo 81 de la Constitución Política colombiana ya se contempla la regulación del ingreso y la salida del país de los recursos genéticos, y su utilización de acuerdo con el interés nacional.

En este orden de ideas, el entorno legal está formado por la Resolución 620 del 7 Julio de 1997, el Art. 42 del Código de Recursos Naturales, el Decreto 622, de 1977, la Ley 99 del 22 Diciembre de 1993, el Decreto 730 de 1997, el Decreto 309 del 2000, la Ley 21 de 1991, el Convenio 169 de la OIT, la Ley 70 de 1993 y el Artículo 76 de la Ley 99 de 1993.

De acuerdo con la Resolución 620 de 1997, el procedimiento básico que debe seguirse para solicitar el acceso a recursos genéticos es el siguiente:

La solicitud.- El trámite se inicia con la presentación de la solicitud de acuerdo a lo estipulado en la Decisión 391, respaldada con la documentación correspondiente. El análisis preliminar, inscripción y apertura de un expediente está a cargo de la Oficina Jurídica, y la publicación de la solicitud está a cargo del solicitante. Luego de la remisión del expediente al Despacho del Viceministro se efectúa la Evaluación técnica de la solicitud en coordinación con otras dependencias del Ministerio del Medio Ambiente, quienes emitirán el Dictamen técnico y legal sobre la procedencia o improcedencia de la solicitud para la firma del Ministro²⁶.

La evaluación.- Para la evaluación de la solicitud de acceso, el despacho del Viceministro debe coordinar la participación con las dependencias del Ministerio del Medio Ambiente, cuando en razón de su competencia y funciones puedan tener interés en la misma; y con otras entidades públicas cuando se trate de asuntos que sean de su competencia y se relacionen con el tema objeto de evaluación; además de entidades públicas y privadas de ciencia e investigación, cuando se requiera apoyo técnico y científico para la evaluación de la solicitud. El Ministerio de Medio Ambiente podrá denegar la solicitud dando parte al solicitante.

26 CAN. (ed) Inst. von Humboldt, 2000 Ira. Reunión del Comité de Recursos genéticos de la CAN (Inf. Preliminar).

Los beneficios. El análisis económico de las solicitudes de acceso a recursos genéticos con fines comerciales debe incluir beneficios monetarios (entendidos como precio de acceso y regalías) y no monetarios. En el caso de solicitudes de investigación se trata únicamente de beneficios no monetarios como copias (y muestras) de los análisis y estudios desarrollados a los jardines botánicos, herbarios nacionales y/o regionales y otros institutos encargados del tema.

Los contratos²⁷. De aceptarse la solicitud de acceso, el Despacho del Viceministro y la Oficina Jurídica deben coordinar el inicio del proceso de negociación del contrato de acceso, dentro del cual pueden participar las entidades públicas que en razón de sus funciones y competencia tengan interés en el contrato de acceso. Expedida la resolución y firmado el contrato de acceso a recursos genéticos y sus productos derivados, el interesado debe publicar un extracto del contrato en un diario de amplia circulación nacional.

Encontramos entonces, que el contrato de acceso es el medio a través del cual se definen aspectos como la situación jurídica de los recursos genéticos, el alcance de las actividades de acceso, la demanda real y potencial de los recursos genéticos, la determinación económica o no de los recursos genéticos y la disponibilidad por parte del Estado de recursos técnicos, administrativos y financieros para aplicar eficazmente la norma andina.

APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS Y EL COMPONENTE INTANGIBLE ASOCIADO

Las principales dificultades de la aplicación de la Decisión 391 en Colombia se encuentran en las diferencias de interpretación de algunas de las definiciones y ámbitos de la Decisión, frente al tema concreto del componente intangible de los recursos genéticos. Así, la manera para proteger el conocimiento asociado a los recursos genéticos o sus productos derivados, es que el interesado en acceder al componente intangible suscriba el anexo reglamentado por la Decisión andina, el cual se consigna en el contrato principal de acceso a los recursos genéticos con el fin de prever la distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de la utilización del componente intangible de la biodiversidad. Este anexo debe ser suscrito por el proveedor del componente intangible y el solicitante de acceso.

27 De acuerdo a la definición jurídica de contrato, este es un acuerdo de voluntades que es ley para las partes, así, el artículo 1602 del Código Civil colombiano, lo define como: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”.

Los países andinos, como Colombia, son poseedores de innumerables recursos de la diversidad biológica, entre especies y variedad genética, y de conocimientos tradicionales sobre las propiedades de plantas, animales y microorganismos, que hace necesaria una preocupación por los derechos sobre esos recursos y esos conocimientos.

Como lo explica la Contraloría General de la República:

...existen cerca de 1300 normas vigentes relacionadas con el tema ambiental... No obstante, por el solo hecho de existir este gran volumen de normas no puede afirmarse que exista una compleja maraña legislativa... es evidente que, en otros casos, como el acceso a los recursos genéticos o el paisaje, los vacíos legales son enormes, ya que la normatividad existente apenas los trata parcialmente o de forma genérica o, en otros eventos, carecen de regulación²⁸

De hecho, existen en el país voces de alerta llamando la atención sobre el asunto legal en la protección de los recursos en Colombia, ya que:

...con relación a las legislaciones sobre derechos de propiedad intelectual, es necesario no perder de vista que en razón de su naturaleza, éstas se orientan exclusivamente a proteger derechos de propiedad individual de inventores formales, sean éstos personas naturales y/o jurídicas, y que no incluyen los derechos colectivos de las comunidades indígenas, afrocolombianos y locales...²⁹

La confluencia de diversos intereses, tanto internacionales como locales, hace prever una cerrada competencia por el reconocimiento tanto de la propiedad como de los beneficios. Convenios como el de la Biodiversidad Biológica, las Decisiones 344, 345 y 391 del Acuerdo de Cartagena o Comunidad Andina de Naciones, deben ser considerados insumos para el análisis, teniendo en cuenta que son esos instrumentos los que regulan lo concerniente a la propiedad y acceso a los recursos genéticos del país.

La separación artificial que la Decisión Andina hace sobre el componente tangible y el intangible de los recursos genéticos, tiene implicaciones que se evidencian en su aplicación práctica, respecto a las solicitudes de acceso a los recursos genéticos que actualmente se han presentado en el país por empresas farmacéuticas; el caso más polémico de solicitud de acceso fue el realizado por la empresa BioAndes.

28 Contraloría General de la República. El estado de los Recursos naturales y del ambiente, Informe al Congreso de la República, 1998.

29 Vásquez, Celis. Lucía, Bioprospección, Derechos de propiedad intelectual y Bioseguridad: ¿Cómo se articula Colombia a estos imperativos?, en La Manzana de la discordia, Debate sobre la naturaleza en disputa, Tercer Mundo Editores, Ecofondo, 1998.

EL CASO DE BIOANDES³⁰

En el año 1997 se realizó la primera solicitud de acceso a los recursos genéticos en Colombia, ante el Ministerio del Medio Ambiente, mediante la Decisión 391, por la empresa *BioAndes*, filial de *Andes Pharmaceuticals*. Esta empresa solicitó el acceso a todos los recursos genéticos y sus derivados presentes en el Sistema de Parques Nacionales y Reservas Forestales de Colombia, por un periodo de diez años.

La estrategia que pretendía utilizar la industria *BioAndes*, para evitar el tener que negociar con las comunidades locales, era presentar sus solicitudes de acceso a los recursos genéticos en los *Parques Nacionales y Áreas Protegidas*, en donde se parte de la premisa de que no hay gente, ni conocimiento tradicional, y al solicitar acceso sólo al componente tangible y no al conocimiento tradicional, la negociación sobre el acceso solo se podía realizar entre el Estado y el solicitante, sin la participación de las comunidades locales³¹.

Finalmente, *BioAndes* presentó una baja propuesta de participación en los beneficios económicos para el país y no planteaba un aporte real a través de transferencia de tecnología. Por lo que el Ministerio del Medio Ambiente por considerar que la propuesta de *BioAndes* presentaba aspectos negativos en los ámbitos técnicos, científico, económico y legal, rechazó las dos solicitudes y un recurso de reposición tramitado por esta empresa, mediante las Resoluciones: No. 1030 / Nov. 1997, No. 0192 / Sep. 1998 y No. 984 / Oct. 1998.

A MODO DE CONCLUSIÓN: COMUNIDADES LOCALES Y ESTRATEGIAS PARA LA PROTECCIÓN DEL COMPONENTE INTANGIBLE DE LA BIODIVERSIDAD

Como estrategia inicial puede señalarse una adecuación del marco jurídico en cuanto a los derechos e intereses colectivos de las comunidades, de lo cual dependerá que el conocimiento etnocientífico y el saber proveniente de la ciencia occidental contribuyan mancomunadamente al fortalecimiento de las capacidades técnicas, científicas, y culturales propias.

El diseño de los mecanismos y formas jurídicas que faciliten el acercamiento de visiones culturales diversas necesita fundamentarse en la práctica concreta de crea-

30 Flórez, Margarita. Situación de acceso a los recursos genéticos en Colombia. En: Revista Semillas en la economía campesina, No. 12, noviembre de 1998.

31 Vélez O. Germán y Arias, C., Jaime, 1998. La bioprospección en territorios de comunidades indígenas, negras y campesinas de Colombia. Informe Programa Semillas, Bogotá Jul. 1998, 28 p.

ción y transmisión de conocimiento de las comunidades locales, ya que el marco jurídico vigente resulta insuficiente y potencialmente lesivo a los intereses de las comunidades locales ya que permite autorizaciones de acceso a recursos genéticos existentes en el sistema de Parques Nacionales Naturales que podría incluir resguardos indígenas y propiedades colectivas de comunidades afro colombianas ubicadas dentro de dicho sistema.

Por tanto, la distinción artificial entre componente tangible e intangible introducida en la Decisión 391 de 1996 no resuelve el conflicto entre el interés nacional y el interés de las comunidades locales. Las tendencias analizadas muestran que de no desarrollarse un marco jurídico que reconozca los diversos intereses involucrados, en particular los intereses y derechos colectivos de las comunidades locales, estas optarán por cambiar drásticamente la actitud que han mantenido hasta ahora de compartir sus recursos y conocimientos³².

Los significados de esta discusión tienen mayores alcances, pues está abierta la posibilidad de que se identifiquen de manera separada los dos tipos de bienes derivados del recurso genético: el componente tangible, inalienable, y el componente intangible que con base en tal separación estaría como alienable. De esta manera, el intangible podría convertirse en un bien independiente al recurso genético que lo contiene:

En consecuencia el solicitante de acceso podría reclamar plena propiedad sobre la información genética que ha obtenido, catalogando así tal información como un bien alienable y susceptible de negocios jurídicos que impliquen la transferencia de dominio - venta o donación. De hecho, en algunos países como Estados Unidos, Japón, Canadá o la Unión Europea, la información genética está siendo vendida y patentada una vez se identifica su composición y utilidad, o ha sido incorporada a ciertos procesos industriales, o ha sido utilizada para la obtención o mejoramiento de un producto final. En Colombia, de acuerdo con la Constitución Política, artículo 332, el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos no renovables, pero para los recursos genéticos no existe esta reserva expresa de dominio a nombre del Estado. Por todas estas razones y a pesar que la Decisión andina 391 de 1996 haya definido que los recursos genéticos son inalienables, estos siguen en el limbo jurídico y la propiedad sobre éstos continúa siendo objeto de discusión³³.

Lo anterior plantea que es necesario que las comunidades locales fortalezcan las estrategias y acciones que han venido utilizando desde épocas antiguas, que les

32 Casas, Adriana. "Recursos genéticos biodiversidad y derecho". Ed. Instituto Colombiano de Derecho Ambiental. Bogotá, 1999.

33 Idem, p. 52.

ha permitido establecer una relación armónica con el medio y el desarrollo de sus formas tradicionales de vida; igualmente para contrarrestar la privatización de la vida y los efectos negativos que tienen las nuevas tecnologías sobre sus sistemas productivos tradicionales, su biodiversidad local y su seguridad alimentaria.

Debido a la situación de desprotección de los derechos colectivos en las legislaciones internacionales y nacionales, mediante la imposición de los sistemas de patentes y a la enorme presión para el libre acceso a los recursos genéticos y al conocimiento tradicional, las comunidades locales y sus organizaciones, tanto en Colombia como en otros países, han venido gestando e implementando mecanismos de suspensión o moratoria total o parcial a las actividades de bioprospección, hasta que se adopten las herramientas jurídicas reales y efectivas y que permitan proteger el patrimonio colectivo.

La problemática ambiental ha venido a revolucionar conceptos arraigados de distintas disciplinas, el derecho no escapa a esta transformación y se le exige que explique situaciones que no ha abordado con instrumentos jurídicos adecuados³⁴. Se trata entonces, de volver la mirada a lo que es propio de la experiencia de las regiones subordinadas sin ignorar la creciente interconexión entre diferentes pueblos y la necesidad de una política cosmopolita. La dificultad del desafío es agudizada por la exclusión de este tipo de reflexiones de las vertientes convencionales de las ciencias sociales, modeladas de acuerdo con las experiencias vitales y prioridades geopolíticas de Europa y de Norteamérica³⁵.

Como lo expresa Boaventura de Sousa³⁶:

...el derecho tiene prevalencia sobre todos los demás derechos. Entonces, tenemos una situación extraña que es el resultado de las luchas del siglo XX: nuestras constituciones están saturadas de cláusulas sobre la función social y ecológica de la propiedad y al mismo tiempo, emerge un derecho a la propiedad sin función social, ni ecológica, cuya función es ser antisocial., los ámbitos de la propiedad son mucho más extensos e intensos que en el siglo XIX, debido a que ahora, la propiedad alcanza otros campos, incluso el de la vida.

En este orden de ideas, se habla de la propiedad de la biodiversidad y el conocimiento tradicional como otra forma de propiedad, extendiéndose este concepto a bienes que nunca habían sido objeto de apropiación individual como el agua y el aire, y a otros bienes que eran públicos, que a través del Estado estaban fuera del mercado,

34 Palacio Germán. Pluralismo jurídico. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 1996.

35 Boaventura De Sousa Santos. La Caída del Angelus Novus: Ensayos para una Nueva Teoría Social y Una Nueva Práctica Política. ILSA, 2004, p. 57.

36 Ibid, p. 56.

pero que están ingresando de nuevo a este. Esto crea la idea de que tenemos una propiedad decimonónica, que a la vez entra en campos totalmente novedosos para los cuales no se cuenta con herramientas jurídicas y políticas adecuadas.

Existe una carencia muy marcada de categorías para analizar y valorar la experiencia social del mundo actual. De esta forma, las realidades son producidas para estar ausentes y no son reconocidas como experiencias sociales fuertes. Por tanto, como lo expresa Boaventura de Sousa, “*es necesario hacer derecho de las ausencias con el fin de rescatar toda esta riqueza de experiencia social*”³⁷.

En este orden de ideas es oportuno precisar que los derechos colectivos siguen siendo una reivindicación actual y futura que tiene que ver con la construcción y consolidación de lo público, lo colectivo, lo comunitario, lo que es de todos, pues en estos momentos para algunos, los derechos ambientales y colectivos, no existen realmente, no son una prioridad y no hay que hablar de ellos. Nada más alejado de la realidad en la perspectiva de la concreción y la protección de los derechos.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- BOAVENTURA De Sousa Santos. *La Caída Del Angelus Novus: Ensayos Para Una Nueva Teoría Social y Una Nueva Práctica Política*. ILSA, 2004.
- BOAVENTURA de Sousa. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogota: ILSA. 1998
- CASAS, Adriana. “Recursos genéticos biodiversidad y derecho”. Ed. Instituto Colombiano de Derecho Ambiental. Bogotá, 1999.
- CRUCIBLE GRUP, 1995. *Gente, plantas y patentes. Impactos de la Propiedad Intelectual sobre la biodiversidad, el comercio y las sociedades rurales*. CIID, Nordan Comunidad, Ottawa.
- DE LA CRUZ, Rodrigo. “Protección a los Conocimientos Tradicionales” ED. Nuevo mundo, Quito, 2001.
- ESCOBAR, G. (ed) *Inst. von Humboldt. Colombia Megadiversa. Cinco años explorando la riqueza de un país biodiverso*, 2000.
- LÓPEZ Dávila, Carlos Eduardo y López Dávila, Iván. *Manual del Sistema Nacional Ambiental*. Bogotá D.C.: Ediciones Librería del Profesional, 2003.

37 Boaventura de Sousa. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: ILSA. 1998.

- MÁRQUEZ Calle, Germán. De la abundancia a la escasez: la transformación de ecosistemas en Colombia. Bogota, FEN Colombia, 1996.
- MÁRQUEZ Calle, Germán. Ecosistemas estratégicos y otros estudios de ecología ambiental. Bogota: Fen Colombia. 1996
- MORCILLO Méndez, Pedro Pablo. La legislación ambiental de Colombia: Operancia y aplicabilidad. Cali: Universidad del Valle, 1994.
- PADILLA Hernández, Eduardo. Lecciones de derecho ambiental. Bogotá: Editorial Leyer Ltda., 2000.
- PALACIO, Germán. Pluralismo jurídico. Bogota: Universidad Nacional de Colombia. 1996.
- PATIÑO Posse, Miguel. Derecho Ambiental Colombiano. Bogotá: Legis Editores, 1999.
- PÉREZ, Efraín. Derecho ambiental. Bogota: Mcgraw-Hill, 2000.
- RAMÍREZ Bastidas, Yesid. El derecho ambiental en Colombia. Segunda Edición. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996.
- REY Caro, Ernesto J. et al. Derecho internacional ambiental: Nuevas tendencias. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, Argentina, 1998.
- ROSERO, Omar Alberto y Corporación para la Protección y el Desarrollo Sostenible del Bajo Cauca y la Ciénega de Ayapel. La Ciénega de Ayapel: Un Paraíso Amenazado y Desprotegido. Ayapel: 1996. 21p.
- Temas de derecho internacional ambiental. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, Argentina, 1998.
- VÁSQUEZ Cruz, Olga del Pilar y Montenegro Penagos, Miryam Janeth. Manual de Herramientas para la Intervención con Comunidades Pesqueras y Acuícolas. Bogotá D.C.: Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura INPA, 1999.

Revistas

- ARTURO A., 1997. "Capturing the Chemical value of Biodiversity: economic perspectives and policy prescriptions" en "Biodiversity and Human Health", eds. Francesca Grifo and Joshua Rosenthal, Island Press.
- BERGEL S., 1995. "Análisis crítico de la legislación latinoamericana relativa a invenciones biotecnológicas" en " Biotecnología: legislación y gestión para América latina y el Caribe", eds. Elizabeth Hodson y Rafael Aramendis, Colciencias.
- BOADA, Marti y Toledo, Victor M.. En: El planeta, nuestro cuerpo: la ecología, el ambientalismo y la crisis de la modernidad. México: Fondo de Cultura Económica, 2003.
- CORREA Carlos. Derechos de Soberanía y de propiedad Intelectual sobre los Recursos Genéticos. REDES, pp. 29-77, 1994.

- GOLLIN M., 1993. "Marco legal de los derechos de propiedad intelectual para la prospección de la Biodiversidad" en "Prospección de la Biodiversidad", World Resources Institute.
- GUTIÉRREZ C. Imelda. 1999. El interés público en la protección y manejo de los recursos genéticos. En *Diversidad Biológica y Cultural*. Dupligráficas. Bogotá, pp. 217-219.
- Instituto Humboldt, 1997. "Investigación para elaborar una propuesta de protección al conocimiento tradicional dentro del contexto de acceso a recursos genéticos", proyecto presentado al FONAM.
- LABRADOR Moreno, Juana and Altieri, Miguel Angel. Manejo y diseño de sistemas agrícolas sustentables. p2-52. \Hojas Divulgadoras (Madrid)\ Vol.06-07/Hojas Divulgadoras (Madrid)
- MÁRQUEZ Calle, German. Ecosistemas como factores de bienestar y desarrollo. p113-141. \Ensayos de Economía (Medellín)\ Vol. 07, No. 13, Dic. 1997
- MÁRQUEZ Calle, German. Vegetación, población y huella ecológica como indicadores de sostenibilidad en Colombia. \Gestión y Ambiente (Medellín)\ No. 05, Dic. 2000/ Gestión y Ambiente (Medellín): p. 33-49
- NEMOGÁ S. Gabriel. 1994. Globalización y Transformación de las Formas Jurídicas: Apropiación del Material genético. *Pensamiento Jurídico*. No1: 132-148.
- PONCE de León E., 1997. "Concepto jurídico sobre el régimen de propiedad de los recursos genéticos en Colombia e identificación de propuestas legales para aclarar su situación jurídica", trabajo realizado para el Instituto de Investigaciones en recursos Biológicos "Alexander von Humboldt".
- SOLLEIRO J. L., 1995. "Como generar una política regional de propiedad intelectual" en "Biotecnología: Legislación y gestión para América latina y el Caribe", eds. Elizabeth Hodson y Rafael Aramendis.
- TOLEDO, Victor M. (1991). \El juego de la supervivencia : un manual para la investigación etnoecológica en Latinoamérica.
- TOLEDO, Victor M.. Rodolfo Montiel y el ecologismo de los pobres. \Ecología Política (España)\ No. 20, Jul.-Dic. 2000/Ecología Política (España): p. 13-14
- TOLEDO, Victor M.. Utopía y naturaleza : el nuevo movimiento ecológico de los campesinos e indígenas de América Latina. \Nueva Sociedad (Caracas)\ No. 180-181, Jul.-Oct. 2002: p. 234-249
- TOLEDO, Víctor Manuel (1985). \Ecología y autosuficiencia alimentaria : hacia una opción basada en la diversidad biológica, ecológica y cultural de México. \México: Siglo XXI
- TORRES R., 1995. "Propiedad, Biotecnología y Biodiversidad" en "Biotecnología: legislación y gestión para América latina y el Caribe", eds. Elizabeth Hodson y Rafael Aramendis, Colciencias.
- BRAVO, Elizabeth, 1996. Estrategias de la Bioprospección. *Semillas* (Bogotá), (9): 34-36, Mar.

- FLÓREZ, Margarita, 1995. La investigación de recursos genéticos en territorio AWA. Semillas (Bogotá): 9-14, Jun.
- RAFI, 1994. Conservación de conocimientos autóctonos. Integración de dos sistemas de Conocimiento. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, New York, 70 p.
- RAFI Communique, 1996. Nuevos interrogantes acerca del manejo e intercambio de tejido humano en el Instituto Nacional de Salud de los Estados Unidos (NIH). Células indígenas patentadas. Abr.-May., 14 p.
- REYES, Viky, 1996. Sangre de drago: La comercialización de una obra maestra de la naturaleza. En: Biodiversidad y derechos de los pueblos . Acción Ecológica, Quito, pp: 98-113.
- SEMILLAS, 1997. Proyecto de Diversidad del Genoma Humano (PDGH). Investigaciones en pueblos indígenas. Semillas Bogotá), (10), 44p, número especial.
- SHIVA, Vandana, 1993. Monocultivos y biotecnología. Red del Tercer Mundo, Montevideo, 188p. El conocimiento en el Convenio sobre Diversidad Biológica. Biodiversidad (Montevideo), (9-10): 1996.14-17, Dic.
- VÉLEZ O. Germán y ARIAS, C., Jaime, 1988. Sistemas de producción agrícola precolombinos de la América tropical y subtropical y sus relaciones ecológicas. Tesis, Universidad Nacional (Medellín), 950 p.
- Informe Programa Semillas. La bioprospección en territorios de comunidades indígenas, negras y campesinas de Colombia. Bogotá Jul. 1998, 28 p.
- Programa Semillas, Biodiversidad y derechos colectivos de los pueblos indígenas de Colombia. Bogotá, 1998. 12 p.
- Programa Semillas,. Solicitud de acceso a los recursos genéticos de Colombia. El caso de BioAndes. Bogotá, 1998. 7p.
- Departamento Nacional de Planeación, Unidad de Política Ambiental, “Crisis ambiental en Colombia”, en revista Planeación y Desarrollo, vol. XXVI, N° 3, julio-septiembre 1995.
- GAVIRIA, Diana, “Una mirada retrospectiva con lecciones para el presente”, en revista Planeación y Desarrollo, vol. XXVII, N° 2, abril-junio 1996.
- FLÓREZ, A.G.; Baptiste, L.G., Ecología y política internacional. El caso colombiano, en CEI, Universidad de los Andes, 1990.
- GUIMARÃES, R.P., “La conferencia sobre el medio ambiente. Una evaluación impresionista”, en revista Síntesis, N° 16, enero-abril 1992.
- PONCE DE LEÓN, Eugenia, “Evolución y perspectivas de la legislación ambiental en Colombia”, en seminario internacional “desarrollo sostenible”, diario El Espectador, CEI, 2000.
- RAMÍREZ, J.M., “Políticas ambientales en Colombia: un modelo de equilibrio general”, en revista Planeación y Desarrollo, vol. XXVII, N° 2, abril-junio de 1996.

- RODRÍGUEZ Manuel, Crisis ambiental y relaciones internacionales –hacia una estrategia colombiana– FESCOL, CEREC, Fundación Alejandro Ángel Escobar, 1994.
- SÁNCHEZ, J.M., “Instrumentos económicos de protección ambiental”, en revista Planeación y Desarrollo, vol. XXVII, n° 2, abril-junio 1996.
- MADHUSUDAN Md (2005). The Global Village: Linkages between International Coffee Markets and Grazing by Livestock in a South Indian Wildlife Reserve. *Conservation Biology* 19 (2), 411-420.

Legislación

- Constitución Política de 1991
- Convenio sobre Diversidad Biológica, 1994.
- Decisión 345 de 1993. Régimen Común de Protección a los derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales.
- Decisión 391 de 1996. Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos en los Países Andinos.
- Decreto 2811 de 1974
- Departamento Nacional de Planeación, Instituto Humboldt, Ministerio del Medio Ambiente, 1997. “Política Nacional de Biodiversidad”.
- Departamento Nacional de Planeación, Ministerio del Medio Ambiente, 1996. “Política de Bosques, CONPES 2834.
- Ley 165 de 1994
- Ley 191 de 1995
- Ley 243 de 1995
- Ley 99 de 1993

Jurisprudencia

- Corte Constitucional. Sentencia C-071 de 2003.
- Corte Constitucional. Sentencia C-137 de 1996.
- Corte Constitucional. Sentencia C-519 de 1994.

Paginas web

- www.minambiente.gov.co
- www.servinet.com.co/laguacharaca/ayapel.htm



Autora: Alejandra Echeverri Jaramillo
Título: Bob Marley (amarillo)
Técnica: Óleo con espátula
Dimensiones: 100 x 70
Año: 2008

ESTRATEGIAS PARA LA MATERIALIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA, EN EL MARCO DE LOS PROGRAMAS REGIONALIZADOS*

* El presente artículo es el informe final de la investigación Estrategias para la materialización de las políticas de responsabilidad social universitaria, en el marco de los programas regionalizados, avalado por el grupo de investigación Derecho y Sociedad y el semillero “Procesos Investigativos” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y financiado por el Comité para el Desarrollo de la Investigación CODI, mediante la convocatoria Pequeños Proyectos 2008, Acta de inicio 002 del 27 de enero de 2009.

Fecha de recepción: 12 de abril de 2010
Fecha de aprobación: 20 de mayo de 2010

ESTRATEGIAS PARA LA MATERIALIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA, EN EL MARCO DE LOS PROGRAMAS REGIONALIZADOS

*Elvigia Cardona Zuleta***

RESUMEN

En este artículo se describen algunas de las políticas y estrategias que sobre responsabilidad social se han puesto en marcha en la Universidad de Antioquia, en el marco de los programas regionalizados. Una de las facetas de la Responsabilidad Social Universitaria (RSU), se evidencia cuando se logra articular en los planes de estudio de los diferentes pregrados que se ofrecen en las sedes y seccionales de la Universidad de Antioquia, materias con contenido de tipo transversal que permiten integrar el conocimiento que ofrecen las diferentes visiones del saber, con la sensibilización de los estudiantes sobre su problemática y la necesidad de brindar soluciones que contribuyan al desarrollo regional, todo ello a partir de una formación integral que entregue a la sociedad profesionales éticos y ciudadanos responsables con su entorno.

Palabras clave: Responsabilidad social universitaria (RSU), regionalización, transversal.

STRATEGIES FOR THE IMPLEMENTATION OF POLITICS OF SOCIAL RESPONSIBILITY AT THE UNIVERSITY, IN THE MARC OF THE PROGRAMS IN THE REGIONS

ABSTRACT

In this article is described some politics and strategies about social responsibility that have begun to run at the University of Antioquia, in the marc of the programs in the regions. One of the aspects of the Social Responsibilities with the University (SRU), is showed when is attained the articulation of the studies planes of the different pre degrees that are offered en the seats of the University of Antioquia, matters with content of transversal type that permit to incorporate the knowledge that offer the different views of the know, with the sensitization of the students about their problematic and the need of look for solutions that contribute to the regional develop, starting for a integral transformation that gives to the society ethics professionals and responsible citizen with the environment.

Keywords: Social responsibility with the university (SRU), programs in the regions, transversal.

** Estudiante de quinto semestre del pregrado de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

ESTRATEGIAS PARA LA MATERIALIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA, EN EL MARCO DE LOS PROGRAMAS REGIONALIZADOS

INTRODUCCIÓN

La Universidad de Antioquia es una institución estatal del orden departamental, que desarrolla el servicio público de educación superior, con tres funciones básicas: docencia, extensión e investigación. Como ente autónomo universitario, constitucionalmente se garantiza la autonomía académica, administrativa y financiera; su visión está encaminada a convertirse en la principal universidad de investigación del país y una de las mejores de América Latina, según lo expresa en el Plan de Desarrollo Institucional 2006-2016.

En la actualidad, además de su Sede Central, integrada por la Ciudadela Universitaria, la Ciudadela Robledo, Las Facultades de Salud Pública, Medicina, Enfermería, el edificio de la SIU (Sede de Investigación Universitaria), el edificio de Extensión, el Paraninfo y la Antigua Escuela de Derecho, dispone de seccionales y sedes en las nueve subregiones del departamento de Antioquia: Urabá, con sede en el municipio de Turbo; Bajo Cauca, con sede en el municipio de Caucasia; Oriente, con sedes en los municipios del Carmen de Viboral y Sonsón; Magdalena Medio, con sede en el municipio de Puerto Berrío; Suroeste, con sede en el municipio de Andes; Occidente, con sede en Santa Fe de Antioquia; Norte, con sedes en los municipios de Yarumal y Santa Rosa de Osos y Nordeste, con sedes en los municipios de Amalfi y Segovia.

El rector de la Universidad de Antioquia, doctor Alberto Uribe Correa, en la presentación que hace del Plan de Desarrollo 2006-2016, señala:

Para la Universidad es claro que el futuro de la región y la nación no se concibe al margen del avance de la ciencia y la tecnología, es importante también alcanzar un desarrollo económico y social incluyente centrado en el ser humano, profundizando en los procesos de formación integral, para formar no sólo profesionales competentes, sino ciudadanos críticos y comprometidos con la transformación social del país.¹

1 UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA. Plan de Desarrollo 2006-2016. Una universidad investigadora, innovadora y humanista al servicio de las regiones y del país. Medellín: Imprenta Universidad de Antioquia, 2006. 121 p.

En vista de lo anterior, la presente investigación es importante para la Universidad de Antioquia porque: esboza la manera como se ponen en marcha y se vinculan a las nueve subregiones del departamento de Antioquia, las preocupaciones que surgieron con el nuevo milenio²; permite considerar el entendimiento y consenso sobre la experiencia de la Regionalización, superando el enfoque de proyección social y extensión universitaria; además porque muestra como desde la cotidianidad se llevan a cabo acciones que expresan la Responsabilidad Social Universitaria (RSU), entendida de manera holística e integradora: la necesidad de formar ciudadanos responsables y con visión de lo social, capaces de investigar para dar solución a su problemática, comprometidos con su entorno y la necesidad de una gestión administrativa transparente, planificada, coherente y contrastada con la realidad, con lo cual se contribuye a la competitividad económica, la innovación, la invención y el desarrollo social, pensado para el mejoramiento de la calidad de vida de las comunidades influenciadas por las sedes de la Universidad.

A partir de estas consideraciones, se plantearon los siguientes interrogantes: ¿Qué políticas y estrategias ha implementado la Universidad de Antioquia para dar cumplimiento al principio de responsabilidad social, vinculadas directamente con la Regionalización? ¿Cuáles son las acciones concretas que desarrollan estos principios en los planes de estudio de los pregrados que ofrecen las diferentes Facultades en las regiones³ donde tiene presencia la Universidad de Antioquia? ¿Qué alianzas tiene la Universidad con los diferentes actores regionales (empresas, Estado, instituciones educativas) que permitan la inserción estudiantil y de sus egresados, y que aporten al desarrollo de las comunidades?, y se formularon los objetivos correspondientes a cada pregunta.

Ahora, este trabajo es el producto de una investigación documental y descriptiva en la cual se usaron estrategias metodológicas cualitativas. Lo documental se concentró en la información institucional apoyada en los planes institucionales que permitieron desde 1995 llevar la Universidad de Antioquia a las regiones del Departamento, y en el Plan Estratégico de Regionalización presentado en diciembre de 2002, en el cual se adopta un concepto de Responsabilidad Social en las regiones; desde el punto de vista práctico, esta información se contrasta con la registrada en las entrevistas realizadas a los Coordinadores de los diferentes programas que se ofrecen en las

2 UNESCO. Declaración Mundial Sobre la Educación Superior en el Siglo XXI: Visión y Acción. [On Line] 9 de Octubre de 1998. Disponible en: http://www.unesco.org/education/educprog/wche/declaration_spa.htm (último acceso: 1 de Abril de 2009) En el cual se plantean, además de las funciones de formación, extensión e investigación, la de fomentar y preservar las misiones y valores fundamentales para contribuir al desarrollo sostenible y al mejoramiento del conjunto de la sociedad.

3 Cuando se hace referencia al término regiones, no se incluye a Medellín, ni el Área Metropolitana.

sedes y seccionales, de dicha información se privilegia la relacionada con la percepción y las prácticas del quehacer universitario. A los datos se les hizo un análisis descriptivo que facilitara lograr dar cuenta de lo propuesto en la investigación.

Finalmente, y para efectos de darle un orden a este artículo, los temas se abordarán de la siguiente manera: en primer lugar se presenta la metodología empleada, las técnicas e instrumentos de recolección, procesamiento y análisis de la información; en segundo lugar, se presenta el marco referencial, donde se señalan unos breves antecedentes del concepto de RSU, la regionalización y la responsabilidad social en las regiones; en tercer lugar, se presentan algunos de los resultados⁴ de la investigación; en cuarto lugar, se presentan las conclusiones y, por último las recomendaciones.

1. DISEÑO METODOLÓGICO

Esta investigación es de tipo documental y descriptiva; en ella se usaron estrategias metodológicas cualitativas, en el sentido de partir de objetivos y preguntas de investigación de tipo enunciativo, las cuales constituyen el punto de partida amplio; no se partió de un marco teórico robusto, más bien se fue estructurando a medida que se revisó la bibliografía propuesta,⁵ y en los resultados se trató de describir las estrategias que sobre RSU se han puesto en marcha en el marco de los programas de pregrado que se ofrecen en las regiones antioqueñas, prefiriendo la perspectiva y percepción de los sujetos entrevistados.

Es así como en los interrogantes de la investigación, se plantearon al menos dos dimensiones que se requiere revisar como componentes de la RSU: la primera corresponde a la gestión, pues se trató de identificar políticas, estrategias y alianzas con actores regionales y, la segunda, corresponde al currículo, pues se buscó identificar si existen materias de tipo transversal en los diferentes planes de estudio en las regiones.

Se tuvo como apoyo la revisión documental concentrada en la recopilación de información de diferentes fuentes como: los planes de estudio de los pregrados que se ofrecen en las regiones, el Plan de Desarrollo de la Universidad, el Plan Estratégico

4 Para efectos de este artículo, sólo se presenta el resultado de la investigación que tiene que ver con *los esfuerzos contenidos en los diferentes planes de estudio de los pregrados que se ofrecen en las regiones y que evidencian una apuesta por viabilizar la responsabilidad social*, y las conclusiones y recomendaciones que hacen referencia al tema.

5 Véase: HERNÁNDEZ SAMPERI, Roberto. FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Pilar. Metodología de la Investigación. 4ta. edición. Mexico: MC Graw Hill, 2006. p. 527.

de Regionalización, los planes de acción de las facultades y las publicaciones del INER sobre las diferentes regiones; además de los documentos publicados por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) como un aporte a la construcción de la RSU y la información de diferentes universidades de Colombia y del continente a partir de sus portales WEB.

Luego, mediante la realización de entrevistas estructuradas, se confirmó, amplió o desvirtuó la información documental; se agrega también que, los datos estadísticos de la región, se tomaron para el análisis con corte al semestre 2009-1.

En consecuencia, se establecieron técnicas e instrumentos de recolección de información, como las de fichas de trabajo para recolectar, ordenar y clasificar la información, proveniente de los documentos señalados como apropiados para el desarrollo de la investigación, información que se contrastó con las respuestas obtenidas en las entrevistas estructuradas, realizadas de forma directa y personal a los responsables de la coordinación de pregrados en las regiones, cuya escogencia, obedeció por considerar que su posición de enlace entre la Dirección de Regionalización, las Facultades, Escuelas o Corporaciones, las diferentes Sedes e instituciones municipales y el vínculo con docentes y estudiantes, les da una posición administrativa que les permite una visión completa y compleja del quehacer universitario.

Finalmente, se determinó qué información, recolectada para esta investigación, era suficiente y significativa dado el dominio de la información que tienen los sujetos entrevistados. El guión de la entrevista fue sometido a revisión metodológica⁶ y de contenido antes de iniciar el proceso de entrevistas y, los diferentes documentos, fueron tomados del portal universitario o aportados por los entrevistados, lo que garantiza su validez y confiabilidad a nivel institucional.

2. MARCO REFERENCIAL

Como marco referencial se plantea en esta investigación, la presentación de unos breves antecedentes, que aportan al consenso que se tiene hoy del concepto de RSU a nivel latinoamericano, para continuar con el avance de la Universidad de Antioquia, su programa de Regionalización y una aproximación al significado del concepto propio de responsabilidad social en las regiones.

6 Esta revisión se realizó en el Curso de Metodología III, matriculado en el semestre 2009-1, bajo la tutoría de la profesora Nora Alba Cossio.

2.1. RSU en el contexto latinoamericano

La idea de *compromiso social* ha acompañado el devenir y las iniciativas que han servido de preámbulo para la construcción del concepto y las políticas institucionales de RSU, que se vienen debatiendo en los últimos años, para ello se pueden señalar cuatro hechos claves, en los cuales se enmarcan las actuales discusiones, veamos:

Se puede identificar el primer hito, en el desarrollo de la educación superior latinoamericana, constituido por las ideas de la *Reforma de Córdoba de 1918*⁷, en la cual se abordaron la participación estudiantil, la autonomía universitaria y la libertad de cátedra, y a las funciones tradicionales de la universidad⁸, se sumó la investigación como función inherente a ella, la extensión universitaria y el compromiso con la sociedad.

En este sentido, Tünnermann⁹ en el balance que hace de la reforma, noventa años después, señala que “el Grito de Córdoba representa la contribución más original de América Latina al diseño de un esquema universitario propio”¹⁰, e indica, como a pesar de que se puede hablar de que los procesos de reforma universitaria llegan hasta nuestros días, la influencia de este movimiento sólo se empieza a replicar en las universidades de los demás países latinoamericanos después de la segunda mitad del siglo XX.

En su libro analiza como la acción universitaria se centró en su organización jurídica y formal y la estructura académica continuó obedeciendo al “patrón napoleónico de facultades profesionales separadas”¹¹. A lo largo del siglo XX, se advierte en las universidades latinoamericanas como la autonomía y la libertad de cátedra se ven afectadas por las dictaduras y los gobiernos democráticos para mantener su estatus; el cogobierno y la democratización degeneraron en politización y frente al compromiso social, observa:

7 Esta reforma es producto del movimiento estudiantil en la Universidad de Córdoba, provincia de Córdoba en Argentina. [On Line] Disponible en <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/grupos/Manifestoreformaestudiantilcordoba1918> (último acceso: 23 de marzo de 2008).

8 Las funciones tradicionales de la universidad tienen el objetivo principal de formar sus cuadros dirigentes, y establecer puentes de conocimiento entre las colonias, y más tarde entre los países de la región, y la cultura filosófica, científica y técnica que existía y se desarrollaba en Europa. SCHWARTZMAN, Simón. *Las Universidades Latinoamericanas en Contexto*. [On Line] 7 de julio de 1996, Disponible en: <http://www.schwartzman.org.br/simon/marlo.htm> (último acceso: 19 de mayo de 2009).

9 TÜNNERMANN BERNHEIM, Carlos. *Noventa años de la Reforma Universitaria de Córdoba: 1918-2008*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO. 2008. 113 p.

10 *Ibíd.* p. 5.

11 *Ibíd.* p. 98.

En cuanto a la misión social de la Universidad y su participación en el estudio y solución de los problemas nacionales, se trata de postulados que constituyen en la actualidad un lugar común en la definición de objetivos de las Universidades que consagran las leyes y estatutos universitarios de la región, sin que ello signifique que nuestras Casas de Estudios los hayan realizado plenamente ni atendido con el mismo entusiasmo con que los proclaman. En realidad, dada la generalidad de las declaraciones, mucha demagogia se ha hecho en su nombre y relativamente poca labor seria, científica y universitaria. Se advierten también muy distintas maneras de concebir la misión social de la Universidad.¹²

La reflexión sobre el compromiso social, se consolida y empieza a formar parte de las diferentes agendas institucionales, el cual, lentamente se va incorporando en las misiones de la universidad y en sus principios rectores. Surgen oficinas encargadas de la investigación, de la extensión y de la proyección social, que hoy se ve reflejada en las prácticas y servicios comunitarios incluidos en los currículos como parte importante de la formación de los profesionales.

Así, el segundo hito, a partir del cual se concretan y se inicia la preocupación por dotar de contenido a la RSU, se da mediante el debate temático sobre *Responsabilidad social, autonomía y libertad académica de las universidades* y los acuerdos a los que se llegan en la *Conferencia Mundial sobre la Educación Superior. La educación superior en el siglo XXI. Visión y Acción*,¹³ donde se expresan “ideas-eje”¹⁴ sobre cuál es el deber ser y hacer de la universidad, qué se espera de ellas y de su actuar social, permitiendo orientar las políticas gubernamentales nacionales e institucionales para conseguir dar viabilidad a las funciones de la universidad y, por consiguiente, a plantear su responsabilidad social.

Para lograr lo antes anotado, se proponen cuatro acciones prioritarias a cargo de las instituciones de educación superior: 1) definir una misión que incorpore la solución de los problemas urgentes de la humanidad, “en particular las encaminadas a erradicar la pobreza, la intolerancia, la violencia, el analfabetismo, el hambre y las enfermedades”¹⁵ y el desarrollo sostenible del conjunto de la sociedad; 2) determinar de manera autónoma los programas académicos y sus estructuras, atendiendo a la

12 Ibid. p. 106.

13 UNESCO. *Conferencia Mundial sobre la Educación Superior: La educación superior en el siglo XXI. Visión y acción*. París: Unesco. 1998. Se desarrolló en París entre el 5-9 de octubre de 1998, “en una reunión sin precedentes: representantes de 182 Estados, más de cuatro mil participantes en total acudieron a París para debatir sobre cuestiones relativas a la educación superior y ponerse de acuerdo en qué tipo de educación superior se quiere para el siglo próximo, con quién, para quién y para qué, para qué sociedad y para qué mundo.”

14 Ibid. Prólogo de Federico Mayor, Director General de la UNESCO.

15 Ibid., p. 33.

ética, el rigor científico e intelectual, el enfoque multidisciplinario y transdisciplinario, la calidad y la pertinencia social de los estudios, acceso y permanencia; 3) establecer vínculos estrechos con la sociedad y el mundo laboral, en la búsqueda de iniciativas que permitan el desarrollo sostenible, eliminando las disparidades y la inserción de los egresados como “creadores de empleo”¹⁶; y 4) el empleo de una infraestructura sólida en asocio con gobiernos y empresa privada, que permita el uso de nuevas tecnologías, para que ayuden a “reforzar el desarrollo académico, a ampliar el acceso, a lograr una difusión universal y extender el saber y a facilitar la educación durante toda la vida”¹⁷, es decir, que se incluye a los educandos adultos, y se permite su participación con programas abiertos, creativos, con investigación interdisciplinaria y reconocimiento de sus procesos de aprendizaje.

Es así como se despide el siglo XX, con la sensación de que las transformaciones en las universidades latinoamericanas no fueron suficientes, los avances tecnológicos, científicos, el desarrollo económico, exigen que las universidades formen profesionales con competencias cada vez más especializadas, pero entendiendo que “La formación ética y socialmente responsable ya no puede ser entendida como un ‘complemento deseable’ a la formación profesional, sino como un eje de valor de las competencias especializadas del egresado universitario y una condición de posibilidad de la pericia e integralidad del nuevo profesional”¹⁸. Es a partir de la Conferencia sobre la Educación Superior, que se enfatiza en la RSU y se proponen las líneas a seguir, en el caso de la Universidad de Antioquia, se incorporan estas preocupaciones en el Plan Estratégico de Regionalización.

Con el nuevo milenio, surge el tercer hito, con la experiencia de universidades chilenas, que alcanza importancia en la construcción y práctica de la RSU, primero porque se constituyen en forma de red, es decir, no son esfuerzos aislados o circunscritos a una institución, sino a un conjunto de universidades públicas y privadas, y segundo, evidencian el consenso, coherencia, vinculación y compromiso con el logro de un objetivo en común, que se convierte en referente para las universidades latinoamericanas, miremos:

El proyecto “Universidad Construye País”¹⁹ se inicia en 2001²⁰, con el fin de “expandir en la educación superior chilena el concepto y la práctica de la Responsabilidad

16 Ibid. p. 34.

17 Ibid. p. 34.

18 KLIKSBURG, Bernardo. Hacia una economía con rostro humano. Fondo de Cultura Económica: Buenos Aires, 2002. p. 140.

19 Se puede consultar la historia, avances y publicaciones en: <http://www.construyepais.cl/home.php>

20 Iniciativa de la Corporación Participa, de carácter civil, representada por Mónica Jiménez y The AVINA Group, representada por su presidente Stephan Schmidheiny un filántropo suizo.

Social Universitaria”²¹, hoy hacen parte de esta propuesta 13 universidades, en las cuales, se establecieron diálogos mediante seminarios, “aportando al desarrollo teórico, al diálogo interdisciplinario, al intercambio de experiencias y a la generación de identidad común en torno a la Responsabilidad Social Universitaria”²². Con estas exposiciones se publicaron los libros: *Asumiendo el país: Responsabilidad Social Universitaria*, publicado en 2001, en el cual se tratan los temas que tienen que ver con los desafíos y mayores problemas nacionales y la forma en que la universidad puede aportar soluciones; *Observando la Responsabilidad Social Universitaria*, publicado en 2002, en el cual se establecen las herramientas e indicadores de RSU; *La Universidad Construye País: La Responsabilidad Social de la Universidad de Cara al Chile del 2010*, publicado en 2003, en el cual se aporta un marco conceptual; *Educando para la Responsabilidad Social: La Universidad en su Función Docente*, publicado en 2003, en el cual se plantea la instalación institucional y el rol del docente, para que sea una práctica constante; *Responsabilidad Social Universitaria, Una Manera de Ser Universidad. Teoría y Práctica de la Experiencia Chilena*, publicado en 2006, en el cual se presenta un concepto producto del consenso y trabajo conjunto de las universidades miembros, definen la RSU, de la siguiente manera: “es la capacidad que tiene la Universidad de difundir y poner en práctica un conjunto de principios y valores generales y específicos, por medio de cuatro procesos claves: gestión, docencia, investigación y extensión universitaria, respondiendo así ante la propia comunidad universitaria y ante el país donde está inserta”²³, más allá de un determinado tipo de acciones universitarias, para entenderla como “un modo de ser Universidad”²⁴, lo que exige que se defina cuáles son los ejes en torno a los que girará el accionar de las universidades miembros.

Para terminar, el proyecto universidad construye país, como objetivo de sostenibilidad, propone básicamente tres líneas de acción: la primera el proyecto *Chile Regional 2020*, con el cual se busca posicionar y legitimar a las universidades en relación con su entorno, “enraizado en el territorio regional y local, como referente para orientar su acción al servicio de la construcción ‘del país que queremos’”²⁵; la segunda línea tiene que ver con la incorporación de la RSU en la docencia, “destinado a intervenir el currículo y las metodologías de aprendizaje, de manera que de la universidad egresen profesionales marcados por su responsabilidad social”²⁶,

21 UNIVERSIDAD CONSTRUYE PAIS. RSU. Una manera de ser universidad. Teoría y Práctica en la experiencia chilena. Santiago de Chile: Graficas Funny. 2008, p. 13.

22 Ibid. p. 24.

23 Ibid. p. 14.

24 Ibid. p. 25.

25 Ibid. p. 31.

26 Ibid. p. 32.

y la tercera línea, es la de entregar un legado, “sistematización de experiencias y herramientas útiles y fáciles de utilizar para quienes quieran continuar animando la expansión del concepto y la práctica de la RSU”²⁷.

En resumidas cuentas, el ejemplo chileno cobra importancia, en primer lugar, porque la sistematización de sus experiencias muestra que si se puede pensar y hacer RSU, como un proyecto de país, estableciendo diálogos interdisciplinarios con todos los actores sociales, en segundo lugar, sus herramientas, indicadores y experiencias fueron incorporados en la agenda del Banco Interamericano de Desarrollo²⁸, y finalmente, se constituye en referente bibliográfico y práctico de las propuestas desarrolladas en Universidades colombianas, entre ellas, la Universidad de Antioquia.

En este orden de ideas, y como cuarto hito, surge la *Iniciativa Interamericana de Capital Social, Ética y Desarrollo en Universidades de América Latina y del Caribe*, del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), con la cual se crea la Red Universitaria de Ética y Desarrollo Social (RED), con la idea de impulsar la concertación de acciones y contribuir a la asunción de códigos y conductas acordes a los criterios éticos deseables por parte de los principales responsables del desarrollo; integrando la ética en el desarrollo de programas sistemáticos que hagan de la Universidad un auténtico lugar de formación de profesionales socialmente responsables, líderes éticos de su comunidad. Esta iniciativa da lugar a dos productos académicos muy interesantes: el primero, se encuentra consignado en un CD-ROM²⁹, en el cual se recopilan documentos, experiencias de universidades del continente, en torno a dotar a la RSU de un Marco Conceptual, Herramientas de RSU, Antecedentes, Contexto y Multimedia, con autores como François Vallaëys, quien ha tenido una gran influencia en los escritos posteriores y en las construcciones, modificaciones e institucionalización de las políticas de RSU que actualmente se adelantan en las Universidades latinoamericanas, quien, nos recuerda que “no debemos matar la RSU desde el inicio pretendiendo que ‘ya lo estábamos haciendo’, tomándola como cambio cosmético de nombre para seguir haciendo lo mismo”³⁰.

Para Vallaëys, el concepto de RSU, está dado por la gerencia ética e inteligente de los impactos universitarios, en el ámbito Organizacional (laboral, ambiental),

27 Ibid. p. 32.

28 Observando la Responsabilidad Social Universitaria, documento publicado en 2002, que se puede consultar en el compendio teórico que hace el BID. Véase, BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID). *Iniciativa de Ética, Responsabilidad Social y Sostenibilidad*. [CD] [On Line] Disponible en: <http://www.udlap.mx/rsu/Default.aspx>. Editado por UDLAP. (último acceso: 24 de abril de 2009).

29 BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID). *Iniciativa de Ética, Responsabilidad Social y Sostenibilidad*. [CD] [On Line] Disponible en: <http://www.udlap.mx/rsu/Default.aspx>. Editado por UDLAP. (último acceso: 24 de abril de 2009).

30 Vallaëys, François. Breve Marco Teórico de la Responsabilidad Social Universitaria. En: CD-ROM. BID.

Educativo (deontología profesional, ética de la disciplina y rol social), Cognitivos-epistemológicos (conocimientos que produce y su utilidad social) y Social (como referente y actor social influye en el desarrollo económico, social y político), de estos impactos se deducen las partes interesadas y los ejes programáticos de gestión socialmente responsable en la Universidad en su actuar diario³¹. Se destacan las consideraciones especiales en el sentido de que la RSU, es un producto inacabado, el cual no admite, por el momento, estandarizaciones normativas, ni certificables, no es una propuesta para agregar un área o nueva función a la universidad, no requiere del incremento de burocracia al interior de las universidades con la creación de oficinas especializadas; debe ser integral, no es sólo aplicable a determinado tipo de instituciones: públicas o privadas, laicas o confesionales; tampoco se trata de imponer una ideología educativa, ni académica³², y lo más importante, “ninguna universidad parte de cero, es necesario reconocer y hacer aflorar los avances de la institución en este campo”³³. Finalmente, presenta la siguiente definición de RSU:

La Responsabilidad Social Universitaria busca resituar a la Universidad en la sociedad, alineando sus cuatro procesos (gestión, docencia, investigación, extensión) con la misión universitaria, sus valores y compromiso social. Esta responsabilización se realiza mediante una autorreflexión institucional transparente con participación dialógica de toda la comunidad universitaria y los múltiples actores sociales interesados en el buen desempeño universitario o afectados por él, y persigue la transformación efectiva del ejercicio del saber en la sociedad hacia la solución de los problemas de exclusión, inequidad, e insostenibilidad.³⁴

El segundo producto académico tiene que ver con el concurso, acerca de iniciativas sobre capital social, ética y desarrollo, realizado en el año 2006, mediante el cual se prestó asistencia técnica y económica, mediante expertos para consolidar y concretar acciones, en la implementación de políticas institucionales de RSU, con ellas se beneficiaron diez universidades latinoamericanas, entre ellas la Universidad de Antioquia.

Para terminar, la Universidad de Antioquia, participa en esta iniciativa, con el proyecto de investigación-extensión: *Hacia el Fortalecimiento de la Responsabilidad Social Universitaria, Ética y Desarrollo*, que se oficializa con la firma del acta de inicio el 30 de agosto de 2006, a cargo de los profesores Leonardo Alberto Ríos

31 Vallaey, François, Cristina De la Cruz, y Pedro M. Sasia. Manual de Primeros Pasos en Responsabilidad Social Universitaria: Construyendo ciudadanía en universidades responsables. Lima: BID/RED, 2008. p. 19-20.

32 Ibid. p. 11.

33 Ibid. p. 33.

34 Ibid. p. 22.

Osorio y Fabio Vallejo Giraldo, quienes cuentan con el apoyo de la Vicerrectoría de Extensión, e inician las discusiones para cumplir con las diferentes fases del proyecto, entre ellas la conformación del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Responsabilidad Social Universitaria, cuyo objetivo es “fortalecer la capacidad de la Universidad para incorporar en el desarrollo de su misión, la práctica sistemática y sostenida de la responsabilidad social universitaria –RSU- en un proceso de armonización con la normatividad establecida en tal sentido en sus estatutos”³⁵. En desarrollo de la primera fase han promovido, compartido y socializado experiencias con diferentes universidades en congresos, encuentros y foros locales y nacionales³⁶; en el mes de marzo de 2009, se publicó el informe: “Informe de avance sobre el estado actual de la responsabilidad social en la Universidad de Antioquia”, donde definen como categorías de análisis: Currículo, Clima Organizacional, Gestión y Ética, que corresponde a las dinámicas universitarias que buscan cumplimiento de sus tres ejes misionales de docencia, investigación y extensión, sin perder de vista que en los principios expresados en el artículo 6 del Acuerdo Superior 1 de marzo de 1994 Estatuto General de la Universidad:

Artículo 6°. Responsabilidad Social. La Universidad, como institución estatal, constituye un patrimonio social y asume con el más alto sentido de responsabilidad el cumplimiento de sus deberes y compromisos; en consecuencia, el personal universitario tiene como responsabilidad prioritaria servir a los sectores más vulnerables de la sociedad con los instrumentos del conocimiento y del respeto a la ética³⁷.

2.2 La regionalización en la Universidad de Antioquia

La Universidad de Antioquia, “no es ajena a los vientos de reforma”, como se cuenta en la exposición de motivos del Estatuto General³⁸, producto de un vigoroso movimiento conocido como “La Reestructuración” a finales de la década de los 80³⁹, por

35 GRUPO INTERDISCIPLINARIO DE INVESTIGACIÓN EN RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA. Informe de Avance sobre el estado actual de la responsabilidad social en la Universidad de Antioquia. Medellín: Imprenta U de A. 2009.

36 Se destacan: Primer Foro “Responsabilidad Social: Una mirada desde la Universidad”, donde se presentan los cinco proyectos colombianos ganadores de esta iniciativa. (2006) Segundo Foro “Responsabilidad Social Universitaria: Experiencias de la Educación Superior en Medellín” (2007) “Mesa de trabajo internacional sobre Responsabilidad Social Universitaria” (2008).

37 Universidad de Antioquia. Estatuto General. Acuerdo Superior No 1 del 5 de marzo de 1994. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 1994. p. 13.

38 *Ibid.* p. 5.

39 Es importante recordar que a finales de la década de los 80, en el ámbito nacional se da un paso muy importante para frenar el exagerado centralismo, con la elección popular de Alcaldes y Gobernadores.

un lado integra definitivamente la investigación, la docencia y la extensión como las actividades fundamentales del quehacer académico y, en su Misión, reconoce la importancia de fortalecer los vínculos con la sociedad, de responder y servir a sus necesidades, de formar individuos autónomos, creativos, capaces de liderar cambios sociales y de aportar a la solución de problemas regionales y nacionales.

Es así como para la Universidad de Antioquia, la regionalización ha significado la apertura de Sedes en 11 municipios del departamento de Antioquia⁴⁰. Su funcionamiento, se cristalizó a partir del plan de desarrollo institucional 1995-2006, donde se plantea el objetivo de “Llevar la universidad a las regiones y aumentar la cobertura educativa y la extensión universitaria”⁴¹, con el cual se buscaba ampliar sus índices de cobertura académica, social y geográfica en el departamento de Antioquia.

Sin embargo, la Regionalización en la Universidad de Antioquia, se configura como un proyecto de gran envergadura, por el volumen de la inversión requerida y porque se constituye en factor de equidad, solidaridad y progreso al servicio de las regiones antioqueñas. Es por estas razones, que este proyecto se perfila con múltiples connotaciones: como un principio, una política, un programa y una estrategia⁴². Recordando al ex rector Jaime Restrepo Cuartas, la importancia de la regionalización está en que:

Permite a la Universidad acercarse a las comunidades tradicionalmente aisladas y marginadas, ofrecer programas pertinentes para las necesidades de las regiones, conocer sus particularidades, investigarlas, estudiarlas y brindar alternativas de solución a sus problemas; es pues, una manera de aprovechar las potencialidades y facilitar el desarrollo. El programa de regionalización de la U. de A. ha sido un campo de experimentación excelente para el mejoramiento continuo. Ha permitido conocer el estado de atraso en que se encontraban las comunidades y ensayar modelos que poco a poco han ido incrementando la calidad y la capacidad competitiva⁴³.

2.3 RSU en las regiones

La Universidad de Antioquia ha entendido la importancia de la responsabilidad social de la mano de la regionalización, consagrándola como un principio muy

40 Diferentes a Medellín y Envigado.

41 UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA. Plan de Desarrollo 1995-2006. La Universidad del siglo de las luces. Medellín: Imprenta UDEA, Segunda edición. 1998. p. 68.

42 INER Instituto de Estudios Regionales. *Plan Estratégico de Regionalización de la Universidad de Antioquia*. Medellín: Imprenta UDEA, 2002. p. 25.

43 RESTREPO CUARTAS, Jaime. *Historia de la Nueva Universidad de Antioquia 1971-2004*. Medellín: El Propio Bolsillo, 2005. p. 22.

especial, incluso la expresa de manera diferente a como lo señala en el Estatuto General, dotándola de una fuerza y un contenido muy especiales; observemos detenidamente:

Responsabilidad social con las regiones. Acogiendo la misión de la Universidad de Antioquia, la Regionalización universitaria asume el compromiso de contribuir con el desarrollo y el mejoramiento de las condiciones de vida de las comunidades a las cuales se debe. Mediante funciones de docencia, investigación y extensión identifica los problemas regionales, estudia y propone soluciones a éstos y participa en el desarrollo social, político y económico de las regiones y del país.

Más allá de la mera formación profesional en las diferentes disciplinas del conocimiento, el compromiso institucional precisa el estar presente en los procesos que propendan al mejoramiento de la calidad de vida e inculca los principios que permitan convivir de una manera armónica, tolerante y pacífica⁴⁴.

En esta investigación se parte del concepto de RSU expresado en el Plan Estratégico de Regionalización, debido a que se sitúa en el centro de la actual discusión sobre el tema: –¿Para qué la RSU?, –y responde: *Para identificar, estudiar y proponer soluciones a los problemas regionales y para participar en el desarrollo social, político y económico de las regiones y del país.*

Se constituye en una postura interesante en la cual se pueden identificar cuatro ingredientes: 1) el desarrollo integral de la sociedad, 2) funciones básicas en permanente diálogo que se retroalimentan, los proyectos de aula que trascienden, investigaciones que mejoran la docencia y que permiten la extensión, que nuevamente retornan al aula y a la sociedad convertidos en iniciativas productivas, no se conciben aisladas y responden a las necesidades regionales, 3) la Universidad desempeñando dos roles: la de institución que desarrolla su función social de educación superior integrada, con un motivo superior al cuantitativo, no sólo en términos de número de estudiantes, programas y egresados, sino como un foco cultural, social, económico, político, capaz de apoyar, influenciar o cambiar las visiones regionales, y como actor regional al estar presente en los procesos de desarrollo, impulsando y armonizando con las administraciones locales: políticas públicas, con la empresa privada: alianzas estratégicas, innovación, mejoramiento de procesos, con la comunidad: procesos democráticos, participativos y de identificación regional; la universidad pasa de un papel pasivo de reproducción del conocimiento a un papel activo de lograr conocimientos verdaderamente útiles para la región, y 4) una enunciación de

44 INER Instituto de Estudios Regionales. *Plan Estratégico de Regionalización de la Universidad de Antioquia*. Medellín: Imprenta UDEA, 2002. p. 17.

la ética colectiva, que va más allá de los tradicionales cursos de ética profesional que ofrece la universidad, lo cual hace necesario “distinguir entre ‘ética’ como la búsqueda de la actitud correcta, la buena conducta del ser humano, por un lado, y ‘ética’ como la buena vida o la buena sociedad”⁴⁵, lo que nos sitúa en las lógicas de la responsabilidad social, la ciudadanía y la sostenibilidad.

Aunque este concepto se formula con anterioridad a los aportes y consensos a los que se ha llegado en los últimos años sobre la RSU,⁴⁶ y a lo que hoy se define a nivel institucional, a partir de las discusiones del Grupo Interdisciplinario de investigación en Responsabilidad Social,⁴⁷ la reflexión sobre el concepto de responsabilidad social en la región, se torna importante para esta investigación en tanto propone, como parte de la responsabilidad social, las modificaciones a los planes de estudio de los programas que se ofrecen en las regiones en términos de incluir materias de contenido transversal, que obedecen de un lado, a la expresión que utiliza en el concepto de que hay un compromiso de formar los estudiantes más allá de los contenidos disciplinares, y por el otro, la creciente demanda, de que la Educación Superior se ocupe de temas críticos o problemáticos para la vida social, que hace necesario que la forma en que se organicen los currículos vaya más allá de establecer los contornos disciplinares, áreas de integración disciplinar, ejes temáticos y temas transversales. Según Carlos Cuellen, los contenidos transversales se asemejan a la globalización:

“Justamente la idea de “transversalidad” se asemeja mucho a la de “globalización”, a la de “dispersión”, a la de “debilitamiento” de las fronteras entre disciplinas y posibles interrelaciones desde identidades fuertes. Un contenido “transversal” no tienen un lugar fijo, se asemeja mucho a un programa común que puede circular por todas las computadoras (disciplinares). Su “sentido” –o tema– viene instalado por patrones de comunicación social, por formadores de opinión pública, por constructores de demanda social”⁴⁸.

-
- 45 STALSETT, Sturla J. Vulnerabilidad, dignidad y justicia: valores éticos fundamentales en un mundo globalizado. En: KLIKSBERG, Bernardo. Comp. *La agenda ética pendiente de América Latina*, de Argentina: Fondo de cultura económica, 2005. p. 44.
- 46 Recordemos la definición de Impactos que propone François Vallaey, uno de los autores con mayores seguidores, sobre la definición de impactos: Organizacional, Educativo, Cognitivo y Social.
- 47 GRUPO INTERDISCIPLINARIO DE INVESTIGACIÓN EN RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA. *Informe de avance sobre el estado actual de la responsabilidad social en la Universidad de Antioquia*. Avance Investigación, Vicerrectoría Administrativa, Universidad de Antioquia, Medellín: Imprenta Universidad de Antioquia, 2009, p. 19.
- 48 CUELLEN, Carlos A. Disciplinariedad, interdisciplinariedad y transversalidad como formas de organizar la enseñanza. En: *Critica De Las Razones De Educar: Temas De Filosofía De La Educación*. Argentina: Paidós cuestiones de educación, 1997. p. 116.

Sin embargo, es en el contexto de las políticas educativas, donde se da “el debate sobre transversalidad, como forma de organizar los contenidos escolares”⁴⁹. Como cuestión política se debe profundizar en torno a: “a) criterios de selección de contenidos, b) a los posibles deslizamientos, en la definición de los ‘temas’, del campo de las decisiones políticas al de la mera ecología social; c) a un posible desplazamiento de lo disciplinar al ámbito de lo ‘neuro axiológicamente’, desconectándolo de las prácticas sociales de producción de conocimientos”⁵⁰

Finalmente, en este sentido, el Plan Estratégico de Regionalización⁵¹, había propuesto las reformas curriculares y la flexibilización de los planes de estudio de manera que se adecuara a las condiciones particulares de los contextos regionales, que se fomentara la experimentación e implementación de modalidades y estrategias pedagógicas alternativas, currículos investigativos, aprendizaje basado en problemas, sobre los cuales, es necesario hacer seguimientos y evaluar los procesos curriculares para determinar la pertinencia de los contenidos y los modelos pedagógicos.

3. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

A continuación se presentan los resultados de la investigación, que tienen que ver sólo con uno de los objetivos específicos de la investigación sobre la *Enunciación de los esfuerzos contenidos en los diferentes planes de estudio de los pregrados que se ofrecen en las regiones y que evidencian una apuesta por viabilizar la responsabilidad social*, veamos:

Los entrevistados fueron consultados sobre los valores que promueven y los medios que se utilizan para promoverlos; en general, en todos los pregrados se promueven valores, muchos de ellos permean todas las asignaturas, la cátedra denominada **Ética**, está presente en todos los planes de estudio, además, se entiende con la función de promover valores; sin embargo, se utilizan otras formas, algunas de ellas de manera planeada y consciente, en general la responsabilidad de formar en valores recae en los profesores, los coordinadores de programa y el personal administrativo, quienes finalmente son los que imprimen su sello en los estudiantes.

Se destacan las siguientes facultades, en la promoción de valores mediante mecanismos diferentes asociados a la cátedra de Ética, según explicaciones de los entrevistados:

49 Ibid. p. 130.

50 Ibid. p. 119.

51 Revisar Plan Estratégico de Regionalización. Programa 2. Innovación pedagógica y desarrollos curriculares.

Facultad de Artes, el currículo en el pregrado de Gestión Cultural tiene tres ejes fundamentales: lo estético, lo axiológico y lo ético; se promueven valores fundamentales, como la racionalidad de lo público, la participación y las alianzas, en la medida en que los estudiantes que se están formando tienen énfasis en torno a generar redes para el diseño de políticas culturales regionales y como un eje del desarrollo, los estudiantes están generando alianzas para desarrollar procesos de intervención e interacción con otros actores distintos a los académicos en lo social y cultural en la región.

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, se promueve el valor del Espíritu Crítico, que consiste en que la formación de los estudiantes está fundamentada en conocer diferentes perspectivas teóricas del derecho, para que sea él, quien construya y fundamente sus propias visiones, de una manera crítica y analítica; y el valor de la Responsabilidad Social, el cual implica el compromiso que tiene la Facultad de Derecho con la sociedad a la que llega, a través de programas como la extensión solidaria, la extensión no solidaria, la investigación, la atención a los usuarios del consultorio jurídico, el reconocimiento de las problemáticas particulares de cada región, se cristaliza a partir de los conocimientos que el profesor y los estudiantes tienen de su región.

Facultad de Ciencias Sociales, el pregrado de Trabajo Social, promueve, el trabajo en equipo, el aprendizaje colaborativo, mediante el proyecto de nuevas tecnologías que se llama *Aprendizaje colaborativo y comunicación formativa a través de las TIC'S*, también por la misma profesión, la participación, con los estudiantes y con los profesores, todos los procesos que se hacen a diferentes niveles, son participativos, se hacen comités y se nombran responsables pero siempre convocando a nuestros grupos para que opinen, aporten y ayuden en los diferentes proyectos.

Facultad de Educación, se promueve la vocación de la facultad que es *formar maestros*, en ese proceso de formación integral se incluyen muchos valores, ya que el maestro fundamentalmente trabaja con personas. La formación del maestro, se hace de manera permanente, es decir, el conducto para la formación en valores es todo acercamiento, toda charla de un profesor, todo el manejo del aula de clase, toda conversación con el coordinador, tiene que impregnar en el maestro en formación valores de vida, competencias indispensables para ser maestro.

Corporación Académica Ambiental, hace un trabajo conjunto con regionalización y Bienestar Universitario, para que permanentemente acompañe a los estudiantes en el marco de las regiones, debido a que la Universidad tiene presencia en unas regiones con conflictos sociales, políticos y militares, lo que repercute de manera directa en el comportamiento de los estudiantes, se promueve la ética, la honestidad y la paz, que se trabajan permanentemente en el aula.

Facultad de Ingeniería, el pregrado de Ingeniería Industrial, promueve la responsabilidad, la rectitud, la solidaridad y la calidad, debido a que el objetivo del pregrado es lograr un impacto real, en las empresas públicas y privadas de la región, en términos de Calidad, no certificar por certificar, sino lograr una conciencia de trabajar bajo parámetros de calidad con la familia ISO, que le asegura a las organizaciones el éxito, gestión de calidad, gestión por proyectos, esa es la acción concreta que se quiere lograr y aunque los resultados no son muy rápidos, se hace desde todo contacto con el estudiante.

Por último, a los entrevistados se les preguntó si en los planes de estudio disponen de materias con contenidos explícitos sobre Responsabilidad Social, Ciudadanía, Ética y Sostenibilidad, en resumen, estos fueron los hallazgos:

Responsabilidad Social, en general, no se encuentran materias con este nombre y específicamente dedicadas al tema de la responsabilidad social, con excepción de Trabajo Social, donde tienen una línea de profundización que se llama Gerencia y Administración en Gestión Social, en esa línea se dicta un ciclo sobre Responsabilidad Social. De manera implícita se abordan estos temas, sobre todo en las facultades que tienen una vocación humanista, en las cuales aparece como uno de los objetivos en algunas materias, por ejemplo, la cátedra de Desarrollo Humano.

Ciudadanía, siguiendo el mandato constitucional, por directriz rectoral y a cargo de la Vicerrectoría de Docencia en todos los programas de pregrado se ofrece la cátedra de “Formación Ciudadana y Constitucional”⁵², esta cátedra no hace parte de los planes de estudio, es obligatoria en tanto que es requisito de grado para quienes ingresaron a partir del semestre 1995-1⁵³ Esta cátedra se dicta como una respuesta a la exigencia de divulgar la Constitución Política de 1991, sin embargo, la Universidad ha asumido uno de los retos del milenio, “contribuir a proteger y consolidar los valores de la sociedad, velando por inculcar en los jóvenes los valores en que reposa la ciudadanía democrática”⁵⁴.

Es así como esta materia se ha constituido en un factor de definición y formación de ciudadanía, en tanto el conocimiento sobre el Estado y el Derecho, la Constitución, los principios fundamentales de la Constitución de 1991, el control constitucional, los procedimientos de reforma, organización del Estado colombiano, el régimen

52 El contenido de esta cátedra se puede consultar en <http://huitoto.udea.edu.co/derecho/constitucion>. Está cátedra no se dicta en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, por el contenido mismo del pregrado.

53 Universidad de Antioquia. Acuerdo Académico 200 del 7 de febrero de 2002. Se matricula una vez superados los 40% de los créditos del programa específico.

54 UNESCO. Declaración Mundial Sobre la Educación Superior en el Siglo XXI: Visión y Acción. 9 de octubre de 1998. Disponible en: http://www.unesco.org/education/educprog/wche/declaration_spa.htm (último acceso: 1 de abril de 2009).

económico y de hacienda pública, derechos y mecanismos de protección, mecanismos de participación ciudadana, le permiten al estudiante reflexionar sobre la importancia de la democracia, hacerse responsable de la actividad pública; el conocimiento permite cambiar las visiones regionales en busca de la racionalidad de lo público y la transparencia, en ese sentido, se construye Responsabilidad Social, en el marco de los programas regionalizados.

Ética, es una materia presente en todos los programas de pregrado, por la alta regulación que se tienen en Colombia para el ejercicio de las profesiones, existen tantos códigos éticos⁵⁵, como pregrados, por lo que la estructura de los cursos de ética en los diferentes programas sigue este orden: La moral y los sistemas éticos, fundamentos de la ética, relación de la ética con el pregrado específico, legislación y códigos de ética profesional.

Sostenibilidad⁵⁶ introduce exigencias de gestión racional de los recursos disponibles, incluye perspectivas sociales, económicas, tecnológicas, para hacer frente a los problemas de hoy de manera responsable con el medio ambiente. Las materias referidas a este tema se abordan en los programas a través de los cursos de Economía, como una de las teorías del desarrollo, este es un tema que cobra gran importancia en nuestras regiones, caracterizadas por gran biodiversidad que requieren ser explotadas utilizando el conocimiento y tecnologías amigables, el conflicto armado y la explotación rudimentaria ha deteriorado, incluso extinguido muchos recursos, que se perciben como una de las fortalezas regionales, se evidencia mayor atención a este tema en los programas de pregrado que tienen que ver con las ciencias naturales, el medio ambiente y la salud.

4. CONCLUSIONES

“Las conexiones institucionales conllevan variedad de preocupaciones, ni la naturaleza de nuestros valores, ni sus impactos, pueden ser independientes de las instituciones que nos rodean, por eso es necesario admitir la responsabilidad precisamente por nuestro poder”⁵⁷

55 Leyes que rigen el ejercicio profesional, los deberes, prohibiciones, inhabilidades, faltas disciplinarias y sanciones aplicables.

56 Significa desarrollo sustentable o sostenible, el término fue acuñado por Norman Ernest Borlaug, aplicado al desarrollo económico y social que permite hacer frente a las necesidades del presente, sin poner en peligro la capacidad de futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades. Término acogido a nivel mundial, se encuentra en diferentes documentos y comisiones sobre Desarrollo Sostenible: UNESCO, BID, ONU, OEA.

57 SEN, Amartya. Reanalizando la relación entre ética y desarrollo. En: KLINSBERG, Bernardo. *La agenda ética pendiente de América Latina*. Argentina: Fondo de Cultura Económica. 2005. p. 35.

Que en la Universidad de Antioquia la Responsabilidad Social sea un principio, implica que todas sus actuaciones deben estar enmarcadas en él; sin embargo, son las personas y sus conjuntos de valores y acciones, quienes finalmente ponen en marcha el andamiaje que permite la cristalización de los principios en acciones concretas, por eso, tanto el personal administrativo, como docente, los estudiantes y egresados, tienen la posibilidad de ser agentes de cambio en los municipios de influencia de las sedes, pero requieren del suficiente conocimiento para atender las problemáticas regionales, vinculando las diferentes organizaciones hacia la construcción de un proyecto común, logrando dar soluciones específicas a problemas específicos, con lo cual se logra el desarrollo en términos de mejorar la calidad de vida de las comunidades influenciadas por la presencia universitaria.

Entonces, reconocer que la universidad tiene un concepto sobre Responsabilidad Social en las Regiones, permite partir desde una base que nos identifica, una construcción propia, producto de la investigación y la reflexión pausada de nuestros académicos sobre las diferentes regiones, sus fortalezas en términos de enfrentar los asuntos del desarrollo, a partir del cual se han llevado a cabo acciones para darle cumplimiento a este principio, en el marco de los programas regionalizados; en torno a esto se han formulado estrategias, algunas responsables, otras tienen una textura confusa o son metas no superadas y olvidadas, pero reconocer este tipo de situaciones, es el primer paso hacia la comprensión, verificación de la realidad y aceptación de la Responsabilidad Social de la Universidad, que le permita dar cuenta a la sociedad de lo que planea y ejecuta en el marco del programa de Regionalización y los logros que efectivamente alcanza, a fin de disminuir la brecha entre las declaraciones contenidas en las políticas institucionales, y los actos y decisiones de sus representantes en los diferentes niveles jerárquicos, sin correr el riesgo de implantar o mutar teorías de otras latitudes, que muchas veces desconocen las diferentes variables del entorno.

En consecuencia, es necesario superar el enfoque de que Regionalización, es sólo un asunto de cobertura, una imposición, que se deduce de la forma en que se manejan los indicadores, no sólo en los planes de acción de las diferentes unidades académicas, sino a nivel Central y de la Dirección de Regionalización, puesto que sólo están dados en el aumento de programas y número de estudiantes matriculados, descuidando los indicadores que se establecieron en el Plan Estratégico de Regionalización y que apuntan a que la regionalización en la Universidad de Antioquia, es un asunto de Responsabilidad Social Universitaria para lograr el desarrollo integral de las diferentes regiones antioqueñas.

Desarrollo al que sólo se puede llegar convirtiendo las regiones en un verdadero objeto de estudio, que privilegie la visión de sus propios habitantes, para que sean

ellos quienes a partir de las fortalezas de la región y de las idealizaciones y construcciones culturales, sociales y económicas conjuntas, busquen su propio concepto y estilo de desarrollo, que permee no solo las Administraciones Locales, a través de políticas públicas claras y coherentes, sino también a los diferentes sectores civiles, sociales, económicos y culturales comprometidos en el desarrollo de una visión común.

5. RECOMENDACIONES

Terminado el proceso investigativo y a partir de las conclusiones, se torna importante hacer las siguientes recomendaciones:

Establecer una Cátedra Regional⁵⁸ para todos los pregrados que se ofrecen en la región, administrada por la Dirección de Regionalización, donde se le brinde al estudiante la visión del profesional que se quiere formar, comprometido con la solución de los problemas de su entorno, contextualizado y donde se divulguen de manera acertada las diferentes estrategias con las que cuentan en la Universidad para llevar adelante sus iniciativas en innovación, extensión e investigación, enfocadas al desarrollo regional y la responsabilidad social universitaria.

Establecer un seminario o una jornada de formación docente, para los profesores que viajan a la región, en especial para los docentes de cátedra, sobre los principios, valores, misión y visión de la Universidad de Antioquia en las Regiones y la importancia de adecuar los contenidos obligatorios de sus cátedras a las diferentes texturas regionales, además de que conozcan los diferentes espacios y convocatorias con los que cuenta la Universidad, sus beneficios y carencias, para que puedan participar de manera integrada en labores de docencia, investigación y extensión, permitiendo la dialéctica de las funciones.

6. BIBLIOGRAFÍA

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID). Iniciativa de Ética, Responsabilidad Social y Sostenibilidad. [CD] [On Line] Disponible en: <http://www.udlap.mx/rsu/Default.aspx>. Editado por UDLAP. (último acceso: 24 de abril de 2009).

CUELLEN, Carlos A. *Crítica de las Razones de Educar: Temáticas de Filosofía de la Educación. Disciplinarietà, interdisciplinarietà y transversalidad como formas de organizar la enseñanza*. Argentina: Paidós cuestiones de educación, 1997. p. 105-134.

58 En la actualidad se ofrece una cátedra con este nombre en los programas de pregrado de Derecho y Gestión Cultural, que tiene el objetivo de sensibilizar al estudiante sobre su entorno.

- GRUPO INTERDISCIPLINARIO DE INVESTIGACIÓN EN RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA. Informe de avance sobre el estado actual de la responsabilidad social en la Universidad de Antioquia. Avance Investigación. Vicerrectoría Administrativa. Universidad de Antioquia, Medellín: Imprenta Universidad de Antioquia, 2009, 47 p.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Pilar. Metodología de la Investigación. 4a. edición. Mexico: MC Graw Hill, 2006. p. 523-558.
- INSTITUTO DE ESTUDIOS REGIONALES, DIRECCIÓN DE REGIONALIZACIÓN Plan Estratégico de Regionalización de la Universidad de Antioquia. Medellín: Imprenta UDEA, 2002. 139 p.
- KLIKSBERG, Bernardo. Hacia una economía con rostro humano. Fondo de Cultura Económica: Buenos Aires, 2002. 201 p.
- RESTREPO CUARTAS, Jaime. Historia de la Nueva Universidad de Antioquia 1971-2004. Medellín: El Propio Bolsillo, 2005. 31 p.
- RIOS OSORIO, Leonardo Alberto; VALLEJO GIRALDO, Fabio. Hacia el Fortalecimiento de la Responsabilidad Social Universitaria, Ética y Desarrollo. [On Line] Disponible en: http://hosting.udlap.mx/sitios/unionlat.extension/pdf/2007/experiencias/responsabilidad/hacia_el_fortalecimiento.pdf (último acceso: 28 de abril de 2009).
- SCHWARTZMAN, Simón. Las Universidades Latinoamericanas en Contexto. [On Line] 7 de julio de 1996, Disponible en: <http://www.schwartzman.org.br/simon/marlon.htm> (último acceso: 19 de mayo de 2009).
- SEN, Amartya. Reanalizando la relación entre ética y desarrollo. En La agenda ética pendiente de América Latina, de Bernardo KLIKSBERG, 35-41. Argentina: Fondo de Cultura Económica, 2005.
- STALSETT, Sturla J. Vulnerabilidad, dignidad y justicia: valores éticos fundamentales en un mundo globalizado. En: KLIKSBERG, Bernardo. La agenda ética pendiente de América Latina. Argentina: Fondo de Cultura Económica, 2005. p. 43-56.
- TÜNNERMANN BERNHEIM, Carlos. Noventa años de la Reforma Universitaria de Córdoba: 1918-2008. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO: Buenos Aires. 2008. 113 p.
- UNESCO. Declaración Mundial Sobre la Educación Superior en el Siglo XXI: Visión y Acción. [On Line] 9 de Octubre de 1998. Disponible en: http://www.unesco.org/education/educprog/wche/declaration_spa.htm (último acceso: 1 de Abril de 2009).
- UNIVERSIDAD CONSTRUYE PAÍS. RSU. Una manera de ser universidad. Teoría y Práctica en la experiencia chilena. [On Line] Santiago de Chile: Gráficas Funny, 2006. 277 p. Disponible en: <http://www.construyepais.cl/home.php>. (último acceso: 28 septiembre de 2008)

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA. [On Line] Disponible en: www.udea.edu.co (ultimo acceso: 16 de enero de 2010).

_____. Acuerdo Superior No 1 del 5 de marzo de 1994. Estatuto General de la Universidad de Antioquia. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 1994. 139 p.

_____. Cátedra Formación Ciudadana y Constitucional. [On Line] Disponible en: <http://huitoto.udea.edu.co/derecho/constitucion> (último acceso: 26 de abril de 2009).

_____. Informe de Gestión 2006-2009. [On Line] Disponible en: <http://udea.edu.co/informes> (último acceso: 22 de diciembre de 2009).

_____. Plan de Accion Institucional periodo 2001-2003. [On Line] Disponible en: <http://udea.edu.co/informes> (último acceso: 22 de diciembre de 2009).

_____. Plan de Desarrollo 1995-2006 La Universidad para un nuevo siglo de las luces. Medellín: Imprenta Universidad de Antioquia, 1996.

_____. Plan de Desarrollo 2006-2016. Una universidad investigadora, innovadora y humanista al servicio de las regiones y del país. Medellín: Imprenta Universidad de Antioquia, 2006. 121 p.

VALLAEYS, Francois. Breve Marco Teórico de la Responsabilidad Social Universitaria. En: BID. Iniciativa de Ética, Responsabilidad Social y Sostenibilidad. [CD]. 2006. [On Line] Disponible en: <http://www.udlap.mx/rsu/Default.aspx>. Editado por UDLAP. (último acceso: 24 de marzo de 2009).

_____, AYUSO, Cristina De la Cruz, y SASIA, Pedro M.. Manual de Primeros Pasos en Responsabilidad Social Universitaria: Construyendo ciudadanía en universidades responsables. Lima: BID/RED, 2008. 87 p.



Autora: Alejandra Echeverri Jaramillo
Título: Ismael Rivera "Maelo"
Técnica: Óleo con espátula
Dimensiones: 50 x 70
Año: 2007

PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*

* Este artículo es una síntesis de la monografía Tendencia de los Principios de Legalidad y de la Buena Fe en los Ámbitos de Decisión de la Administración Pública presentada por el autor para la obtención del título de Maestría en Derecho.

Fecha de recepción: 20 de abril de 2010
Fecha de aprobación: 26 de mayo de 2010

PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

*Roosevelt Jair Ospina Sepúlveda***

RESUMEN

En nuestro ordenamiento jurídico se elevó a rango constitucional el postulado de la buena fe (artículo 83 C.P.). Dicha norma establece una presunción con efectos procesales a favor del particular cuando actúa frente al Estado y a favor del servidor público para efectos de su responsabilidad personal. El principio de la buena fe reivindica uno de los aspectos más importantes del ser humano: la dignidad; además, cumple una triple función operativa en el derecho: es fundamento del ordenamiento jurídico, informa la labor interpretativa y es un instrumento de integración. Sin embargo, en nuestro sistema no han sido claras las posiciones adoptadas por los órganos encargados del control de la función administrativa, así como por la Corte Constitucional, en cuanto tiene que ver con los destinatarios de la presunción allí establecida. Pues bien, si dicho texto es entendido como un Principio General de Derecho, en el marco de un Estado Social de Derecho, en el cual los valores adquieren un carácter vinculante, entre ellos el valor de la dignidad humana, se hace necesario aceptar que las decisiones racionales y razonables del servidor público, deben presumirse de buena fe, tal como ocurre con la actuación de los particulares.

Palabras clave: Principio de Buena Fe, Principio General de Derecho, Presunción Constitucional, Dignidad Humana; Principio de Legalidad, Proporcionalidad.

GOOD FAITH PRINCIPLE AND RESPONSIBILITY OF THE PUBLIC ADMINISTRATION

ABSTRACT

In our legal system the postulate of good faith (article 83 of Politic Constitution of Colombia) was uplifted to constitutional rule. That rule establishes a presumption with effects in the process that benefices to the people when act front to the State and it benefices the public server for effects in his personal responsibility. Principle of good faith restores one of the most important aspects of the human: dignity, as well, that complies three operative functions in the law: is the foundation of the legal system, informs the interpretative job and is an instrument of integration. However, in our system haven't been clear the positions adopt by the organs responsible for the control of the administrative function, like that by the Constitutional Court, with respect to the related with the addresses of the presumption establishes in that. Now, if this text is understood how a General Principle of Law, in the marc of a Social State of Law, in that the values obtain a binding character, between they are the value of the human dignity, is necessary to accept that the rational decisions and reasonable of the public serves, must suppose that are of good faith, just as happen with the actuation of the people.

Keywords: Principle of the Good Faith, General Principle of the Law, Constitutional Presumption, Human Dignity, Legality Principle, Proportionality.

** Abogado de la Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Administrativo y Magíster en Derecho de la Universidad de Antioquia.

PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

NOCIÓN PRELIMINAR

Desde tiempos pretéritos se ha aceptado el valor del principio de la buena fe en las relaciones privadas, sobre todo en las relaciones jurídicas civiles y comerciales como un reconocimiento de la dignidad humana, en virtud del cual los negocios jurídicos se presumen pactados de buena fe y obligan no sólo a lo que el tenor literal del respectivo negocio jurídico expresa, sino a todo aquello que de su naturaleza intrínseca emana. Esta caracterización consensual ha sido aceptada en las relaciones bilaterales de los Estados en virtud del principio “*pacta sum servanda*”, como una de las representaciones de su aplicabilidad en el derecho público. Nuestra Constitución Política lo consagró expresamente en su artículo 83, para regular las relaciones entre los particulares y el Estado, presumiendo la buena fe de los particulares cuando actúan frente al Estado.

El principio general de la buena fe ha entrañado desde sus orígenes más remotos una misma significación: ideas de *Lealtad* y de *Confianza (fides o bona fides)*¹,

1 Para la jurista colombiana MARÍA JOSÉ VIANA CLEVES, la noción de buena fe contiene dos elementos fundamentales: la lealtad y la transparencia. Del primero resalta que entraña el cumplimiento de lo prometido (de la palabra dada); mientras que de la transparencia nos indica que “*es el deber que implica poner de manifiesto todos los aspectos relevantes para que las partes de una relación jurídica puedan definir sus propias conductas*”. Para definir lealtad con mayor rigor recurre a la definición que de dicho término realiza la Real Academia Española de la Lengua: “*cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad*”. A su vez, define el término fidelidad como “*(...) la existencia de un acto o promesa primigenia, seguida de actos posteriores que le son coherentes y armónicos. De esta manera, cuando se viola la lealtad, se vulnera la confianza en que se llevaría a cabo un comportamiento adecuado al acto o promesa primigenia que dio lugar a la relación jurídica que ahora se ve afectada. No ocurre lo mismo, en cambio, con elemento de la transparencia, propio de la buena fe. La transparencia exige por sí misma la coherencia con actos o promesas previas, sino una conducta clara que permita visualizar lo que hay detrás de un acto o promesa que tenga la vocación de producir efectos jurídicos. Dado que la transparencia no exige la fidelidad o adecuación a actos o promesas previas, su desconocimiento no implica la violación de la confianza legítima, pues no puede afirmarse que la confianza se consolida sin actos previos que induzcan a una parte de la relación jurídica a esperar determinada conducta de su contraparte (...)*” MARÍA JOSÉ VIANA CLEVES, *El principio de Confianza Legítima en el derecho Administrativo colombiano*, Universidad Externado de Colombia Bogotá, Primera Edición año 2007, Págs. 40 y 45. En la presente propuesta, además de los componentes explicados por la citada autora: lealtad y transparencia, entenderemos *la honestidad*, como un elemento consustancial a la buena fe, pues dicha noción entraña esta virtud moral, como la conducta esperada de todo ser humano.

entendiendo por tales nociones en las relaciones interpersonales, aquella actitud enderezada a realizar lo que se dice, o quien actúa conforme a lo ofrecido; en otros términos, dicha noción implica la necesaria correlación entre la lealtad que la persona guarda por la palabra empeñada y la confianza de la que goza en el medio social en el cual se desenvuelve.

En nuestro ordenamiento jurídico, la noción de buena fe como principio general de derecho que irradia todo el sistema, parecía problemático con la legislación vigente hasta la Constitución Política de 1991. Ello obedecía, quizás, a que su consagración legal en el Código Civil (Artículos 764, 768, 1603, entre otros) y en el Código de Comercio (Artículos 863 y 871), regulaba materias muy específicas: en el primer caso se estableció en el título de bienes y de contratos; mientras que, en el segundo, lo fue en materia de obligaciones y de relaciones contractuales de naturaleza mercantil. Sin embargo, con el advenimiento del artículo 83 de la Constitución Nacional se zanjó cualquier duda sobre su operancia tanto en los ámbitos privados negociales, como en las relaciones de derecho público. No porque con precedencia no fuera exigible, sino porque su consagración constitucional le dio el *status* y la claridad necesaria para su reivindicación directa como fuente de obligaciones. Su tenor literal es el siguiente: “*Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas*”.

Esta disposición no deja lugar a dudas sobre la aplicabilidad del postulado de la buena fe en el derecho administrativo. Así, por ejemplo, con la expedición de la Ley 80 de 1993 (Ley de Contratación Estatal), se consagró expresamente en el artículo 5, inciso segundo, un deber exigible a los contratistas:

“(...) 2. Colaboración con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obran con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse (...)”

Por otro lado, el artículo 28 de la misma normatividad, en cuanto tiene que ver con las reglas de interpretación de las cláusulas contractuales precisó que:

“(...) En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración a los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos (...)”

Igualmente, constituyen manifestación del desarrollo legal y reglamentario del artículo 83 de la Constitución Nacional, el Decreto 2150 del 05 de diciembre de 1995 (Estatuto Antitramitología) y, más reciente, la Ley 962 del 08 de julio de 2005 (Ley Antitrámites). La primera normatividad se constituyó en un intento expreso y directo por regular el principio de la buena fe. Sin embargo, fue la Ley Antitrámites la que vino a establecer una regulación exhaustiva de la operancia de dicho principio en cuanto hace referencia a las relaciones entre la Administración Pública y los particulares.

Por otra parte, se tiene que la propuesta del profesor JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO, en condición de delegado ante la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y como ponente de la norma en comentario durante su tramitación, apuntó a convertir el viejo principio jurídico de la buena fe en un proceso vivo y universal de derecho, que además sirviera para inspirar y liderar el cambio cultural que se requiere para hacer de la sinceridad, de la confianza y del honor a la palabra empeñada, la regla moral de oro de las relaciones sociales.^{2,3}

La Corte Constitucional, a través de Sentencia T - 469 de 1992, con ponencia del Honorable magistrado Alejandro Martínez Caballero, precisó en un primer momento el alcance del artículo 83 de la Constitución Política y las razones de la Asamblea Nacional Constituyente para expedirlo. Según dicho pronunciamiento, el constituyente estableció la buena fe como un deber de la administración, el cual debe identificarse con el ánimo de servicio y de solución a legítimas pretensiones. De manera que su desconocimiento trae consigo una sanción, que debe ser impuesta luego de abordar todos los requisitos probatorios y de haberse desvirtuado suficientemente la buena fe presunta de la actuación de una determinada autoridad. Los dos aspectos señalados en la exposición de motivos son los siguientes: a) ánimo de servicio y b) la solución de legítimas pretensiones (adecuación a principios de constitucionalidad y legalidad)⁴. (Subrayados fuera de texto)

El texto finalmente aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente trata de reivindicar la eficacia directa y la aplicación inmediata del principio en cualquier tipo de relación entre el Estado y los particulares. Dicho texto constitucional, según se pudo observar de su tenor literal, consta de dos partes, a saber: la primera de

2 JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO, *La Protección Constitucional del Ciudadano*, Editorial LEGIS, Bogotá, p. 72.

3 GACETA CONSTITUCIONAL No 19 del 11 de marzo de 1991, Pág. 3, citada por JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO, *Óp. Cit.*, Pág. 73. El profesor ESGUERRA PORTOCARRERO, conjuntamente con el jurista y político ÁLVARO GÓMEZ HURTADO (Q.E.P.D.), fueron los ponentes de la iniciativa constitucional que permitió la consagración del artículo 83 C.N.

4 Corte Constitucional, sentencia T - 469 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

ellas está referida a un deber exigible por igual tanto a los particulares como a las autoridades públicas: “(...) *Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (...)*”. De tal suerte que se establece una regla jurídica de alcance general que les impone a unos y a otros el deber perentorio de ceñir a la verdad todas sus actuaciones públicas.⁵

La segunda parte del texto establece una presunción constitucional, enunciada a modo de regla de derecho y como tal posee claros efectos procesales: “(...) *la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas (...)*”. Dicha presunción, aunque elevada a rango constitucional, dista de ser considerada como presunción de pleno derecho; está orientada a prevenir que el deber general de actuar de buena fe por los particulares termine convirtiéndose en un arma de doble filo en contra del propio ciudadano. Ello, naturalmente, ahonda una especie de garantía ciudadana. Dicha presunción admite demostración en contrario, y pretende evitar la exigencia al particular, por parte de la Administración, de pruebas imposibles, innecesarias, inconducentes o simplemente superfluas.⁶

BUENA FE COMO PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO

El postulado de la buena fe es un principio general de derecho y su validez en todo el ámbito jurídico es incuestionable. Para entender mejor esta postura se trae a colación la propuesta del profesor español JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ⁷, quien se refiere expresamente sobre este tema en su clásica obra “*El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*”. El tratadista empieza por considerar a la buena fe como un principio general de derecho, y, como tal, aplicable en el derecho administrativo, especialmente en las relaciones suscitadas entre la Administración Pública y los particulares. Al reivindicar su condición de principio general, presupone que es anterior y está por encima de la legislación positiva y que, en razón a ello, permea todo el sistema jurídico. Parte de entender tal noción como un presupuesto indisoluble de interpretación, integración y fundamentación de las normas positivas de derecho, para lo cual explica en qué contexto y cuál es la importancia de los principios generales del derecho en los sistemas jurídicos occidentales.

5 JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO, La Protección Constitucional del Ciudadano, Óp. Cit., p. 75.

6 JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO, La Protección Constitucional del Ciudadano, *Ibidem*, pp. 75 y 76.

7 JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, Editorial Civitas Madrid, 1983, p. 35.

Al respecto, manifiesta que dicho principio es exigible en la expedición de actos jurídicos, en el ejercicio de derechos y en el cumplimiento de las obligaciones. Por esa razón, precisa que a pesar de su consagración en una norma legal,⁸ ello no supone que con anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido el carácter de principio; ya que esta categoría jurídica, por su propia naturaleza, existe con independencia de su regulación en una norma en forma de regla. Esta última circunstancia se constituirá en una herramienta más de su pleno reconocimiento, pero no en el elemento determinante.⁹

A esta dirección apunta la posición adoptada por el profesor F. SAINZ MORENO¹⁰, quien no vacila en considerar el postulado de la buena fe como una noción con existencia ideal, como un principio general del derecho. A su juicio el principio general de la buena fe se evidencia en un aspecto bastante relevante: el que sólo sea legítima la actuación administrativa cuando cuenta con una cobertura legal previa no implica que esa actuación quede sometida exclusivamente a la norma que la ampara. La cobertura legal previa condiciona ab initio la legitimidad de la actuación administrativa, pero no agota, en modo alguno, la regulación íntegra de esa actuación. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y toda actividad de la administración está sometida al ordenamiento jurídico, al derecho, por tanto, también a los principios generales que lo integran y dan sentido.¹¹

La doctrina reseñada ha sido acogida ampliamente por nuestra Honorable Corte Constitucional, que no ha dudado en calificar la buena fe como un principio gene-

8 El autor cuya postura se analiza, endereza su reflexión sobre el artículo 7 apartado primero de la legislación civil española, que a la letra reza: "(...) *Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe (...)*" (Código Civil Título Preliminar por la reforma de 1974). En sus planteamientos, aunque justifica su postura apelando al argumento según el cual el papel del *jus commune* que el Código Civil juega en los ordenamientos jurídicos permite hacer extensivos los principios allí consagrados a las demás ramas del derecho (tal como ocurría en el sistema colombiano antes de la consagración expresa del principio en el artículo 83 C.P.), no cabe duda de que su enfoque principal se endereza a considerar la buena fe como un presupuesto ético que, por su mismo carácter, debe abrigar todas las relaciones surgidas en un sistema jurídico (ejercicio de derechos, cumplimiento de deberes, relaciones negociales y el uso de potestades y habilitaciones administrativas). No es pues exclusivamente el carácter del *jus commune* del Código Civil lo que determina la aplicabilidad de sus principios a todo el ordenamiento, ello dependerá de la naturaleza intrínseca del propio principio, como sucede con el de la buena fe.

9 JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, Op. Cit., p. 20.

10 F. SAINZ MORENO, La buena fe en las relaciones de la administración con los administrados. Revista de la Administración Pública, No 89, 1979, Madrid, p. 310.

11 F. SAINZ MORENO, *Ibidem*, p. 312.

ral de derecho, de indiscutible aplicabilidad en nuestro sistema. Para tal efecto, ha establecido una clara diferenciación entre principios y reglas¹²:

“Los principios (...), consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. (...) Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base [deontológico]-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídica para el presente; son el inicio del nuevo orden”¹³. (Subrayado por fuera del texto original)

Mientras que, en cuanto tiene que ver con las reglas de derecho, el alto tribunal ha planteado que éstas constituyen *normas de conducta que consagran imperativos categóricos o hipotéticos que deben ser exactamente cumplidos en cuanto a lo*

12 Al abordar las diferencias entre reglas de derecho y principios generales del derecho, resulta pertinente analizar la discusión entre los dos teóricos más importantes del llamado nuevo derecho, el positivista suave L. H. Hart y el realista o neo-iusnaturalista Ronald Dworkin, quienes, desde la perspectiva de un sistema precedencial, al tocar el tema plantean diferencias importantes entre un principio general y una regla de derecho. “Ronald Dworkin critica la tesis formulada por L. H. Hart de representar el Derecho únicamente en reglas “todo o nada”, olvidándose de otro tipo de parámetros jurídicos, para Dworkin fundamentales; estos son los “principios jurídicos”. No exigen a diferencia de las reglas una decisión cuando operan, pues su función es apoyar o señalar la decisión, o en otros casos enunciar una razón que puede ser eliminada a favor de otras, pero que los jueces tendrán en cuenta como algo que los inclina a decidir de una manera u otra. “Los principios jurídicos, difieren de las reglas porque tienen una dimensión de “peso” pero no de validez, y es por esta razón que, al entrar en conflicto con otro principio de mayor peso, un principio puede ser descartado y dejar de determinar una decisión. Dworkin afirma que al considerar los principios jurídicos como parte de la teoría del Derecho, Hart debe abandonar los criterios suministrados por la regla de reconocimiento, así como el criterio de discrecionalidad predicado a favor de los jueces en los eventos de casos difíciles. Dworkin afirma que la regla de reconocimiento no permite identificar los principios, por tanto debe ser desechada como herramienta para la determinación de los principios jurídicos. En relación con el concepto de discrecionalidad de los jueces frente al evento de casos difíciles, las partes en el proceso tienen el Derecho a obtener una solución acorde con el ordenamiento jurídico preexistente. Dworkin concluye que el Juez no puede estar aplicando en la solución de tales situaciones su criterio personal, y por ende creando Derecho, sino que por el contrario, frente a problemas como los que plantean los casos difíciles, que tienen que ver con la existencia de reglas jurídicas de textura abierta, el juez recurre a la aplicación de los principios jurídicos que a pesar de no funcionar igual que las reglas, son de carácter obligatorio. Dworkin concibe un método de decisión en el cual un juez, con capacidades extraordinarias, a quien denomina “Hércules”, encuentra en cada caso difícil los principios que explican de la mejor manera posible las reglas vigentes y que proveen la mejor justificación moral para la decisión del caso”. WILLIAN JIMÉNEZ GIL, *Línea Jurisprudencial respecto del Principio de la Buena Fe (Art 83 C.N.)*.

13 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

*que ellas exigen, sin importar el ámbito fáctico o jurídico en el que se producen,*¹⁴ y que su diferencia cardinal con los principios estriba en que los *principios* son típicas normas de organización, mediante los cuales se unifica o estructura cada una de las instituciones jurídicas que dan fundamento o valor al derecho, a través de la condensación de valores éticos y de justicia; asimismo, *las reglas se limitan a exigir un comportamiento concreto y determinado, los principios trascienden a la mera descripción de una conducta prevista en un precepto jurídico, para darle valor y sentido a muchos de ellos, a través de la unificación de los distintos pilares que soportan una institución jurídica.*¹⁵

Siguiendo estos parámetros, se reconoce que los principios están llamados a cumplir en el sistema normativo los siguientes roles: 1) sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; 2) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y finalmente, 3) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho. En estos términos, es indiscutible que los principios cumplen una triple función de fundamento, interpretación e integración del orden jurídico.

Tanto los particulares como las autoridades públicas, a través de los servidores públicos que la encarnan, están obligados a actuar de conformidad con los dictados del principio general de la buena fe, esto es, con lealtad, transparencia y honestidad. Dicho deber se pone de manifiesto en la celebración y ejecución de actos jurídicos, en el disfrute de derechos, en el cumplimiento de obligaciones y en el ejercicio de potestades o prerrogativas, según se trate. Esa meridiana claridad sobre los alcances del artículo 83 de la C.N. se vuelve problemática al analizar la aplicabilidad de la presunción allí establecida a favor del servidor público que, en ejercicio de sus funciones, expide un acto administrativo discrecional, o que, siendo más o menos reglado, contiene conceptos jurídicos indeterminados. Ello obedece, quizás, a que el tenor literal de tal disposición parece excluir dicha posibilidad; sin embargo, una adecuada interpretación del principio general de la buena fe, en el marco de un Estado Social de Derecho como el nuestro y de los valores que lo estructuran, permite concluir lo contrario. Veamos por qué.

TENSIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE LA BUENA FE

Entre el principio de legalidad y el principio de la buena fe existe una aparente relación problemática, cuando el segundo se utiliza para explicar las razones de las decisiones del servidor público al momento de ejercer funciones administrativas.

14 CORTE CONSTITUCIONAL, *Ibidem*.

15 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-818 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Ello se debe, quizás, a la tradición publicista del primer principio y privatista del segundo y al anhelo permanente de someter dicha actuación a los estrictos parámetros del principio de legalidad. Esta tensión se pone especialmente de manifiesto, al momento de analizar la aplicación de la presunción establecida en el artículo 83 C.N.¹⁶, y la posibilidad de hacer extensivos sus efectos a favor de los servidores públicos que expiden actos administrativos discrecionales, o que se derivan de la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados.

En las dos hipótesis señaladas, es decir, cuando la potestad administrativa se ejercita para proferir este tipo de actos administrativos (discrecionales o relativamente reglados), suele ocurrir que, 1) la noción de interés general que le corresponde elegir al administrador (discrecionalidad administrativa) no sea unívoca o, a lo sumo, no exista la suficiente claridad sobre el fin establecido por la norma (constitucional o legal) habilitante. En dicha circunstancia será posible que, ante una errática decisión del servidor, previo juicio de legalidad, la jurisdicción contenciosa administrativa anule el acto de que se trata por desviación de poder, lo cual ocurrirá aunque el fin desviado del administrador lo sea en procura del interés general. Lo anterior implica que, además de los elementos estructurales del respectivo acto, se deba valorar la esfera subjetiva de la autoridad que lo expidió.

En la segunda hipótesis, 2) tratándose de actos más o menos reglados que contienen conceptos jurídicos indeterminados, la insuficiencia de la lógica formal y los parámetros de racionalidad, puede generar la coexistencia de dos o más alternativas plausibles de elección en la zona marginal o de penumbra del respectivo concepto, lo que conlleva a que la decisión del servidor público deba seguir los parámetros de racionalidad y razonabilidad. En tales circunstancias se tratará de una legítima decisión administrativa que debe ser respetada en sede judicial.

Ahora bien, una situación semejante se pone de presente en el tratamiento que los regímenes sancionatorios deben dar al ejercicio de la función administrativa por parte del servidor público en tales eventos; no obstante, en dichos escenarios (penal, fiscal, patrimonial y disciplinario) no será la estructura misma del acto administrativo lo que se analiza, sino que lo será, exclusivamente, la conducta del servidor para efectos de su responsabilidad personal. El ejercicio de la función administrativa por el servidor público, cuando es desplegada con evidente mala fe, puede generar sanciones; así, por ejemplo, si la actitud desleal del administrador genera un daño patrimonial a cargo de la entidad que representa, deberá responder fiscal o patrimonialmente, con fundamento en el artículo 90 o el 267 C.N. Así mismo, si con dicho

16 *Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas*" (letras negras fuera de texto) (Artículo 83 C.P.).

comportamiento extralimita sus funciones o lesiona legítimos derechos de terceras personas, deberá asumir las consecuencias disciplinarias que de él se deriven.¹⁷

No cabe duda que tanto el acto administrativo como la conducta del servidor público deben sujetarse, en primera medida, por expresa disposición constitucional y legal, al principio de legalidad (artículos 6, 91, 93, 121, 122, 123 y 209 C.N. y 64 y 66 C.C.A.); sin embargo, ese presupuesto no agota la validez del acto administrativo, pues existe la posibilidad de que, aunque cumpla con dicha exigencia, al menos en su apariencia formal, vulnere principios generales del derecho como el de la buena fe. En circunstancias como esa no será suficiente el juicio de mera legalidad¹⁸; es

17 El profesor colombiano Mario Roberto Molano López en breves líneas describe algunos eventos en los cuales se entiende quebrantado el principio de la buena fe en materia administrativa. Las situaciones fácticas que describe son las siguientes: "(...) a) el caso de las conductas confusas, equivocadas o maliciosas; b) el incumplimiento del deber de conservación del acto por quienes intervinieron en su gestación; c) el respeto de una relación jurídica que surge al margen del acto perfeccionado: prescripción, silencio positivo, decaimiento; d) el incumplimiento del deber de protección de la confianza que fundadamente se ha depositado en el comportamiento de otro; e) el caso de contradicción entre la voluntad expresamente declarada y los móviles interiores del acto; f) el caso de aprovechamiento de las circunstancias anormales del sujeto pasivo; g) el incumplimiento del deber de realizar el juicio razonable sobre la continuidad y el cumplimiento de las prestaciones; h) el incumplimiento del deber de optar por las prestaciones menos gravosas; i) el ejercicio prematuro de la potestad administrativa, sin la preexistencia necesaria de los factores determinantes. Ejecutoriedad desleal de un acto administrativo; j) el incumplimiento del deber de utilizar la actuación compulsiva sólo en casos límite; k) el incumplimiento de la garantía elemental del apercibimiento previo; m) el caso del retraso desleal, para actuar posteriormente; n) los casos de quiebra de la confianza legítima: lo que se espera según la habitual estimación de la conducta administrativa: regularidad del *lus variandi*; ñ) el incumplimiento del deber de coherencia como lealtad a lo prometido: la doctrina de los actos propios; o) la existencia de dos conductas contradictorias entre sí; p) la actuación no proporcionada a los fines perseguidos. Interpretación a favor de los medios menos lesivos; q) exagerada importancia a los defectos de forma (requisitos formales que impedirían el fin y que producen indefensión): evitar el abuso de autoridad por vicios de forma; r) el procedimiento inadecuado; s) el lugar inadecuado o más gravoso frente a otras opciones igualmente legítimas; t) el plazo oneroso o de imposible cumplimiento. Razonabilidad de la urgencia; u) negar la opción más favorable al cumplimiento de los deberes y el ejercicio de los derechos correlativos; v) la sanción desproporcionada en los casos de incumplimiento mínimo; la quiebra de la ejemplaridad del sujeto público de derecho dadas sus potestades y prerrogativas. No dar ejemplo; w) el incumplimiento del deber de proporcionalidad en el ejercicio de las potestades limitadoras y sancionadoras de la administración (...)" MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto, *Transformación de la Función Administrativa*, Universidad Pontificia Javeriana, Bogotá, año 2005, Págs. 80 y 81.

18 Es importante señalar que para la doctrina y la jurisprudencia colombiana el juicio de legalidad sobre el acto administrativo implica, además, la valoración sobre la finalidad perseguida por la respectiva autoridad, así como el control sobre los principios generales del derecho. Sin embargo, en cuanto a estas modalidades de control se refiere, ellas operan de forma distinta a la simple comprobación de las fuentes validas del derecho y no bastará el simple cotejo del texto legal. Así, por ejemplo, tratándose de los principios generales del derecho, será importante recurrir a la ponderación; mientras que, para precisar si hubo o no desviación de poder por la tergiversación del fin perseguido respecto del que aparece en la norma habilitante, será determinante adentrarse en el análisis del aspecto volitivo de la autoridad que lo expidió. Se ve como, no es exacto afirmar que, al controlar estos componentes del acto administrativo se esté haciendo un juicio de estricta legalidad, sino una labor que determina la juridicidad del mismo.

decir, no bastará con el análisis de los elementos reglados del acto administrativo, sino que será necesario recurrir al método de la ponderación¹⁹. Tampoco será suficiente la ya clásica presunción de legalidad del acto administrativo, ni bastará la presunción de inocencia del servidor público como sujeto pasivo de los procedimientos de control del Estado.

En el caso particular del principio general de la buena fe, por tratarse de una categoría distinta (aunque no contraria) al principio de legalidad, su tratamiento procesal al momento de surtirse el debate en sede judicial o administrativa, según se trate, variará de acuerdo con la forma en que se haya dispuesto la carga de la prueba *ab initio*²⁰. Para ello resulta indispensable determinar si la presunción establecida en el artículo 83 debe operar solamente a favor de los particulares cuando gestionan ante el Estado²¹ o si abriga al acto administrativo y al servidor público que lo expide.

19 El tratadista colombiano CARLOS BERNAL PULIDO, define el concepto de ponderación en los siguientes términos: "(...) la ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Esto se lleva a cabo en una colisión entre principios. Existe una colisión entre principios cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan *Prima Facie* dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso (...)" CARLOS BERNAL PULIDO, *El Principio de Proporcionalidad y los derechos Fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, año 2005, págs. 97 y 98.

20 En términos generales, para determinar a quién corresponde la carga de la prueba en el procedimiento judicial, se ha establecido que la misma debe ser asumida por el actor o, en todo caso, por quien afirma. De tal suerte que es al actor a quien le corresponde demostrar los supuestos de hechos manifestados en la demanda, excepción hecha de las negaciones indefinidas o de aquellos eventos en que la carga sea dinámica por ser más fácil para la contraparte aportarla (en materia laboral y de responsabilidad médica); igual circunstancia ocurre con los hechos notorios y las presunciones, éstas últimas exoneran *ab initio* del deber probatorio a quien sea beneficiario de ese privilegio, de acuerdo con la regla legal. Sin embargo, es necesario diferenciar la connotación que adquiere la carga de la prueba, de acuerdo a la naturaleza del debate procesal que se surte; así, si éste versa sobre derechos patrimoniales o declarativos, o sobre la legalidad de un acto o contrato, opera plenamente dicho principio, es decir, la prueba corresponde al actor; no obstante, si el proceso es de naturaleza sancionatoria, en cabeza del Estado, en virtud del principio de presunción de inocencia, la carga de la prueba le corresponderá siempre al ente investigador. Esta última regla procesal cobra vigencia en materia de responsabilidad penal, fiscal y disciplinaria para efectos de la responsabilidad personal del servidor público, de acuerdo al tema y enfoque que nos concita.

21 El artículo 83 C.N. consagra una presunción constitucional, que admite prueba en contrario, al parecer sólo a favor de los particulares "(...) **la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas (...)**" (*letras negras fuera de texto*). Para algunos tratadistas como el profesor HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO el indicio es un medio de prueba más. HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, año 2003, Pág. 280. Sin embargo, en el presente trabajo se acoge la posición de los maestros HERNANDO DEVIS ECHANDÍA y JAIRO PARRA QUIJANO, para quienes la presunción no es simplemente un medio de prueba sino una dispensa de ella. El maestro DEVIS ECHANDÍA expone al respecto en su obra *Teoría General de la Prueba Judicial* lo siguiente: "(...) **b) HECHOS PRESUMIDOS LEGALMENTE. Cuando un hecho goza de presunción legal, sea que admita o no prueba en contrario, está exento de prueba, y tal es precisamente el objeto de las presunciones. No es que el hecho no pueda ser objeto idóneo de prueba, como dicen LESSONA y FLORIAN, sino que no necesita prueba, o que está**

El profesor español JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ²² establece parámetros diferencia- dores entre la infracción al principio general de la buena fe y otras categorías que conllevan al quebrantamiento del principio de legalidad. Establece claros linderos respecto del fraude a la ley, el abuso del derecho, la inequidad y la desproporcio- nalidad de la decisión administrativa; asimismo, establece una diferencia respecto de la figura administrativa de la desviación de poder. Veamos bien:

En cuanto al fraude a la ley, expresa que se trata de una desviación ilegítima del sujeto destinatario de la norma y que tiene como nota predominante que opera al margen de todo criterio de reciprocidad. Se incurrirá en fraude a la ley siempre que se eluda la norma realmente aplicable, adoptando la vestidura de una figura jurídica regulada por la norma que responde a finalidad distinta, con independencia de que sea o no la conducta que lógicamente cabría esperar de un comportamiento leal y honesto hacia las personas que con nosotros se relacionan. Mientras que, tratándose de la vulneración al principio de la buena fe esta se actualiza precisamente con la contravención de ese comportamiento leal y honesto respecto de otras personas, independientemente de que se haya tratado de amparar en una norma distinta. Al valorar su aplicación no hay que tener en cuenta dos normas: la de cobertura y la realmente aplicable. La violación al principio, en términos del autor, se verifica porque:

“(…) Presupone una actuación ajustada a la norma jurídica aplicable y al acto que se legitima; pero no es la que podía esperarse de la relación de recipro- cidad... Se atenta contra la buena fe al ejercitar un derecho con arreglo a la

excluido del tema de prueba, como lo aceptan correctamente Rosemberg, Schönke, Guasp, L. Pietro Castro y Gómez Orbaneja - Herce Quemada (...) La presunción no es una prueba, sino excepción o dispensa de la prueba ... Pero esto no significa que si la parte interesada aduce pruebas sobre el hecho presumido, deba el juez rechazarlas, a menos que así lo disponga la Ley (Artículo 178 C.P.C). Esa prueba es innecesaria, pero pertinente, y el hecho es objeto de concreto de prueba, aunque no requiere actividad probatoria (...)”. HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, Teoría General de la Prueba Judicial, Editorial Dike, año 1985, Págs. 204 y 205. En el caso particular del artículo 83 C.N. la finalidad fue establecer una autentica dispensa probatoria a favor del particular y del servidor público, en este último caso siempre que se demuestre que su actuación estuvo ajustada a la legalidad, por ser una categoría previa. Establecerla solo a favor de los particulares, significaría establecer una carga probatoria en cabeza del servidor y de la autoridad pública que éste representa, en contravención con el principio de igualdad y de justicia, pero ante toda en clara contravención con el valor de dignidad humana que ampara a cualquier persona en un Estado Social de Derecho como el nuestro (artículo 2 C.N.) La aprueba de la lealtad, honestidad y la transparencia no puede corresponder, bajo ninguna circunstancia, a la persona cuyo acto se juzga. Respecto de ésta, esa circunstancia deberá presumirse, por ser esa la forma en que normalmente se desenvuelve el ser humano cuando se interrelaciona con los demás; por el contrario, la prueba de la deshonestidad y de la deslealtad deberá ser acreditada con sumo rigor por quien la endilga o la reprocha.

22 JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, Op. Cit., p. 45.

norma aplicable; se incurre en fraude a la ley al intentar el nacimiento de un derecho a través de una norma que no es la correctamente aplicable (...)²³

El autor aclara cómo opera la figura de control de la desviación de poder y el principio de la buena fe. Según expresa, el estadio propio para el control de las decisiones administrativas que contravengan la buena fe es la técnica de control de la desviación de poder, cuando los fines de la norma habilitante hayan sido tergiversados. O, por el cauce propio del control sobre los principios generales del derecho. A través de los dos métodos será posible la anulabilidad del acto administrativo discrecional o aquél que es consecuencia de la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados.

En cuanto a la desviación de poder, como rasgo patológico de la decisión administrativa, el profesor español nos recuerda que ella consiste en el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos a los fijados por el ordenamiento jurídico. En dichas circunstancias la anormalidad en la actuación se concreta en la discrepancia surgida entre la finalidad que el ordenamiento jurídico señala a la actividad de un órgano de la administración, para cuya finalidad está dotado de la adecuada potestad, desviando hacia el logro de un fin distinto del fijado en el ordenamiento jurídico. En sus propios términos, parafraseando una sentencia del alto tribunal contencioso español, define esta técnica de control de la siguiente manera:

“(…) La apreciación si existe o no desviación de poder... implica un juicio comparativo entre el fin específico, siempre de interés público o general, a que va encaminado el precepto en el ordenamiento jurídico... y el fin que persigue el órgano administrativo al ejercitar la potestad conferida... de tal modo que si ambos fines no coinciden y por ello no se alcanza el de la ley el acto administrativo aún acorde con la legalidad extrínseca, es nulo (...)²⁴

La jurista colombiana MARÍA JOSÉ VIANA CLEVES en su trabajo sobre “*El principio de la confianza legítima en el derecho administrativo colombiano*”, ha sostenido que la legalidad es un condicionante para la protección de la buena fe del particular que la invoca, por lo cual –según su parecer– no podrá ampararse un derecho o expectativa adquirida en condiciones de ilegalidad²⁵. Igualmente,

23 JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, Op. Cit., p. 25.

24 Sentencia del Tribunal Supremo de España del 22 de diciembre de 1966, citada por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Ibid.*, pp. 44 y 45.

25 Para fundamentar su postura trae a colación la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 21 de mayo de 2002, C.P. JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ, Ref. # 0042-01 PI – 039. En dicha sentencia el Consejo de Estado decretó la pérdida de la investidura del congresista Representante a la Cámara MIGUEL ÁNGEL SANTOS GALVIS por haber incurrido en violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades contenido en el artículo 183 de la C.N. y en el artículo 296 de la Ley

supone que, para que sea procedente el reconocimiento del principio de la buena fe se hace necesario que el comportamiento previo de quien lo invoca esté desprovisto de culpa (según el artículo 63 C.C., en sus tres modalidades: grave, leve y levísima). Sin embargo, reconoce la posibilidad de la vulneración del principio de la buena fe, al momento de expedirse un acto administrativo, no obstante revestir una apariencia formal de legalidad. De ello concluye entonces que son dos nociones distintas, aunque –según aprecia– ambas deben concurrir para que una expectativa sea considerada legítima.

En igual sentido, a juicio de F. SAINZ MORENO²⁶ el principio de legalidad no excluye la aplicación del principio de la buena fe, sino que lo limita, ello entraña que toda conducta de la Administración Pública debe observar dicho principio, salvo casos que exijan un trato diferente en adecuación con el principio de proporcionalidad. Observa que, si no se cuenta con una justificación suficiente, razonable y proporcionada, deberá concluirse que determinada conducta de la administración vulnera el principio de la buena fe, es contraria a la Constitución, al Estado de Derecho y será pasible de sanción.

Aprecia que, una de las peculiaridades del principio de buena fe se encuentra en la posibilidad que otorga para atacar una conducta de la Administración ajustada a la legalidad, en aras de garantizar el respeto de la buena fe. Ello indica que la propia Administración no podrá escudarse en la consideración de estar sujeto al principio de legalidad para justificar un acto contrario a la buena fe y, a pesar de haber desarrollado una conducta aprobada por una norma jurídica, si el contenido y alcance de la actuación resulta contrario a dicho principio debe prevalecer sobre la legalidad, según la ponderación de las circunstancias específicas que se haga en cada caso particular.²⁷

Las anteriores posturas doctrinarias permiten establecer una premisa para analizar la relación problemática entre ambos principios: tratándose de actos administrativos discrecionales o aquellos más o menos reglados que contienen conceptos jurídicos indeterminados, deben, de forma previa, cumplir con los elementos reglados que

5º de 1992. Así mismo, crítica la postura asumida por la Corte Constitucional a través de sentencias SU-601 A, de 1999, M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA y T- 617 de 1995, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. En ambos casos el máximo tribunal constitucional ampara el derecho a la confianza legítima de los vendedores ambulantes y la ocupación de las vías férreas por parte de los recicladores. MARÍA JOSÉ VIANA CLEVES, “*El principio de la confianza legítima en el derecho administrativo colombiano*”, *Op. Cit.*, p. 64.

26 F. SAINZ MORENO, La buena fe en las relaciones de la administración con los administrados. *Revista de la Administración Pública*, No. 89, 1979, Madrid, p. 313.

27 F. SAINZ MORENO, *Ibidem*, p. 313.

lo condicionan en su validez formal; es decir, deben ajustarse al parámetro de legalidad. Ello presupone realizar un juicio inicial sobre la competencia del órgano que lo expide, la extensión de la habilitación para hacerlo (condiciones de tiempo, modo y lugar), la veracidad de los hechos determinantes, la adecuación del fin perseguido con el establecido por la norma habilitante.

Se trata de realizar el juicio ponderativo entre los dos principios sobre la base de la correcta selección de las fuentes válidas del derecho, su apropiada categorización y priorización y la adecuación del fin perseguido por la autoridad que lo expide con el señalado por el constituyente o por el legislador que confirió la habilitación. Resulta inútil –a nuestro juicio– analizar la correspondencia de un acto administrativo con el postulado de la buena fe si no cumple con la más mínima condición de legalidad; esto es, si no cumple con las máximas de coherencia interna y de racionalidad.

Una vez se ha verificado esta condición del acto administrativo, será posible cuestionarlo por transgredir el postulado de la buena fe; podrá, asimismo, ser anulado en sede judicial y la conducta del servidor público que lo expidió será objeto de reproche en cualquiera de los escenarios de control de la función pública. Nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido principalmente los siguientes: a) Penal, por transgresión de delitos contra la administración pública; b) fiscal, por el inadecuado ejercicio de gestión fiscal; c) Patrimonial, por la ocurrencia de un daño antijurídico que debe ser asumido por el Estado como consecuencia de la culpa grave o dolo del servidor público, o; d) Disciplinario, en razón al quebrantamiento, con ilicitud sustancial, de deberes funcionales asignados.

OPERATIVIDAD DE LA PRESUNCIÓN DEL ARTICULO 83 C.N

Pues bien, al analizar la estructura literal de la norma que se estudia (artículo 83 C.N.), podría pensarse que la presunción allí establecida opera exclusivamente a favor de los particulares, mientras que, respecto de la administración pública y, más concretamente, respecto del servidor público que la encarna, recae la obligación de probar que actuó de buena fe; es decir, en cuanto tiene que ver con éste podría pensarse que la regla jurídica se invierte y deberá demostrar que como persona y funcionario desplegó una conducta leal, honesta, transparente y con el ánimo de cumplir con las responsabilidades discernidas. Una postura que hiciera extensivo los efectos de dicha presunción constitucional a la administración pública correría el riesgo de ser estigmatizada como permisiva o, a lo sumo, como contraria de la literalidad de la norma. Esta parece ser la posición adoptada por la Corte Constitucional a través de dos pronunciamientos, por medio de los cuales varió su jurisprudencia inicial.

El primero de ellos fue expresado en la sentencia C- 840 de 2001²⁸, M.P. JAIME ARAUJO RENTERIA, a través del cual el alto tribunal desestimó la pretensión anulatoria sobre los artículos 1, 4, 6, 7 y 12 de la Ley 610 del 15 de agosto de 2000. Se trató de una demanda que entrañó el análisis de diferentes componentes de la responsabilidad fiscal en nuestro sistema. Sin embargo, en cuanto hace referencia a la operatividad de la presunción establecida en el artículo 83 C.N., sobre la buena fe de los funcionarios de la Contraloría General de la República cuando decretan medidas cautelares en el marco del desarrollo de un juicio de responsabilidad fiscal, la Corte negó que el grado de culpabilidad exigida a éstos en el artículo 12 de dicha normatividad quebrante el principio de igualdad con relación a otros servidores públicos y estableció el siguiente parámetro de aplicabilidad de la presunción de buena fe que establece la norma constitucional:

“(…) Así las cosas, bajo el criterio de que el principio de la buena fe debe presidir las actuaciones de los particulares y de los servidores públicos, quiso el Constituyente que sólo en el caso de los primeros ella se presuma. Por lo mismo, mientras no obre prueba en contrario, la presunción de buena fe que protege las actuaciones de los particulares se mantiene incólume. En cuanto a los servidores públicos no es que se presuma, ni mucho menos, la mala fe. Sencillamente, que al margen de la presunción que favorece a los particulares, las actuaciones de los funcionarios públicos deben atenerse al principio de constitucionalidad que informa la ley y al principio de legalidad que nutre la producción de los actos administrativos. Por consiguiente, podría decirse entonces que la presunción de buena fe que milita a favor de los particulares, en la balanza Estado-administrados hace las veces de contrapeso institucional de cara a los principios de constitucionalidad y legalidad que amparan en su orden a la ley y a los actos administrativos (...)”²⁹ (subrayado fuera de texto)

El segundo de dichos pronunciamientos versó sobre la constitucionalidad de la presunción de dolo y de culpa grave establecida en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 del 03 de agosto de 2001 (Acción de Repetición). Las disposiciones acusadas son del siguiente tenor:

“(…) Artículo 5. DOLO. La conducta es dolosa cuando el agente del estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado. Se presume que existe dolo en el agente público por las siguientes causas: 1) Obrar con desviación de poder;“(…) Artículo 6o. CULPA GRAVE. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una

28 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de constitucionalidad C-840 de 2001, M.P. JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

29 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de constitucionalidad C-840 de 2001, M.P. JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones. Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:
(...) (subrayadas fuera de texto)

En el libelo de la demanda de inconstitucionalidad impetrada contra las disposiciones transcritas, el actor adujo que la presunción de dolo y de culpa grave establecida en la referida ley vulneraba, entre otros, el principio general de la buena fe, ya que obligaba al servidor público a desvirtuar *ab initio* la presunción establecida en su contra. El máximo tribunal constitucional contrarió los argumentos del demandante y desestimó las pretensiones así enunciadas, con base en las siguientes consideraciones:

“(…) Y en cuanto hace a la violación del principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Carta, para la Corte es evidente que el cargo es impropio, pues la norma Superior no puede ser quebrantada por los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001, ya que como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional la presunción de buena fe está orientada a proteger al particular de los obstáculos y trabas que las autoridades públicas, y los particulares que ejercen funciones públicas, ponen frente a él en todas sus gestiones, como si se presumiera su mala fe, y no su buena fe Sentencias C-544 de 1994 y C-540 de 1995. Al efecto, valga recordar que según del artículo 83 Superior “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas (...) Es incuestionable que el ejercicio de la acción de repetición no constituye propiamente una gestión de los particulares ante el Estado, sino ante todo un mecanismo procesal previsto en el inciso segundo del artículo 90 de la Carta Política con el fin de proteger la integridad del patrimonio público y la moralidad y eficiencia en el desempeño de funciones públicas, en los eventos en que existe una condena de reparación patrimonial por un daño antijurídico generado por la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente estatal (...)”³⁰

No obstante la claridad de tales pronunciamientos, posteriormente, mediante sentencia de tutela T- 1142 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, asumió una postura contraria a dicha línea jurisprudencial al revisar la acción de tutela de la secretaria de un juzgado penal de la ciudad de Cali. Por conducto de dicha acción, la tutelante pretendió que, a través de la doctrina de las vías de hecho, se desconociera el acto administrativo del juez que calificó insatisfactoriamente su desempeño laboral. La corporación desdeñó las pretensiones y, en alguno de sus apartados, esbozó las siguientes razones:

30 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de constitucionalidad C-374 de 2002, M.P. JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

“(…) PRESUNCIÓN DE BUENA FE DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Como lo establece el artículo 83 de la constitución política, en las actuaciones de las autoridades públicas se presume la buena fe (sic). Así, los actos expedidos en ejercicio de sus funciones por las autoridades administrativas, nacen a la vida jurídica amparados tanto de la presunción de legalidad, como también de aquella según la cual todo comportamiento de las autoridades administrativas, se lleva a cabo en beneficio de la colectividad y sin ánimo de causar daño o perjuicio a alguno de los administrados... Cuando se pretende desvirtuar la presunción de buena fe de las actuaciones administrativas, la persona interesada debe acudir a los medios jurídicos propios de la vía gubernativa o aquellos que permitan llevar a cabo ante las autoridades judiciales, siguiendo los trámites previstos en la ley y aportando los medios probatorios conducentes. Es decir, el ámbito jurídico común u ordinario para esta clase de debate se encuentra en la vía gubernativa o en las acciones judiciales (...)”³¹,
³², ³³ (subrayados fuera de texto).

Esta última apreciación del alto tribunal constitucional colombiano es muy similar a la postura del máximo tribunal contencioso español, pues para esta corporación, el proceder de la Administración Pública debe presumirse desplegado de buena fe y en pos de la consecución de los intereses públicos; quien afirme o alegue la mala fe de ésta deberá acreditar, con acusado rigor, esa circunstancia. Tres son los pronunciamientos que reiteran dicha posición: sentencias del 28 y 31 de marzo de 1966 y del 14 de noviembre de 1975, expresada en los siguientes términos:

“(…) Para que el instituto moralizador de la actividad administrativa, que la desviación de poder implica, despliegue sus efectos, no basta con que se aleguen, sino que hay que probar que el órgano administrativo se separó del fin que le está encomendado, habida cuenta que la administración goza de la presunción de obrar de buena fe y en pos de los intereses públicos a ella encomendados, no bastando la simple infracción de una norma concreta, en cuanto afecta a un orden superior, el de la mera legalidad, presuponiendo el

-
- 31 Corte Constitucional, sentencia de tutela T- 1142 de 2003, M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, Sentencias T-441 de 2003, T-114 de 2002, SU 640 de 1998 y SU 168 de 1999.
- 32 El argumento allí sentado constituye lo que en doctrina constitucional se denomina *Obiter Dicta*, ya que el mismo no fue el fundamento central de la decisión (*ratio decidendi*). La doctrina expuesta sirvió para relieves los alcances de la determinación desestimatoria de las pretensiones; sin embargo, contravino la línea jurisprudencial que aquí se cuestiona.
- 33 Esta posición es compartida por la Procuraduría General de la Nación, a través de dos decisiones administrativas: Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, Auto de Archivo Definitivo del 29 de septiembre de 2006, en proceso disciplinario radicado número 014-80675-03, seguido contra el señor PATROCIO SÁNCHEZ DE MONTES DE OCA, alcalde municipal de Quibdó. Igualmente, a través de la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, auto de archivo de la actuación con radicado número 13-98018 de 2004 del 14 de enero de 2003, por la queja instaurada contra FISCALUD – MINPROTECCIÓN SOCIAL. En ambos casos el órgano de control aceptó la presunción de buena fe a favor del servidor público indagado.

respeto extrínseco de la misma mediante una apariencia de conformidad a aquella o interin no se justifique que la administración usó de sus potestades administrativas para fines distintos de los que tal legalidad normativa superior presupone, debiendo concatenarse y relacionarse con los hechos de debate e interpretándose tal presunción de una manera restrictiva (...)³⁴

Esta postura es compartida, además, por MARÍA JOSÉ VIANA CLEVES³⁵, quien para fundamentarla retoma la posición inicial de la Corte Constitucional vertida en la Sentencia T - 469 de 1992, atrás citada. Precisa entonces que la presunción de buena fe establecida en el artículo 83 puede ser de dos clases, según el sujeto beneficiario. Aquella que radica en cabeza de los particulares será una buena fe simple (buena fe honesta conforme a las buenas costumbres) y la que radica en cabeza de servidores públicos y autoridades en ejercicio de sus funciones será una buena fe compuesta. Para comprender mejor esta última modalidad, la grafica en la siguiente fórmula: buena fe = actuación honesta conforme a las buenas costumbres + ánimo de servicio + adecuación a principios de constitucionalidad y legalidad. La anterior postura es expresada por la autora en los siguientes términos:

“(...) Además de las consideraciones mencionadas, el constituyente incluyó en la exposición de motivos del artículo 83 constitucional dos aspectos adicionales sobre la buena fe. Señaló que la buena fe como deber de la administración y, por tanto, también de sus autoridades, se identifica con el ánimo de servicio en solución de legítimas pretensiones. De esta manera, su desconocimiento trae consigo una sanción, que debe ser impuesta luego de abordar todos los requisitos probatorios y de haberse desvirtuado suficientemente la buena fe presunta de la actuación de una determinada autoridad (...)” En este artículo (83 C.N.), adicionalmente, se aclara que la buena fe se presumirá respecto de las actuaciones provenientes de los particulares frente a la administración. No obstante ser omitida la misma aclaración respecto de la presunción de buena fe de las actuaciones de la administración frente a los particulares, ésta puede deducirse del principio de justicia que rige al Estado de Derecho (...) Esta presunción obliga a quien alegue la violación de este principio, a probar dicha afirmación. La carga de la prueba entonces recaerá sobre el interesado en que se establezca la violación del principio de la buena fe, quien deberá desvirtuar satisfactoriamente la presunción legal existente (...) De lo anterior se concluye que el artículo constitucional sobre la buena fe consagra dos aspectos fundamentales: 1. Sujeción a la buena fe tanto para la administración como para los particulares, 2. Presunción de buena fe de las actuaciones de ambos (...)³⁶

34 Sentencia del Tribunal Supremo de España del 28 de diciembre de 1970, 24 de octubre de 1958, 24 de octubre de 1959, entre otras, citadas por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, en *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Op. Cit., p. 42.

35 MARÍA JOSÉ VIANA CLEVES, Op. Cit., p. 85.

36 MARÍA JOSÉ VIANA CLEVES, *“El principio de la Confianza legítima en el derecho administrativo colombiano”*, *Ibidem*, p. 91.

Consideramos acertada la anterior reflexión, pues parte de analizar la génesis de la voluntad del constituyente de 1991 sobre el tema que nos concita, teniendo en cuenta dos aspectos mencionados en la exposición de motivos: 1. Ánimo de servicio, y 2. La solución de legítimas pretensiones (adecuación a principios de constitucionalidad y legalidad). En cuanto a lo primero, se tiene que la conducta de la administración pública no solo debe ser leal y honesta sino que, igualmente, ha de estar guiada hacia el servicio a la comunidad; por lo cual actuará también de mala fe cuando no actúa o lo hace sin el ánimo de servir. En cuanto a lo segundo, sólo podrá desvirtuarse la buena fe en la actuación de la Administración cuando no ha obrado con el fin de solucionar “*legítimas pretensiones*”.

Dichos aspectos de la discusión del constituyente de 1991, nos permiten entender en donde estriba el error del alto tribunal constitucional en los dos pronunciamientos citados, y que excluyen la aplicabilidad de la presunción a favor del servidor público: sentencias C- 840 de 2001 y C-374 de 2002, ambas con ponencia del honorable magistrado JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

En primer lugar, la sentencia C-840 de 2001 realiza una interpretación de la intención del constituyente y asegura que éste quiso que la presunción de buena fe radique exclusivamente en cabeza de los particulares, para mantener “incólume” sus garantías. Una razón como esa no posee la entidad suficiente para justificar la discriminación que envuelve dicha interpretación del texto constitucional. Ello obedece a que la extensión de la mentada presunción a favor de los servidores públicos en nada afecta la situación del particular, pues éste sigue siendo beneficiario del privilegio probatorio para todos los efectos legales y administrativos. Simplemente ocurre que el efecto probatorio de la norma constitucional opera en doble sentido: del particular hacia la Administración, cuando adelante gestiones ante aquella, o de la Administración hacia el particular o hacia otros órganos del Estado cuando interactúa con éstos. No son excluyentes las dos posturas, y si, por el contrario, su reconocimiento implica adoptar postulados mínimos de justicia.

Así mismo, se tiene que incurre en error el tribunal constitucional, al exponer como otra de las razones de su postura la siguiente:

“(…) las actuaciones de los funcionarios públicos deben atenerse al principio de constitucionalidad que informa la ley y al principio de legalidad que nutre la producción de los actos administrativos... Por consiguiente, podría decirse entonces que la presunción de buena fe que milita a favor de los particulares, en la balanza Estado-administración hace las veces de contrapeso institucional de cara a los principio de constitucionalidad y de legalidad (...)”³⁷

37 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de constitucionalidad C-840 de 2001, M.P. JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

Como quedó sentado en notas anteriores, el principio de legalidad y el principio general de la buena fe son nociones autónomas dotadas de contenidos propios, lo que implica que sea posible la vestidura de legalidad del acto administrativo, no obstante hallarse quebrantando el principio general de la buena fe. Como se vio, la legalidad condiciona *ab initio* la validez del acto, pero no delimita agotadoramente su juridicidad. No cabe duda de la necesidad del estricto sometimiento de las autoridades y de los servidores públicos al principio de legalidad de su actuación, pero ello es distinto a la buena fe de su proceder. Al parecer, la Corte Constitucional interpretó la voluntad del constituyente, considerando que excluir del beneficio probatorio al propio servidor evitaría exacerbar la tendencia autoritaria de la Administración en desmedro del particular.

La legalidad es el primer estadio del análisis de la actuación de la Administración Pública, pero no es el único y, aunque tradicionalmente éste ha comprendido el estudio de los principios generales del derecho y del fin de la decisión vertida en el acto administrativo, no cabe duda de que éstas dos últimas nociones operan con una lógica distinta a los métodos estrictamente silogísticos. Por ello, al abordar el principio de la buena fe, no puede ser reducido a meros juicios de legalidad, deberá aceptarse un escenario procesal diferente, por ejemplo el método de la ponderación, aunque la acción judicial siga siendo la clásica de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, al igual que los procedimientos de control de la responsabilidad personal del servidor (penal, fiscal, patrimonial y disciplinario).

En cuanto al segundo pronunciamiento, sentencia C-374 de 2002, no cabe duda de que la constitucionalidad de las normas demandadas, artículos 5 y 6 de la Ley 678 del 03 de agosto de 2001, está sujeta a la existencia de una decisión judicial o administrativa previa y en firme, que declare la existencia de las hipótesis allí contempladas (sanción disciplinaria, penal, falsa motivación, error judicial, desviación de poder). Es necesario, no obstante, reflexionar sobre el alcance de la presunción de dolo, en el evento de mediar desviación de poder (Artículo 5 numeral 1.): “(...) Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas: 1. Obrar con desviación de poder (...)”. Esta causal podría entrañar un desconocimiento sistemático al principio de la buena fe, habida cuenta de la naturaleza de la desviación de poder y las modalidades que puede revestir.

Así, se tiene que la técnica de la desviación de poder no precisa del apartamiento de los fines establecidos por el ordenamiento jurídico por fines espurios, mal intencionados o encaminados a producir afectación a derechos legítimos de los asociados, o que se utilice en beneficio de los agentes administrativos que han expedido el acto administrativo; es decir, no requiere la concurrencia de móviles subjetivos, sólo basta con demostrarse que el fin concreto de interés general impuesto por la

norma habilitante ha sido distorsionado consciente y voluntariamente. No importará tampoco que el fin perseguido con la desviación del fin sea plausible, ni aún de interés general.³⁸

De ello se sigue que esta técnica de control de la Administración Pública se manifiesta en dos modalidades de distorsión de la finalidad del acto: la primera, referida a la desviación con fines subjetivos: resulta ser la más odiosa, pues las prerrogativas públicas son utilizadas por el servidor con fines personales o, en todo caso, particulares. Sería la situación, por ejemplo, de la desvinculación de un servidor público por fines políticos, de sexo, raza, religión, y no en procura de la mejoría del servicio.

La segunda forma de desviación puede presentarse en el evento en que la finalidad desviada de la Administración apunte a un propósito distinto al trazado por la ley habilitante, pero para la consecución de un propósito de interés general. Ello ocurriría en el evento en que la administración municipal, con el propósito de beneficiar a la comunidad con un proyecto de infraestructura (verbigracia la construcción de una escuela), varíe la destinación de un terreno de propiedad de la misma entidad, que, según el P.O.T. municipal debía ser destinado para otro tipo de obras (por ejemplo zonas de reserva). En esta hipótesis, a pesar de lo plausible del fin elegido por la administración municipal al variar la destinación del predio, ella estará en contravención con el fin establecido por la Ley y la reglamentación de planeación del ente territorial, por lo cual el acto así extendido adolece de un vicio pasible de anulación³⁹.

Teniendo en cuenta las formas que puede revestir la desviación de poder, al observar la redacción del artículo 5 numeral primero de la Ley 678 del 03 de agosto de 2001, se tiene que el mismo apareja una contradicción entre su enunciado inicial y el numeral que se analiza. Veamos bien: ***“La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del estado (...) Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas: 1. Obrar con desviación de poder (...)”*** (negrillas fuera de texto). Nótese bien cómo se establece que la conducta será presumida dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización del mismo, con desconocimiento de las finalidades del servicio del Estado; es decir, cuando el fin es diferente al cumplimiento de los fines del Estado.

38 CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *La Desviación de Poder*, Editorial Madrid Thompson-Civitas, 2004, segunda edición, *Ibid.*, pág. 123.

39 Igual forma de clasificación adopta el tratadista colombiano JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, para quien las modalidades que puede revestir la figura de la desviación de poder suelen ser de dos formas: en procura del interés personal o como consecuencia de un interés administrativo diverso al señalado en el ordenamiento. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, año 2000.

No cabe duda de que, en la primera forma de desviación (la subjetiva), ello será incuestionable, ya que la conducta desviada coincide con la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio que el Estado debe garantizar a la población, pues, en tal evento, es contradictorio el interés general con los fines particulares queridos por el servidor. Sin embargo, cuando el comportamiento desviado apunta a la consecución de intereses generales, igualmente valiosos y susceptibles de ser reivindicados por el Estado de Derecho, la operatividad de dicha norma se vuelve problemática. Ello obedece a que, de aceptarse la premisa de la presunción de dolo, tendría que aceptarse como válido, el traslado de la carga de la prueba al servidor cuestionado. Eso significa partir de un presupuesto de presunción de mala fe respecto de quien pretende cumplir con los fines protegidos constitucionalmente, lo que a todas luces quebranta valores vertebrales de nuestra Constitución Política: la dignidad humana, la igualdad y la justicia.

Para entender mejor la anterior afirmación, es necesario parar mientes sobre un aspecto ineludible del ejercicio de la función pública: el servidor público, en su condición de persona está amparado, al menos en los regímenes occidentales, por los principios de inspiración renacentista que reivindican la dignidad del ser humano en cualquier aspecto de su vida y que prohíben a las instituciones y a la sociedad en general mediatizarlos por muy loable que sea el fin que se pretenda alcanzar (...).^{40, 41}

40 De esta línea es nuestra Constitución Política que, en su artículo primero, establece lo siguiente: “*Artículo 1. Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*”. Norma que se constituye en el eje organizacional e ideológico de nuestro sistema jurídico y político y que, igual que los demás regímenes occidentales, está inspirado en profundos valores democráticos basados en la filosofía kantiana, sobre todo de aquellos que hacen del respeto por el hombre como individuo la razón de ser y el fundamento mismo de la organización estatal. El Estado sólo justifica su existencia en la medida en que esté orientado a garantizar de su población el desarrollo en el marco de una *vida digna*. Y, es que, precisamente, sería el valor de la dignidad humana el que se desconocería al obligar al servidor público a que demuestre que su actuación, en el ejercicio de sus funciones, estuvo ajustada a las exigencias de la buena fe y que su conducta fue leal y honesta. No existe una justificación razonable para que, en este aspecto concreto, se establezca una discriminación semejante entre la persona del particular y la del servidor público. Diferente, eso sí, la responsabilidad social e institucional que la administración tiene de justificar la legalidad de sus decisiones; pero eso es una circunstancia diferente a la carga probatoria que emana de la buena fe.

41 Ha sido la propia Corte Constitucional, a través del salvamento de voto de uno de sus honorables magistrados, la que ha pregonado la premisa de la bondad natural del hombre y, por consiguiente, de su tendencia a actuar de buena fe cuando interactúa con otros: *1.2.3. Principio de Buena fe. La buena fe es también fruto de la dignidad de la persona, que conduce a predicar la bondad natural del hombre. Se presume entonces del hombre una conducta leal y honesta. Es evidente que la conducta esperada esta enmarcada dentro de la confianza, seguridad y honorabilidad de la persona (...)*”. Sentencia C-114 de 1993, M.P. FABIO MORÓN DÍAZ.

Demostrar que el ejercicio de las potestades administrativas se ajustó, en determinadas circunstancias, al principio de legalidad es diferente a probar que esa misma actuación estuvo conforme con los postulados de la buena fe. En el primer caso, como se vio precedentemente, existe el deber de quien ejerce la prerrogativa, en demostrar ante los destinatarios de la norma y la comunidad en general (control social) que su decisión respetó las fuentes válidas del derecho, que las priorizó y categorizó adecuadamente y que, además, los hechos determinantes para adoptar la decisión fueron veraces.

En el segundo evento, es decir, en cuanto tiene que ver con el respeto del principio general de buena fe, habida cuenta de las exigencias que impone el valor de la dignidad humana, habrá que partir del presupuesto de que el servidor desplegó su comportamiento con la finalidad de satisfacer los intereses generales y de cumplir las labores y responsabilidades encomendadas por la Constitución, la Ley y el Reglamento. Además, se deberá presumir que su comportamiento es sincero y desplegado con la convicción de ser ajustado al deber de respeto hacia los demás: se trata de la forma en que habitualmente actúa el ser humano; quien asevere lo contrario, tal como ocurre con los particulares y la presunción a su favor, deberá probarlo, de lo contrario se acudiría a una mediatización injustificada del servidor público.

La legalidad de una decisión administrativa es una circunstancia distinta a la buena fe de la misma; por ello, si es aceptado en la mayoría de los sistemas jurídicos occidentales la presunción de legalidad del acto administrativo, con mayor razón deberá presumirse la buena fe de esa categoría de actuaciones, en la medida en que comporta conceptos más subjetivos y vinculados con la condición y esencia del ser humano, como lo son *la sinceridad, la honestidad, la probidad y la lealtad*. En razón a lo anterior, es dable afirmar que el acto administrativo discrecional o aquel que, siendo más o menos reglado, contiene conceptos jurídicos indeterminados, nacen a la vida jurídica, amparados no sólo por la ya clásica presunción de legalidad, sino también por la presunción de buena fe. Este último beneficio probatorio se hace extensivo al servidor público titular de la potestad, para efectos de su responsabilidad personal.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL PÚLIDO, Carlos. El Derecho de los Derechos. Universidad Externado de Colombia 2005.
- BERNAL PÚLIDO, Carlos. El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid España 2005.

- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 21 de mayo de 2002, C.P. JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ, Ref. # 0042-01 PI – 039
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, Acción de Nulidad y Restablecimiento, cuyo radicado es el 11001-03-24-000-2002-00162-01(7942) del 07 de abril de 2005, C.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de constitucionalidad C-840 de 2001, M.P. JAIME ARAUJO RENTERIA.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de constitucionalidad C-374 de 2002, M.P. JAIME ARAUJO RENTERIA.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-469 de 1992, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
- CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-426 de 1992, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de constitucionalidad C-818 de 2005, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de tutela T- 1142 de 2003, M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-114 de 1993, M.P. FABIO MORÓN DÍAZ.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Salvamento de voto del honorable magistrado ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, en sentencia de la, C – 114 de 1993, M.P. FABIO MORÓN DÍAZ.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Editorial Dike, año 1985.
- ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. La Protección Constitucional del Ciudadano; Editorial LEGIS, 2005.
- GACETA CONSTITUCIONAL No. 19 del 11 de marzo de 1991. Asamblea Nacional Constituyente.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, Editorial Civitas, año 1983.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen, La Desviación de Poder, Editorial Thompson Civitas, 1999.
- MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. Transformación de la función administrativa; Universidad Pontificia Javeriana, 2005.
- PROCURADURÍA SEGUNDA DELEGADA para La VIGILANCIA ADMINISTRATIVA, Auto de Archivo Definitivo del 29 de septiembre de 2006, en proceso disciplinario radicado número 014-80675-03.

- PROCURADURÍA PRIMERA DELEGADA para La VIGILANCIA ADMINISTRATIVA, auto de archivo de la actuación con radicado número 13-98018 de 2004 del 14 de enero de 2003, por la queja instaurada contra FISALUD - MINPROTECCIÓN SOCIAL.
- F. SAINZ MORENO, La buena fe en las relaciones de la administración con los administrados. Revista de la Administración Pública, No 89, 1979, Madrid.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, año 2002.
- VIANA CLEVES, María José, El principio de la confianza legítima en el derecho administrativo colombiano, Universidad Externado de Colombia, año 2007.



Autora: Alejandra Echeverri Jaramillo

Título: Dilo Fanny

Técnica: Óleo con espátula

Dimensiones: 100 x 70

Año: 2008

***ABORTO Y DELITOS SEXUALES
EN ANTIOQUIA A FINALES
DEL SIGLO XIX Y PRINCIPIOS
DEL SIGLO XX:
UNA HISTORIA SECRETA****

* Este artículo corresponde al resultado final de la investigación *Aborto y delitos sexuales en Antioquia a finales del siglo XIX y principios del siglo XX: una historia secreta*, financiada por el Comité Nacional para el Desarrollo de la Investigación (CONADI) de la Universidad Cooperativa de Colombia.

Fecha de recepción: 10 de abril de 2010

Fecha de aprobación: 20 de mayo de 2010

ABORTO Y DELITOS SEXUALES EN ANTIOQUIA A FINALES DEL SIGLO XIX Y PRINCIPIOS DEL SIGLO XX: UNA HISTORIA SECRETA

*Piedad del Valle Montoya***

*Óscar Iván Hernández Hernández****

RESUMEN

En este artículo se realiza una historia de las prácticas discursivas y no discursivas de la medicina y del derecho a través de algunas conductas criminales descritas en el llamado Código Penal colombiano de 1890. Conductas como abusos deshonestos, fuerzas y violencias, por un lado, y abortos e infanticidios, por otro lado, hacen visible tanto el discurso legal como el médico-legal. El estudio de estos expedientes permitió entender que en las decisiones judiciales la moral no fue determinante; que los dictámenes periciales médicos casi siempre se practicaron, pero en muchas ocasiones fueron objetados por falta de científicidad y que las decisiones, en relación con estos delitos, fueron tomadas conforme a la rigurosidad del enjuiciamiento criminal, hecho que explica, en parte, esa serie de sobreseimientos que se observa en los trámites y que en ocasiones parecen arbitrarios.

Palabras clave: aborto, abusos deshonestos, derecho, expedientes, dictamen pericial, infanticidio, medicina legal, moral, sobreseimiento.

ABORT AND SEXUAL CRIMES IN ANTIOQUIA AT THE END OF XIX CENTURY AND BEGINNINGS OF THE XX CENTURY: A SECRET HISTORY

ABSTRACT

In this article is realized a history of the discursive and no discursive practices of the medicine and of the law across of some criminals conducts described in the call colombian Penal Code of 1890. Conducts how dishonest abuses, forces and violence, for a side, and abortions and homicides of children, for other side, make visible both the legal discourse and medicine- legal discourse. The study of this file permitted understand that in the judicial decisions moral didn't be determinant; that the medical expert reports almost always were practiced, but in much occasions were objected because they aren't scientific and that the decisions, in relation with this crimes, were made accord to the rigorous of the criminal judge, fact that explain, in part, the much of stay of proceedings that are observed in the procedures and that in occasions look arbitrary.

Keywords: Abort, dishonest abuses, law, files, expert report, homicide of a child, legal medicine, moral, stay of proceeding.

** Magíster en Historia de la Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín. Abogada, docente-investigadora adscrita al grupo *Jaime Sierra García* de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Medellín. E-mail: piedadelvalle@yahoo.com.

*** Abogado, especialista en Gestión Pública. Jefe del Centro de Investigaciones y docente-investigador del grupo *Jaime Sierra García* de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Medellín. E-mail: oscarhernandez505@hotmail.com.

LOS LÍMITES SEXUALES O EL PROBLEMA DE LAS FUERZAS Y VIOLENCIAS EN EL REGISTRO LEGAL Y MÉDICO-LEGAL

A pesar de que en Colombia una apropiación del dispositivo de sexualidad por parte de los médicos data de la primera mitad del siglo XX, y que una “ciencia de lo sexual” se asocia a una preocupación normalizadora de las conductas eróticas humanas (Cardona Hilderman y Vásquez María Fernanda, 2006:21, 22), resulta necesario salir del campo de la clínica, para consultar el orden legal y el orden médico-legal con el fin de indagar una experiencia¹ en la que los funcionarios judiciales y los médicos fueron articulando sus discursos. Por esta vía resulta posible conocer la forma como algunas conductas pueden ser la “[...] expresión de una transgresión de la moral sexual socialmente aceptada [que se inscribe en una] consigna médico-política” (Cardona Hilderman y Vásquez María Fernanda, 2006:30). Según Foucault, el sexo “[...] punto imaginario fijado por el dispositivo de sexualidad [...] haya llegado a ser más importante que nuestra alma, más importante que nuestra vida; y de ahí que todos los enigmas del mundo nos parezcan tan ligeros comparados con ese secreto, minúsculo en cada uno de nosotros, pero cuya densidad lo torna más grave que cualquiera otros” (Foucault Michel, 2005:189).

[...] La sociedad que se desarrolla en el siglo XVIII –llámesela como quiera, burguesa, capitalista o industrial–, no opuso al sexo un rechazo fundamental a reconocerlo. Al contrario, puso en acción todo un aparato para producir sobre él discursos verdaderos. No sólo habló mucho de él y constriñó a todos a hacerlo, sino que se lanzó a la empresa de formular su verdad revelada. Como si lo sospechase de poseer un secreto capital. Como si tuviese necesidad de esa producción de verdad. Como si fuese esencial para ella que el sexo esté inscrito no sólo en una economía de placer, sino en un ordenado régimen de saber [...] (Foucault, Michel, 2005:87).

En Colombia, hasta 1938 estuvo vigente el llamado Código Penal de 1890. Según Parmenio Cárdenas, este Código era sustancialmente el mismo de 1837, pero que en 1890 sufrió la última revisión “[...] para acomodarlo un tanto a las exigencias de la transformación política llevada a cabo en 1886 [...]” (Cárdenas Parmenio et al, 1938:5). Esa transformación instaló a la religión en el orden legal colombiano

1 Foucault entiende la experiencia como la “[...] correlación, dentro de una cultura, entre campos del saber, tipos de normatividad y formas de subjetividad” (Foucault, Michel, 2007:8).

a través de la Constitución Nacional, expedida en 1886: “La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la de la Nación; los Poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social” (Rodríguez Piñeres, Eduardo, 1927:10).

Entre 1880 y 1890 dominaron en Colombia los sectores conciliadores de los dos partidos, liberal y conservador. Por tanto, se impuso, a través del acuerdo político de la Regeneración, un entendimiento entre la Iglesia y el Estado. El objetivo era construir un Estado centralizado que garantizara la “paz científica”, como decía Nuñez, haciéndose eco del movimiento científicista [...] De ahí que las medidas tomadas en la Regeneración, en contra de la libertad de prensa, no implicaron represión contra las publicaciones científicas. En marzo de 1888, Carlos Holguín, ministro de gobierno, escribía a Proto Gómez, redactor de la *Revista Médica*, informándole que la Sociedad de Medicina y Ciencias Naturales estaba eximida de dar cumplimiento a lo establecido en el decreto sobre control a la prensa, por tratarse de una revista científica [...] (Obregón, Diana, 1992:73).²

Además, esta misma historiadora afirma que:

El clima de tolerancia de los primeros años de la Regeneración, cuando todavía llegaban ecos del movimiento científicista, se deterioró de 1890 en adelante. En ésta época, los sectores ultraconservadores de la Iglesia retomaron la iniciativa [...] Los médicos fueron duramente golpeados por el ascenso del clericalismo que se vivió durante y después de la guerra de los Mil Días (1899-1902) (Obregón, Diana, 1992:76).

Durante el periodo estudiado, el matrimonio católico cumplió la función de referente moral y legal en Colombia. Según Foucault, en toda sociedad, las relaciones de sexo dieron lugar a un dispositivo de alianza: sistema de matrimonio. “[...] Las sociedades occidentales modernas inventaron y erigieron, sobre todo a partir del siglo XVIII, un nuevo dispositivo que se le superpone y que contribuyó, aunque sin excluirlo [el sexo] a reducir su importancia [...] El dispositivo de alianza se edifica en torno a un sistema de reglas que definen lo permitido y lo prohibido, lo prescrito y lo ilícito [...]” (Foucault, 2005:129,130). Por su lado, Badinter mostró un conjunto de elementos y valores en torno al matrimonio, que fueron privilegiados por la burguesía en ascenso.³ En Colombia, el médico legista Leoncio Barreto entendía el matrimonio en el orden legal como “[...] un contrato contraído entre varón y mujer, con arreglo á las leyes eclesiásticas y civiles, con el objeto de formar

2 La negrilla figura en el original.

3 Para Badinter se trata de una nueva ideología, uno de cuyos mejores exponentes fue Rousseau. El nuevo matrimonio, fundado en la libertad y sitio de la felicidad, la alegría y la ternura tenía su punto culminante en la procreación (Badinter, Elizabeth, 1991: 146).

una sociedad perpetua, para procrear hijos, educarlos, y ayudarse mutuamente [...]” (Barreto, Leoncio, 1890:2).

La moralidad pública sexual y las buenas costumbres son bienes jurídicos esenciales de la civilización moderna, que se integran recíprocamente, y por esto se encuentran asociados aun en relación con la tutela que les proporciona la ley penal. Y aún más, se puede decir que la moralidad pública sexual y las buenas costumbres constituyen un todo único, toda vez que la moralidad no es sino una disciplina de las buenas costumbres en los aspectos sexuales, y las buenas costumbres no son otra cosa que la moralidad pública (Manzini, Vincenzo⁴, s.f.:5)

En la ley penal colombiana la palabra “torpe o deshonesto” permitía describir conductas que iban desde cantar o recitar “canciones torpes” hasta actos carnales, abusos deshonestos, cópula, violación, fuerzas y ultrajes, entre otras, que ofendían el pudor⁵ y las buenas costumbres.⁶ El Código Penal colombiano no utilizaba la palabra *sexual*, pero a la medicina legal le correspondía atender cuestiones relacionadas con las buenas costumbres y algunos de sus asuntos versaban “sobre las personas de ordinario vivas en relación con los órganos sexuales”. En

4 Profesor, abogado, tratadista y legislador. Junto a Arturo Rocco, fue uno de los representantes de la llamada “dirección técnico-jurídica” en materia de Derecho penal. El nombre de Manzini es conocido por su tratado de Derecho Penal y su colaboración en la elaboración del *Código pénale* de 1930 (el llamado Código Rocco), y en el *Código de procedura pénale*. Tomado de: SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, “Juristas del siglo XIX”, [citado 04-06-2010], disponible en internet: www.unav.es/derecho/biblioteca.../pso_vincenzo_manzini.pdf

5 El médico legista Briand afirmaba: “El atentado contra el pudor es todo acto deshonesto ejecutado por una persona, no solamente con el fin de satisfacer un deseo sexual, sino también por simple curiosidad, por venganza, ó por depravación [...] un marido que efectúa con su mujer actos contrarios á los fines legítimos del matrimonio, sea empleando la violencia ó el engaño, ejecuta otros tantos atentados contra el pudor” (citado por Putnam Carlos E., 1896: 334).

6 El código penal agrupaba las conductas punibles, de manera que los delitos contra la moral pública describían palabras, acciones, escritos, pinturas y otras manufacturas obscenas, con excepción de aquellas que representaran “las figuras al natural, si están destinadas al estudio de ciertos ramos de la medicina [...]”. Entre estos delitos estaban la alcahuetería, la corrupción [una de cuyas conductas era descrita así: “Los que pervierten o prostituyen jóvenes impúberes de uno y otro sexo, enseñándoles la ejecución de actos torpes, como la cópula entre los dos sexos u otros de naturaleza semejante”]; los cometidos por bigamos y personas que se casan con impedimentos o sin las debidas formalidades; los amancebamientos públicos [personas que sin ser casadas, hicieren vida como tales, en una misma casa, de una manera pública y escandalosa] (Cf. Artículos 415-457 en Rodríguez Piñeres, 1927: 836-842). Otro conjunto de conductas incluía los raptos, fuerzas y violencias contra las personas. En la ley penal esas conductas de carácter sexual fueron descritas como abusos deshonestos realizados con engaños, violencia, amenaza o intimidación, y ultraje público contra una persona (Cf. Artículos 676- 694 en Rodríguez Piñeres, 1927:882-884). Además, la ley describía otras conductas que correspondían al adulterio, estupro alevoso y corrupción (Cf. Artículos 712-724 en Rodríguez Piñeres, 1927:887-888).

Es importante anotar que esta relación de las conductas punibles no es exhaustiva, que no todos los delitos relacionados requerían el concurso de la medicina legal y que en este trabajo no se analizan los cambios legislativos.

este tema, Barreto incluía los problemas relacionados con el matrimonio y los “delitos de incontinencia”, es decir, “[...] aquellos á que dan lugar el desenfreno de las pasiones de la carne ó sea contra la honestidad y la castidad”⁷ (Barreto, Leoncio, 1890: 25).

En su libro publicado en 1896, el doctor Carlos E. Putnam, médico legista de la Oficina Médico legal de Cundinamarca, agrupó estos delitos en un capítulo que denominó “Cuestiones relativas a los atentados contra el pudor y las costumbres” y relacionó los artículos del Código Penal que posibilitaban la intervención de los médicos legistas a través del dictamen médico-legal.

Los delitos consignados en los artículos del Código que dejamos anotados tienen por carácter común atacar la moral pública, corromper las costumbres é introducir en el seno de las familias la perturbación y la desconfianza. Por eso estos delitos no se castigan sino cuando se hacen públicos, produciendo escándalo, y recaen en perjuicio de tercera persona; dejándolos pasar desapercibidos, por respeto al pudor, á las costumbres y á la familia, cuando se ejecutan en el secreto y sin escándalo, sin que haya nadie que reclame contra ellos, pues el temor de hacerlos públicos, lo que producirá hondas perturbaciones, veda á la ley hacerse cargo de ellos en esas circunstancias (Putnam, Carlos E., 1896:325).

Sin embargo, es necesario atender al carácter público y escandaloso de ciertas conductas y a su contraste con la relevancia de la moral religiosa en un escenario privilegiado: los expedientes criminales. La historiadora Blanca Judith Melo analizó los delitos de fuerza y violencia y encontró, entre otros, tolerancia frente a la violencia en mujeres y niños, una “[...] mirada hacia esos delitos más desde el punto de vista religioso, de “pecado”, que desde el punto de vista de la ley [...]”, a la mujer como objeto de sospecha y la inoperancia de la justicia. Para Melo, el chisme fue fundamental en las investigaciones, los dictámenes periciales médicos tuvieron poca importancia, y los fallos fueron dictados en tiempo prudencial (Cf. Melo González, Blanca Judith, 1998:189-191). Pero en el presente artículo de investigación y a través de un análisis discursivo se llega a otros resultados, que son una primera aproximación al problema.

La moral y las mujeres

En Antioquia, los funcionarios judiciales, especialmente los radicados en Medellín, cumplieron con el estatuto procedimental criminal mediante fórmulas que quedaron

7 “Es innegable: el discurso científico formulado sobre el sexo en el siglo XIX estuvo atravesado por credulidades sin tiempo, pero también por cegueras sistemáticas [...] Pues no puede haber desconocimiento sino sobre el fondo de una relación fundamental con la verdad” (Foucault, Michel, 2005:70).

consignadas en las diligencias. Es cierto que esas actuaciones revelan un registro moral y no queda duda sobre la relación entre comportamiento moral y comportamiento sexual; pero también es cierto que, en muchos de esos procedimientos, los funcionarios no atendieron al chisme, ni a la noción de pecado, ni la mujer fue objeto de sospecha sin fundamento; por el contrario, esos funcionarios consultaron tanto el registro moral como los dictámenes periciales y resolvieron las cuestiones judiciales ajustados a las estrictas exigencias del Código de Enjuiciamiento Criminal.⁸ En un trámite adelantado en Frontino al finalizar el siglo XIX, el juez municipal ordenó el reconocimiento de la ofendida con el fin de averiguar las causas del maltrato y otros rastros del hecho denunciado, para lo cual nombró a dos peritos médicos quienes dictaminaron que “[...] no le hemos hallado en el cuerpo señal ninguna de fuerza ó violencia. En la parte interna de los muslos y en los órganos genitales tampoco encontramos huella alguna de fuerza ó maltrato” (Archivo Histórico Judicial de Medellín, en adelante A.H.J.M. documento 2212:3). Como la ofendida señaló a F.B. de ser el causante de la fuerza, el funcionario dirigió la indagación en el sentido que se infiere de la declaración de uno de los testigos, quien vivía en la casa donde ésta se desempeñaba como sirvienta: “[...] A dicha mujer no se le ha notado en casa que haya tenido relaciones ilícitas con este ú otro hombre” (A.H.J.M. documento 2212:4). D.G. era forastera, mayor de 30 años y con dos hijas; algunos testigos no sabían nada sobre su moralidad, pero una de las deponentes afirmó: “[...] no sé cuál será [su comportamiento] en materia de moralidad y no he notado en ella ninguna acción para sospechar que sea una mujer pública y más bien me ha parecido muy sencilla (A.H.J.M. documento 2212: 7). Este expediente muestra la actividad desplegada por funcionarios adscritos al poder judicial al parecer durante la Guerra de los Mil Días. Estos empleados atisbaron cualquier indicio en la conducta de ofendida y sindicado, ya que éste último, según varios testigos, gozaba de mala fama en su trato con el “débil sexo”. Consta en el expediente que la ofendida se encargó de difundir los hechos y que varios testigos declararon en este sentido, pero el fiscal precisó: “El hecho es señor Juez: que la mujer de que vengo hablando es forastera en este pueblo y su conducta moral es desconocida; no pareciendo buena [ilegible] pues ella misma asegura haber dado a luz dos hijas de distintos hombres” (A.H.J.M. documento 2212:21v). El fiscal dudaba del relato de la ofendida y el Juez de Circuito de Frontino ordenó más pruebas. Más adelante, en Medellín, el Fiscal 1º Superior se pronunció frente al sumario:

Una mujer, que se llama [D.G.] se presentó ante el señor Juez mpal. de Frontino [...] á reclamar justicia porque dizque había sido víctima de un forzamiento,

8 En cuanto a las actuaciones de los funcionarios es importante precisar que los sumarios y los juicios criminales consultados fueron decididos finalmente por los funcionarios radicados en Medellín.

cuyo delito imputaba á un tal [F.B.] individuo de aquella comarca. Adelantada la investigación, que dicho sea de paso no ha debido pasar del folio 3 [donde se hallaba el examen pericial, toda vez que la existencia del cuerpo del delito era el fundamento del juicio criminal] bien provisto se vió que todo esfuerzo, era inútil y todo trabajo improbo además la razón es obvia; la mujer ofendida no era impúber ni cosa que se le parezca; su himen virginal había desaparecido muchos años antes al influjo poderoso del debito carnal y de partos sucesivos [...] los peritos no encontraron señales de violencia [...] tampoco en su cuerpo, como los que deja –verbigracia- un maltratamiento común [...] Ahora, por lo que hace al sindicado [F.B.] sólo la supuesta ofendida dice que fue éste quien sorprendiéndola á solas, en noche oscura, en la cocina de la casa donde servía, venció la resistencia que le opuso y gozó más de un cuarto de hora de los dulcísimos placeres del acto carnal [Si no conociéramos] los ardidosos subterfugios á que acuden las mujeres en muchas ocasiones, daríamos asenso á lo que dice la [D.G.] y quizás exclamaríamos: ¡pobre mujer! Fue víctima de un atropello inicuo y criminal; pero, no hay tal cosa: élla comió de la fruta prohibida porque le dio la gana; ya conocía antes sus efectos, y sus encantos y sus fricciones inefables. Y, como la justicia necesita una prueba contraria á la que dice el sumario, mal haya á la desventurada denunciante que no la pudo presentar (A.H.J.M. documento 2212: 33v, 34).

En Antioquia, el dictamen médico-legal rendido por médicos empezó a desplazar al dictamen rendido por los peritos reconocedores, es decir, legos, sin diploma, desde finales del siglo XIX, y en algunos procedimientos judiciales como en los envenenamientos este dictamen llegó a ser determinante (del Valle, Piedad, 2008). Ahora bien, en muchas de las decisiones tomadas por los funcionarios judiciales en los delitos por fuerza y violencia, el dictamen pericial médico fue relevante, toda vez que esas providencias integraban varios elementos, de manera que pudieran responder a las exigencias del artículo 1627 del Código Judicial, que exigía la plena prueba⁹ para abrir una causa criminal. Esa es la razón por la cual el Juez 1º Superior decidió el sobreseimiento¹⁰ y no porque la aplicación de la justicia estuviera atravesada por las convicciones morales y religiosas de los funcionarios:

9 Art. 1627: “Luégo que el Juez competente haya concluido o recibido las diligencias correspondientes para comprobar el cuerpo del delito y descubrir los culpables, examinará si la averiguación está perfecta [...] pero si no lo estuviere, dispondrá lo conveniente a la perfección del sumario. Si encontrare que hay plena prueba de la existencia del delito, y por lo menos un testigo idóneo o graves indicios contra alguno o algunos, declarará que hay lugar al seguimiento de causa contra éstos [...]” (Rodríguez Piñeres, Eduardo, 1927:1257, 1258).

10 Art. 1628: “Si faltaren las pruebas indicadas en el artículo anterior, o alguna de ellas, se practicarán las demás diligencias y se recibirán todas aquellas declaraciones que puedan complementar las referidas pruebas. Mas si no hubiere diligencia que practicar, declaración que recibir, ni cita que evacuar, o si ampliado el sumario en los términos indicados faltaren todavía dichas pruebas, el Juez dictará auto de sobreseimiento, declarando sin lugar al seguimiento de causa” (Rodríguez Piñeres, Eduardo, 1927:1258).

No se comprobó el cuerpo del delito de fuerza y violencia: no hallaron los peritos en el cuerpo de la sedicente ofendida ni el mas leve rastro de maltrato de obra [...] por otra parte, los indicios que recaen sobre [F.B.] como autor del delito son en extremo débiles; en parte alguna del sumario aparece que realmente se hubiera introducido [sic] en la casa de [D.G.] la noche del delito- **todo esto, visto á la mala conducta de aquella mujer, que la hace indigna de crédito en punto de moralidad**, permite sostener que el sumario no ofrece ningún mérito jurídico, ni respecto del cuerpo del delito ni respecto de la persona delincuente (A.H.J.M. documento 2212: 35).¹¹

En el caso de D.G. su conducta moral no fundamentó la decisión judicial; esa conducta aunada a las otras pruebas le permitió al funcionario descalificar la denuncia de la ofendida contra el sindicato F.B. y resolver el procedimiento.

El registro moral era tenido en cuenta por los empleados judiciales en distintas actuaciones como se aprecia en otro sumario iniciado ante la alcaldía municipal de San Pedro y en el que figuró como ofendida una mujer pública.

Debido á la acusación de tentativa de fuerza y violencia que contiene la declaración de la ofendida de que se ha hecho merito, se halla este negocio al conocimiento del infrascrito [El Juzgado 2º Superior de Medellín] mas el único dato que sobre tal cargo existe, es tal declaración. La ofendida dice que nadie presencié los hechos, y aunque sí apareció un testigo [J.S.] quien dice [...] que presencié los hechos y oyó palabras entre agresor y ofendida, lo que él refiere nada revela acerca del pretendido delito de fuerza y violencia, el cual se ha quedado sin comprobar. Hay por el contrario datos en el proceso que revelan que las heridas causadas á [R.M.] tuvieron otro origen quizá muy distinto. Está comprobado que ella es de muy mala conducta en materia de moralidad y costumbres de manera que no es lógico presumir que se deje matar antes de perder lo que ya había perdido; está igualmente comprobado que ella misma lo había mandado a llamar aquel día para un negocio urgente que no se sabe cual era y por esas razones juzgan algunos de los testigos conocedores del sindicato y la ofendida que el hecho fue motivado más bien por celos que por otra cosa (A.H.J.M. documento 2209:26, 26 v).

En este asunto resultan relevantes las actuaciones realizadas por el juez de circuito con el fin de dilucidar el delito de heridas, y algunas de las declaraciones rendidas por los testigos, que permitieron extender el calificativo de pública a R.M. En la investigación por las heridas, el funcionario volvió a recoger declaraciones, entre ellas la del testigo J.S. Pero esas diligencias convencieron a este funcionario judicial que el testigo no era idóneo por no ser hombre de bien, ya que era embustero y capaz de faltar a la verdad aun bajo juramento, por lo tanto, no era digno de crédito:

11 La negrilla no figura en el original.

“[...] Darle importancia probatoria al solo dicho de un testigo tan mal conceptualizado sería poner en riesgo los intereses de la justicia y desatender el expreso de la ley [...]” Y como no había otro testimonio que comprometiera al sindicato, “[...] se sigue que, adoptando el partido más benigno como es de derecho, debemos optar por la cesación del procedimiento [...]” (A.H.J.M. Cf. documento 2209:33,33v). En cuanto a qué se entiende por una mujer pública resulta importante detenerse en las declaraciones de varios testigos, quienes coincidieron en que la conducta de R.M. no era ni había sido buena. Uno de ellos precisó: “[...] Para concepto del exponente la conducta de [R. M.] en lo moral, no es buena, pues no es mujer honesta y recojida [sic] sino liviana y licenciosa. La casa de ésta es mui [sic] frecuentada por hombres, y hay allí escandalos [...] es tenida generalmente como mujer escandalosa” (A.H.J.M. Cf. documento 2209:20v). En otro sumario, el sindicato se refirió a la ofendida en estos términos: “[...] extraño que alguien para hacer uso de [M.N.] hubiera tenido necesidad de hacerle fuerza y violencia toda vez que ésta es una mujer de pésimas costumbres morales y que á cualquiera se le vá tendiendo ó entregando, hasta por cinco reales [extraño que haya puesto denuncia por tan peregrino asunto] pues en varias veces que usé de ella fue por su entera y espontánea [sic] voluntad” (A.H.J.M. documento 654:23,23 v).

De manera que una mujer pública conocida también como “ramera” o “barragana”, era aquella que generaba escándalos públicos a causa de sus relaciones ilícitas, es decir, de sus relaciones sexuales con distintos hombres. Pero la misma ley penal en su artículo 688 tenía establecida la pena para quien cometiera fuerza y violencia contra una mujer pública (Cf. Rodríguez Piñeres, Eduardo, 1927:884) y ninguno de los expedientes consultados muestra que los sobreseimientos a favor de los sindicatos se hayan decidido sólo con base en el comportamiento moral de las ofendidas. Es cierto que los sindicatos acostumbraban negar en las indagatorias los hechos constitutivos del delito, asunto apenas comprensible, y que algunas de esas conductas eran estrategias desplegadas por las mismas ofendidas, como se aprecia en varios expedientes, pero esos hechos eran elementos propios de cada proceso.

Así, en un trámite criminal por fuerza y violencia iniciado en la alcaldía municipal de San Andrés la conducta moral y religiosa de la ofendida no tuvo ninguna importancia. F.M. denunció a un curandero al que acusó de arrebatarle la virginidad.¹² Los

12 Afirmaba Barreto que “[...] la virginidad se debe considerar física y moralmente, y que por consiguiente desde que se compruebe que una niña ha sido violada aún cuando no haya sido desflorada: es decir aún cuando el acto de la cópula no se haya consumado y existan íntegros los signos físicos como la orquilla, el himen & a: la virginidad ya no existe” (Barreto Leoncio, 1890:30). Putnam, en cambio, asevera: “Como médicos legistas nada tenemos que decir respecto á la virginidad moral. La cuestión para nosotros es sólo si hay caracteres físicos que individualicen, que distingan el estado virginal; no se trata del valor moral que tenga ese atributo, si no de si es su existencia tangible, apreciable” (Putnam, Carlos E., 1896: 336,337).

peritos legos aseguraron que “[...] no existe desfloración reciente en la mencionada mujer de donde se deduce que desde antes del acto inmoral que ella dice tuvo con [A.V.] ya había tenido ayuntamiento con hombres y de la misma manera adquirió en esta vez [sic] la enfermedad venérea que padece llamada gonorrea” (A.H.J.M. documento 9078:1v, 2). Varios de los testigos acreditaron que la ofendida era de buena conducta en cuanto a moralidad, buenas costumbres y buenas inclinaciones religiosas; pero ninguno, entre ellos la misma madre de la ofendida, acreditó la violación. El Fiscal 2º Superior de Medellín pidió la libertad del sindicado, porque “[...] Adelantada la investigación, esta ha dado resultados absolutamente negativos, toda vez que no ha sido posible establecer cargo alguno contra [A.V.] quien sufrió las consecuencias de una detención provisional arbitraria [...]”(A.H.J.M. documento 9078:37). En este sumario el Juez 2º Superior de Medellín resolvió: “De su misma exposición [la de la ofendida] aparece que el sindicado no empleó la fuerza para abusar de ella deshonestamente. Y la exposición pericial da a conocer que de dicha mujer habían abusado otros hombres. Ella por lo mismo consintió en el coito sin que su supersticioso médico hubiera usado de artificio alguno para cometer el abuso [...]” (A.H.J.M. documento 9078:37v). El tribunal confirmó el sobreseimiento y destacó tanto el dictamen que acreditó la antigua desfloración, como la prueba testimonial que no acreditó la fuerza.

Al buscar [...] los vestigios que deje la violación, debemos tener en cuenta que ésta puede efectuarse, según la definición que en ella hemos dado, desde en la niña virgen hasta la ramera, puesto que para ello sólo se requiere que el acto se haya ejecutado sin la voluntad de la mujer. Si esta condición ha existido, naturalmente habrá habido lucha y los rásros de ésta en los esfuerzos para defenderse y en la violencia ejercida para sujetarla, se encontrarán en el lugar donde se efectuó el acto, en los vestidos y el cuerpo de la mujer y aun del hombre. Así se hallarán siempre desgarramientos, equimosis, manchas de esperma, de licor vaginal y aun pelos que pueden ser analizados: además de los caracteres que puedan encontrarse en la vulva [sic] y la vagina (Barreto Leoncio, 1890: 31,32).

Barreto mostraba la necesidad de rastros o huellas, que debería acreditar el médico legista en las fuerzas y violencias, exigencia que mantuvo la medicina legal en las mismas condiciones durante el periodo estudiado. Pero estos hechos apuntaban a algo muy singular y que dejó sin fundamento muchos de esos procedimientos: el consentimiento. Por esta razón, Putnam afirmaba: “Cuando la desfloración recae en una mujer menor de doce años, aunque no se emplee la fuerza, ni haya privación de razón ni de sentidos, aunque sea con el beneplácito de la niña, el hecho se califica de violación por considerar á aquella incapaz de consentir [...]” (Putnam, Carlos E., 1896: 339).

En los casos consultados, los funcionarios judiciales le creyeron a las ofendidas y en varias oportunidades ordenaron la detención de los sindicados. No parece entonces que las mujeres resultaran sospechosas por razones distintas a las que arrojaban las pruebas, interpretadas conforme al estatuto procedimental criminal. Algunos trámites en los que estuvieron vinculadas niñas así lo acreditan. En Sabanalarga, es visible la rápida movilización de los funcionarios judiciales con el fin de resolver un asunto criminal en el que estaba involucrada una niña menor de 5 años. En este caso el sindicado fue declarado responsable y condenado a una pena ejemplar (A.H.J.M. documento 645:36v, 37).

El orden moral religioso también era visible en el ordenamiento legal colombiano en la descripción de algunas de las conductas constitutivas de delito conforme a la ley penal, toda vez que podían acreditarse a través de actos atribuidos a esa moral, como los atentados al pudor y la restricción del sexo a la institución jurídica del matrimonio. En la práctica judicial, los funcionarios incorporaban estas normas y preguntaban por el comportamiento moral y religioso de sindicados y ofendidas. Pero en los procedimientos criminales correspondientes a los delitos por atentados al pudor, y en los delitos por fuerzas y violencias, esa moral por sí misma no definió la suerte de los sumarios o de las causas criminales.

Amor y muerte: abortos e infanticidios en Antioquia

Puede resultar extraño, pero en la fecha en la que se publicó la obra de Barreto, la medicina legal usaba una clasificación de las cuestiones médico-legales muy singular, y una de esas cuestiones tenía relación con los órganos sexuales de las personas vivas, temática que comprendía desde el matrimonio hasta la “superfetación” pasando por la incontinencia y los abortos (Barreto Leoncio, 1890: 8). El libro tercero del Código Penal se refería a los delitos contra los particulares y sus penas, y entre esos delitos estaban el homicidio, y el aborto.¹³ En el aborto se describían las conductas realizadas por otros y por la misma mujer, algunas como el suministro de alimentos, bebidas, golpes o cualquier otro medio con la finalidad de obtener el aborto de una mujer embarazada.¹⁴

13 Los artículos 638 a 643 del Código Penal regulaban el delito de aborto (Cf. Rodríguez Piñeres, Eduardo, 1927: 876,877).

14 La actividad maternal ha sido asociada al “instinto” incluso en el campo de la medicina legal. Badinter recuerda que “[...] a fines del XVIII será preciso desarrollar muchos argumentos para recordarle a la madre su actividad “instintiva”. Habrá que apelar a su sentido del deber, culpabilizarla y hasta amenazarla para hacerla volver a su función nutritiva y maternal, supuestamente espontánea y natural” (Badinter, Elizabeth, 1991:116). Resulta pertinente precisar que para Badinter el sentimiento de amor por los hijos ha existido siempre y en todas partes, pero no se puede predicar de todas las madres, porque no es “una ley universal de la naturaleza”. Encuentra, además, que el “amor maternal” es un concepto nuevo: “La novedad respecto a los

Ahora bien, el artículo 29 de la Constitución de 1886 contemplaba la pena de muerte para algunos delitos entre ellos el *parricidio*, pero fue derogado por el acto Legislativo No 3 de la Asamblea Constitucional de 1910 (Aguilera, Mario, 1995:4,5). En algunos expedientes se usaba la expresión parricidio y en otros, infanticidio y homicidio; el delito estuvo regulado en artículos como el 593 que decía: “El homicidio toma la denominación de parricidio cuando se cometa en la persona de algún ascendiente o descendiente o cónyuge, a sabiendas de que existe el vínculo expresado” (Cf. Rodríguez Piñeres, Eduardo, 1927: 871-874). La medicina legal lo denominaba infanticidio y lo incluía entre las cuestiones particulares de las personas de ordinario muertas (Barreto Leoncio, 1890: 8). Para un acercamiento a los delitos de aborto e infanticidio, resulta útil una comprensión de la medicina legal en ese momento histórico:

En el embarazo se altera tan profundamente el sistema nervioso y sobre todo el cerebro por sus simpatías con el útero, que se ven frecuentemente las más raras aberraciones, y pueden desarrollarse tendencias y manías irresistibles á ejecutar aun los actos más depravados [...] Todas las impresiones morales fuertes y los ejercicios de la misma naturaleza, deben evitarse á las mujeres encinta; porque su grande excitabilidad y la naturaleza misma de la preñez, sobre todo en los primeros y últimos meses, las predispone al aborto y al parto prematuro, haciendo así perder el producto de la concepción y poniendo á la mujer en grave peligro [...] (Barreto, Leoncio, 1890: 44, 45).

Putnam precisaba que el *infanticidio* “[...] es la muerte voluntaria que se da á una criatura humana que no haya cumplido siete años de edad”. Y citando a Briand y Chaudé afirmaba que algunos médicos legistas exigían tres condiciones: “1º, Que el niño sea *recién nacido*; 2º, que el niño haya *nacido vivo*; 3º, que la muerte haya sido causada *voluntariamente* (Putnam, Carlos E., 1896:295). En éste y en varios puntos se puede ver una especie de mutua implicación entre el orden jurídico y el orden médico legal revelada en la expresión “causada voluntariamente”. El mismo médico legista afirmaba:

La demostración científica de este delito cuando se trata de un niño *recién nacido* es una de las cuestiones más difíciles que pueden presentársele al perito, y también una de las más frecuentes [...] Lo que constituye el infanticidio no es el procedimiento que se emplea para quitarle la vida al niño; es el carácter de la persona sacrificada, y por esta razón la ley es rigurosa para con los autores de tan cobarde y horripilante crueldad. Este delito, por

siglos anteriores radica en que se exaltan simultáneamente el amor maternal, natural y social favorable a la especie y a la sociedad” Y agrega: “La asociación de los dos términos promueve el sentimiento y a la mujer como madre. Así se desplaza imperceptiblemente de la autoridad al amor, iluminando “ideológicamente” a la madre en detrimento del padre [...] (Badinter, Elizabeth, 1991:117, 118).

lo que hemos observado, crece cada día entre la gente ignorante. Los casos que figuran en nuestra estadística [...] pertenecen á mujeres del pueblo, no casadas y desprovistas de toda idea moral. Casi siempre el infanticidio del *recién nacido* es la parte final de un parto clandestino; la mujer se oculta en estos momentos, y sola mata á su hijo; luégo lo sepulta en el piso de la pieza en que se encierra, en un patio, en un vallado, ó bien lo arroja á un excusado ó alcantarilla, ó lo envuelve entre sus ropas y lo coloca en un baúl. Ultimamente hemos tenido al examen un caso en que la madre arrojó la criatura á un río cercano de la población (Putnam, Carlos E., 1896:295).

Sin embargo, Badinter encontró que, por distintas razones, entre ellas la crianza por nodriza y la situación de las madres solteras, en Francia, durante los siglos XVII y XVIII, la muerte de un niño era un episodio banal.

En el último tercio del siglo XVIII se produce una especie de revolución de las mentalidades. La imagen de la madre, de su función y de su importancia, sufre un cambio radical, aun cuando en el terreno de los hechos las conductas no secundan con facilidad ese cambio. A partir de 1760 abundan las publicaciones que aconsejan a las madres ocuparse personalmente de los hijos, y les “ordenan” que les den el pecho. Le crean a la mujer la obligación de ser ante todo madre, y engendran un mito que doscientos años más tarde seguirá más vivo que nunca: el mito del instinto maternal, del amor espontáneo de toda madre hacia su hijo (Badinter, Elizabeth, 1991:117).

Para Putnam había delito en el caso de que la criatura naciera viable, y aun en el caso de que naciera sin vida, para ello se apoyaba en la intención de quienes habían cometido el hecho. Sin embargo, otros médicos legistas consideraban el infanticidio sólo en el primer caso, toda vez que “[...] un feto no viable es considerado por la ley como no nacido; como si no hubiera existido y no puede ser, por eso, cuerpo del delito” (Putnam, Carlos E., 1896:296). Otro asunto complejo era la denominación “recién nacido”, ya que la ley no decía hasta cuántos días después del parto se entendía el término. Pero Putnam en su comprensión del artículo 616 del Código Penal y siguiendo al médico legista francés Ambroise Tardieu entendía por recién nacido a la criatura que no hubiera cumplido tres días de nacido (Putnam, Carlos E., 1896:298). En cuanto al aborto resulta interesante detenerse en el artículo 640 del Código Penal:

Si el que administra, facilita o proporciona a sabiendas, los medios para el aborto fuere el que ejerce la medicina o cirugía, o boticario, comadrón o partera, sufrirá respectivamente las penas señaladas en los artículos anteriores, con un aumento de seis meses a un año. **No se incurrirá en pena alguna cuando se procure o efectúe el aborto como un medio absolutamente necesario para salvar la vida de una mujer, ni cuando en conformidad con los sanos principios de la ciencia médica, sea indispensable el parto**

premature artificial. No por eso debe entenderse que la ley aconseja el empleo de esos medios, que generalmente son condenados por la Iglesia.

Únicamente se limita a eximir de pena al que con rectitud y pureza de intenciones se cree autorizado para ocurrir a dichos medios (Rodríguez Piñeres, Eduardo, 1927:876,877).¹⁵

Este artículo muestra dos importantes hechos: la coexistencia de las prácticas sin diploma (la medicina practicada por boticario, comadrón o partera) con las prácticas médicas (Cfr. del Valle, Piedad, 2008), y una práctica que consideraba legítimo el aborto en esas dos situaciones médicas. “[...] En tocología [obstetricia] el aborto es la expulsión del feto y sus dependencias antes de que sea viable; antes de los siete meses; si esta expulsión tiene lugar en época en la cual el feto puede vivir, se llama parto anticipado ó prematuro [...] El aborto criminal ha sido castigado en todos los tiempos [...]” (Putnam, Carlos E., 1896:313). El trabajo de Putnam revela su rigurosidad como médico legista, pero también los prejuicios en los que estaba atrapada una parte de la medicina que se consideraba esencialmente científica.¹⁶

La doctrina católica restringió los derechos paternos en nombre de dos nuevas ideas: la de los deberes del padre para con sus hijos [...] y la idea según la cual el niño es concebido como un “depósito divino” [...] Por consiguiente, el primer derecho que se eliminó fue el derecho de muerte, porque el padre no puede destruir lo que Dios creó. A partir de los siglos XII y XIII, la Iglesia condena enérgicamente el abandono de los niños, el aborto y el infanticidio. Por su parte, el Estado adoptó medidas coercitivas. Pero ante el incomprensible mal y la miseria de la mayoría, se consideró que era preferible adaptarse a las necesidades, tolerar el abandono para restringir el infanticidio (Badinter, Elizabeth, 1991:28, 29).

En realidad, algunos temas, comprendidos en un registro moral, tienen un contenido claramente histórico. Dicho de otra manera, las morales son históricas. Para Foucault, la palabra moral es ambigua, pero entiende por “moral” el conjunto de valores y reglas de acción que se proponen a los individuos o a los grupos a través de aparatos prescriptivos como la familia, las instituciones educativas, y las iglesias, entre otros. Reglas y valores que no forman un conjunto sistemáti-

15 Negrilla fuera del texto.

16 “[...] Por ideología científica- denominación para muchos aún discutible- se puede entender un cierto tipo de discurso, a la vez paralelo a una ciencia en vías de constitución y presionada a anticipar, bajo el efecto de exigencias de orden práctico, el acabamiento de la investigación. De suerte que una construcción discursiva es a la vez presuntuosa y está desplazada con respecto a la ciencia que la hará aparecer como ideología. Presuntuosa, porque se cree al final estando en el comienzo. Desplazada, porque la promesa de la ideología cuando es realizada por la ciencia lo es de otra manera y en otro terreno” (Canguilhem, Georges, 1998:9,10).

co y posibilitan compromisos y escapatorias. A este conjunto prescriptivo¹⁷ lo denomina “código moral”. Pero el término “moral” también se extendería al comportamiento real de los individuos y de los grupos en relación con esas reglas y valores que se les proponen, de manera que ese comportamiento mostraría los márgenes de variación o de transgresión en relación con un determinado sistema prescriptivo que está explícita o implícitamente dado en su cultura (Foucault, Michel, 2007:26,27). Badinter atribuye al moralista creyente Paul Combes el mérito “[...] de sustituir netamente el tema del instinto por el de la moral [Combes] sabía que el sacrificio de sí, incluso el femenino, no era natural, y que para que las madres aceptaran acallar su egoísmo [...] era necesario prometerles una recompensa sublime. Esta fue la interpretación que predominó en el siglo XIX: se acostumbraba a evocar a la madre y a sus funciones en términos místicos” (Badinter, Elizabeth, 1991:225). Algunas investigaciones han indagado en torno a la problemática de los abortos y los infanticidios en Antioquia. La historiadora Natalia Gutiérrez Urquijo encontró que:

Para el caso antioqueño, sociedad que desde el siglo XIX se basó en una fuerte tradición moral y católica donde la imagen de la matriarca –mujer de familia con una prole numerosa– ha sido ejemplo de la función de madre, sucesos como el aborto y el infanticidio han sido señalados con vehemencia y ocultados por considerarse acciones en contra de la naturaleza de la mujer. A pesar de este rechazo, tales prácticas fueron mucho más frecuentes de lo que se hacía visible ante los ojos de las autoridades o de los miembros de la comunidad – la mayoría de las veces quedaron en secreto o no fue posible la conservación de los documentos en los archivos, llevando a que no sea posible conocer con certeza en qué medida y con cuánta continuidad se realizaron (Gutiérrez Urquijo, Natalia, 2009:140, 141).

Gutiérrez también analizó el registro legal y encontró que el “ser honrada y de buena fama anterior” operaba como atenuante en los procesos criminales, lo cual es cierto; encontró, además, que para los jueces era fundamental la vida privada de las sindicadas, porque sus actuaciones estuvieron atravesadas por los conceptos de la honra y la buena reputación de las mismas (Gutiérrez, Natalia, 2009:146). En este punto es importante precisar que la vida privada de las sindicadas no era determinante en los enjuiciamientos criminales salvo cuando la indagación judicial tenía como norte ciertos artículos del Código Penal. Así el artículo 616 exigía como parte de su entramado descriptivo acreditar que con la muerte del hijo se

17 En el libro citado, el autor utiliza textos “prescriptivos”, es decir, “[...] textos que, sea cual fuere su forma (discurso, diálogo, tratado, compilación de preceptos, cartas, etc.), su objeto principal es proponer reglas de conducta” (Foucault, Michel, 2007:15).

buscaba ocultar la deshonra de la madre. También es el caso del artículo 642 del mismo estatuto, conforme al cual era necesario acreditar que el único móvil de la acción era encubrir la fragilidad de la mujer, caso en el que se debía acreditar que la mujer era honrada y de buena fama anterior. Algunos expedientes en los que las involucradas parecen mujeres públicas pueden ser ilustrativos, toda vez que la honra y buena reputación no decidieron la suerte de los expedientes.

En el terreno local, la actuación del doctor Andrés Posada Arango es visible en varios expedientes. En 1880, ante el Juzgado del Distrito de Itagüí, un denunciante anónimo acusó a O.R. afirmando que “a oído decir de la misma que se ha hallado embarazada en épocas anteriores y según se dice ha abortado voluntariamente la criatura por medio de un medicamento” (A.H.J.A. documento 2286:2). En este procedimiento resultan relevantes varios aspectos: los testigos dijeron saber del hecho, algunos de oídas, otros afirmaron conocer la existencia del parto y que el niño nació muerto; en cuanto a los medicamentos se afirmó que era un rumor. Sin embargo, intervienen en el expediente varias parteras una de las cuales se nombró a sí misma como “médica partera”. En estas circunstancias, el fiscal pidió que se indagara a las “yerbateras o médicas de Itagüí”.

[U.A. afirmó:] hace diez y ocho meses, poco más ó menos que [O.R.] venía frecuentemente á la casa de mí hijo Jesús Molina, en donde yo habitó y me suplicaba que le hiciera unas bebidas, porque ella es huerfana y no tenía quien se las hiciera y que estaba enferma porque se había comido unas limas. Atendiendo á sus suplicas le hice como dos veces bebidas de raíces de malvavisco, malva, miel de abeja y no recuerdo qué otras yerbas. Sospeché que la [O.R.] estaba embarazada, pero no me malicie si las bebidas que tomaba eran para abortar. Algunos días después oí decir que dicha [O.R.] había dado á luz un niño muerto, y entonces sospeche que las bebidas que aquella había tomado eran para abortar (A.H.J.M, documento 2286:3v).

A pesar de que plantas como la malva y la malvavisco eran utilizadas con frecuencia por las comadronas (Cf. Restrepo, Libia, 2004:125) y de que aún no se ha impuesto el saber médico, el juez de Itagüí nombró a los doctores Federico Peña y Andrés Posada Arango para que informaran si los “brebajes” tomados por O.R. eran abortivos. Los médicos rindieron el dictamen por separado y el primero afirmó que: “El brebaje de que habla el exorto [sic] no puede producir aborto” (A.H.J.M, documento 2286:8). A su vez, Posada Arango afirmó: “[...] los brebajes de que se habla no son abortivos y, a la [O.R.] no se le puede hacer cargo de haber empleado otros medios, es indudable que el aborto no fue provocado” (A.H.J.M, documento 2286:8). La dinámica del procedimiento criminal y la intervención de

distintos funcionarios explican por qué se reciben otros testimonios o se amplían los inicialmente recepcionados o se realizan varios dictámenes periciales médicos.

En este asunto son importantes los testimonios contradictorios sobre la moral de la sindicada, y el testimonio de una de las declarantes, que ejercía el oficio de “yerbatera o médica”, quien afirmó con desparpajo:

[R.U.] declara que no recuerda con precisión que clase de yerbas recetó en vevida [sic] a la señorita [O.R.] pero que las llervas [sic] ó medicamentos que ella acostumbra para estos casos, y según el caso respecto al medicamento solisitado [sic] por la [O.R.] receta raíz de malva, raíz de perejil, culantrillo [sic], raíz de quiebra barriga y miel de abeja [...] y que también á sus clientes receta vevidas [sic] de ruda de castilla con miel de abeja [...] que no tenía conocimiento ni se fijo del embarazo en que estuviera la [O.R.] cuando le pidió la receta [...] que por el conocimiento que tiene dichas vevidas [sic] no son abortivas y ni se las dió a sabiendas que eran propias para un parto prematuro (A.H.J.M, documento 2286:27).

El fiscal solicitó poner en claro la conducta de la sindicada. Además, las personas “[...] que vieron el niño dirán aproximadamente que tamaño tenía y que meses de gestación le calcularon [...] Las personas que estuvieron más cerca de la [O.R.] en los días del suceso dirán que impresiones notaron ella: si de alegría y cómo la manifestaba; si de dolor en que lo dejaba conocer” (A.H.J.M, documento 2286:23v). Es cierto que la sindicada O.R. afirmó que el niño había nacido muerto por no ser de tiempo a causa de los sufrimientos morales que tuvo durante el embarazo, y que trató de ocultarlo hasta de las personas de su misma familia; pero este hecho muestra, por un lado, cierto conocimiento jurídico por parte de la sindicada, y por otro lado, el norte del proceso conforme a la lógica del razonamiento del fiscal:

Por allá en el mes de Noviembre del año próximo pasado, tuvo un aborto la sindicada [O.R.] al decir de muchos testigos y de la misma [O.R.] quien asegura que el fruto de su vientre no era de término- **Ahora lo que importa saber es si ese aborto fué natural, ó si fué procurado a sabiendas por la sindicada u otra persona**- de autos consta que la [O.R.] tomaba brevajes y yerbas, con el objeto, según dice ella, de aliviar las dolencias que la aquejaban, independientes del embarazo; y otros testigos creen que tales bebidas se las procuraba la paciente con el designio de provocarse un aborto- **Tal vez abrigó ese mal pensamiento; pero como facultativos competentes han dicho que tales yerbas carecen de propiedades abortivas, es evidente que el aborto de la sindicada [no]fué provocado, ni hubo tampoco tentativa de este delito, porque los actos exteriores que ejecutó la [O.R.] no podían preparar la ejecución del delito, ni dar principio á ella.** La ignorancia de las mujeres que recetaron á la sindicada, cuando ésta estaba embarazada, las pone á cubierto del cargo de cómplices en el delito de aborto materia de la presente investigación. Procurar aborto por medio de bebidas o yerbas es cosa

comprensible para personas que ni siquiera están iniciadas en los secretos inferiores de la ciencia- Por tanto, soy de concepto que Ud. debe dictar auto de sobreseimiento en este sumario [...] (A.H.J.M, documento 2286:31v,32).¹⁸

La medicina legal no muestra una jurisprudencia médica unificada y por eso en el caso de los delitos contra las buenas costumbres, Putnam había mostrado que los médicos legistas no coincidían en sus comprensiones de algunos temas. En el caso de los abortos es posible, además, que se trate de distintas situaciones y por eso la historiadora Libia Restrepo afirma que los médicos al ser consultados sobre la efectividad de los medicamentos suministrados a una sindicada para producir un aborto “[...] contestaban “no”, “quien sabe” o “tal vez” porque ellos no lo podían asegurar [...]” (Restrepo, Libia, 2004:126). En este sumario el Juez 2º Superior consideró que no había cuerpo del delito y decidió el asunto con un sobreseimiento que fue confirmado por el tribunal.

En la segunda década del siglo XX, cuando ya estaba instalado un dispositivo médico legal en Antioquia (del Valle, Piedad, 2008) la Inspección 2ª Municipal conoció del grave maltratamiento propinado por un cochero a A.A., mujer embarazada. En este expediente actuaron los doctores Jorge Saénz y Juan Uribe como médicos legistas, quienes dictaminaron: “hemos reconocido á [A.A.] quien sufrió grandes traumatismos en todo el cuerpo que le han producido principio de un aborto, pues la ofendida tenía unos cinco meses de embarazo [...]” (A.H.J.M. documento 10490:1v). El inspector recibió la declaración de A.A. en el hospital, quien aseveró que buscó al sindicato con el fin de obtener dinero para su subsistencia y la de una niña de 4 años, hija de ambos, pero “[...] por varias ocasiones me dio con dicho foete [sic] en las caderas, por cuya razón esa misma noche tuve un flujo de sangre en abundancia [...]” (A.H.J.M. documento 10490:2v). Más tarde, los médicos legistas confirmaron el aborto como consecuencia de los golpes recibidos. Sin embargo, el juez declaró: “No puede, empero, enjuiciarse directamente al sindicato de autos [E.G.] porque la prueba que existe contra él no reúne las condiciones que requiere el art 1627 del código judicial” (A.H.J.M. documento 10490:24). Pero como se corroboraron varios de los dichos de la ofendida “[...] dan campo para llamar un jurado de acusación como auxiliar de la justicia [...] para que decida si hay mérito para declarar con lugar a formación de causa contra [E.G.] por el delito de aborto [...]” (A.H.J.M. documento 10490:24v,25). Fueron entonces los jurados, quienes en reunión secreta decidieron la suerte del sumario al no encontrar ningún delito que diera lugar a formación de causa criminal contra E.G. (A.H.J.M. documento 10490:28v). Por esta razón, el juzgado “sobresee en el procedimiento”.

18 Negrilla fuera del texto.

Refiriéndose a los infanticidios en el orden legal, Libia Restrepo afirma: “Para llegar a la verdad era necesario seguir unas formas y adaptarse a unas reglas, el poder jurídico requería ser complementado con otro saber no jurídico – más bien obstétrico– y en ausencia de éste tuvo que apelar a pruebas morales [...]” (Restrepo, Libia Josefa, 2004:115).

Los testimonios y denuncias fragmentados que se presentaban ante la justicia eran obra de aquellos que ocupaban una posición como guardianes de la moral y cumplían una tarea colectiva fundamentada en rumores maledicentes y chismes [Aquí cita a Beatriz Patiño Millán] en relaciones de oposición cotidianas entre vecinos “reparones” y vengativos que vivían pendientes de ver y saber en qué momento se “desocupaba” una joven soltera “sin fundamento” [...] Después de recibir una denuncia las autoridades civiles debían comprobar el hecho y encontrar la prueba real del delito y para ello necesitaban ver el cuerpo de la víctima o los despojos del feto. Lo excepcional era que se hallara el cadáver porque las mujeres lo enterraban, lo ocultaban entre rastros [...] y dejaban sólo trozos inútiles para un examen pericial [...] Pero el proceso se daba por terminado únicamente si la sindicada era de buena conducta y siempre que no se lograra comprobar que tenía intenciones infanticidas (Restrepo, 2004: 117).

Pero los procesos revisados muestran no sólo la importancia de la prueba, sino que la moral tiene otro lugar en el orden procedimental penal. Es cierto que la intención tiene mucha relevancia, pero ésta sólo puede hacerse explícita a través de la prueba. Es posible que estén en juego algunos de los elementos enunciados por Restrepo como el chisme y el rumor, pero podría arriesgarse que en realidad está en juego una forma particular de interés: el que generaba la conmoción por algunos hechos, como la muerte de un recién nacido, que explicaría en parte por qué en estos procedimientos se observa, en general, tanta diligencia.

Un proceso iniciado en 1885, ante la Alcaldía Civil y Militar de Donmatías arroja un diagnóstico importante sobre varios tópicos en un momento en el que no se ha creado la Academia de Medicina de Medellín, ni han sido dictadas algunas normas legales, razón que explica la existencia de funcionarios con otras denominaciones:

Teniéndose noticias fidedignas de que se ha hallado dentro de la quebrada “Donmatías”, en el punto que recorre el área del poblado, un niño ahogado, que ha sido arrojado allí, se resuelve: Instrúyase el correspondiente sumario, para averiguar el delito de infanticidio perpetrado, y el responsable ó responsables del hecho. Al efecto, hágase reconocer la criatura por los señores Doctores Rodolfo Leal y J. Nemecio Arango P. y Camilo M. Macías [...] que se nombran peritos al efecto [...] Hallándose enfermo el señor Doctor Rodolfo Leal, comuníquesele el nombramiento por medio de una nota, suplicándole se digne acceder al desempeño de la comision (A.H.J.M. documento 1777:1).

En este sumario intervinieron peritos médicos, quienes reconocieron “[...] el cadaver de un niño recién nacido y de término, al cual extrajeron [sic] los pulmones [...] el niño murió después haber [sic] respirado, puesto que los pulmones sobrenadaban siempre (A.H.J.M. documento 1777: 3v, 4). A continuación la Jefatura Municipal de Donmatías ordenó practicar el reconocimiento de la sindicada B.C. “por personas prácticas en obstetricia”. Las peritas reconocedoras encontraron en el cuerpo de B.C. señales de un parto reciente. Ahora bien, parte de los testigos declararon sobre la buena conducta de B.C. a pesar de que algunos afirmaron saber que ésta se encontraba en “estado interesante”. Sin embargo, para algunos estar “gruesa” era igual a “caer en desgracia”. En la indagatoria a B.C. el funcionario preguntó si se había arrojado el niño al agua para ocultar la vergüenza y el deshonor de la madre (A.H.J.M. Cfr. documento 1777:6v), hecho muy significativo porque se corresponde con el artículo 616 del Código Penal que establecía una pena menor para la madre que, por ocultar su deshonor, matara al hijo que no hubiera cumplido tres días de nacido. Se observa también cierta correspondencia entre el estatuto criminal y el discurso médico-legal. Pero como en este proceso existían muchos indicios graves contra la sindicada, el funcionario ordenó reducirla a prisión. En Medellín, la fiscalía elogió el celo del funcionario instructor,¹⁹ encontró inconducentes muchas de las declaraciones, y afirmó que estaba comprobado el cuerpo del delito. Pero no encontró ninguna prueba sólida que comprometiera a B.C. y, por lo tanto, no estaba acreditado “quién ó quiénes eran las personas responsables del crimen”. El fiscal razonaba:

La sospecha que se desprende contra la [B.C.] consiste en una flaca inducción [...] tomando por base el hecho de haber sido arrojado su hijo á la quebrada de “Donmatías”, al día siguiente (el 15) por la mañana [...] á afirmar que tuvo parte importante en el infanticidio por cuanto la víspera conversaba á solas con su madre en un corredor de la casa en que estaban hospedadas; conversación que duró un cuarto de hora. Bien se comprende, señor juez, que no podemos levantar el edificio de la culpabilidad sobre base tan [ilegible] En puridad de la verdad ninguna relación estrecha [ilegible] acaso ni remota, liga las premisas con la conclusión; y sólo un espíritu poco familiarizado con las nociones de una justicia [...] podría fallar con aquel dato acerca de la participación de la [B.C.] en el hecho que nos ocupa [el fiscal ve como autora a la madre de la sindicada y señala que contra ésta hay muchos indicios, que cumplen con las exigencias del Código Judicial]” (A.H.J.M. documento 1777:33).

19 La declaración de un testigo puede ayudar a entender por qué algunos sumarios eran atendidos con celo por los funcionarios instructores: “[...] yo no fui á la cita, por que comprendí que esa señora solo trataría de justificarse ante mí con respecto al hecho que se investigaba contra ella y su hija [B.C.] pues ella sabía que yo era quien le indicaba al funcionario de instrucción todo lo que debía hacer en la secuela del sumario para perfeccionar éste y establecer bien el hecho y los responsables [...]” (A.H.J.M. documento 1777:40v).

El juzgado ordenó reducir a prisión a la madre de B.C., comprobar su conducta y averiguar si las sindicadas no tenían otro medio, distinto al infanticidio, para ocultar la fragilidad de B.C. (A.H.J.M. Cfr. documento 1777:35). Resulta también importante la declaración de algunos testigos, quienes afirmaron que las sindicadas “[...] hubieran podido ocultar la “fragilidad” de [B.C.] sin necesidad de cometer el crimen, dando el recién nacido a otra persona [...]” (A.H.J.M. documento 1777: 42 v, 43). En este trámite la actuación de Pascual Maya, nombrado defensor por las sindicadas, resulta sorprendente no sólo porque Maya parece lego, es decir, sin diploma en el campo del derecho, sino por su esmero en el encargo. El fiscal encontró que la prueba estaba incompleta y solicitó otras, entre ellas otro dictamen médico-legal para completar la información. Entre tanto, Maya envió un memorial alegando que su defendida B.C. era soltera y de vida recatada, y discutió la cientificidad de la docimasia pulmonar practicada por los peritos. También citó al jurisperito español Joaquín Escriche:

[...] Hay sin duda mujeres desnaturalizadas que desoyendo la voz de de la humanidad [...] ese instinto vivo y poderoso que la naturaleza ha jurado en casi todas las madres, meditan á sangre fria y llevan á cabo la muerte de sus propios hijos; pero hay tambien mujeres amables y virtuosas que habiendo tenido la desgracia de olvidar un momento su virtud, no pueden sostener la idea de ser [ilegible] y arden por conservar su reputación: ellas no se sienten con bastante valor para guardar y conservar su infamia; y á medida que van perdiendo la esperanza de haberse equivocado en el juicio de su preñez ó se librasen de su temor por algun repentino accidente, y ven aumentarse de día en día y acercarse el peligro, se llenan mas de espanto y desesperación, y quizá recurririan al suicidio sino [ilegible] acción habria de motivar la formación de un proceso que desde luego descubriría lo que ellas desean tanto tener secreto. En esta perplejidad, en que ni aún se presenta á su imaginación la idea de dar muerte á su hijo, forman diversos planes para ocultar su nacimiento, buscan los medios de vencer las dificultades que les brotan por todas partes, y sorprendidas de repente por los dolores del parto, huyen adonde las lleva su confusión, dan á luz lejos de todo auxilio [sic], el parto de su debilidad, pierden el sentido en la fuerza de sus padecimientos y de su vergüenza, y cuando vuelven en sí casi sin saber lo que les ha pasado, encuentran una criatura que acaba de dar el último suspiro ¿será extraño que entonces traten de ocultar su secreto, que salven de cualquier modo su reputación que hagan desaparecer todo vestigio [sic] de semejante acontecimiento? ¿No será posible tambien que en una situación tan apurada como nueva para ellas, en su estado de aturdimiento y de terror, en su ajitación [sic] por la idea espantosa de su [ilegible] pierdan momentáneamente la razón y caigan en una especie de locura accidental que las precipite en un exceso del que despues ellas mismas se horroricen? (A.H.J.M. documento 1777:54v, 55).

El defensor hizo un análisis juicioso de las exigencias probatorias, un juego lógico del por qué no se articulaban las premisas con la conclusión, y agregó: “[...] La mujer es infanticida ó filicida por temor á la afrenta y por otros muchos temores, pero casi siempre por temor; y, cuando no es por temor, es porque no es, naturalmente, capaz de amar. En nosotros, simples mortales, nada puede destruir el amor paternal y maternal cuando la naturaleza nos lo ha dado; y nada puede dárnoslo, cuando no lo tenemos” (A.H.J.M. documento 1777:62v). Además, llamó a declarar a ciudadanos como el doctor Andrés Posada Arango, quien presentó su propio dictamen médico-legal:

[...] No es posible, con los escasos datos que suministra el proceso, juzgar cuál pudo ser la causa de la muerte de la criatura; pero si se considera que no habia trazos de violencia alguna; que el cordon umbilical no habia sido cortado, y que de parte de [B.C.] tampoco hubo hemorragia notable (según el informe que obtuvo el perito), que pudieron explicar la muerte por pérdida de sangre, parece probable que haya muerto por asfixia; pero aun en este caso queda por averiguar si hubo infanticidio por comisión ó por omisión, es decir, si hubo oclusión voluntaria de la boca, envoltura en ropas, ó simplemente descuido, abandono. Sólo el interés que habia en ocultar el hecho, por ser soltera la madre, puede hacer optar por la primera imposicion, mas bien que por la última [...] Ni la planta que se ha enviado con el nombre de pereira, y que es de botánica el *Tropeohis majus*, ni el rábano ni la verbena de que le hicieron aplicaciones á [B.C.] tienen la accion abortiva que se les supone. Ningún mal efecto podían producir en la madre ni en la criatura que aquella llevaba en su seno (A.H.J.M. documento 1777: 74,74v).

Pero el juzgado encontró que no existía dictamen pericial científico en el sentido en que éste no resolvió todas las cuestiones involucradas en la muerte del niño, además, “[...] está probado que la conducta anterior de la [B.C.] joven como de diez y seis años, era buena: que su madre era celosa de la honra de ella [...]” (A.H.J.M. documento 1777:84v). El juez ordenó entonces sobreseer a B.C. y convocó jurado de acusación para que éste resolviera si debía enjuiciarse a la madre de ésta por el hecho criminoso. Maya siguió al frente del proceso, asumió la defensa de la madre de B.C., llamó a declarar a otros médicos y a dos ciudadanos que ejercían como abogados, Francisco de Paula Muñoz y Nicolás Mendoza, “[...] para que como hábiles criminalistas declaren sobre las exigencias legales del delito de infanticidio” (A.H.J.M. documento 1777:98)

[Declaración de Muñoz] en su experiencia en el ejercicio del Ministerio Público por muchos años, ha visto de todo en esa materia. Los sobreseimientos absolutos ó condicionales provienen siempre de la presencia de prueba legal, segun la tarifa de [ilegible] conforme á los códigos; pero que conoce muchos casos en que se sobresee, teniendo el juez la convicción moral de la culpa-

bilidad del sindicado; y mas tarde el jurado condena en virtud de esa misma convicción que adquiere por su parte. En todo caso, añade el declarante, la comprobación imperfecta ó incompleta del cuerpo del delito, es un grave motivo de duda para la [conciencia] y tanto el juez de derecho como el de hecho deben vacilar mucho para dictar un fallo condenatorio. Para dictarlo estima necesario que las otras pruebas reemplacen esa grave deficiencia, de una manera evidente é indubitable” (A.H.J.M. documento 1777:105v, 106).

El jurado declaró que la madre de B.C. era autora principal conforme al Código Penal y el juzgado encontró que “esa resolución no era notoriamente injusta, que la reo era ignorante, pobre, de buena conducta anterior y esta la primera causa que se le ha seguido por lo cual es justo calificar la culpa en tercer grado” (A.H.J.M. documento 1777:133v).

Consideraciones finales. Nudos en la red del poder

Los expedientes consultados muestran en su conjunto que los funcionarios judiciales atendían a las exigencias probatorias en los términos de las reglas que regían el enjuiciamiento criminal, que exigían demostrar los elementos de la conducta criminosa y atendían, además, a las denominadas “circunstancias agravantes y atenuantes” consagradas en el artículo 117 del Código Penal, entre las cuales estaban “[...] El ser el primer delito y haber sido constantemente buena la conducta anterior del delincuente [...]” (Rodríguez Piñeres, Eduardo, 1927:789-790) como se acreditó en varios de los procesos consultados. En estas condiciones, la moral era importante en estos procedimientos criminales, pero no tiene el lugar que algunas investigaciones le atribuyen. Si los componentes de la moral cristiana tuvieron una fuerte influencia en Antioquia y posiblemente en los funcionarios judiciales, “[...] Todos esos elementos negativos – prohibiciones, rechazos, censuras, denegaciones- [...] sólo son piezas que tienen un papel local y táctico que desempeñar en una puesta en discurso, en una técnica de poder, en una voluntad de saber que están lejos de reducirse a dichos elementos” (Foucault, Michel, 2005:20). Esa moral entonces no dominó los procedimientos correspondientes a los delitos de abortos e infanticidios. Una historia de estos delitos y de los delitos con componentes sexuales no sólo es una historia secreta en lo relacionado con las conductas individuales, particularmente las de las mujeres, sino una historia secreta del poder. De esta manera, también se acreditó la importancia del dictamen médico-legal en los procesos consultados, pero quedó claro que éste era sólo uno de los elementos del conjunto probatorio y en muchas oportunidades se alegó que no estaba completo y, por lo tanto, que carecía del contenido científico que le era propio. Pero esa larga serie de sobreseimientos que se observa tanto en los abortos como en los delitos con componentes sexuales obliga a buscar una explicación más allá de lo local, porque los cimientos legales parecen tener otro norte:

[Según el penalista Pedro Dorado, desde Beccaria, la escuela clásica del derecho venía trabajando en dulcificar las penas] De ahí que esos Tribunales de derecho, no solamente absuelvan, por lo regular, cuando actúan sin Jurado, tanto por lo menos como éste, y absuelvan con extraordinaria facilidad, no bien se les ofrece cualquier duda, no bien la prueba resulta algo defectuosa, y aunque la inocencia del procesado esté sumamente oscura; sino que cuando los preceptos legislativos les dejan alguna amplitud- concediéndoles, v.g., expresamente facultades para resolver ciertos puntos con arreglo á su prudente arbitrio, ó dejándoles libertad para aplicar la pena aplicable, con sólo que no pase ésta de un máximo dado (Código holandés), ó de un máximo y un mínimo (la generalidad de los códigos vigentes) -casi infaliblemente la ejercitan en el sentido de la lenidad (Dorado Pedro, 1915: 298).

Dorado encuentra en la base de las codificaciones procedimentales penales modernas una afirmación de la personalidad individual y, por lo tanto, un andamiaje que apunta a la garantía de la libertad de los individuos (Cf. Dorado Pedro, 1915: 309,397). Este juriconsulto encontró decadente el sistema penal dominante, decadencia a la que contribuyó el procedimiento penal: “Las formas del procedimiento criminal, sabiamente concebidas y fielmente observadas, son *más importantes*, desde muchos puntos de vista, *que una penalidad perfectamente apropiada á los delitos*. En las formas consiste toda la garantía de no ser acusado y condenado sin ser culpable [...]” (Dorado, Pedro, 1915:309).

A pesar de que en el ordenamiento legal colombiano son visibles categorías morales religiosas, los expedientes criminales consultados permiten concluir que este registro no fue determinante en las decisiones judiciales, y que éstas atendieron, en principio, a la rigurosidad formal consagrada en la legislación colombiana, que explicaría en parte los numerosos sobreseimientos.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA, Mario. La pena de muerte. Una propuesta permanente. En: Análisis político. Bogotá. N° 26 (sep-dic.1995): 3-6.
- BADINTER, Elizabeth. ¿Existe el instinto maternal? Historia del amor maternal. Siglos XVII al XX. Barcelona: Paidós, 1991.
- BARRETO, Leoncio. Prontuario de Medicina legal y Jurisprudencia Médica. Bogotá: Imprenta “La Comercial”, 1890.
- CANGUILHEM, Georges. Ideología y racionalidad en la historia de las ciencias. En: GÓMEZ, María Cecilia (trad). Traducciones historia de la biología. Investigaciones en epistemología biológica y médica. N° 6. Facultad de Ciencias Humanas y Económicas. Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín, 1998.

- CÁRDENAS, Parmenio y otros. Exposición de motivos de la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios. En: CÁRDENAS, Parmenio y otros. Código Penal, leyes 95 y 205 de 1936, artículo 13 de la ley 124 de 1937 y decreto legislativo número 2300 de 1936, Código de Procedimiento penal, ley 94 de 1938 y decretos legislativos números 1111,1699 de 1938. República de Colombia. Ministerio de Gobierno. Bogotá: Imprenta Nacional. 1938.
- CARDONA RODAS, Hilderman y VÁSQUEZ VALENCIA, María Fernanda. Scientia sexualis: Los goces prohibidos de la carne. En: Co-herencia. Medellín. Vol. 3, julio-diciembre de 2006: pp. 21-38.
- DEL VALLE MONTOYA, Piedad. El poder del saber médico en el proceso de medicalización de la Justicia en Antioquia 1887-1914. Medellín: Tesis de Maestría en Historia. Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín, 2008.
- DORADO, Pedro. El derecho protector de los criminales, Estudios de Derecho Penal Preventivo. Madrid, 1915.
- FOUCAULT, Michel. Historia de la sexualidad 1. La voluntad de saber. México: Siglo XXI, 2005.
- FOUCAULT, Michel. Historia de la sexualidad 2. El uso de los placeres. México: Siglo XXI, 2007.
- GUTIÉRREZ, Natalia. “Madres Verdugos”: delitos de aborto e infanticidio en Antioquia, 1890-1930. Trabajo de grado en historia. Medellín: Universidad de Antioquia, 2009.
- MANZINI, Vincenzo. Delitos contra la libertad y el honor sexuales. s.l: Editorial Temis. s.f.
- MELO GONZÁLEZ, Blanca Judith. Fuerza y violencia, estupro y raptos en Antioquia 1890-1936. Medellín: Tesis de Maestría en Historia. Universidad Nacional, 1998.
- OBREGÓN TORRES, Diana. Sociedades Científicas en Colombia. La invención de una tradición 1859-1936. Bogotá: Banco de la República, 1992
- PUTNAM, Carlos E. Tratado Práctico de Medicina Legal en relación con la Legislación Penal y Procedimental del País. Bogotá: Imprenta de Antonio M. Silvestre, 1896.
- RESTREPO, Libia. Médicos y Comadronas o el arte de los partos. La Obstetricia y la Ginecología en Antioquia 1870-1930. Medellín: IDEA, 2004.
- RODRÍGUEZ PIÑERES, Eduardo. Constitución y Códigos de Colombia. Bogotá: Librería Americana, 1927.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. Juristas del siglo XIX. [citado 04-06-2010], disponible en internet: www.unav.es/derecho/biblioteca.../pso_vincenzo_manzini.pdf
- Expedientes. Archivo Histórico Judicial. Universidad Nacional de Colombia. Sede Medellín: Documentos N°: 10490, 1777, 2209, 2212, 2286, 645, 654, 9078.



Autora: Alejandra Echeverri Jaramillo

Título: Miles Davis

Técnica: Óleo con espátula

Dimensiones: 100 x 70

Año: 2008

EL ENFOQUE DE LA GOBERNANZA EN EL ESTUDIO DE LA TRANSFORMACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: LIMITACIONES, RETOS Y OPORTUNIDADES*

* Este artículo es resultado parcial del trabajo de investigación “La Gobernanza Urbana en América Latina. Retos y oportunidades de un nuevo enfoque”, elaborado en el programa de Doctorado Ciencia Política y de la Administración: Pensar y Gobernar la Sociedades Complejas de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Fecha de recepción: 15 de abril de 2010

Fecha de aprobación: 20 de mayo de 2010

EL ENFOQUE DE LA GOBERNANZA EN EL ESTUDIO DE LA TRANSFORMACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: LIMITACIONES, RETOS Y OPORTUNIDADES

*Ana Victoria Vásquez Cárdenas***

RESUMEN

El enfoque de la gobernanza tiene un gran potencial para el estudio de las transformaciones de las políticas públicas en América Latina, en tanto puede contribuir a revelar las formas emergentes de interacción público-privada en el tratamiento de problemas colectivos. Sin embargo, el hecho de que en ese enfoque tenga preponderancia una visión positiva del objeto de estudio, dificulta su uso en la descripción y análisis de tales transformaciones en contextos diferentes a los del mundo desarrollado, en los cuales suelen no estar presentes características que presupone el enfoque: la horizontalidad de las relaciones, la cooperación, la ausencia del conflicto, o la confianza entre actores en las prácticas de gobernanza.

Teniendo en cuenta lo anterior, este artículo plantea que, con la finalidad de que la aproximación de la gobernanza pueda ser usada para describir y analizar las transformaciones de las políticas públicas en contextos como los propios de América Latina, es necesario ampliar su perspectiva en varios sentidos que se enunciarán al final del texto.

Palabras clave: Gobernanza y políticas públicas, enfoque de la gobernanza, gobernanza en América Latina, condicionamientos de la gobernanza.

THE FOCUS OF THE GOVERNANCE IN THE STUDY OF THE TRANSFORMATION OF THE PUBLIC POLITICS: LIMITATIONS, CHALLENGES AND OPPORTUNITIES

ABSTRACT

The focus of the governance has a big potential for the study of the transformations of the public politics in Latin America, while can contribute to reveal the emergent forms of public- private interaction in the treatment of collectives problems. However, the fact of that in this focus has preponderance a positive vision of the object of study, difficult its uses in the description and analysis of those transformations in different contexts to the contexts of the develop world, in which doesn't used to be presents characteristics that presupposes the focus: the horizontality of the relations, the cooperation, the absence of the conflict, or confidence between actors in the governance practices.

Having in count the last, this article raises that, with the purpose of that the approximation of the governance can be used for describe and analyze transformations of the public politics in the contexts how Latin America, is necessary extends the perspective in several directions that will be formulate at the end of the text.

Keywords: Governance and public politics, focus of the governance, governance in Latin America, conditionings of the governance.

** Profesora Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Antioquia, miembro del grupo de Investigación Derecho y Sociedad de la misma institución. Magíster en Ciencia Política del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia. Estudiante del doctorado Ciencia Política y de la Administración, Universidad Autónoma de Barcelona. Correo electrónico: anavas67@gmail.com

EL ENFOQUE DE LA GOBERNANZA EN EL ESTUDIO DE LA TRANSFORMACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: LIMITACIONES, RETOS Y OPORTUNIDADES

1. INTRODUCCIÓN

El enfoque de la gobernanza tiene un gran potencial para describir y analizar las transformaciones de la política y de las políticas públicas en América Latina, en tanto contribuye a revelar nuevas formas de interacción público-privada en el tratamiento de problemas colectivos complejos. La gobernanza, especialmente ligada al estudio de las redes de políticas públicas, abre la posibilidad de entender mejor las relaciones de poder presentes en tales formas de interacción y las modalidades que asumen, así como el papel jugado por los organismos estatales, especialmente por los gobiernos.

No obstante sus ventajas, el enfoque podría correr el riesgo de no tener suficiente poder analítico por no reconocer, o incluso hacer invisibles, ciertas características que determinan el ejercicio del poder y las formas de interacción entre actores públicos y privados en América Latina.

En mi criterio, con la finalidad de que la aproximación de la gobernanza pueda ser usada para describir y analizar las transformaciones del gobierno en contextos diferentes a los del mundo desarrollado, se requiere ampliar su perspectiva en varios sentidos: en un sentido analítico, que permita explorar las relaciones de conflicto y asimetría intensas entre los actores en el espacio de la gobernanza; en un sentido sustancial, para dar cuenta de los intereses y valores que se definen en el marco de la gobernanza; y en el sentido de los condicionamientos, para explorar las condicionantes estructurales y específicas de la gobernanza, yendo más allá de los factores de orden global, y fijarse también en los factores de orden regional y local.

En este artículo abordaré los aspectos centrales de la narrativa de la gobernanza en Europa, luego mostraré los puntos fuertes y débiles del enfoque y, finalmente, plantearé de qué manera es necesario ampliar las perspectivas de dicha aproximación.

2. LA NARRATIVA DE LA GOBERNANZA EN EUROPA

El concepto de gobernanza se caracteriza no sólo por su polisemia, sino también por poseer un cierto grado de vaguedad y ser utilizado con diversos usos o intenciones (Rhodes, 1996 y 1997; Mayntz, 1998; Hirst, 2000). Una clave para evitar confusiones conceptuales es distinguir la gobernanza como *fenómeno*, de la gobernanza como *aproximación o enfoque*.

En el primer caso hablamos de gobernanza como un término que alude a un estado de cosas, situación o conjunto de prácticas dentro del mundo de la política, y que por su relevancia, se constituye o reconoce como un objeto de estudio. En el segundo caso, hablamos de un discurso sobre tal objeto, que, o bien puede tener un carácter eminentemente normativo e implícitamente ideológico, o bien puede configurar una aproximación o enfoque académico, con pretensiones de cientificidad (descriptivas y analíticas).

El enfoque de la gobernanza en el campo de la ciencia política y concretamente en materia de políticas públicas, en su sentido descriptivo y analítico, ha tenido sus mayores desarrollos en Europa. Es posible reconocer diferentes tradiciones: desde Alemania han sido relevantes los trabajos de autores pertenecientes al instituto Max-Planck, como Mayntz y Scharpf; desde Holanda las contribuciones de Kooiman, Klijn y Kickert; y desde Inglaterra han sobresalido, entre otros, Rhodes, Peters, Pierre y Stoker. Autores españoles como Subirats, Prats, Borja y Castells retoman en sus estudios elementos del enfoque de la gobernanza.

La gobernanza, como fenómeno constitutivo de un nuevo objeto de estudio de la ciencia política puede sintetizarse en tres características (Blanco y Gomá, 2006):

- **La complejidad como elemento intrínseco al proceso de formulación de políticas públicas.** El paradigma de la gobernanza reconoce que los problemas que enfrentan las políticas públicas son de carácter complejo y dinámico, pueden ser diagnosticados y definidos desde múltiples perspectivas e involucran una variedad de actores y colectivos sociales. Lo anterior se traduce en diagnósticos y soluciones más comprehensivas y también en el desarrollo del sentido de la corresponsabilidad entre las diversas partes implicadas.
- **Participación de actores diversos en el marco de redes plurales.** La gobernanza se configura sobre la base de redes que incluyen varios niveles de gobierno y de la administración (en un sentido vertical), múltiples áreas, departamentos y sectores (en un sentido horizontal) y simultáneamente actores no institucionales, como empresas, organizaciones y movimientos sociales (involucra tanto el interior como el exterior de las instituciones).

- **Nueva posición de los poderes públicos en los procesos de gobierno, adopción de nuevos roles y desarrollo de nuevos instrumentos orientados a la gestión de redes.** La gobernanza desdibuja el control institucional jerárquico, razón por la cual modifica de hecho el papel del gobierno, al que le corresponde coordinar y liderar el conjunto de la red. Priman entonces capacidades como la influencia y la habilidad para establecer un marco común para la cooperación de los múltiples actores. Para ello es necesario desarrollar nuevos instrumentos de gestión.

La gobernanza está asociada a la existencia de redes de políticas públicas¹. Las redes representan el corazón analítico de la noción de gobernanza (Rhodes 2000: 60).

En la siguiente tabla sintetizo las implicaciones que la aproximación estudiada reconoce en la transformación del gobierno tradicional en gobernanza. Tengo en cuenta los cambios en relación con las políticas públicas, así como también los cambios en el marco más general de la política.

TABLA 1: DEL GOBIERNO A LA GOBERNANZA

Criterios de comparación	Gobierno tradicional	Gobernanza
Origen de los actores	Estado	Estado y sociedad civil (incluidos actores económicos)
Sectores	Público	Público, privado (económico), voluntario (tercer sector)
Estructuras	Burocracia	Redes y partenariados
Niveles institucionales involucrados en las políticas públicas	Uno	Varios
Asignación de competencias	Competencias expresas y cerradas. Cláusula general de competencias para el Estado central.	Asignación de competencias abierta – concertación-. Cláusula general de competencias para los municipios.

¹ El concepto de redes de políticas públicas (“policy networks”), de acuerdo a la interpretación de Rhodes, está referido a conjuntos de vínculos institucionales formales e informales entre actores gubernamentales y no gubernamentales, estructurados alrededor de intereses compartidos en la hechura de políticas públicas y en la implementación de las mismas. Dichas instituciones son interdependientes. Las políticas públicas son así el resultado de la negociación entre los miembros de las redes (Rhodes, 2006; Rhodes, 2007).

Criterios de comparación	Gobierno tradicional	Gobernanza
Asignación de competencias	Competencias residuales para los municipios.	Subsidiariedad para los niveles superiores.
Problemas de políticas públicas	Baja complejidad	Alta complejidad
Principios de actuación	Jerarquía y autoridad	Coordinación, negociación
Mecanismos de actuación pública	Prestación de servicios públicos. Coercibilidad	Estrategias de gestión
Roles del Estado	Proveer, mandar, controlar	Liderar, conducir, habilitar, facilitar, colaborar, coordinar
Toma de decisiones	Procedimientos administrativos. Decisiones unilaterales	Deliberación Decisiones multilaterales
Carácter de las funciones de los municipios	Operativas, residuales	Decisivas, políticas, autónomas, principales
Producción de políticas	Sectorial (especialización)	Multisectorial Transversal
Forma de democracia predominante	Representativa	Participativa
Forma de administración	Centralización	Descentralización
Concepción de poder	Dominación y subordinación	Consensual, coordinación
Ventajas	Legalidad El Estado encarna el interés público Seguridad jurídica Representatividad	Flexibilidad Adaptabilidad Innovación Inclusión Participación

Criterios de comparación	Gobierno tradicional	Gobernanza
Ventajas	Responsabilidad definida Racionalidad	Pluralidad Más recursos y actores disponibles Tratamiento de la complejidad
Desventajas	Inflexibilidad Ineficacia Exclusión Unilateralidad Unidimensionalidad	Incertidumbre Responsabilidad indefinida o difusa Mayor complejidad Problemas de transparencia Problemas de representatividad

La aproximación de la gobernanza reconoce algunas tendencias como posibles explicaciones de la transformación que ha configurado el fenómeno que estudia:

En el mundo europeo un factor determinante ha sido la llamada “europeización”, fruto del proceso de integración de la Unión Europea, cuyas expresiones centrales se notan en la creciente conformación de redes de políticas públicas en torno a sus organismos y un cambio en el balance de poder entre gobiernos subnacionales y nacionales.

Otros factores que además de tener relevancia para Europa, la tienen para el resto del mundo, con mayor o menor énfasis son: la crisis del Estado de Bienestar, que propició la participación del sector privado en la prestación de servicios públicos; el cambio ideológico desde una cultura colectivista hacia una individualista; los nuevos desafíos sustanciales para las políticas públicas; la globalización e internacionalización, que han conducido a la conformación de nuevas formas de relación tanto entre los Estados y el sector privado, como entre éste y las localidades; la transformación hacia el Estado pos-burocrático, en la que tiene un papel central el discurso y modelo de la “nueva gestión pública”, las demandas del sector privado por mayor intervención y participación y los desafíos a los que se ha visto expuesta la democracia tradicional, ante los cuales las autoridades públicas intentan formas alternativas de gobernar, buscan construir vínculos con nuevos grupos de interés e involucrar a una ciudadanía reacia a los procesos representativos (Stoker, 1998; Pierre y Peters, 2000; John, 2001; Le Galès, 2002; Denters y Rose, 2005a).

3. PUNTOS FUERTES Y DÉBILES DEL ENFOQUE DE LA GOBERNANZA

Como puede observarse, el enfoque de la gobernanza muestra muchos aspectos importantes para la comprensión de los cambios de la política y de las políticas públicas del mundo contemporáneo. La contribución de tal aproximación a este campo de estudio reside en brindar un marco que permite organizar y relacionar nuevos fenómenos en el proceso de transformación de la política y de las políticas públicas; ofrece un lenguaje especial y un marco de referencia a través de los cuales puede examinarse esa nueva realidad, pueden plantearse nuevas preguntas y por ende, nuevas perspectivas de análisis (Stoker, 1998).

El enfoque de la gobernanza permite retratar un panorama en el que los Estados, y sus niveles de gobierno, aparecen como insuficientes para dirigir a la sociedad, y en el que los sectores social, económico y cívico, entran en escena con más fuerza que antes. Sea que se asuma que esta realidad refleja el debilitamiento del Estado y el fortalecimiento de la sociedad, o que hay un cambio en los papeles y funciones correspondientes (Aguilar, 2006), lo cierto es que la gobernanza permite sintetizar y analizar tal suerte de transformación.

La gobernanza ilumina un nuevo fenómeno, el gobierno en red, y aunque ya otras aproximaciones habían reconocido la participación de redes en la producción de políticas públicas, la gobernanza avanza respecto de sus antecesoras en tanto reconoce su proliferación en las décadas recientes, enfatiza su carácter multinivel e intersectorial y permite ver la relación de tal proliferación con ciertos factores estructurales.

Pese a lo anterior, es necesario señalar algunas debilidades del enfoque en su intento de dar cuenta de su objeto de estudio, las cuales se agravan cuando de lo que se trata es de estudiar contextos diferentes a los de los países desarrollados.

- Debilidades en el análisis del poder

Las críticas que señalan los problemas de las redes de políticas públicas no son escasas en la literatura, pese a ello, han tenido poca resonancia. En la aproximación de la gobernanza ha primado una visión que reconoce las redes como un tipo de orden institucional innovador, inclusivo, eficiente e importante para la construcción de capital social (Lowndes y Pratchett, 2008).

Entre los problemas que pueden ser advertidos respecto de las redes de políticas públicas están los siguientes: las redes pueden concentrar el poder en camarillas excluyentes, privatizar la actuación pública y crear privilegios, o en otras palabras, pueden cooptar al gobierno y al Estado. En el esquema de redes, la responsabilidad

de la función pública queda dispersa y se dificulta la rendición de cuentas. Los miembros de una red, en su mayoría, no tienen origen en procesos de elección, lo cual cuestiona su legitimidad y la coherencia de las redes con los principios democráticos²; en general, las redes horadan los mecanismos formales de representación democrática. La informalidad, preponderante en ellas, puede ir en contravía de la eficiencia y la racionalidad en la administración pública. Además, pueden ser conservadoras en su impacto en tanto las reglas de juego y el acceso favorezcan los intereses establecidos³. Sin embargo, el enfoque de la gobernanza pareciera no contar con los suficientes elementos para apreciar, en toda su dimensión, tales problemas en el fenómeno que estudia.

La literatura sobre gobernanza generalmente destaca un funcionamiento ideal de las redes, en el cual los actores que las integran identifican intereses complementarios o comunes, poseen valores compartidos y dependencia mutua de recursos. Según esta visión la acción colectiva está fundamentada en relaciones de interdependencia, construidas a partir de la confianza, la lealtad y la reciprocidad; los conflictos son resueltos a través de la diplomacia, mientras que el seguimiento de las reglas acordadas está garantizado porque los miembros tienen en juego su reputación.

Por otra parte, la gobernanza arropa bajo un mismo manto de interpretación distintas situaciones, esto es, diferentes formas de intervención en los asuntos públicos: el involucramiento del sector empresarial, así como también la vinculación del sector comunitario y de la ciudadanía, obviando de manera a veces ingenua o benevolente los desequilibrios de poder.

Además, el enfoque descuida las implicaciones de que tanto los contactos entre los ciudadanos y los gobernantes locales, como los nuevos mecanismos de participación que se engloban dentro de la gobernanza, tienen un alto grado de diferenciación funcional, es decir, se restringen a un campo específico y regularmente a intereses circunscritos y grupos determinados territorial o funcionalmente (Denters y Rose, 2005b: 257). Puede afirmarse entonces que la gobernanza constituye una forma de

-
- 2 Entre los puntos que merecen especial cuidado está lo atinente a quiénes son los llamados a representar los intereses en juego en los espacios de gobernanza: ¿los expertos?, ¿los posibles afectados?, ¿o aquellos que actúan en defensa del interés público o colectivo? Como afirman Font y Blanco (2001: 224): “[...] la cuestión de la representatividad de los participantes no tiene una solución fácil, porque existen distintas concepciones sobre los sectores de la ciudadanía que deben estar representados, y porque los mecanismos para conseguir esa representatividad exigen esfuerzos organizativos, estratégicos y económicos considerables”.
 - 3 Las redes y la gobernanza son objeto de variadas críticas, solo menciono algunas a título ilustrativo; hacen interesantes anotaciones al respecto autores cuya producción está en el centro de la gobernanza como Marsh y Rhodes (1992) y Stoker (1998), otros como Shapiro (2001) evidencian los problemas de la gobernanza no solo desde un punto de vista político sino también jurídico, y otros plantean cuestionamientos de carácter bastante ácido y escéptico como Nieto (2008) y Santos (2007).

gobierno diferenciada o segmentada, que puede posibilitar un margen de maniobra más grande para los actores poderosos, y por ende, engendra bastantes riesgos.

El hecho de que el enfoque de la gobernanza parta de una interpretación positiva del objeto de estudio, hace estrecho el marco de análisis. Esto es así porque las redes pueden tener desequilibrios de poder que quiebran la suposición de horizontalidad; o la interacción puede producirse en términos de conflicto, y no de cooperación, o negociación, o las redes pueden segmentar el escenario de la política. Por consiguiente, asumir apriorísticamente los caracteres positivos de la gobernanza puede hacer invisibles otros rasgos presentes.

- Debilidades en el estudio de los aspectos sustanciales de la gobernanza

Un punto de reflexión que tendría que formularse respecto de la gobernanza es: ¿cuáles son los fines a los que sirve la ampliación de la democracia que ella implica? Y una cuestión entrelazada con dicho punto es la diferencia entre participar y decidir, o al menos incidir en las decisiones.

Una pregunta más abarcadora es si la compleja transformación que pretende describirse con el concepto gobernanza implica cambios relativos en la forma de gobernar o incluye cambios en los fines del gobierno. Brugué, Gomá y Subirats, consideran que lo que se viene transformando son las formas de gobernar, no sus objetivos: “las nuevas formas de gobernación deberían continuar asegurándonos que es posible proseguir un interés colectivo y mediar entre los particulares, ya que si pusiéramos en duda este objetivo no estaríamos hablando de capacidades para gobernar sino de otras cosas” (2002: 410).

La respuesta es satisfactoria en principio, pero no despeja todas las dudas. Pues subsisten inquietudes del siguiente tipo, por ejemplo: si una de las expresiones del cambio de gobierno a gobernanza, en lo que respecta a la política local, es la asunción de nuevas responsabilidades a cargo de los municipios, y entre estas, quizá la que más se destaca es la concerniente a la promoción económica de las ciudades, ¿no implica ello, en el fondo, un cambio en los fines y objetivos del gobierno, que puede desligarlo del fin tradicional de prevalencia del interés público? Y más aún, si una de las claras características de la gobernanza es la activa participación de los agentes económicos privados, ¿qué es lo que hace suponer que siempre estarán comprometidos con el interés público y colectivo y no con el ánimo de lucro?

Otro aspecto de carácter sustancial que puede echarse de menos en el enfoque es que pase por alto los intereses y asuntos de la vida política que no se incluyen en ella; es decir, aquello que no entra en el margen de las negociaciones y decisiones del escenario de la gobernanza, lo que se reserva para los canales tradicionales, o para espacios cerrados, o ni siquiera se “tematiza” para hacer parte de posibles

agendas de políticas públicas que se elaboren y lleven a efecto dentro de las lógicas de la gobernanza. Esta inquietud se inserta en la vieja preocupación de Bachrach y Baratz (1962) sobre las “no decisiones”, originalmente planteada en un contexto de democracia tradicional. Tal cuestionamiento cobra una nueva y mayor relevancia al ser tenido en cuenta para evaluar el alcance de la gobernanza y la amplificación de la participación política que ella supone.

- Debilidades en el estudio de los condicionamientos de la gobernanza

El enfoque de la gobernanza parte de presupuestos no cuestionados. Normalmente asume como presupuestos: la horizontalidad de las relaciones que encarnan las redes y la ausencia de conflicto en ellas. Estos presupuestos a su vez están fincados en otros que no se ponen en tela de discusión, tales como la paz social, un Estado fuerte e institucionalizado, o la presencia de un régimen democrático en sentido pleno.

La aproximación de la gobernanza aborda en términos muy generales los condicionamientos estructurales del fenómeno estudiado y tiende a centrarse en el caso británico. Esto genera dos riesgos: por una parte puede producir que la aproximación tenga la tendencia a extraviarse en la micro-especificidad de las redes de políticas públicas en el estudio de casos determinados, perdiendo la posibilidad de analizar tales casos dentro de su contexto macro y tener en cuenta sus nexos con factores estructurales determinantes. Por otra parte, limita la posibilidad de reconocer la incidencia de las especificidades regionales o por países que condicionan las prácticas de gobernanza.

La suposición de que están presentes condiciones como la confianza, el reconocimiento mutuo, el equilibrio, la disposición a colaborar, etc., quizá, tenga algún sentido o asidero cuando el enfoque se ocupa del estudio de prácticas de gobernanza en los países desarrollados, lo cual es cuestionable en numerosos casos. Pero mucho menos lo tiene, cuando dichas prácticas objeto de análisis, corresponden a los contextos de los países no pertenecientes al mundo desarrollado, signados con la desigualdad y/o la violencia (social y/o política), deficiencias significativas en la configuración de la democracia y de la ciudadanía, instituciones públicas débiles, e incluso, la presencia de órdenes alternos (paradójicamente también organizados en “redes”) que disputan la soberanía del Estado. Situaciones que revierten en que las relaciones políticas se desenvuelvan en términos de mayor grado de complejidad, desequilibrio entre actores, contradicción, desconfianza, escepticismo, o incluso temor.

A mi juicio, estas dificultades y sesgos tienen una relación directa con una deficiencia observable en parte de la literatura dedicada a la gobernanza: la escasa y, en ocasiones, ausente referencia a la relación entre, las características y elementos que la integran, y las transformaciones que dieron lugar a su configuración.

Si bien la gobernanza constituye una aproximación que centra su atención en el cambio del gobierno y de las políticas públicas, y que muestra los factores explicativos de dicho cambio, no parece relacionar suficientemente esos factores con los rasgos del fenómeno y con los distintos modos que puede asumir, ni ser sensible a la detección de condicionamientos y especificidades de los factores desencadenantes en distintas regiones del planeta.

4. LA NECESIDAD DE AMPLIAR EL ENFOQUE DE LA GOBERNANZA

En mi criterio, para que el enfoque de la gobernanza trascienda su visión y pueda ser usado para describir y analizar las transformaciones del gobierno y las políticas públicas en contextos diferentes a los del mundo desarrollado, dando cuenta de los límites, condiciones y riesgos que, como los señalados posee el fenómeno que estudia, es necesario ampliar su perspectiva en varios sentidos:

- En el sentido analítico

En este aspecto considero especialmente relevantes dos dimensiones en el estudio de las redes de políticas públicas: distribución del poder y tipo de interacción. Tener en cuenta estos dos criterios permite evaluar los des-balances de poder y cuestionar la base o presupuestos de visiones de la gobernanza que ocultan aspectos problemáticos como la presencia del conflicto y la desigualdad de recursos. Adam y Kriesi (2007) aportan claridad sobre las diversas alternativas que presentan los criterios señalados en la práctica de las redes. A mi juicio, el resultado de su aplicación permite un análisis más refinado y profundo que el ofrecido por otras tipologías. Así:

Según la **distribución**, el poder puede ser concentrado o fragmentado. La adopción de estas alternativas, como posibles, ciertamente posee un alo de reminiscencia a las posturas enfrentadas del elitismo y el pluralismo, constituyendo el reconocimiento de que la distribución del poder no sigue siempre el mismo patrón.

El **tipo de interacción** está referido a la manera en que se dan las relaciones entre actores y coaliciones de actores; criterio a partir del cual pueden distinguirse tres alternativas: predominio del conflicto/competición, predominio de la negociación/intercambio, y predominio de la cooperación. También esta interpretación ofrece un campo visual más amplio y por consiguiente más cercano a la realidad, en tanto permite enfatizar la posible presencia del conflicto, muchas veces ausente en el discurso de la gobernanza y además, diferenciar entre cooperación y negociación, que son conceptos otras veces equiparados en tal relato.

Al combinar las dos dimensiones, pueden ser derivados seis tipos de redes de políticas públicas. La siguiente tabla resume los modelos resultantes:

TABLA 2: TIPOLOGÍAS DE ESTRUCTURAS DE REDES (ADAM Y KRIESI, 2007: 135)

Distribución de poder	Tipo de Interacción		
	Conflicto	Negociación	Cooperación
Concentración	Dominio	Negociación asimétrica	Cooperación jerárquica
Fragmentación	Competición	Negociación Simétrica	Cooperación horizontal

Profundizando aún más en las dinámicas de las redes, podrían encontrarse posibles explicaciones sobre la variantes y matices en la distribución del poder y en la interacción entre sus integrantes, a partir de tener en cuenta ciertos condicionamientos. Esto es, podría ser apropiado emplear otras variables adicionales para explicar la manera en que, en determinado caso, se encuentra tales dimensiones; por ejemplo: existencia de conexiones preferenciales en algunos de los miembros, acumulación de recursos, existencia de factores de exclusión y autoexclusión, generación de relaciones de dependencia (Skidmore, *et al.*, 2006), que en parte denotan relaciones entre la gobernanza y el capital social. Además, es posible que también incidan la existencia de problemas con la representatividad de los grupos interesados, o la existencia de una brecha entre quienes participan y quienes toman las decisiones o des-balance de recursos, entre otras cuestiones (Lowndes y Sullivan, 2004).

Las herramientas del análisis de redes permiten descifrar cuáles son las características de las redes, cómo operan en ellas las interacciones, qué modalidades asume el poder en ellas. Sin embargo, no aportan suficiente información sobre el *por qué* de la gobernanza ni sobre el *para qué* de la misma. Para trascender dicho nivel, la aproximación estudiada tiene que constituirse como un marco más amplio de análisis que incluya más elementos.

Estos elementos los agrupo en diversas dimensiones, algunas de ellas son útiles en el estudio de los factores de configuración y de los condicionamientos de la gobernanza, aspectos que tienen que ver con el por qué de la gobernanza y de sus características en un determinado contexto, mientras que otras lo son en el examen de las políticas públicas elaboradas a través de procesos y prácticas de gobernanza, esto es, en el para qué de la gobernanza. La propuesta de usar tales dimensiones recoge los aportes de diversos autores que, situados dentro del propio enfoque estudiado tienen una concepción más abierta, plural y sustantiva del mismo, tales como Pierre (1999), DiGaetano y Klemanski (1999), Miller, Dickson y Stoker (2000),

Le Galès (2002), DiGaetano y Strom (2003) y Stoker (2006). Es indispensable ampliar las perspectivas del enfoque de la gobernanza también en esos sentidos:

- **En el sentido de los condicionamientos**

Una adecuada lectura de las expresiones y características de la gobernanza necesariamente debe incluir el estudio de los factores o tendencias que dieron lugar a su configuración y de los condicionamientos a los que están sujetas sus prácticas. Si bien el enfoque de la gobernanza se ha ocupado de los factores que han dado lugar al fenómeno empírico que estudia, no es suficientemente sensible a la diversidad de condicionamientos y factores desencadenantes del fenómeno en distintas regiones del planeta. Considero que las dimensiones más útiles en este sentido son:

La dimensión económico-estructural: que permite evaluar la relación entre cambio económico y política, cambio económico y políticas públicas.

La dimensión político-institucional: relativa a características político-institucionales del contexto específico, a la estructura de la sociedad local y a la institucionalización de la acción colectiva.

La dimensión de los agentes: para evaluar la incidencia sobre la gobernanza de actores específicos, supone la identificación de protagonismos y liderazgos entre otros aspectos.

- **En el sentido sustancial**

La intención es dar cuenta de los intereses y valores que definen el marco de la gobernanza, los cuales se traducen en elecciones de políticas públicas, que a su vez implican que existan perdedores y ganadores. Las dimensiones más relevantes para estos propósitos son:

La dimensión sobre la orientación política: que permite examinar los valores y marco ideológico en que se inscriben determinadas prácticas de gobernanza. En esta dimensión lo central es si hay predominio de una visión individualista, o de una visión que enfatiza lo social (Le Galès, 2002).

La dimensión de los resultados: relativa a los efectos o impactos de las prácticas de gobernanza. Los aspectos a analizar podrían ser: decisiones (y “no decisiones”) derivadas de la gobernanza, efectividad, eficacia, eficiencia y pertinencia de las políticas elaboradas por procesos de gobernanza; identificación de ganadores y perdedores; instrumentación de la gobernanza; resultados del proceso de gobernanza en términos de legitimidad, grado de ampliación de la participación, construcción de capital social, entre otros.

En este artículo destacué las distintas dimensiones relevantes, en el sentido de los condicionamientos de la gobernanza y en el sentido del análisis sustantivo de la misma, sin que ello signifique que deban incluirse simultáneamente en una investigación específica; tener en cuenta una u otra, o varias de ellas, depende de los objetivos de investigación.

CONCLUSIÓN

Los diversos asuntos que señalé como problemáticos en la aproximación de la gobernanza no pueden tener una respuesta *a priori* y definitiva. Hacen evidentes los retos que tiene que superar el enfoque. En mi criterio, justamente para remediar problemas de esa naturaleza pueden ser útiles los elementos del análisis de redes que he destacado como relevantes en el examen de la distribución del poder y de la interacción; las herramientas que incluyen parámetros de análisis sustantivos, así como el examen de los factores de configuración de tal fenómeno empírico y de sus condicionamientos en diversas regiones.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAM, Silke y KRIESI, Hanspeter. The Network Approach. En SABATIER, Paul. (ed.) Theories of the Policy Process. Boulder: Westview Press, 2007, p. 129-154.
- AGUILAR, Luis. Gobernanza y gestión pública. México: Fondo de Cultura Económica, 2006, 500 p.
- AGUILAR, Luis. El aporte de la Política Pública y de la Nueva Gestión Pública a la gobernanza” En: Revista del CLAD Reforma y Democracia, vol. 39 (octubre, 2007). Disponible en <http://www.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reformademocracia/articulos/039-octubre-2007/0057201>.
- BACHRACH, Peter y BARATZ, Morton. Two faces of power. En: American Political Science Review, 56, 4 (diciembre 1962): p. 947-952.
- BLANCO, Ismael y GOMÀ, Ricard. Del gobierno a la gobernanza: retos y oportunidades de un nuevo paradigma. En: Politika: Revista de Ciencias Sociales, No. 2 (diciembre, 2006): p. 11-27.
- BORJA, Jordi y CASTELLS, Manuel Local y global. La gestión de las ciudades en la era de la información, 7ª ed. Madrid: Santillana, 2004, 420 p.
- BÖRTZEL, Tanja. Organising Babylon: on the different conceptions of policy networks. En: Public Administration, 76, (1998) p. 253-273.

- BRUGUÉ, Quim; GOMÀ, Ricard y SUBIRATS, Joan. Conclusiones. La gobernabilidad de las ciudades y los territorios en la sociedad de las redes. En: SUBIRATS, Joan (coord.) Redes, territorios y gobierno: nuevas respuestas locales a los retos de la globalización. Barcelona: Diputación de Barcelona, 2002, p. 405-415.
- CHHOTRAY, Vasudha y STOKER, Gerry. Investigating Governance Practice: the value of across-disciplinary approach. 2008. Disponible en: www.soton.ac.uk/people/stokerg.html.
- DENTERS, Bas y ROSE, Lawrence. Local governance in the Third Millennium: a Brave New World. En: Denters, B y Rose, L. (Eds.). Comparing local governance. Trends and developments. New York: Palgrave Macmillan, 2005a, p. 1-11.
- DENTERS, Bas y ROSE, Lawrence. Towards Local Governance? En Denters, B y Rose, L. (Eds.) Comparing local governance. Trends and developments. New York: Palgrave Macmillan, 2005b, p. 246-261.
- DIGAETANO, Alan y KLEMANSKI, John S. Power and city governance: Comparative perspectives on urban development. Minneapolis: Univ. of Minnesota Press, 1999, 328 p.
- DIGAETANO Alan y STROM, Elizabeth. Comparative Urban Governance: an Integrated Approach. En: Urban Affairs Review, Vol. 38, No. 3, enero, 2003, p. 356-395.
- FONT, Joan y BLANCO, Ismael. Conclusiones. En: FONT, Joan (coord.). Ciudadanos y Decisiones Públicas. Barcelona: Ariel, 2001, p. 219-235.
- HIRST, Paul. Democracy and governance. En: PIERRE, Jon. Debating Governance. Oxford: University Press, 2000, 13-35.
- JESSOP, Bob. The rise of governance and the risks of failure: the case of economic development. En: International Social Sciences Journal, Vol. 50, No. 155, (marzo 1998) p. 29-45.
- JESSOP, Bob. The dynamics of partnership and governance failure, 1999. Disponible en <http://www.comp.lancs.ac.uk/sociology/papers/Jessop-Dynamics-of-Partnership.pdf>
- JOHN, Peter. Local governance in Western Europe. Londres: Sage, 2001, 202 p.
- KICKERT, Walter; KLIJN, Erik-Hans y KOPPENJAN, Joop (eds.) Managing complex networks. Strategies for the Public Sector. Londres: Sage, 1997, 206 p.
- KOOIMAN, Jan (ed). Modern governance. New government-society interactions, Londres, Sage, 1993, 280 p.
- KOOIMAN, Jan. Governing as governance. Londres: Sage, 2003, 249 p.
- LE GALÈS, Patrick. European cities. Social conflicts and governance. Oxford: Oxford University Press, 2002, 328 p.
- LOWNDES, Vivien y PRATCHETT, Lawrence. Public policy and social capital: creating, redistributing or liquidating? En: CASTIGLIONE, Dario, DETH, Jan van y WOLLE,

- Guglielmo (eds.) *The Handbook of Social Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 677-707.
- LOWNDES, Vivien y SULLIVAN Helen. Like a Horse and Carriage or a Fish on a Bicycle: How Well do Local Partnerships and Public Participation go Together? En: *Local Government Studies*, Vol. 30, No. 1, 2004, pp. 51-73.
- MARSH, David y RHODES, R.A.W. (eds). *Policy networks in british government*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 295 p.
- MAYNTZ, Renate. Nuevos desafíos de la teoría de la gobernanza. En: CERRILLO, Agustín. *La Gobernanza hoy: 10 textos de referencia*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2005, 93-98.
- MAYNTZ, Renate. El Estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna”, en *Reforma y Democracia*, revista del CLAD, 21, 2001. Disponible en <http://www.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/021-octubre-2001/0041004>
- MILLER, William; DICKSON, Malcolm y STOKER, Gerry. *Models of Local Governance. Public Opinion and Political Theory In Britain*, Londres, Palgrave, 2000, 270 p.
- NIETO, Alejandro. *El desgobierno de lo público*, Barcelona, Ariel, 2008, 351 p.
- PIERRE, Jon. *Models of urban governance. The institucional dimensión of urban politics*. En: *Urban Affaire Review*, 39, 3, enero, 1999, pp. 372-396.
- PIERRE, Jon (ed.). *Debating governance. Authority, Steering and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000, 251 p.
- PIERRE, Jon y PETERS, Guy. *Governance, Politics and the State*. New York, Macmillan Press, 2000, 231 p.
- RHODES, R. A. W. *The New Governance: Governing without Government*. En *Political Studies*, 44, 1996, p. 652-667.
- RHODES, R. A. W. *Understanding governance. Policy networks, governance, reflexivity and accountability*. Londres: Open University Press, 1997, 235 p.
- RHODES, R. A. W. *Governance and public administration*. En Pierre, J. (ed.). *Debating governance. Authority, Steering and Democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 54-90.
- RHODES, R.A.W. *Policy network analysis*. En Moran, Michael, Rein, Martin y Goodin Robert E. (eds.) *The Oxford handbook of public policy*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 423-445.
- RHODES, R. A. W. *Understanding Governance. Ten years on*. En *Organization Studies*, Vol. 28, No.8, (2007) p. 1243-1264.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Más allá de la gobernanza neoliberal: El Foro Social Mundial como legalidad y política cosmopolitas subalternas. En: SANTOS, Boaventura

- de Sousa y RODRÍGUEZ, César (Eds.) El derecho y la globalización desde abajo: Hacia una legalidad cosmopolita. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial, México: UAM-Cuajimalpa, 2007, p. 31-60.
- SCHARPF, Fritz W. Games in hierarchies and networks: introduction. En Scharpf F.W. (ed.). Games in hierarchies and networks. Analytical and empirical approaches to the study of governance institutions. Frankfurt am Main-Boulder, Colorado: Campus Verlag-Westview Press, 1993, p. 7-23.
- SHAPIRO, Martin. Un derecho administrativo sin límites: reflexiones sobre el gobierno y la gobernanza. En: Cerrillo, A. (coord). La gobernanza hoy: 10 textos de referencia. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública, 2005, p. 203-212.
- SKIDMORE, P., K. BOUND y H. LOWNSBROUGH. Community participation Who benefits? York: Joseph Rowntree Foundation, 2006. Disponible en <http://www.jrf.org.uk>
- STOKER, Gerry. Governance as theory: five propositions. En: International Social Sciences Journal, Vol. 50, No. 155, 1998, p. 17-28.
- STOKER, Gerry. Local governance research: Paradigms, theories and implications. 2006. Disponible en: www.ipeg.org.uk/staff/stoker/index.pht
- SUBIRATS, Joan (coord.) Redes, territorios y gobierno: nuevas respuestas locales a los retos de la globalización Barcelona: Diputación de Barcelona, 2002, 415 p.
- WHITTINGHAM, Victoria. Aportes de la teoría y la praxis para la nueva gobernanza” en Revista del CLAD Reforma y Democracia, 33, 2005. Disponible en <http://www.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/033-octubre-2005/0043406/view>.



Autora: Alejandra Echeverri Jaramillo

Título: Bob Marley (verde)

Técnica: Óleo con espátula

Dimensiones: 100 x 70

Año: 2009

NARCOTRÁFICO EN COLOMBIA: UN PROBLEMA CREADO EN OTRA PARTE, IMPORTADO Y ASUMIDO COMO PROPIO*

* Este artículo hace parte de la investigación: “El código penal de 1980: sus antecedentes y contextos mirados desde la política criminal colombiana.” Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Investigadora principal: Lina Adarve Calle; coinvestigador: Julio González Zapata. El informe final fue presentado al centro de investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas en el año 2008.

Fecha de recepción: 14 de abril de 2010

Fecha de aprobación: 26 de mayo de 2010

NARCOTRÁFICO EN COLOMBIA: UN PROBLEMA CREADO EN OTRA PARTE, IMPORTADO Y ASUMIDO COMO PROPIO

*Álex García Pulgarín***

RESUMEN

Este escrito pretende contribuir al debate en torno a la política antinarcóticos del país, partiendo del análisis histórico, sociopolítico y político criminal de algunos episodios relevantes de la lucha mundial contra las drogas; se busca develar algunos intereses no declarados en la política antinarcóticos norteamericana aplicada en Colombia, así como algunos de los efectos que esa lucha ha producido en el sistema penal colombiano y en algunos aspectos sociales y culturales del país.

Palabras clave: Narcotráfico, política criminal, política antidrogas, Derecho Penal, Política Económica, salud Pública, conflicto armado colombiano, guerrilla, paramilitares, policía antinarcóticos.

DRUG TRAFFICKING IN COLOMBIA: A PROBLEM CREATED IN OTHER PLACE, IMPORT AND ASSUMED HOW OWN

ABSTRACT

This article pretends contribute to the debate around to the anti- narcotic politic of the country, beginning for the historic analysis, sociopolitical and criminal politic of some episodes relevant of the world fight against the drugs; its look for reveal some interests that haven't been declared in the north american anti- narcotics politic applied in Colombia, how like that some of the effects that this fight has produced in the colombian penal system and in some social aspects and cultural of the country.

Keywords: Drug trafficking, criminal politic, anti-drugs politic, penal law, economic politic, public health, colombian armed conflict, guerrilla, paramilitaries, anti- narcotics police.

** Abogado de la Universidad de Antioquia, artículo presentado como requisito de grado.

NARCOTRÁFICO EN COLOMBIA: UN PROBLEMA CREADO EN OTRA PARTE, IMPORTADO Y ASUMIDO COMO PROPIO

INTRODUCCIÓN

La lucha mundial contra las drogas, liderada por los EE.UU., en la que nuestro país juega un papel importante, obliga a reflexiones que nos permitan abordar el problema desde distintas perspectivas. La imagen que muestra a la droga y por ende al narcotráfico, como un monstruo capaz de derrotar gobiernos democráticos o como el enemigo número uno de la humanidad, flagelo de la juventud y gran responsable de la totalidad de todos los males, es aceptada por la mayoría de los gobiernos; así lo demuestran las políticas llevadas a cabo para combatir el tráfico de algunas sustancias convertidas desde hace algún tiempo en ilegales. Diariamente, a través de los medios de comunicación escuchamos por parte de políticos, médicos, periodistas, economistas, ambientalistas, entre otros, promesas de un mundo mejor si derrotamos la droga, reducida ésta, en la actualidad como problema, al narcotráfico. Pero cuando revisamos un poco la historia no podemos dejar de encontrar otros elementos importantes para entender, en otra perspectiva, lo que se nos muestra como obstáculo para un mundo mejor.

En el presente artículo se intentará dilucidar algunos aspectos relevantes sobre el fenómeno del narcotráfico; específicamente se pretende ubicar el origen de estas políticas prohibicionistas en el país y los objetivos perseguidos con éstas, en determinados momentos históricos. Así mismo, se analizan algunas dinámicas importantes a nivel interno, teniendo como punto de referencia el campo de la política criminal colombiana.

Es pertinente aclarar, que la cuestión del narcotráfico, tema central de este artículo, fue posible abordarla gracias a la información obtenida en la investigación “El código penal de 1980: sus antecedentes y contextos mirados desde la política criminal colombiana”, en la cual actué como auxiliar de investigación, y pretende abordar el tema en una perspectiva más amplia.

Este artículo no se circunscribe al contexto del código penal de 1980, sino que pretende tratar algunas cuestiones lógicas que, pueden resultar importantes en materia de drogas y narcotráfico. Específicamente, pretende analizar algunas estrategias

llevadas a cabo en la “guerra” contra las drogas; además, busca indagar por el origen y desenvolvimiento de dichas estrategias, así como sobre el contexto social en el que ellas surgen, tanto a nivel local como internacional. Igualmente, busca mostrar la instrumentalización que se ha dado al discurso de la droga y articular algunos de los procesos que ocasiona, para la vida social e institucional del país, la persecución al narcotráfico.

Este trabajo busca revelar cómo, más allá de los efectos sobre la salud y las discusiones respecto al uso terapéutico de algunas drogas consideradas como ilícitas o el debate en torno a la legalización o no de ciertas sustancias, la droga ha sido utilizada por algunos grupos de poder (personas con capacidad de incidir en ciertas decisiones que involucran a la sociedad), para encubrir ciertos intereses. La persecución al narcotráfico ha jugado un papel importantísimo en términos de política criminal, problema que se retomará más adelante. El desarrollo de la lucha contra las drogas en Colombia ha estado en gran parte orientado por la política criminal, lo que ha permitido, de un lado, ejercer un control del que se benefician algunos grupos de poder liderados por el Estado norteamericano, y de otro, a través de su persecución, se insertan y se consolidan dinámicas sociales, económicas y políticas importantes en nuestro país, algunas de las cuales tendremos la oportunidad de examinar en este escrito.

Se trata de poner de manifiesto que, detrás de la cruzada antidroga, se han escondido otro tipo de intereses, especialmente geopolíticos, y que más que la salud del planeta, con la guerra al narcotráfico se persiguen, y efectivamente se logran, objetivos no declarados. El supuesto paraíso que se ofrece después de que erradique el enemigo encarnado en el narcotráfico, está muy lejos de la realidad y la tesis de que podemos lograr un mundo libre de drogas, como se ha pretendido hacer creer con una política sentada en la prohibición, puede ser vista sólo como una estrategia política totalmente alejada de la realidad.

Apelando a la política criminal colombiana y el manejo de nuestro país en la materia de narcotráfico, se trata de repreguntar sobre algunos de los posibles orígenes de tales políticas, los fines que pretenden, quiénes las formulan y cuáles fines cumple efectivamente.

El fenómeno del narcotráfico es preocupante, entre otras cosas, por las cifras de detenidos por delitos relacionados con sustancias prohibidas; en Colombia, además, miles de hectáreas son fumigadas con pesticidas y la violencia generada alrededor del negocio no es menos significativa. Este es un muy breve panorama de la lucha frontal desatada contra las drogas en nuestro país, teniendo en cuenta, entre otras cosas, las características de país productor y el conflicto armado y a la violencia generalizada que se vive desde antes; esta lucha o guerra terminó produciendo una

imbricación de una complejidad enorme. Estudiar sus inicios es de gran importancia para poder entender algunos de los procesos sociales vividos en el país alrededor de un fenómeno que sin duda aporta elementos decisivos para el entendimiento actual de nuestra cultura y nuestra situación política, social y económica.

Se trata de hacer un acercamiento al llamado problema del narcotráfico para determinar las consecuencias y efectos que hasta el momento deja esta disputa y preguntarse por el verdadero sentido y las tácticas de poder que encubren la guerra frontal por un mundo libre de drogas.

El análisis del problema de las drogas y por supuesto, del narcotráfico, comporta dos niveles. En primer lugar, es necesario ubicarlo en un plano global dadas las características del mercado de las drogas, empresa transnacional que no conoce fronteras, una basta red de producción, venta, distribución y redistribución del producto y del capital con todas las implicaciones que ello trae. En segundo lugar, la situación particular de cada país, teniendo en cuenta el lugar que ocupa en el plano global antes mencionado; que en nuestro país pasa principalmente por el cultivo y producción de algunas de las drogas más apetecidas en el mundo.

Así las cosas, este trabajo se compone de dos partes. Una primera parte, se dedicará al tratamiento político de las drogas y del narcotráfico en cuanto a su origen y evolución; se tratará de demostrar cómo con la lucha contra algunas sustancias consideradas como ilícitas, se encubren estrategias de poder, sobre todo de índole económica y política; se mostrarán los inicios del narcotráfico en Colombia a través de su persecución iniciada por EE.UU, se analizarán algunas de las políticas llevadas a cabo y la incidencia que las mismas tienen en la lucha actual contra el narcotráfico.

La segunda parte, se dedicará al examen del caso colombiano. Es decir, cómo esa política contra el narcotráfico desplegada a nivel interno en nuestro país que se deriva del discurso y política mundiales referida en la primera parte, comporta desde el inicio de su aplicación, o al menos así lo entendemos, un instrumento de la política criminal que se despliega en contra de la droga, entiéndase en nuestro caso narcotráfico; por lo tanto, en esta segunda parte se hace un repaso del concepto de política criminal para extender posteriormente el análisis, partiendo de algunos datos bibliográficos en nuestro país sobre el narcotráfico en sus inicios, cómo este fenómeno se imbrica en el conflicto existente en nuestro país y algunas reflexiones sobre el mismo.

ANTECEDENTES SOBRE EL NARCOTRÁFICO EN COLOMBIA: REFERENTES DE LA POLÍTICA ANTIDROGA NORTEAMERICANA

En la última década del siglo XIX en Occidente se gestaron grandes movimientos prohibicionistas con relación a algunas sustancias narcóticas incluido el licor; estas “cruzadas” eran lideradas especialmente por congregaciones protestantes, apoyadas en algunas ocasiones en ciertos poderes médicos, los cuales presionan a la sociedad para que se dicten políticas tendientes a solucionar “el problema” de la droga. En el año 1909 en la conferencia de Shangai se prescribe que el opio, la morfina y la heroína sólo pueden utilizarse con una finalidad estrictamente médica¹. En 1911-1912 Se realizó la conferencia de La Haya donde se firmó la convención sobre el opio.

La presión de los movimientos religiosos obliga a que en EE.UU, en 1914 se expida la ley Harrison antinarcóticos; el periodo que sigue a esta ley traza los primeros mapas en el camino de la lucha mundial contra las drogas. A partir de la aplicación de esta Ley surge un mercado negro y las primeras organizaciones criminales destinadas a satisfacer la demanda de narcóticos. Esta normatividad, como hecho sobresaliente dispone, y será así a partir de entonces, que solo los médicos pueden prescribir ciertas sustancias; lo que no esté autorizado por el saber médico entra a la esfera de la ilegalidad.

Después de la Primera Guerra Mundial la Liga de Naciones² redacta varios tratados en materia de narcóticos tendientes a mantener un control efectivo sobre los mismos. Se destaca La Convención de Ginebra sobre el opio de 1925 que, dicho sea de paso incluía también el control y persecución a la cocaína y la marihuana³. El opio y sus derivados en la definición médica, por lo menos, son narcóticos; la cocaína y la marihuana no entran en tal clasificación. No obstante, se habla de todas estas sustancias indistintamente.

En Colombia se había importado legislación en la materia en el año de 1920. Partiendo del Acta de Exclusión del Opio de 1909, se expidió el primer estatuto antidrogas de 1920. Con posterioridad en el año 1928, se le hicieron modificaciones,

- 1 Esta conferencia fue convocada y organizada por los EE.UU, asistieron además Alemania, China, Francia, Gran Bretaña, Italia, Japón, Holanda, Persia, Portugal, Rusia y Siam.
- 2 Este organismo internacional fue creado después de la Primera Guerra Mundial para resolver los conflictos resultantes entre las naciones pero gracias a las presiones norteamericanas se ve envuelto en asuntos que nada tienen que ver con sus objetivos.
- 3 SÁENZ ROVNER, Eduardo. “La prehistoria del narcotráfico en Colombia serie documental: desde la gran depresión hasta la revolución cubana” en: Innovar; revista de ciencias administrativas y sociales. Santa Fe de Bogotá. No. 8 jul-dic 1996, p. 66-67.

para adecuarse a La Convención de Ginebra sobre el opio (1925). En el año 1936 se comienza a hablar de cooperación internacional; los Estados Unidos animan la campaña prohibicionista más intensa en América Latina⁴. En palabras del profesor Julio González en nuestro país

Esta historia de dependencia continúa con la ley 17 de 1973 que incorpora a la legislación nacional la “Convención Única de Estupefacientes” suscrita en Nueva York en 1961 y el “Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas” de Viena de 1971. Esta ley será posteriormente “ampliada” por el Decreto 1188 de Junio 25 de 1974, conocido como el primer Estatuto Nacional de Estupefacientes⁵.

La política instaurada por el presidente Nixon que desde el año 1971 consideró al consumo de drogas en EE.UU como el “enemigo público número uno” se ha venido reforzando por parte de los posteriores gobiernos norteamericanos; a partir de los años 80s la situación adquiere el significado actual de “guerra contra las drogas” expresión utilizada por el gobierno de Ronald Reagan para impulsar su campaña prohibicionista en América Latina⁶.

Esas normas que se acaban de enumerar tenían sin duda una finalidad particular en un momento histórico determinado. Veamos algunos intereses que pudieron influir en algunas de éstas. La persecución al opio y sus derivados en 1909, coincide con una necesidad de la clase media blanca norteamericana de oponerse a los inmigrantes chinos que trabajaban por menores salarios en un momento de poco empleo; de esta manera se asocia a estos inmigrantes con la droga y se los descalifica. Esta estrategia además de reportarle al gobierno norteamericano poder para frenar la resistencia China a las inversiones norteamericanas, le permite también a EE.UU, a partir este momento, asumir el liderazgo de la lucha contra las drogas. De igual forma, al gobierno norteamericano le preocupaba “la seguridad interna y, en especial, el consumo de opio de los soldados norteamericanos radicados en

4 Al respecto puede verse: SÁENZ ROVNER, Eduardo. Ob. cit. En este artículo se encuentran relacionadas una serie de cartas enviadas por el gobierno Norteamericano al Estado Colombiano donde se manifiesta la preocupación de EE.UU porque en ese momento en nuestro país no hay una política específica en contra del tráfico de drogas.

5 GONZÁLEZ ZAPATA, Julio. “Las drogas y el control social”. Conferencia sin publicar. p. 7, dictada en la Universidad de Antioquia en 2001, facilitada por el autor.

6 En febrero de 1982, el presidente Ronald Reagan declaró la guerra como objetivo urgente de Seguridad Nacional. Ningún presidente norteamericano anterior, si siquiera Nixon, había demostrado tal nivel de intolerancia frente al problema. Sin embargo, en esta oportunidad su objetivo central era la cocaína y los países productores de América Latina, la amenaza. DEL OLMO, Rosa. ¿Prohibir o domesticar? Políticas de drogas en América Latina. Editorial nueva sociedad. Caracas. 1992. p. 32.

Filipinas, desde su ocupación en 1898, y el interés por establecer una zona libre del colonialismo europeo y abierta a la libre empresa.⁷

Cuando en 1971 “el presidente Nixon señaló que el consumo de drogas en Estados Unidos era el “enemigo número uno” y le asignó 370 millones de dólares al tratamiento médico y a la rehabilitación de unos 100.000 estudiantes y 40.000 veteranos de guerra de Vietnam”⁸, más que la preocupación por la salud de la juventud de su país, al gobierno norteamericano le inquietaba su balanza comercial deficitaria. Después de la guerra en Vietnam, los EE.UU tenían bastantes dólares por fuera de sus fronteras; este capital comenzó a considerarse un peligro para la economía norteamericana por lo que se hizo necesario llevar a cabo una devaluación del dólar, así como prohibir la libre convertibilidad de esta moneda al oro, al tiempo que se invirtió dinero en estas campañas descritas líneas atrás.

Para el año 1973, se acrecentó el presupuesto de drogas del gobierno federal hasta 700 millones de dólares, de los cuales dos terceras partes eran para tratamiento. Había pues, un problema serio de drogas en Estados Unidos incluido el consumo de heroína. No obstante, debido a razones políticas, el gobierno norteamericano de entonces no consideró pertinente atacar los lugares de cultivo de amapola en el sudeste asiático y más bien dirigió los esfuerzos contra los cultivos de marihuana en México y Jamaica, ya que el consumo de esta droga, en ese momento, ocupaba la atención de los funcionarios norteamericanos. Se realizaron entonces dos grandes operaciones, la Operación Bucanero en 1974 en Jamaica y, la Operación Cóndor al año siguiente en México⁹. Al darse esta persecución específica sobre esta sustancia en estos dos lugares, “la industria de la marihuana buscó otro lugar donde arraigarse y fue Colombia la elegida, [...] para 1974, ingresa en el estado de Florida el primer gran embarque de marihuana procedente de la Guajira colombiana”¹⁰.

En materia de drogas y el control de las mismas, la lucha muestra cambios interesantes a través de su historia. En los años cincuenta la droga se limitaba, sobre todo en los EE.UU, a individuos marginales, a los excluidos, a *ghettos*, músicos de *jazz*, delincuentes. En los años sesenta, en cambio, la droga es vista como un

7 DEL OLMO, Rosa. ¿Prohibir o domesticar? Políticas de drogas en América Latina. Editorial nueva sociedad. Caracas. 1992. p. 25.

8 *Ibid.* p. 18.

9 *Ibid.* p. 18.

10 “En aquel entonces los responsables de implantar la nueva industria estaban claramente identificados con la llamada mafia, y se mencionaban los nombres de Billy Santero y Jim Chagra como los responsables de enviar a la Sierra Nevada de Santa Marta a un grupo de botánicos, agrónomos y técnicos en cultivos de zonas tropicales para comprobar la excelsa calidad indiscutible de la Santa Marta Gold. [...] Los representantes de la mafia norteamericana lograron que en Colombia se cultivase [...] más marihuana que café.” *Ibid.* p. 18.

enemigo horrible; drogas y maldad se convierten en sinónimos; hay que acabar la droga para preservar el buen funcionamiento social (Idea que hasta hoy se mantiene). En los años setenta, la atención se centra en los consumidores, cuyo problema era básicamente de enfermedad; se hace la distinción entre estos y los traficantes; a estos últimos se les considera delincuentes¹¹. Al llegar a los ochenta, la lucha se concentra principalmente contra los países productores y se ubica geográficamente sobre todo en América Latina, lucha que hasta el día de hoy se mantiene.

El discurso que muestra la droga como “enemigo temible” ha escondido estrategias políticas y económicas; éstas cambian o se reacomodan de acuerdo al período vivido y a los intereses del momento; la lucha contra las drogas que —en nuestro caso se denomina guerra contra el narcotráfico—, tiene como antecedente importante el gobierno de Ronald Reagan en EE.UU, eslabón importante que consolidó esta lucha y el liderazgo estadounidense en la misma.

En febrero de 1982, el presidente Ronald Reagan declaró la guerra contra las drogas como objetivo urgente de seguridad nacional. Ningún presidente norteamericano anterior, ni siquiera Nixon, había demostrado tal nivel de intolerancia frente al problema. Sin embargo, en esta oportunidad su objetivo central era la cocaína, y los países productores de América Latina, la amenaza. Hasta 1975, la cocaína había ocupado el cuarto lugar en la lista de drogas a reprimir por parte del gobierno, pero a raíz del espectacular crecimiento del mercado negro y de la constatación en 1981 —a través de la operación Greenback— de los manejos irregulares de la banca, Reagan la convirtió en la droga prioritaria. Movilizando casi todo el gobierno federal, creó un complejo programa de interdicción y erradicación así como la persecución de traficantes porque lo importante entonces era impedir el tráfico, y muy especialmente su ingreso a Estados Unidos. De este modo cambiaron de nuevo los protagonistas y la percepción del problema¹².

Después del fin de la guerra fría donde el enemigo era el comunismo, la lucha contra las drogas ocupa ese espacio de buen enemigo¹³ y poco a poco van haciendo su entrada en el panorama mundial. Estas se convierten en el nuevo peligro del mundo y desde Washington se dictan las fórmulas para acabar con este problema. “[...] Con el ingreso de la cocaína al rango de producto de consumo masivo, la geopolítica de la droga se volvió a centrar en el continente americano. La tesis de la confabulación entre el comunismo y la droga encontró un nuevo impulso: se insertaba fácilmente

11 *Ibid.* p. 15.

12 *Ibid.* p. 32.

13 Sobre el enemigo conveniente Cfr. CHRISTIE, Nils. “El derecho penal y la sociedad civil. Peligros de la sobrecriminalización” en: XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1998 p. 51-52.

en la doctrina Reaganiana”¹⁴. A partir de este momento, para Colombia la lucha adquiere variadas formas: presencia de funcionarios norteamericanos, asesoría y cursos para nuestros militares en EE.UU¹⁵, “ayudas” militares, certificaciones sobre desempeño en la lucha, amenazas comerciales y económicas, etc.

La política antinarcóticos en sus inicios y su aplicación en el país se implementó a través de convenios de cooperación firmados entre Colombia y EE.UU. Lo que se quiere resaltar es que la política en materia de sustancias prohibidas encuentra su origen en el modelo de tratamiento norteamericano. Identificadas varias sustancias, se desencadena la persecución, no contra las drogas sino contra la producción principalmente de hoja de coca. Estos controles, sobre ciertas sustancias en nuestro país se traducen sobre todo en el ámbito penal, lo que ocasiona dinámicas sociales internas importantes, las cuales veremos más adelante y le permiten a EE.UU mantener un control directo en los asuntos de nuestro país.

EE.UU es el principal promotor de la guerra contra las drogas y cerebro detrás de la política antidroga mundial. Colombia, que ha ostentado por años el rótulo de principal productor, a través de sus gobernantes no ha hecho otra cosa que obedecer los designios que se dictan desde Washington por medio de sus principales agencias antidrogas. Así los EE.UU mantienen una injerencia directa en la zona. Después de la guerra fría y al continuar la lucha con las guerrillas colombianas, gracias al narcotráfico, mantienen la presión sobre ellas, que por lo general se oponen a los negocios y a la injerencia que los norteamericanos tienen en el territorio nacional.

La droga, a través de la persecución al narcotráfico, resultó ser una excelente herramienta de intervención por parte de los Estados Unidos. Así se puede vislumbrar en los inicios de la política antidrogas en Colombia y si se examinan de cerca algunos capítulos importantes en su historia y desarrollo; sus contradicciones están puestas de manifiesto desde su iniciación. La invasión de Panamá con la finalidad de garantizar el control del Canal pero amparados en la guerra contra las drogas, específicamente en la necesidad de atrapar un narcotraficante, es uno de los ejemplos más ilustrativos de cómo tras la campaña por la salud del mundo se pueden encubrir intereses geopolíticos¹⁶. Todo esto nos lleva a considerar como válida la afirmación de que:

14 MYLENE, Sauloy y LE BONNEC, Yves. *¿A quién beneficia la cocaína?* Bogotá. Tercer Mundo Editores. 1994. p. 195.

15 “En el ejército, para ser coronel o general, hay que hacer escuela en los Estados Unidos, o en la Escuela de las Américas en Panamá, lo cual implica estar de acuerdo con la política norteamericana. [...] Las Fuerzas Armadas, por medio de sus altos mandos, son dependientes ideológicamente de los Estados Unidos.” MYLENE, Sauloy y LE BONNEC, Yves. Ob cit. p. 235-236.

16 Cfr. LABROUSSE, Alain y KOUTOUZIS Michael. “Narcotráfico una guerra perdida que avanza”. En: *Ciencia política* (Santa Fe de Bogota) No. 45 ene-mar 1997.

Esta guerra no es de las que se ganan sino de las que se mantienen. Poco importa en el fondo que no se puedan celebrar más que efimeros éxitos [...] La “guerra a la droga” tiene funciones diferentes de la de frenar un comercio ilícito. Para los Estados Unidos es un poderoso medio de presión y de intervención en su zona de influencia.¹⁷

La persecución al narcotráfico en Colombia surge como una estrategia de EE.UU en un momento en el cual la lucha contra la droga se centró en América Latina y sobre los países productores; con esta lucha además, se logra un mayor control sobre estos países.

La legislación colombiana en materia de narcotráfico, ha apelado al fácil y problemático expediente de expandir y endurecer el sistema penal, mediante el incremento de penas, la formulación de tipos penales redactados de manera ambigua y antitécnica, lo que produce una merma considerable en las garantías sustanciales y procesales y una amenaza permanente para los derechos de todos los ciudadanos. Por eso tiene razón Juan Bustos Ramírez cuando afirma que:

[...] este aumento de la represión de modo exagerado produce como efecto un recrudescimiento de la criminalidad en una escalada sin fin, que necesariamente lleva a algo que en cierto modo se puede denominar un estado semejante a una “guerra” (interna) y sobre todo a una “guerra sucia”, con lo cual entonces el instrumento penal pierde ya todo su sentido como elemento de un Estado de derecho y se transforma en un medio táctico más de una “guerra” (interna y, además, sucia). Ello evidentemente coopera a crear una situación de desgobierno y de falta de Estado, con todas las consecuencias que ello tiene.¹⁸

Lejos de acabar con el tráfico y consumo de sustancias prohibidas, la lucha contra el narcotráfico, ha terminado por fortalecer el negocio mismo. Del problema del comercio de sustancias se pasó a una criminalidad organizada que ha permeado todas las instituciones –públicas y privadas– en el Estado colombiano, que incluso ha desafiado al Estado mismo marcando uno de los capítulos más sangrientos de la historia reciente del país y de mayor inestabilidad y deslegitimación institucional.

POLÍTICA CRIMINAL ANTIDROGA: EL CASO COLOMBIANO

Hemos dejado claro en la primera parte de este escrito como detrás de la implementación de algunas normas en materia de drogas, de acuerdo al momento histórico

17 MYLENE, Sauloy y LE BONNEC, Yves. *¿A quién beneficia la cocaína?* Bogotá. Tercer Mundo Editores. 1994. p. 17.

18 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Coca-cocaína: entre el derecho y la guerra.* Santa Fé de Bogotá. Editorial Temis. 1996. p. 60.

se encubren ciertos intereses y como los mismos pueden llegar a modificarse con el tiempo. También, cómo las políticas en torno a este fenómeno se implementan en nuestro país gracias a políticas trazadas desde EE.UU. El discurso sobre las drogas en general y el narcotráfico en particular, desde sus inicios, esconde intereses importantes no declarados, algunos de los cuales ya revisamos. Ese discurso se traduce en las políticas implementadas en los años 80s en el país las cuales generan en Colombia uno de los más grandes fenómenos en nuestra cultura¹⁹.

Bajo el estigma de la droga que como se demostró es un discurso conducido y liderado por EE.UU, se ha dado paso a políticas contra el narcotráfico que originan prácticas y dinámicas en nuestra sociedad, teniendo como punto de confluencia la política criminal, en su expresión local la “guerra contra el narcotráfico”. Se pretende mostrar algunas de sus manifestaciones en la sociedad colombiana.

En nuestro país se han configurado dinámicas importantes alrededor del narcotráfico, algunas de las cuales creemos es importante poner de manifiesto. Consideramos pertinente, por cuestiones de orden metodológico, delimitar el concepto de política criminal, el cual será utilizado para hacer inteligible lo dicho y poder tener un mayor acercamiento al problema.

Como la guerra contra el Narcotráfico en nuestro país se ha hecho mediante el uso extensivo e intensivo del derecho penal, es importante situar esa guerra en el contexto de la política criminal.

Al igual que la mayoría de conceptos de las ciencias sociales, el de política criminal resulta ser bastante amplio; aquí se resaltan dos concepciones del mismo. En primer lugar, la política criminal, puede entenderse como:

La ordenación o disposición de medios sociales para la prevención lo más efectiva posible de los fenómenos criminales y en último término por el recurso al derecho penal, en todo caso y siempre en el marco constitucional de los derechos fundamentales y sin perjuicio de los derechos humanos internacionales de todas las personas²⁰.

19 Entre otros aspectos, “Por la sola razón de su existencia, como por las estrategias desplegadas, sean estas coercitivas o persuasivas, el narcotráfico repercute en distintos universos: en el mundo cultural de los hábitos y de las mentalidades; en el mundo de la desigualdad social, con toda su carga de revanchismo y de ascenso social de choque; y finalmente, en el propio mundo del mercado político, en donde se compite por la conquista de votos, como base para la construcción de la representación pública”. GARCÍA DUARTE, Ricardo. “Ética, política y narcotráfico” en: revista Foro (Santa Fe de Bogotá) No 30 Septiembre 1996. p. 50.

20 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2002. p. 225.

Así las cosas, para Fernández Carrasquilla, la política criminal consiste en el empleo de ciertos medios por parte del Estado, los cuales son puestos en práctica para prevenir la criminalidad. La política criminal permite, entonces, ser vista como teoría o como praxis.²¹ Teoría en cuanto a unos fines que está llamada a cumplir y en cuanto a unos principios y límites que debe respetar, y praxis, en cuanto a la realidad en la que el Estado la pone en funcionamiento.

En segundo lugar, la política criminal puede entenderse como:

[...] un sector de la política, y al ser así se refiere entonces a un fenómeno, a una práctica específica; concretamente y en cuanto a “política” es un aspecto del ejercicio del poder. En lo que respecta al segundo límite conceptual: lo “criminal”, este resulta muy problemático [...] es muy relativo según la época en que se formule, la sociedad de que se trate y la perspectiva desde la que se aborde. Puede pensarse en él desde una perspectiva puramente normativa como conducta contraria a derecho, bien en una mira criminológica ya como “conducta peligrosa” o “estado peligroso”, ya como “conducta desviada” o como “etiqueta” para señalar y diferenciar conductas que representan un cuestionamiento del “statu quo”. Así entonces una primera aproximación a la política criminal [...] la definiríamos como la manera en que se ejerce el poder en relación con el fenómeno criminal. Actividad esta que se realizaría en un doble sentido: como definición y como respuesta²².

En este artículo se toma el concepto de política criminal planteado por Grosso García, pues, una noción neutra como la de Fernández Carrasquilla no deja ver claramente el efecto que ocasiona la puesta en marcha de un concepto meramente teórico y prescriptivo; éste resulta insuficiente al definir la política criminal como el conjunto de instrumentos punitivos puestos en marcha en la lucha contra el crimen, sin detenerse a analizar que en última instancia la política criminal es un poder que se ejerce por parte del Estado, que cumple unos fines que pueden llegar a modificarse con el tiempo y que como poder que es, genera resistencias y consecuencias de acuerdo al tipo de sociedad y sobre todo, que uno de los efectos más importantes de cualquier política criminal es definir, precisamente, lo criminal.

La política criminal no es neutra, ésta obedece a unos intereses políticos que en consecuencia puede perjudicar a unos y beneficiar a otros; esto último en cuanto a que como política se aplica a un determinado conglomerado humano. El narcotráfico comprende un paradigma importante y creciente en la política criminal contemporánea y Colombia no es la excepción. Por el contrario, es uno de los grandes

21 *Ibid.*, p. 226.

22 GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. La reforma del sistema penal colombiano. La realidad de la imagen perspectiva político criminal. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999. p. 15-16.

protagonistas, dadas sus particularidades de país productor de algunas drogas y el conflicto interno colombiano, que ha visto en el negocio una fuente importante de poder en las dinámicas de la guerra.

Un aspecto importante en el concepto de política criminal, es que ella supone, básicamente, un poder de *definición*. Con este poder de definición se quiere señalar lo siguiente: en todas las sociedades se presentan una serie de relaciones, intercambios, situaciones. Por ejemplo, las personas intercambian bienes, mantienen cierto tipo de relaciones sexuales, consumen algunas sustancias, practican algunos rituales, se visten de cierta manera, etc. Son las sociedades, de acuerdo a sus valores e ideologías dominantes, a su situación histórica y a los intereses que coexisten en ellas, las que definen en un momento determinado, cuáles de esas relaciones, situaciones o prácticas, se consideran problemáticas.

Una vez definida como “problemática” una situación, la sociedad, bajo el influjo de los intereses y valores de ciertos grupos de poder, decide de qué manera la va a encarar: si por ejemplo, cierto intercambio de bienes lo considera un problema civil o penal; si las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo las considera un vicio o un pecado (solución moral), una enfermedad (solución médica) o un delito (solución penal); con las drogas la situación recorre los mismos caminos. El consumo de algunas drogas no ha sido problematizado en algunas sociedades y, en otros casos, se ha considerado como problema de salud y en algunas sociedades como problema religioso (solo pueden consumirse por ciertas personas y para ritos muy específicos). Ese proceso de definición en pocos campos es tan claro como en el manejo de las drogas. Como se ha dicho, todo comienza con unos acuerdos internacionales que determinan cuáles drogas serán prohibidas y manejadas con el derecho penal, drogas que no necesariamente coinciden con el mayor o menor daño que pueda producir en el consumidor. Es también tarea de definición, el tratamiento que se le dará al consumidor si como delincuente, como enfermo o si asume que solo está ejerciendo un derecho (la autonomía personal) reservando así la penalización solo para traficantes y productores.

La practica criminal no es solo reactiva, es decir, no “encuentra” un problema que tenga que resolver sino que su carácter definitorio, la lleva a “crear” un problema que luego pretende resolver. En este caso el modelo de política criminal implantado es el impuesto por legislaciones internacionales y de forma específica por EE.UU; este modelo entonces está marcado por la dependencia política y económica de Colombia, lo que conlleva a su vez la imposición de costumbres y prácticas jurídicas importadas, que terminan imponiendo una determinada concepción jurídica de las relaciones que pretende regular.

En Colombia, la práctica criminal en materia de drogas o narcotráfico no nace desde nuestras necesidades, sino que ella ha sido impuesta desde el exterior. Colombia accede a los foros internacionales donde se discuten estos problemas, suscribe los acuerdos que allí se plasman y termina presionada principalmente por Estados Unidos, para que los cumpla. Esto ha traído como consecuencia que el país ha “narcotizado” sus relaciones internacionales y sus problemas nacionales pasan siempre por el narcotráfico.

ECONOMÍA DE LAS DROGAS Y CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA: LA APARICIÓN DEL NEGOCIO DEL NARCOTRÁFICO

El problema del tráfico de sustancias que alteran el ánimo se ha convertido en una lucha de proporciones épicas entre dos fuerzas; de un lado, unos personajes siniestros, encarnados en los narcotraficantes, sobre todo los carteles colombianos, y del otro lado, una juventud inocente víctima de un flagelo impuesto por los primeros, reduciendo así la discusión en términos maniqueístas. Este argumento que atribuye a las drogas un problema de salud pública en escala global pretende moralizar (la lucha del bien contra el mal) un problema que tiene ingredientes económicos y políticos especialmente. Es bastante dudoso, que los grupos de poder capaces de incidir en las decisiones importantes, en el tema que nos ocupa, desconozcan que el narcotráfico es una empresa transnacional cargada de ilegalidad.

Para 1980, el departamento de Estado estimó las ventas al por mayor de drogas ilegales dentro de Estados Unidos en 60 mil millones de dólares, [...] 15 mil millones más que las ventas de la mayor transnacional *de ese entonces*, la EXXON; y al detal [...] en 80 mil millones de dólares, [...] el 9% del total de mercancías en el mundo.

Para 1984, sólo dentro de Estados Unidos, se calculaba la venta de drogas en 110 millones de dólares²³.

El término narcotráfico nos indica, sin recurrir a definiciones externas, que es traficar sustancias consideradas narcóticas, aunque todos los narcóticos no estén prohibidos;²⁴ traficar significa comerciar, tener a disposición para vender, cambiar o realizar cualquier operación mercantil que represente un beneficio en la lógica del capital, con sustancias más que narcóticas, que estén prohibidas. Pues bien, para

23 DEL OLMO, Rosa. Ob. cit. p. 20.

24 Sobre la discusión en cuanto a los términos que se han empleado para definir las sustancias que se consideran ilícitas a través de la historia véase: ESCOTADO, Antonio. Historia de las Drogas/1 Madrid. Alianza editorial S.A. 1989. p. 19-24.

poder sacar provecho de un determinado bien o servicio, debe existir una oferta y una demanda, el narcotráfico no es más que un mercado, un mercado cargado con el signo de la ilegalidad²⁵, lo que le da unas características especiales.

“Por más ilícito que sea el narcotráfico no es una actividad (*exclusiva de*)²⁶ pillaje sino un proceso productivo. [...] la naturaleza mercantil del narcotráfico permite que se le apliquen, en forma fecunda numerosas categorías de la economía política lo que no sucede con la criminalidad *común*²⁷”. En el narcotráfico, como mercado de sustancias prohibidas, “pueden determinarse [...] cuatro niveles diferentes: el cultivo de la hoja de coca, el procesamiento de la materia prima para obtener la cocaína, la distribución de la cocaína en los mercados consumidores, y el desembolso y la reinversión de las ganancias.²⁸”

Sin embargo, su persecución se lleva a cabo de forma desigual en cada uno de los niveles descritos y, es sin duda en los primeros donde se incrementan las persecuciones. La política norteamericana a partir de finales de los 70s y principios de los 80s enfila todos sus esfuerzos sólo contra el cultivo de la hoja de coca y especialmente sobre los cultivos ubicados en Perú, Colombia y Bolivia dejando de lado otras sustancias, incluidas las producidas por sus laboratorios farmacológicos que reportan desde antaño ingentes ganancias.

A la hora de evaluar dichas políticas cabe decir que el mercado mundial de sustancias prohibidas aporta a la economía colombiana un porcentaje significativo que debe tenerse en cuenta a la hora de abordar el problema²⁹. Poco se habla de los bancos que manejan el dinero de las transacciones de las drogas, o de las empresas que legalmente perciben ingresos de esta economía aunque de manera legal.

25 “[...] La complejidad del modo de producción capitalista repercute en las drogas como en cualquier mercancía aunque, de nuevo de una manera distinta a causa de su ilegalidad. [...] Se crea una compleja red financiera internacional así como una de tipo económico para la producción, distribución y circulación con características determinadas según cada droga.” DEL OLMO, Rosa ob cit., p. 15.

26 agregado al texto original.

27 UPRIMNY, Rodrigo. “Narcotráfico, régimen político, violencias y derechos humanos en Colombia”. en: Drogas, poder y región en Colombia. Economía y Política Tomo 1. Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana. Compilador: Ricardo Vargas; CINEP 1994 Santa Fe de Bogota. p. 78. Cursiva fuera de texto.

28 SARMIENTO, Luis Fernando y KRAUTHAUSEN, Ciro. COCAÍNA & CO. Un mercado ilegal por dentro. Tercer Mundo Editores. Bogotá. 1991. p. 25.

29 En el año 1979 esta se calcula en 2580 millones de dólares, en 1980 se estima en unos 2800 millones de dólares ingresos que comprenden la marihuana y la cocaína, en 1986 sufre una baja 3875 millones, con relación al año anterior 1985 en el que los ingresos se estiman en 4270 millones de dólares, para el año 1987 se tienen datos de 5270 millones de dólares. Estos datos fueron tomados de: cuadro No 1 (ingresos del narcotráfico desde 1976 hasta 1992 US\$ millones) cuadro que hace parte de: KALMANOVITZ, Salomón “Análisis macroeconómico del narcotráfico en la economía colombiana”. en: Drogas, poder y región en Colombia. ob. cit., p. 15.

EL NARCOTRÁFICO Y EL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO

Agotado este punto es necesario hacer claridad en el aspecto que vincula al narcotráfico con el conflicto armado colombiano. Veremos como este se inserta en el mismo. Cuando los grandes cultivos de cocaína florecieron en el país, la violencia generalizada se encontraba ya en la sociedad colombiana derivada de una larga tradición de conflictos desde los años 30s; los campesinos ven en el negocio de la cocaína una excelente oportunidad de desarrollo y de ganancia en un Estado deslegitimado por la violencia bipartidista desplegada durante años. Podría decirse que en este punto el narcotráfico se instala como nuevo actor en el conflicto colombiano vivido durante años y le agrega nuevas dinámicas a éste³⁰.

Por un lado, la guerrilla, que en un principio no se pudo oponer a los cultivos de cocaína, para mantener a los campesinos de su parte y se limitó a protegerlos de los narcotraficantes³¹ así como a cobrar impuestos sobre la cadena de la producción³², fue encontrando en la cocaína una excelente herramienta de financiación en su lucha por el poder político institucional, “sucede a menudo que la droga después de permitir la financiación de un conflicto, se convierte en uno de sus motivos³³”. Esto desde entonces le ha permitido al Estado colombiano

[...] aunque con malevolencia, hablar de narcoguerrilla, y, consecuentemente englobar, como aparece en la legislación antidroga de Colombia [...], dentro de un mismo cuadro a la guerrilla y al narcotráfico, y, por tanto, hablar de la subversión en general –de la guerrilla y el narcotráfico lo que explica que en la ayuda contra el narcotráfico– léase contra la subversión aparecen tanques, aviones, etc.; que evidentemente no son contra el narcotráfico, sino contra la guerrilla.³⁴

30 "El narcotráfico incidió, desde el punto de vista estratégico, en el conflicto en el que, de una u otra manera, han intervenido las guerrillas, las fuerzas armadas y las autodefensas. Al mismo tiempo, paralizó institucionalmente a la justicia y removió [...] la conflictividad latente nacida de la desigualdad social". GARCÍA DUARTE, Ricardo. "Ética, política y narcotráfico". En: Revista Foro. Santa Fe de Bogotá. No. 30 septiembre de 1996 p. 50.

31 "Las FARC emprendieron la reglamentación de la producción de coca. Se prohibió pagar con bazuco a los trabajadores de las plantaciones, y a éstos fumarlo; la guerrilla fijó un salario mínimo y modificó el alza de precios de venta de las cosechas. Protegía militarmente a los productores contra las incursiones del ejército regular; montó servicios de educación y de salud. A cambio, las FARC recaudaban un impuesto en especie sobre la producción de pasta-base de coca: el gramaje fijado en un 10% del peso. Los compradores también tuvieron que pagar un impuesto, equivalente al 8% de las transacciones". MYLENE, Sauloy y LE BONNEC, Yves. Ob. cit., p. 214-215.

32 Cfr MYLENE, Sauloy y LE BONNEC, Yves. Ob. cit.

33 LABROUSSE, Alain y KOUTOUZIS, Michael. "Narcotráfico una guerra perdida que avanza". en: Ciencia política (Santa Fe de Bogotá) No 45 ene-mar 1997. p. 22.

34 *Ibid.* p. 16.

De otro lado, los narcotraficantes comenzaron a organizar ejércitos y conformaron uno de los primeros grupos paramilitares para combatir con las Guerrillas,

Miembro del partido conservador, anticomunista furibundo, Rodríguez Gacha, “el Mexicano”, recluta en los bajos fondos de Medellín a los sicarios que, con los buenos auspicios del ejército, limpiarán el Magdalena Medio de la gangrena roja. En nombre de la democracia, los hombres de Gacha (sic) cometerán decenas de masacres y centenares de asesinatos.³⁵

Finalmente, las fuerzas armadas del Estado se ven involucradas también en el negocio,

Creada en 1981, la policía antidrogas colombiana se convirtió en uno de los trampolines más eficaces para conseguir un empleo con los traficantes. El peso de este “cartel oficial” es tal que los mecanismos de inspección y de control del Estado están paralizados. [...] los militares colombianos habían encontrado sólidos aliados para compartir su obsesión enfermiza por el peligro comunista: traficantes de cocaína y, más discretos, agentes de la CIA. Después de todo, el ejército colombiano recibe una confortable ayuda militar por parte de los Estados Unidos para llevar a cabo una lucha a la cual la CIA se consagraba por completo. Y ningún oficial colombiano puede pretender convertirse algún día en general si no ha hecho algunos cursos superiores en los Estados Unidos.³⁶

Así, en sus inicios la lucha contra el narcotráfico se reduce a lucha contra la subversión y con el dinero de la cocaína, el de los narcotraficantes se persigue a los narcoguerrilleros, creando una situación de tratamiento desigual y ocasionando lógicas de amigo –enemigo, que hasta hoy se mantienen, pues el narcotráfico sirve a los objetivos de acabar con una subversión a la vez que se le vincula con ésta y con el dinero del narcotráfico se persigue a una guerrilla narcotraficante³⁷.

35 MYLENE, Sauloy y LE BONNEC, Yves. Ob cit., p. 77.

36 Ibid. p. 101-123.

37 El término Narcoguerrilla aparece por primera vez en el año 1984 cuando fue introducido por el entonces embajador norteamericano en Colombia Lewis Tambs. Cfr. UPRIMNY, Rodrigo. “Narcotráfico, régimen político, violencias y derechos humanos en Colombia”. en: Drogas, poder y región en Colombia. Economía y Política Tomo 1. Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana. Compilador: Ricardo Vargas.; CINEP 1994 Santa Fe de Bogotá. p. 69 “...Paradójicamente, y como se pudo comprobar gracias al escándalo Irán-contra-Gate, el mismo Tambs se vio posteriormente involucrado directamente en asuntos de narcotráfico, cuando fue embajador en Costa Rica en los años siguientes a su estadia en Colombia. En esa época la CIA y el Consejo Nacional de Seguridad (NSC) utilizaron el dinero de la droga para financiar a los Contras de Nicaragua, tratando de eludir así la prohibición que estableció el Congreso de Estados Unidos, en octubre de 1986, de continuar la ayuda militar contra el gobierno sandinista. De este modo, los aviones que traían de Estados Unidos las armas para los Contras refugiados en Costa Rica repartían cocaína suministrada por el cartel de Medellín”.

ALGUNAS REFLEXIONES A MANERA DE CONCLUSIÓN

Tuvimos la posibilidad de examinar la postura, según la cual el narcotráfico representa uno de los peores males de la humanidad y se convierte en el enemigo de todos. La guerra contra la droga y el narcotráfico resulta en sí misma una condición necesaria y suficiente para la alcanzar un status de bienestar insuperable. Dicha postura, nos da pie para analizar las prácticas que se derivan de esta persecución y encontrar otra forma de entender el narcotráfico en el marco de nuestro país. Entendemos que el narcotráfico y su persecución tal y como se han venido presentando durante años, cumple una función determinada y lejos de ser el problema que se nos pretende hacer ver, es una excelente herramienta para instrumentalizar intereses de algunos poderes tanto nacionales como mundiales.

La política del narcotráfico siempre se dirige a ciertas sustancias en momentos precisos; en los años 70s recayó en especial sobre la marihuana dejando de lado por ejemplo el consumo de heroína mientras, que en la actualidad es sin duda la cocaína la droga que ocupa la mayor preocupación dejando de lado sustancias que incluso pueden significar mayores riesgos³⁸. Esto no puede dejar de cuestionarnos entonces sobre los verdaderos intereses que se esconden tras las banderas por un mundo libre de drogas.

Los países llamados del tercer mundo ocupan el eslabón más frágil de la cadena económica transnacional de las drogas; son países con economías débiles y dependientes, con gran parte de su población sumida en la pobreza y la miseria, con un alto grado de abandono estatal. En el caso colombiano, sus campesinos se ven atraídos por un negocio que promete pagarles en ocasiones más del doble de lo que ganarían con un cultivo legal; así, cultivos como el maíz, el plátano o la yuca, por mencionar solo algunos, se suprimen para dar cabida a la plantación de grandes hectáreas con la materia prima de las drogas. La falta de compromiso del Estado que no subsidia estos productos y los altos costos para transportar los mismos a los centros urbanos de consumo, colocan los cultivos ilícitos como una importante fuente de ingresos para los campesinos, una de las capas sociales que desde antaño ha tenido que soportar el más alto grado de abandono estatal (solamente siente el campesino la “presencia” del Estado por la vía represiva a su actividad de sustento) y que encuentra en los mismos una importante fuente de ingresos, que aunque no se puede comparar con la que perciben los narcotraficantes, sí genera en ellos una expectativa económica importante dadas las particularidades vividas con anterioridad a la proliferación de cultivos ilícitos en el país.

38 Cfr. DEL OLMO, Rosa, ob cit. p. 18.

Cuando existe un mercado organizado, cuando esta fuerza se constituye, cada vez más gracias a la lucha antidroga, el narcotráfico se convierte en un actor social de gran trascendencia. Actor que propone nuevas dinámicas sociales y que detenta un gran poderío económico, en un sistema capitalista, con una potencialidad hegemónica, ese poder que se otorga al narcotráfico por medio de la prohibición, trata de conservarlo y agrandarlo en toda la sociedad. Es aquí donde el narcotráfico entra como fenómeno social. Al encontrarse organizado, el narcotráfico ha permeado las esferas de la política, la economía, los medios de comunicación, el deporte, las fuerzas armadas, etc. Si a esto le sumamos, los grupos armados ilegales que participan como unos agentes comerciales del mismo, que encuentran en este mercado como ya se ha dicho una fuente importante de su financiación, el fenómeno adquiere dimensiones considerables y convoca a la reflexión.

Hoy en día, cuando se ha interiorizado el discurso prohibicionista y la ideología dominante en prácticamente todo el planeta, en materia de sustancias que alteran el ánimo, es la ideología de la limpieza moral, el saldo de la cruzada mundial contra las drogas nos deja un panorama desalentador; millones de muertos y encarcelados, envenenados, torturados, desaparecidos desfilan acumulados en las estadísticas del mundo.

En el plano de nuestro país, la guerra contra el narcotráfico lo único que ha demostrado es que sostiene imperios criminales, corrupción, hipocresía, marginación, falsa conciencia, suspensión de las garantías inherentes a un Estado de derecho, histeria de masas, desinformación sistemática y un mercado negro en perpetuo crecimiento. El fenómeno alcanza dimensiones considerables dada la participación de nuestro país en la producción de algunos de los narcóticos más apetecidos de las sociedades del primer mundo. Con esta guerra hemos deteriorado considerablemente nuestra flora, fauna y ríos y un Estado salpicado constantemente por escándalos relacionados con el narcotráfico: se han fomentado la corrupción y la hipocresía, se ha intensificado la violencia, se ha puesto en marcha todo el aparato coercitivo del Estado para suprimir garantías constitucionales inherentes a los Estados de Derecho; con esta guerra se ha llevado a la población a una histeria colectiva, y se ha incentivado un mercado que hasta el momento parece en perpetuo crecimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Coca-cocaína: entre el derecho y la guerra*. Santa Fe de Bogotá. Editorial Temis. 1996.
- CHRISTIE, NILS. "El derecho penal y la sociedad civil. Peligros de la sobrecriminalización" en: *XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1998.

- DEL OLMO, Rosa. *¿Prohibir o domesticar? Políticas de drogas en América Latina*. Editorial nueva sociedad. Caracas. 1992.
- ESCOTADO, Antonio. *Historia de las Drogas/1* Madrid. Alianza editorial S.A. 1989.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2002.
- GARCÍA DUARTE, Ricardo. “Ética, política y narcotráfico” en: revista foro (Santa Fe de Bogotá) No 30 septiembre 1996.
- GONZÁLEZ ZAPATA, Julio. Las drogas y el control social. Conferencia sin publicar, dictada en la Universidad de Antioquia en 2001.
- GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *La reforma del sistema penal colombiano. La realidad de la imagen perspectiva político criminal*. Bogota: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.
- KALMANOVITZ, Salomón “Análisis macroeconómico del narcotráfico en la economía colombiana”. en: *Drogas, poder y región en Colombia. Economía y Política Tomo 1*. Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana. Compilador: Ricardo Vargas; CINEP Santa Fe de Bogota. 1994.
- LABROUSSE, Alain y KOUTOUZIS, Michael. “Narcotráfico una guerra perdida que avanza”. en: *Ciencia política* (Santa Fe de Bogota) No 45 ene-mar 1997.
- SAULOY, Mylene y LE BONNIEC, Yves. *¿A quién beneficia la cocaína?* Bogotá. Tercer Mundo Editores. 1994.
- SÁENZ ROVNER, Eduardo. “La prehistoria del narcotráfico en Colombia serie documental: desde la gran depresión hasta la revolución cubana” en: *Innovar; revista de ciencias administrativas y sociales*. Santa Fe de Bogotá. No 8 jul-dic 1996.
- SARMIENTO, Luis Fernando y Krauthausen, Ciro. *COCAÍNA & CO. Un mercado ilegal por dentro*. Tercer Mundo Editores. Bogotá. 1991.
- THOUMI, Francisco; Uribe, Sergio; Rocha, Ricardo; Reyes, Alejandro; Garzón, Edgar; López, Andrés; Tokatlian, Juan; Hernández, Manuel. “*Drogas ilícitas en Colombia. Su impacto económico, político y social.*” Editorial Ariel. Colombia. 1997.
- TOKATLIAN, Juan Gabriel; Seguridad nacional y drogas ilícitas: ¿un vínculo real o un problema abierto? Una reflexión a partir del caso Colombia. en: América latina hoy revista de estudios sociales No 23 diciembre de 1999.
- UPRIMNY, Rodrigo. “Narcotráfico, régimen político, violencias y derechos humanos en Colombia”. en: *Drogas, poder y región en Colombia. Economía y Política Tomo 1*. Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana. Compilador: Ricardo Vargas; CINEP Santa Fe de Bogota. 1994.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. “Las Drogas. Aspecto: Histórico, sustantivo y procesal”. Librería Editorial Colegas. Medellín 1989.

CONFLICTOS CONSTITUCIONALES, PONDERACIÓN E INDETERMINACIÓN NORMATIVA*

*Dúber Armando Celis Vela***

Los textos constitucionales, a partir de la Segunda Guerra Mundial, contienen importantes elementos sustantivos tales como principios, derechos, valores o bienes constitucionales que han cambiado considerablemente la práctica jurídica y los modelos de sistema jurídico. En consecuencia, la Constitución dejó de tener un carácter institucional y procedimental para convertirse en una norma jurídica vinculante y superior al resto del ordenamiento. En este contexto, aparecen una serie de cuestiones, problemas y dificultades que reclaman un nuevo tratamiento teórico. Los contenidos sustantivos suelen expresarse en un lenguaje muy genérico, con una elevada carga emotiva o moral y sin condiciones de aplicación determinadas. Esta amplitud e indeterminación, tanto en el lenguaje como en la estructura de las normas constitucionales, ha provocado los denominados “conflictos constitucionales”.

Esta situación ha planteado enormes desafíos para el positivismo teórico porque no explica los conflictos constitucionales ni sus formas de solución. La obra de David Martínez Zorrilla pretende dar cuenta de este tipo de problemas, a través del positivismo metodológico como una concepción válida del derecho. En efecto, a partir de los presupuestos teóricos y metodológicos de la filosofía analítica, el autor estudia exhaustivamente los problemas referenciados en el concepto “conflictos constitucionales”, para lo cual, reconstruye, en primer lugar, las posiciones teóricas sobre los conflictos normativos y la consistencia lógica de los sistemas normativos, a fin de determinar los tipos de conflicto posibles y, así, situar los conflictos constitucionales. En segundo lugar, analiza la “ponderación” desde una perspectiva conceptual, metodológica y normativa como una forma de resolver los conflictos constitucionales. Finalmente, propone que, por la indeterminación de las respuestas ante los supuestos de conflicto constitucional, en ciertas circunstancias,

* Martínez Zorrilla, David. Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa. Madrid: Marcial Pons, 2007. 392p. Reseña realizada en el marco de las actividades del Semillero de Investigación en Filosofía del Derecho, adscrito al Grupo de Investigación Saber, poder y derecho, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

** Estudiante de octavo semestre de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín.

el derecho no ofrece una única respuesta correcta y, en consecuencia, los órganos de aplicación del derecho gozan de discrecionalidad.

A lo largo de toda la obra, Martínez Zorrilla, presenta una aguda crítica a las posiciones mayoritarias sobre los conflictos constitucionales. La posición doctrinal mayoritaria, al abordar el problema de los conflictos constitucionales, propone que los elementos normativos que entran en conflicto no son reglas sino principios. Frente al concepto de principio es necesario destacar que, aunque éste ha sido comprendido como una categoría de normas prescriptivas o regulativas distinta y autónoma respecto de las reglas, el autor señala que se trata de una idea heterogénea y poco definida, con unos criterios de identificación muy problemáticos. Por ende, propone prescindir de tal concepto o utilizarlo para hacer referencia a las disposiciones normativas que, en una primera interpretación, puedan concebirse como normas categóricas, ya que la diferencia regla-principio no tiene implicaciones respecto de la estructura del conflicto y sus mecanismos de solución.

Los conflictos constitucionales no responden al clásico problema de las antinomias porque no son consecuencia de inconsistencias lógicas o incompatibilidades estructurales en un sistema normativo determinado. Martínez Zorrilla, analiza con rigor los vínculos que existen entre la consistencia lógica de los sistemas normativos y el surgimiento de los conflictos normativos clasificando los conflictos en tres categorías: 1. *antinomias genéricas*, que son inconsistencias, determinables *in abstracto*, entre las mismas normas del sistema; 2. *antinomias contextuales*, que no presuponen una inconsistencia entre normas del sistema, pero se manifiestan cuando existen comportamientos independientes y subsumibles en modalizaciones deónticas incompatibles, y 3. *conflictos in concreto*, que obedecen a una imposibilidad empírica de llevar a cabo los comportamientos obligatorios para la situación concreta.

En el ámbito doctrinal, se ha planteado que los conflictos constitucionales no son antinomias *in abstracto*, determinables *a priori*, sino que son colisiones normativas *in concreto* porque dependen de circunstancias empíricas. Sin embargo, Martínez Zorrilla, a partir de la clasificación de los conflictos, concluye que los constitucionales pueden ser de cualquiera de las tres categorías mencionadas; y por aspectos lógicos, en éstos predominan las antinomias contextuales; por tanto, los conflictos constitucionales también pueden ser conflictos *in abstracto*.

Las formas para resolver antinomias normativas como los criterios de *lex posterior*, *lex superior* y *lex specialis*, en sentido estricto, resultan inadecuados para resolver conflictos constitucionales. Así, se hace necesario un mecanismo más específico y complejo de resolución de conflictos llamado ponderación. Desde una perspectiva conceptual, la ponderación es concebida como un procedimiento para la resolu-

ción de conflictos en la que se le atribuye un peso o importancia mayor a una de las alternativas en conflicto según las circunstancias del caso. Para la atribución del mayor peso a una de las alternativas, se han elaborado cuatro concepciones al respecto: intuicionismo, escepticismo (la atribución es discrecional), particularismo (lo determinante es el caso individual) y universalismo (es el resultado de una regla genérica). Como no existe una interdependencia entre el mecanismo de la ponderación y los elementos que entran en colisión, un conflicto puede resolverse a través del establecimiento de jerarquías, la introducción de excepciones o a través de la ponderación.

Desde una concepción universalista, la ponderación puede asumirse como la introducción de excepciones porque establece relaciones de precedencia condicionada. De este modo, la determinación de la solución se hace depender de ciertas propiedades o circunstancias distintas a las condiciones de aplicación de cada una de las normas. Así, para Martínez Zorrilla, la ponderación puede concebirse como una reformulación de las condiciones de aplicación de la norma o como la introducción de excepciones a la misma. Este criterio, le permite plantear que no existe una diferencia cualitativa entre la resolución de conflictos entre reglas y la ponderación. En efecto, dicha tesis, como las anteriores, serían contrarias a la posición mayoritaria sobre los conflictos constitucionales.

Desde una perspectiva metodológica, Martínez Zorrilla se inclina por una concepción universalista que le permita construir sistemas de conflictos que contengan reglas que den una respuesta unívoca y determinada a todos los supuestos de colisión. El autor hace la construcción de tales sistemas a través del modelo de análisis lógico de sistemas normativos desarrollado por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. A su vez, critica al particularismo porque los desacuerdos axiológicos sobre las hipótesis de relevancia del sistema no impiden la construcción de sistemas completos y consistentes. Finalmente, el problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas no tiene la capacidad teórica de desafiar al universalismo porque sus presupuestos afectan estrictamente a las proposiciones normativas y no a las normas del sistema; en efecto, se trata en el fondo de un problema epistémico.

A partir de las teorías de Alexy y Hurley, Martínez Zorrilla analiza la ponderación desde una perspectiva normativa, a fin de satisfacer un ideal de corrección que consiste en la construcción de un sistema completo y consistente que resuelva todos los supuestos de conflicto mediante un razonamiento subsuntivo. Este planteamiento, aproxima el pensamiento del autor a una concepción universalista de la ponderación. Sin embargo, el problema de la corrección demuestra que la visión de la única respuesta es incorrecta. Nada garantiza, ni siquiera el razonamiento moral, una solución unívoca y determinada para cada caso. Una

solución unívoca es problemática porque la cuestión de la alternativa correcta puede ser indeterminada.

En el ámbito de la filosofía moral esta cuestión ha sido abordada con el esquema de los conflictos morales. De este modo, se ha entendido que un dilema se presenta cuando no se puede determinar una obligación definitiva a partir de obligaciones *prima facie* en conflicto. Como no se encuentra una solución satisfactoria, Martínez Zorrilla propone que cuando el sistema no ofrece una solución unívoca y determinada al conflicto, esto supone la posibilidad de que las reglas de precedencia en sede de ponderación queden injustificadas en los conflictos constitucionales; por tanto, la tesis hartiana de la discrecionalidad en la solución de conflictos normativos estaría confirmada.

COMENTARIO A “EL CANON NEOCONSTITUCIONAL”*

*Heber Joel Campos Bernal***
Pontificia Universidad Católica, Lima, Perú

Es una grata noticia la reciente aparición, por la editorial de la Universidad Externado de Colombia, de *El canon neoconstitucional* a cargo de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo. Ambos han reunido en esta inteligente obra una serie de ensayos y artículos jurídicos de varios de los más celebrados juristas del mundo, entre los que destacan, Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli, Sanford Levinson y Robert Alexy, entre otros. *El canon neoconstitucional* es el último de tres libros que conforman la piedra basilar del constitucionalismo contemporáneo. Estos son: *Neoconstitucionalismo(s)*¹ y *Teoría del neoconstitucionalismo*². Los tres han sido preparados por Miguel Carbonell, un jurista mexicano que en la última década ha animado sugestivos debates en la región, pero el último que en extensión casi duplica a los anteriores fue editado conjuntamente con Leonardo García Jaramillo, joven profesor de la Universidad EAFIT de Medellín.

I

¿Si fuera posible pensar el derecho en América Latina antes de la irrupción del constitucionalismo, cómo lo imaginaríamos? Posiblemente un lector atento diría: era más formalista, más apegado a las reglas, más respetuoso de la voluntad del legislador. Pero posiblemente diría también: era menos crítico, menos polémico, menos neutral. El constitucionalismo consiste en todo caso en aquello que el derecho no era antes de, y en todo aquello que el derecho debió (o no debió) ser antes de. Una visión optimista del constitucionalismo sustentaría, por tanto, que sus principales aportes han sido:

* CARBONELL, Miguel, y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (editores académicos) *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, 660 pp.

** Deseo agradecer a Gonzalo Ramírez Cleves y María Luisa Rodríguez Peñaranda por sus comentarios al primer borrador de esta reseña. Sus aportes me han sido de mucha utilidad para comparar puntos de vista sobre el actual proceso de constitucionalización del derecho que se está viviendo en América Latina, y en particular, en Colombia.

1 Madrid: Trotta, 2009.

2 Madrid: Trotta, 2007.

- a) El constitucionalismo ha trasladado al debate público la tensa relación entre el derecho y la política. En efecto, durante mucho tiempo, y esta aseveración sigue siendo cierta hoy en día, en las Facultades de Derecho se enseñaba que tanto el derecho como la política conformaban espacios distintos, donde uno –la política– domeñaba al otro –el derecho–. Esta visión se reflejaba, por caso, en la forma como se interpretaban conceptos como: deferencia judicial, legitimidad o supremacía del legislador. En todo este tiempo la autoridad de la ley, aunque de forma ambigua, ha sido el principal estandarte de esta mirada del derecho y de cómo, en una situación de gobierno ideal, se debe plantear el funcionamiento de la democracia.
- b) El constitucionalismo, asimismo, ha permitido que en América Latina se desarrolle un debate –aunque con diferentes matices e intensidades– respecto a la articulación entre derecho y moral, o entre derecho y política. El debate jurídico –y lo mismo ocurre en otros campos del conocimiento– se caracteriza(ba) en esta parte del continente por la falta de sentido crítico y de discusión que impedían incorporar enfoques distintos a los tradicionales. El constitucionalismo ha permitido despertar de su modorra a América Latina y llamar la atención sobre aspectos tan sensibles de la práctica jurídica como el decisionismo judicial, la ambigüedad de los principios, la moral interna del derecho, la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, entre otros. Estas discusiones –y en muchos casos el nivel de ellas– ha contribuido a que la tradicional oposición derecho privado-derecho público se relativice y a que, tomando en cuenta aspectos y elementos locales, distintos juristas puedan realizar críticas más agudas de su propia realidad y contextos a la luz del derecho.
- c) Por último, el constitucionalismo ha renovado la forma como se está aprendiendo el derecho en América Latina a través de una paciente, pero efectiva labor de difusión de la jurisprudencia y de teorías locales y extranjeras que la interpretan. Dicha difusión se debe, entre otros motivos, a que en la actualidad la jurisprudencia es considerada una fuente primaria del derecho y, por consiguiente, su aplicación es de observancia obligatoria. Asimismo, el constitucionalismo ha motivado una aproximación multidisciplinaria del derecho, al llamar la atención sobre las implicancias de éste en campos como la economía, la política, la historia, o la filosofía. El constitucionalismo ha permitido que dichos factores, que antes eran estudiados de forma marginal, ocupen un lugar central en el análisis de las ciencias jurídicas, al obligar a los juristas a introducir en sus razonamientos dichos conocimientos para entender la compleja dinámica del derecho en la actualidad.

II

El constitucionalismo también ha recibido en estos años de “idílico reinado” graves acusaciones de algunas de las cuales todavía no se recupera. Uno de sus principales críticos, el profesor español Juan Antonio García Amado, ha acusado, por ejemplo, al neoconstitucionalismo de encubrir el activismo de los jueces, al alentarlos para que justifiquen sus decisiones en principios, un tipo de normas que a diferencia de las reglas poseen un enunciado abierto, propiciando, de esa forma, “una jurisprudencia muy propensa a la extralimitación, la demagogia y la política más descarada”³.

Otra de las acusaciones en contra del constitucionalismo se basa en la interferencia que, a través de éste, los jueces desarrollan en desmedro de la política. Si tradicionalmente el Poder Judicial era considerado un Poder del Estado sin capacidad de intervenir en la toma de decisiones públicas, en la actualidad ya no es así porque los jueces simplemente entienden que pueden (y deben) desarrollar una protección más robusta de los principios, aunque para ello tengan, de vez en cuando, que decirle al gobierno qué hacer y cómo en campos como los derechos sociales o la libertad económica. El activismo de los jueces si bien no representa hoy en día una preocupación gravitante, ha tenido en algunos países y en algunos momentos un rol clave. Tal ha sido el caso, por ejemplo, de Colombia, cuya Corte Constitucional, una de las más activistas de la región, ha emitido una serie de sentencias estructurales en materias como la problemática de los desplazados, la prestación de servicios de salud, el servicio militar obligatorio, o el control de la deliberación parlamentaria. El impacto de esta jurisprudencia ha sido significativa, asimismo, porque ha propiciado un cambio de sensibilidad de los operadores jurídicos respecto al sistema de justicia, entendido como un todo, al punto que la práctica del derecho, así como su análisis y estudio, dependen más de los fallos de la Corte que del conocimiento dogmático. El constitucionalismo, en ese sentido, ha propiciado un ensanchamiento del campo jurídico, agregando a éste, elementos como la política o la moral que, tradicionalmente, no eran tomados en cuenta por la dogmática tradicional.

Pero el punto más problemático, y por eso mismo más resistido, del canon neoconstitucional es su adhesión a los principios. Este tipo de normas se caracterizan porque obligan a los operadores del sistema de justicia –jueces, y abogados– a basar sus decisiones en argumentos normativos antes que formales. La crítica en contra de este tipo de normas es que si se generaliza su uso, como ya estaría ocurriendo en

3 Además de su contribución a este libro, puede revisarse su artículo, “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, en: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Op. cit., p. 264.

algunas jurisdicciones locales, los jueces extrapolaran su propia concepción de la moral, atentando de este modo contra uno de los pilares del Estado de Derecho, como es la seguridad jurídica. Esta preocupación ha sido descrita por algunos como “la dictadura de la moral”, una moral, por supuesto que no es la del legislador, sino la de los jueces, lo cual, a ojos de estos críticos, constituye una grave amenaza para la democracia representativa. Un elemento adicional es que los principios, al ser normas ambiguas, permiten que se los interprete de cualquier forma, sin que quepa un control “objetivo” *a posteriori* que permita, por caso, establecer cuándo esa interpretación es moralmente válida o cuándo no. Esta confusión redundante, finalmente, en una anarquía del derecho, cuyas consecuencias las padece la sociedad en su conjunto y no, como presumen los que abogan por el derecho por principios, los que defienden una visión conservadora de éste.

Por último, pero no menos importante, es la crítica en contra del constitucionalismo por su malentendido cosmopolitismo. El constitucionalismo se ha alimentado de distintas teorías en estos últimos años, sin que sean, muchas veces, sostienen sus críticos, fieles a sus centros de producción y contextos académico y cultural. Un ejemplo interesante es la interpretación de la obra de autores como John Rawls o Ronald Dworkin que, comúnmente, son considerados autores neoconstitucionalistas. Estos si bien pertenecen a una corriente de pensamiento que puede ser englobada en el mismo sector ideológico –liberalismo igualitario– poseen agendas distintas, las mismas que, según se vea, están más cerca o más lejos de la agenda transformadora del derecho que, de la mano del constitucionalismo, se lleva a cabo en América Latina. Esta agenda incluye temas como la crítica al liberalismo conservador (Rawls) o al positivismo metodológico (Dworkin) que no forman parte de la agenda de nuestros países, que giran en torno a temas como la exclusión de la justicia de sectores principalmente pobres, la arbitrariedad del gobierno, o la influencia de *lobbies* e intereses económicos en el funcionamiento del Estado. Este paralelismo entre autores y temas genera una gran confusión que redundante en la dispersión de muchos tipos de constitucionalismos y que ha impedido que esta corriente se afiance como una teoría sólida y viable.

III

Uno de los aportes de El Canon Neoconstitucional consiste en llamar la atención sobre este tipo de críticas, las cuales se matizan, a su vez, con nuevas respuestas. El tipo de preguntas que plantea el libro es hechura de una sesuda reflexión. Este diálogo acerca de las implicancias y los riesgos del constitucionalismo ha permitido, principalmente, a la comunidad académica de nuestros países, consolidar un

grupo de autores y planteamientos que, se acepten o no, son objeto de la mayor atención. Los autores canónicos, si cabe llamarlos así, del constitucionalismo son, en ese sentido: Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Roberto Gargarella y Carlos Bernal. Posiblemente deje de lado a algunos, como Carlos Nino, pero en principio este conjunto de autores representa a un grupo consolidado y activo. Respecto a los planteamientos del constitucionalismo es posible, también, a 20 años de su aparición –primero, con la instauración de la activista Corte Constitucional de Colombia, y segundo, con la publicación de *El Derecho Dúctil* de Gustavo Zagrebelsky⁴– sacar algunas conclusiones. Las más importantes posiblemente sean: i) la obligatoriedad de los principios; ii) la rigidez de la Constitución y, iii) el control de la deliberación democrática por la justicia.

Un aspecto que me gustaría mencionar, asimismo, sobre el constitucionalismo (y en esta oportunidad sobre la visión que *El Canon Neoconstitucional* plantea del constitucionalismo) es su identidad generacional. Tal parece que el “nuevo derecho” en América Latina es el resultado de una nueva generación de iusfilósofos y juristas, que están pensando América Latina y su derecho de una forma notablemente diferente a como lo venía pensando la dogmática tradicional. En primer lugar esta generación de autores no simpatiza con la tesis simplista del derecho por reglas, desconfía de la validez formal de la ley, y cree, a veces de forma vehemente, en las posibilidades de la justicia para llevar adelante una agenda política transformadora de la realidad de nuestros países. Este discurso tiene un claro componente ideológico que lo aproxima a la tradición progresista de los Estados Unidos, donde, por caso, un puñado de jueces famosos –Cardoso, Breyer, Warren– le cambió el rostro a la política social y económica de ese país. Entre los autores más representativos del constitucionalismo latinoamericano actual se encuentran: Roberto Gargarella, Carlos Bernal, Rodolfo Arango, entre los más destacados. Un elemento en común en todos ellos, al margen de sus, también significativas, diferencias es su visión progresista del derecho, visión que, como en el caso de Gargarella, ha sido esencial para entender la evolución del constitucionalismo latinoamericano de la última década y su aproximación, cada vez más cercana, con las tesis del liberalismo igualitarista.

De otro lado, *El Canon Neoconstitucional* plantea también nuevas preguntas que acercan al constitucionalismo, tentadoramente, con la práctica del derecho anglosajón. Estas se refieren, por caso, a la exigibilidad de los derechos sociales por parte de la justicia (Luigi Ferrajoli), la importancia de los paradigmas en la comprensión del derecho (Sanford Levinson y Jack Balkin); la impronta del constitucionalismo popular en la aplicación del control judicial (Roberto Gargarella); la interpretación

4 Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 1997.

del constitucionalismo como metateoría del derecho por parte de los jueces (Alfonso García Figueroa), entre otros. Los cuales resultan profundamente estimulantes y abren un surco inexplorado hasta ahora por la academia para interpretar y analizar la evolución del derecho en América Latina. Estas nuevas interrogantes se caracterizan además porque, poco a poco, van dejando de lado el prejuicio en contra de las teorías del derecho transnacionales, y se está empezando a mirarlas como herramientas para pensar y reflexionar con mayor vigor sobre nuestro propio derecho. Un paso adelante, en ese sentido, es la cita, cada vez más recurrente, de la jurisprudencia de cortes extranjeras para ilustrar aspectos de la legislación local, o la cita de autores, principalmente europeos y anglosajones, para explicar los alcances de un principio o para discutir el impacto o la validez de una ley en un área específica.

IV

Han pasado casi 20 años desde la publicación en español de *El Derecho Dúctil* de Gustavo Zagrebelsky. En ese libro que en su momento significó una *bocanada de aire fresco* para el derecho, principalmente, el que se hacía en el mundo de habla hispana, muchas cosas han cambiado. Una de ellas, tal vez sea, la consolidación de la justicia constitucional y su sorpresiva evolución. En Colombia, donde la popularidad de la Corte fue más visible, ésta, en la década que va de 1990 al año 2000, desarrolló una práctica constitucional y una vitalidad teóricas sin precedentes en América Latina y ajenas, incluso, a su propia tradición. Esta tradición consistió, más en algunos países que en otros, en la marginación de distintos sectores de la justicia, y en la deferencia, exacerbada, de la voluntad política. Herencia de democracias débiles o claramente dictaduras, que durante el siglo XX asolaron el continente americano. En Colombia, contrario a todo ello, la Corte Constitucional supo reconstruir una práctica constitucional basada en principios como la deliberación pública, la inviolabilidad de la persona, y la democracia constitucional. Estos valores fueron alimentados, teórica e ideológicamente, por el constitucionalismo, al punto que, como explica García Jaramillo, se lo dio en denominar *nuevo derecho*.

20 años después, sin embargo, cabe preguntar ¿hacia dónde se dirige el nuevo derecho? ¿Se seguirá considerando nuevo derecho?, o ¿20 años después éste ha envejecido y es momento de pensar en nuevos derroteros ideológicos? Lo más probable es que se agudice la crítica contra este nuevo derecho, basada en la tradición autoritaria y en la emergencia social que actualmente agobia a nuestros países. Si bien existe un canon neoconstitucional, éste todavía está lejos de ser un canon del derecho, tal como lo entendemos y lo practicamos ahora. Queda, eso sí, la seguridad de que, a diferencia de antes, hoy en día existen más recursos y más

ideas para paliar el efecto conservador del parroquialismo jurídico. Este efecto que convive, neuróticamente, con el nuevo derecho es la prueba más evidente de que lo que queda por hacer es mucho más arduo de lo que ya se ha hecho y que la batalla por la justicia y el progresismo en América Latina apenas si está empezando.

Asimismo, cabe preguntarse si el constitucionalismo como tal, es decir como teoría omnicomprendiva del derecho, es atributo de un país en particular, por caso, Colombia o Argentina, o es más bien el resultado de una visión global del derecho, cuya ratio de influencia, principalmente, se desarrolla en América Latina. Esta pregunta es clave para establecer qué tipo de acuerdos institucionales se están dando en nuestro continente y si además estos responden a una visión original del derecho, o si más bien lo que existe son esfuerzos marginales de elites académicas conformadas por autores muy destacados pero sin eco en la escena pública. Excluyendo del ejemplo a Colombia, donde la influencia de la Corte Constitucional, por lo menos de los primeros años, fue patente, tal parece, me temo, que esa es la situación actual.

El que la realidad latinoamericana sea tan parecida, pero al mismo tiempo tan diversa, contribuye en parte a esta duda. Y es que si bien es parecida en lo que respecta a sus problemas y debilidades, es muy distinta en lo que respecta a sus tradiciones y a su propia forma de controlar e interpretar el poder (político). El derecho puede ayudar a ser un punto de enlace sobre lo que se puede hacer, a la luz de una agenda reformadora en lo social, pero a su vez puede ser un punto de inflexión que contribuye, en virtud de la propia dinámica de los sistema de justicia, a ahondar las diferencias de país a país y a diversificar los temas de interés y discusión teóricas. La relación entre política y derecho que el constitucionalismo en todo caso ha ayudado a develar, revela la importancia de pensar el derecho a partir no sólo de sus características formales, como intenta a hacer desde el otro lado de la acera, por ejemplo, el derecho procesal constitucional, sino a partir de su impacto en distintos sectores e intereses, los mismos que, para pesar nuestro, se encuentran infra representados en la actual configuración política de América Latina.

Se puede concluir, por tanto, que el constitucionalismo es, pese a su mayoría de edad, una corriente joven todavía entre nosotros. Que ha tenido la virtud de propiciar un debate necesario y enriquecedor, en un ambiente donde éste hacia mucha falta, pero que aún está lejos de ser una teoría consolidada. La obra de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo revitaliza justamente un debate académico con hondas repercusiones en la concepción, interpretación y práctica del derecho en los países latinoamericanos. Subrayan la importancia del debate académico y lo hacen de una forma ambiciosa, trayendo a este debate a autores de diferentes latitudes y con visiones que en América Latina aún son inéditas. Este aporte confirma lo que señalaba líneas arriba cuando decía que lo que hemos tenido es antes que

un cambio de mentalidad jurídica, un vuelco crítico dirigido a cambiar la forma de pensar y aplicar el derecho en nuestras respectivas jurisdicciones locales. Este cambio de mentalidad aún está *ad portas*, y tiene que ver, más de lo que quisiéramos, con aspectos que escapan a la impronta del derecho: como la política, o la cultura democrática.

El principal aporte que el derecho puede realizar a la convivencia ciudadana radica, en ese sentido, en llamar la atención sobre la importancia de tratar estos temas a través de las armas de la razón, y la deliberación públicas. Si bien es cierto que en América Latina aún pervive una visión conservadora sobre lo que es y debe ser el derecho, actualmente estamos en mejor posición que antes para criticar esta visión tradicional, y plantear respuestas distintas. El constitucionalismo es uno de esos caminos y en países como Colombia sus frutos han sido notables.