



PROLEGÓMENOS

Derechos y Valores

Revista de la Facultad de Derecho				
Bogotá D. C. Colombia	Volumen XIII No. 26	Julio - Diciembre 2010	ISSN 0121 - 182X	Pg. 1 - 300



RECTOR

MG (r) Eduardo Antonio Herrera Berbel

VICERRECTOR GENERAL

MG (r) Gabriel Eduardo Contreras Ochoa

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

BG (r) Alberto Bravo Silva

VICERRECTOR ACADÉMICO

Dra. Martha Lucia Bahamón Jara

VICERRECTOR DE INVESTIGACIONES

José Ricardo Cure Hakim, Ph.D

DECANO FACULTAD DE DERECHO

Bernardo Vanegas Montoya, Ph.D

PROLEGÓMENOS

Derechos y Valores

Revista de la Facultad de Derecho

DIRECTOR CENTRO DE INVESTIGACIONES

Alvaro E. Márquez Cárdenas, Ph. D

EDITOR

Misael Tirado Acero, Ph. D

ASESOR EXPERTO COMITÉ EDITORIAL

Ernesto Lorenzo Ravelo Contreras

Revista Indexada en el Índice Bibliográfico
Nacional IBN – PUBLINDEX Categoría C.



Revista Indizada internacionalmente en la Red
de Revistas Científicas de América Latina, el
Caribe, España y Portugal. Redalyc.



PARA SUS CONTRIBUCIONES Y SUSCRIPCIONES DIRIGIRSE A: Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho – Centro de Investigaciones – Carrera 11 No. 101 – 80 Bloque B Piso 1, Teléfono 6 34 32 00 Ext. 262 – 344. CORREO ELECTRÓNICO: derechos.valores@unimilitar.edu.co PARA REALIZAR CANJE INTERINSTITUCIONAL DIRIGIRSE A: Universidad Militar Nueva Granada, Biblioteca – Carrera 11 No. 101 – 80 Bloque D Piso 1, Teléfono 6 34 32 00 Ext. 290 – 380. CORREO ELECTRÓNICO: biblioteca@unimilitar.edu.co

COMITÉ EDITORIAL

Andrés Botero Bernal, Ph.D.

Universidad de Medellín. Colombia.

Angélica Cuellar, Ph.D.

Universidad Nacional Autónoma de México. México.

Álvaro E. Márquez Cárdenas, Ph.D.

Universidad Militar Nueva Granada. Colombia.

César Augusto Ramírez Corzo, Ph.D.

Universidad Externado de Colombia. Colombia

Lina Marcela Escobar Martínez, Ph.D.

Universidad de la Sabana. Colombia.

María Cristina Patiño González, Ph.D.

Universidad Nacional. Colombia.

Vittorio Olgiatti Ph.D.

Universidad de Urbino “Carlo Bo”, Italia.

COMITÉ CIENTÍFICO

Carlos Martín Carbonell Higuera, Mg.

Universidad Militar Nueva Granada. Colombia.

Eliana Herrera Vega, Ph.D.

Université d'Ottawa. Canadá.

Fernando Soto Aparicio

Universidad Militar Nueva Granada.

Horacio Daniel Piombó, Ph.D.

Universidad Nacional de la Plata. Argentina.

Luca Mezzetti, Ph.D.

Università di Bologna. Italia.

María Inés Bergoglio, Ph.D.

Universidad Católica de Córdoba. Argentina.

Olenka Woolcott Uyague, Ph.D.

Universidad de Lima. Perú.

PARES EVALUADORES DE LOS ARTÍCULOS DE ESTA EDICIÓN

Juan Pablo Galeano, Mg. C-Ph.D

Lina Escobar Martínez, Ph.D

Enrique Celis Durán. Mg.

Germán Silva García. Ph.D

Vladimir Monsalve Caballero, Ph.D

Mario A Cajas Sarria, Mg. C.Ph.D

Rafael Forero Contreras, Ph.D

Sergio R. Matías Camargo, Ph.D

María Luisa Rodríguez Peñaranda, Ph.D

TRADUCTOR / CORRECTOR DE ESTILO

Carmen Correa Cuervo

CARÁTULA

El libertador en la Quinta de San Pedro Alejandrino
Santa Marta. Colombia

Fotografía: Jacqueline Blanco Blanco

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Héctor Suárez Castro

IMPRESIÓN

Panamericana Formas e Impresos S.A.

Bogotá D. C., Colombia

PERIODICIDAD

Semestral

Número de ejemplares

500

DEPÓSITO LEGAL

© **Derechos Reservados**

El contenido de los artículos es de exclusiva
responsabilidad de los autores.

Los textos pueden reproducirse total
o parcialmente citando la fuente.

ISSN 0121 – 182X

Bogotá, Colombia

CONTENIDO

Volumen XIII No. 26. Julio – Diciembre de 2010

Editorial. El pasado que nos explica el presente y nos prepara hoy para el futuro	7
<i>Bernardo Vanegas Montoya. Universidad Militar Nueva Granada, Colombia</i>	
Actuaciones de las víctimas como sujetos procesales en el nuevo sistema penal acusatorio	11
<i>Álvaro E. Márquez Cárdenas. Universidad Militar Nueva Granada, Colombia</i>	
Identidad judicial indígena frente a la jurisdicción ordinaria actual en Colombia	29
<i>Omar Antonio Herrán. Guillermo García. Universidad Militar Nueva Granada, Colombia</i>	
De los Derechos Sociales sobre libertad e igualdad a la definición de los Derechos Civiles y Políticos después de la independencia	43
<i>Jacqueline Blanco Blanco. Universidad Militar Nueva Granada, Colombia</i>	
Algunos apuntes sobre las razones de la reforma del procedimiento penal en América Latina	59
<i>Pierre Gilles Bélanger. Tecnológico de Monterrey, México</i>	
Interpretación constitucional y judicial. Cómo leer sentencias judiciales	79
<i>Sergio Rodríguez Alzate. Universidad Militar Nueva Granada, Colombia</i>	
The danger of populism. In Latin America, is colombia the exception?	99
<i>Rosalvina Otálora Cortés. Universidad Libre, Colombia</i>	
Bajo el lente del cine político: la imagen problematizadora	123
<i>César Oliveros Aya. Universidad Militar Nueva Granada, Colombia</i>	
Historia de la policía y del ejercicio del control social en Colombia	143
<i>Dayana Becerra. Universidad Militar Nueva Granada, Colombia</i>	
Aplicación de los convenios de la OIT en materia de Derecho de Asociación Sindical y negociación colectiva en las decisiones de los jueces laborales en Colombia	163
<i>Francisco Rafael Ostau De Lafont De Leon. Leidy Angela Niño Chavarro. Universidad Libre, Colombia.</i>	
El sindicato y sus retos ante las transformaciones económicas y sociales	179
<i>Rodrigo Vargas Ávila. Universidad Nacional - Universidad Militar Nueva Granada, Colombia</i>	
Constitutional courts and economic policies. The colombian case	201
<i>Javier Franco. Universidad Libre, Colombia. Pablo Medrano. Universidad Nacional, Colombia</i>	
Biocombustibles en Suramérica. Referentes normativos y legislación actual	215
<i>Andrea Carolina Pérez Forero. Universidad Militar Nueva Granada. Colombia</i>	
La constitución de Weimar y los Derechos Sociales. La influencia en el contexto constitucional y legal colombiano a la luz de los Derechos Sociales asistenciales a la seguridad social en salud	233
<i>José O. López Oliva. Universidad Militar Nueva Granada, Colombia</i>	
La excepción preliminar: falta de agotamiento de recursos internos ¿un mecanismo efectivo de defensa estatal?	245
<i>Andrés González Serrano. Universidad Militar Nueva Granada, Colombia</i>	
El abuso de confianza y el peculado en la responsabilidad penal empresarial: la responsabilidad penal por administración de fondos parafiscales en las E.P.S. en Colombia	267
<i>Jorge Arturo Abello Gual. Politécnico Granacolombiano, Colombia</i>	
Instrucción a los autores	285

CONTAINED

Volume XIII No. 26. July - December 2010

Editorial. The past that explains the present and prepares for us today for the future	7
<i>Bernardo Vanegas Montoya. Universidad Militar Nueva Granada, Colombia</i>	
Proceedings of the victims as procedural subjects in the new criminal law system	11
<i>Álvaro E. Márquez Cárdenas. Universidad Militar Nueva Granada, Colombia</i>	
Identity indigenous judicial compared to the regular jurisdiction current in Colombia	29
<i>Omar Antonio Herrán. Guillermo García. Universidad Militar Nueva Granada, Colombia</i>	
The social rights on freedom and equality to the definition of the Civil Rights and Political after independence	43
<i>Jacqueline Blanco Blanco. Universidad Militar Nueva Granada, Colombia</i>	
Some notes on the reasons for the reform of criminal procedure in Latin America	59
<i>Pierre Gilles Bélanger. Tecnológico de Monterrey, México</i>	
Constitutional and judicial interpretation, and the understanding of judicial sentences	79
<i>Sergio Rodríguez Alzate. Universidad Militar Nueva Granada, Colombia</i>	
El peligro del populismo. Populismo macroeconómico en América Latina ¿Colombia es la excepción?	99
<i>Rosalvina Otálora Cortés. Universidad Libre, Colombia</i>	
Under the lens of political film: the image problem	123
<i>César Oliveros Aya. Universidad Militar Nueva Granada, Colombia</i>	
History of the police and the practice of social control in Colombia	143
<i>Dayana Becerra. Universidad Militar Nueva Granada, Colombia</i>	
Implementation of ILO conventions on Rights of Association and collective bargaining association in the decisions of the judges labor in colombia law	163
<i>Francisco Rafael Ostau De Lafont De Leon. Leidy Angela Niño Chavarro. Universidad Libre, Colombia</i>	
The union and its challenges before the economic and social transformations	179
<i>Rodrigo Vargas Ávila. Universidad Nacional - Universidad Militar Nueva Granada, Colombia</i>	
Tribunales constitucionales y políticas económicas. Caso colombiano	201
<i>Javier Franco. Universidad Libre, Colombia. Pablo Medrano. Universidad Nacional, Colombia</i>	
Biofuels in South America. Normative references and legislation current	215
<i>Andrea Carolina Pérez Forero. Universidad Militar Nueva Granada. Colombia</i>	
The weimar constitution and the Social Rights. The influence in the context constitutional and legal Colombian in the light of the social rights care to social security in health	233
<i>José O. López Oliva. Universidad Militar Nueva Granada, Colombia</i>	
The preliminary objection: lack of exhaustion, is an effective mechanism for defense state?	245
<i>Andrés González Serrano. Universidad Militar Nueva Granada, Colombia</i>	
The abuse of trust and embezzlement in the criminal responsibility: corporate criminal liability for administration of parafiscal funds in the E.P.S. in Colombia	267
<i>Jorge Arturo Abello Gual. Politécnico Grancolombiano, Colombia</i>	
Instructions to authors	289

Editorial

EL PASADO QUE NOS EXPLICA EL PRESENTE Y NOS PREPARA HOY PARA EL FUTURO

Bernardo Vanegas Montoya

En el lenguaje corriente suele decirse que la palabra más utilizada por el hombre es la palabra amor muy relacionada con la palabra madre o mamá, sin embargo todos sabemos que la palabra justicia y la palabra paz, sobresalen de tal manera en el lenguaje entre los seres humanos, que eso puede significar la ansiedad constante del ser humano por lograr una existencia más digna y civilizada.

Quizá por eso una inquietud que surge en el ambiente del aula de clases, en donde se expliquen las ciencias sociales y jurídicas, es la siguiente:

¿No ha sido la historia de la humanidad una larga relación deberes-derechos, léase ley?... Leyes escritas y leídas o transmitidas de generación en generación...

En ese sentido podríamos referirnos a la que hoy apreciamos como “cultura occidental”, por ser este, vasto y amplio tema, por supuesto es necesario concretarlo a la historia documentada y, aparentemente más conocida por todos.

La Historia es la experiencia escrita o escuchada que se convierte en el elemento transversal, lleno de componentes que se mantienen, transforman y modifican a sí mismos para construir la realidad de cada presente, en el marco de las dinámicas económicas, sociales, políticas y culturales de la sociedad, de acuerdo a su idiosincrasia particular y a sus costumbres arraigadas, sean legislativas estas o no.

En el diseño de la antropología Judeo-Cristiana, en el primer libro de la Biblia, el Génesis, nos habla de la primera trasgresión a una sencilla ley de Dios: no tomarás el fruto de este árbol, y sabemos lo que pasó y su castigo subsecuente. Luego, el diluvio universal como castigo a un pueblo que no cumplía con la propuesta del Creador para el hombre; a los ojos de Dios sólo fue justo Noé y por eso recibió el encargo de hacer el Arca y llenarla con dos de cada especie, y al final de los 40 días de lluvia, al ver el arco iris y la paloma con la rama de olivo aparece el perdón, la amnistía, el anuncio de la pena cumplida.

Las ciudades de Sodoma y Gomorra, ejemplo extremo de castigo con su justo Lot y su castigada esposa Sara. Moisés recibiendo en el monte Sinaí las llamadas tablas de la “Ley”, mismas leyes que fueron difundidas en el pueblo de Israel durante el éxodo, en medio de rayos y centellas de un Dios enojado con un pueblo que estaba adorando un “dios falso”.

En fin, la traición, el pecado, la ley violada, la trasgresión y castigos de toda clase: expulsión del paraíso, exterminio de pueblos por el agua y el fuego, mujer convertida en estatua de sal, muestran que hay una relación entre conducta y pena. Pero, estas referencias histórico-religiosas, pueden tener muchas lecturas y modificaciones durante su divulgación, y hacen parte de ese constante interés que mantienen las ciencias sociales en estos temas por la rápida y continua transformación de los procesos en donde intervienen agentes sociales, personas, comunidades, agrupaciones o sociedades que se identifican o rechazan este tipo de narraciones que buscan condicionar y sancionar las conductas humanas.

Siguiendo esta óptica, nos encontramos como son comunes en la observación de la civilización humana, la invasión de unos pueblos a otros, no sólo para apoderarse de su territorio y riquezas, sino para “imponer su ley”; en Europa, por ejemplo, están documentadas invasiones a vecinos que hicieron que la mayoría de pueblos y desde el lado de los vencidos los llamaran Imperios o bárbaros; algunas de esas leyes de los vencedores pasaban por encima del derecho natural, como no matar indefensos y de no asolar cultivos de sobrevivencia. Ya la “civilizada” Europa, la emprende mas allá de sus fronteras contra los “infieles” y según la ley eclesial, se emprenden grandes cruzadas para ir a su propia tierra a enfrentarlos y quitarles “reliquias” que los invasores consideraban como suyas; esta lucha dio lugar a que la ciudad Santa de Jerusalén, este actualmente dividida en tres religiones. Hoy también apreciamos el peso que el fundamentalismo Islámico está ejerciendo sobre gran parte del globo terráqueo.

En Asia el ciclo se repite con mongoles, chinos y otros, llamados por la historia hordas invasoras por obedecer sus propias leyes, algunos de los cuales llegaron hasta Europa a ensayar conquistas, encontrándose uno de ellos con el Sumo Pontífice en Roma.

La difusión de las religiones, en este caso concreto de la católica, se ha interpretado también por muchos, como invasión cultural y de imposición de leyes y formas de vida que rigen aún en varios países, en donde por haber sido esta religión la oficial, influyó en la legislación de estos países para que sean acordes con la Ley Bíblica y Evangélica, una mezcla de los diez mandamientos, los pecados capitales, el dogma, el catecismo, la palabra de Cristo... Adicionalmente, estas leyes adaptadas han sido sazonadas con principios filosóficos y de formas de gobierno, adaptaciones del Continente Europeo como procesos que se han implantado pero sin analizar sus frutos.

En el Continente Americano los conquistadores Europeos en su mayoría desconocieron los códigos y las leyes que ya tenían los primitivos habitantes de estas tierras, pocos de los cuales se conservan, entre ellos algunos de Mayas y Aztecas (Popol Vhuh) y entre los Muisca en nuestro territorio el código de Nemequene, además de leyes propias de los resguardos que sólo aplican en las fronteras de sus territorios. Estos europeos fundaron ciudades donde ya había pueblos con sus propias leyes y recomendaciones, imponiendo sus creencias, expidiendo decretos, limitando el uso de productos de la región para favorecer su comercio con Europa y otros desatinos que por ley tuvieron que ser aceptados por los pueblos doblegados, y que posteriormente el cauce de la historia muestra como esos desafueros se revirtieron en más guerras y resentimientos.

De manera concluyente hoy Colombia, país de leyes en esencia, se ha fundido en la lentitud del aparato de justicia y la proliferación de abogados que tienen que dedicarse a expulgar códigos en busca de una ley o decreto que sirva para los fines de su cliente o los suyos propios, a través de la interpretación de los principios lógicos, la investigación, los nuevos y los antiguos paradigmas, las leyes y los discursos, creando una narrativa propia que se aplique para cada caso.

Nuestra Colombia es contemporánea, con una economía expansiva que cruza fronteras, enmarcada en procesos de conocimiento continuo, nuevas tecnologías, inserción en la globalización, regionalización o sectorización territorial para promover la comprensión de una sociedad unificada, pero por sobre todo somos un Estado-Nación continuamente en construcción que pretende reinventarse aprendiendo de las lecciones de la historia.

En esta continua búsqueda de mejora la Revista Prolegómenos ha creado los espacios adecuados para que las nuevas mentes en formación

se relacionen con la experiencia de académicos, investigadores y profesionales en ejercicio que diariamente contribuyen a la consolidación de la Nación que todos queremos. Esta revista, y este número en particular, muestra y resalta continuamente de la importancia del derecho, la sociología jurídica y la legislación en las diferentes áreas del conocimiento a nivel académico y durante el ejercicio profesional.

A través del acercamiento a los procesos judiciales desde la óptica de las víctimas, revisando casos particulares y sus respectivas sentencias bajo un contexto histórico que aclare ciertas figuras legales y guíe su utilización, con una mirada amplia de la historia de la formación de las leyes en nuestro país y tomando muchos otros ejemplos para entregárnoslos, este documento encapsula el conocimiento fruto del análisis y de la investigación incrementando su incalculable valor, lo que fomenta que la investigación y la práctica profesional sean

vistas como disciplinas estrictas que permitan concluir firmemente y crear discursos partiendo del análisis riguroso como herramienta principal.

El derecho es, en fin, el gran marco de la historia, su contexto, su referente. La historia la han contado y escrito los vencedores, y ahora hacemos parte de ese grupo de vencedores contemporáneos que con el arma de la razón hemos de conquistar a aquellos que pretenden dominarnos bajo la ley de la fuerza.

Hemos celebrado en el presente año el Bicentenario de la Independencia de nuestra República, frente al Imperio Español, en aquel momento invadido por las fuerzas Napoleónicas, este hecho histórico está expuesto al análisis crítico de todos los intelectuales y se entrelaza con muchas áreas del Derecho.

Esperamos que esta nueva edición contribuya a este quehacer intelectual.

ACTUACIONES DE LAS VÍCTIMAS COMO SUJETOS PROCESALES EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO*

Alvaro E. Márquez Cárdenas Ph. D.**

Fecha de recepción: 8 de Octubre de 2010
Fecha de aceptación: 30 de Noviembre de 2010
Artículo Resultado de Proyecto de
Investigación.

Resumen

Mediante sentencias de la Corte Constitucional se ha venido reconociendo y construyendo una serie de actuaciones procesales que las víctimas pueden realizar en el proceso penal sin necesidad de postularse en el proceso mediante un apoderado, como sucedía en el proceso inquisitivo de la Ley 600. Este sistema procesal requería presentar una demanda de la parte civil para actuar a través de su apoderado, en el caso donde la víctima era la principal interesada en las resultas del proceso, buscando que se hiciera justicia y se le reconociera en últimas su derecho por el daño causado con el delito.

Palabras clave

Víctima, justicia restaurativa, derecho a la verdad, derecho a que se haga justicia, derecho

a la reparación, garantía de no repetición, actuación procesal, proceso penal, sistema acusatorio.

PROCEEDINGS OF THE VICTIMS AS PROCEDURAL SUBJECTS IN THE NEW CRIMINAL LAW SYSTEM

Abstract

By means of judgments of the Constitutional Court come recognizing and constructing a series of procedural actions that the victims it can realize in the penal process without need of be postulated in the process by means of a proxy, since it was happening in the inquisitive process of the law 600. This procedural system was needing to sue for civil part to act across his proxy, in the case where the victim was the principal one interested in you them ensue from the process, looking that was doing justice to himself and his right was recognized in last by the hurt caused with of the crime.

Key words

Victim, restorative justice, right to the truth, right to which justice, right does to itself to the repair, guarantee of not repetition, procedural action, penal process, accusatory system.

RESULTADOS

1. De los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación

La Corte Constitucional ha construido una sólida y consistente jurisprudencia sobre el alcance constitucional de los derechos de las víctimas y perjudicados con las conductas punibles; en este acápite mencionamos los derechos de las víctimas como sujetos procesales, entendiendo que ha sido superada esa consideración de tener a las víctimas como meros intervinientes.

* El presente escrito es el resultado de la investigación denominada: "La Conciliación preprocesal en el nuevo sistema procesal acusatorio". Línea de investigación: Derecho penal. Centro de investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada.

** Abogado. Doctor en Derecho y Especialista en criminología, Universidad Complutense de Madrid, España. Master en Estudios Políticos, Universidad Javeriana, Colombia. Ex magistrado. Docente investigador-postgrados de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre. Director Centro de investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada. Publicaciones: *La Autoría Mediata en el Derecho Penal*, *La Delincuencia Económica y la Coautoría en Derecho penal*. alvaro.marquez@unimilitar.edu.co; marquez_alvaro@hotmail.com

Si desde el punto de vista material la víctima tiene el derecho a la verdad, a que se haga justicia y a la reparación, lo que se plantea en este capítulo es cómo puede hacer valer esos derechos en el proceso penal, es decir, qué actuaciones puede realizar para hacer efectivos sus derechos.

El derecho a la verdad¹, es el derecho a que las víctimas puedan saber lo que realmente sucedió en un acontecimiento criminal no sólo en situaciones de conflicto armado, sino frente a cualquier delito². La jurisprudencia Constitucional estimó el conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad³, e incorpora el derecho a la verdad: -el derecho inalienable a la verdad; - el deber de recordar; - el derecho de las víctimas a saber.

El primero, comporta el derecho de cada pueblo a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias que llevaron a la perpetración de los crímenes en un conflicto armado. El segundo, consiste en el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión como parte de su patrimonio, y por ello se deben adoptar medidas adecuadas en aras

del deber de recordar que incumbe al Estado. Y el tercero, determina que, independientemente de las acciones que las víctimas, así como sus familiares o allegados puedan entablar ante la justicia, tiene el derecho imprescriptible a conocer la verdad, acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones, y en caso de fallecimiento o desaparición acerca de la suerte que corrió la víctima.

El derecho a la verdad presenta así una dimensión colectiva cuyo fin es “*preservar del olvido a la memoria colectiva*”⁴, y una dimensión individual cuya efectividad se realiza fundamentalmente en el ámbito judicial, a través del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de Corte Constitucional⁵.

Proyectando estos principios en el ámbito nacional, la jurisprudencia constitucional ha determinado que el derecho de acceder a la verdad implica que las personas tienen derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso. La dignidad humana de una persona se ve afectada si se le priva de información que es vital para ella; el acceso a la verdad aparece así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima⁶.

El derecho a que se haga justicia, en el derecho se relaciona con las garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así: (i) el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; (ii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo;

¹ AMNISTÍA INTERNACIONAL (S.F.). *Manual Para La Acción, Desapariciones Forzadas y Homicidios Políticos: La Crisis de Los Derechos Humanos*. EDAI. Madrid. p. 212.

² Ver: Mendez, J. “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los Derechos Humanos”. En: ABREGU, Martín, et al (comp). *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*. Editorial Del Puerto. Buenos Aires. 1997. p. 231

³ Esta sistematización se apoya en el “Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”. Anexo del Informe final del Relator Especial acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos. E/CN.4/Sub2/1997/20/Rev.1. Presentado a la Comisión de Derechos Humanos en 1998. Estos principios fueron actualizados por la experta independiente Diane Orentlicher, de acuerdo con informe E/CN. 4/2005/102, presentado a la Comisión de Derechos Humanos.

⁴ Principio No. 2 del Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

⁵ Cfr. Entre otras las sentencias C-293 de 1995 y C-228 de 2002.

⁶ Cfr. Sentencias T-443 de 1994. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. C-293 de 1995. MP. Carlos Gaviria Díaz.

(iii) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso⁷.

La jurisprudencia constitucional ha señalado el derecho de acceso a la justicia, que tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal⁸, y el derecho a participar en el proceso penal⁹, por cuanto el derecho al proceso en el Estado democrático debe ser eminentemente participativo. Esta participación se expresa en

“que los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda información pertinente a la investigación y tendrán derecho a presentar otras pruebas”¹⁰.

El derecho a la reparación integral del daño, es el derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo y también presenta una dimensión individual y otra colectiva¹¹. Desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho a la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la garantía de no repetición. En su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la

adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas¹².

En sentencia la Corte C- 370 de 2006, refiriéndose al derecho a la reparación de las víctimas en los mecanismos de la justicia transnacional, indicó que esta obligación conllevaba (i) en primer lugar, si ello es posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), “*la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación*”¹³; (ii) de no ser posible lo anterior, pueden implicar otra serie de medidas que además de garantizar el respecto a los derechos conculcados, tomadas en conjunto reparen la consecuencias de la infracción; entre ellas cabe la indemnización compensatoria.

“4.5.10. El derecho a la verdad implica que en cabeza de las víctimas existe un derecho a conocer lo sucedido, a saber quiénes fueron los agentes del daño, a que los hechos se investiguen seriamente y se sancionen por el Estado, y a que se prevenga la impunidad.

4.5.11. El derecho a la verdad implica para los familiares de la víctima la posibilidad de conocer lo sucedido a ésta, y, en caso de atentados contra el derecho a la vida, en derecho a saber dónde se encuentran sus restos; en estos supuestos, este conocimiento constituye un medio de reparación y, por tanto, una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad como un todo.

4.5.12. La sociedad también tiene un derecho a conocer la verdad, que implica la divulgación pública de los resultados de las investigaciones sobre graves violaciones de derechos humanos”.

La integralidad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de

⁷ Ver: RIVERA LLANO, A. *La Victimología: ¿Un Problema Criminológico?* Editorial Jurídica Radar. Bogotá. 1997. p. 221.

⁸ Cfr. Sentencia C-412 de 1993. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹ Cfr. Sentencia C-275 de 1994. MP. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰ Cfr. Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, aprobado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, mediante resolución 1989/65 del 29 de mayo de 1989, y ratificado por la Asamblea General mediante resolución 44/162 del 15 de diciembre de 1989. Citados en la sentencia C-293 de 1995.

¹¹ Ver: BUSTOS RAMÍREZ, Juan, et al. *Victimología: Presente y futuro*. Temis. Bogotá. 1993. p. 156.

¹² Cfr. Artículo No. 33 del Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

¹³ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 15 de junio de 2005.

las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación.

2. De las posibilidades de las actuaciones de las víctimas en la investigación y el trámite del juicio oral

Mediante sentencias de la Corte Constitucional se ha venido reconociendo y construyendo una serie de actuaciones procesales que las víctimas pueden reclamar en el proceso penal sin necesidad de postularse en el proceso mediante un apoderado, como sucedía en el proceso inquisitivo de la Ley 600, que requería presentar una demanda de la parte civil para actuar a través de su abogado en el caso donde la víctima era la principal interesada en las resultados del proceso, en perseguir a su victimario, buscando que se hiciera justicia y se le reconociera en últimas su derecho por el daño causado con el delito.

2.1 Derecho a solicitar pruebas

De nada vale tener unos derechos reconocidos en el proceso penal y hacer parte del mismo sino puede pedir pruebas para sacar adelante sus pretensiones. Este cuestionamiento fue el que se presentó y ocupó la Corte en la sentencia C-454 de 2006; el demandante cuestionaba la constitucionalidad del Artículo 357, donde no se acusa una omisión legislativa, que el actor vincula con el contenido normativo de la disposición demandada, consistente en la exclusión de los representantes de las víctimas de la posibilidad de solicitar pruebas en la audiencia preparatoria. De ello se deriva un trato diferenciado, en cuanto la misma disposición contempla la potestad para la Fiscalía, la defensa y aún el ministerio público, de realizar solicitudes probatorias en el señalado acto procesal, dejando de lado mencionar al derecho de las víctimas para solicitar prueba también.

El artículo en cuestión establece: que durante la audiencia el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión.

El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código.

Las partes pueden probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso¹⁴.

Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por éstas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica.

Estimó la Corte que, lo primero que debe precisarse, para establecer el alcance de esta norma, es que la audiencia preparatoria constituye, dentro del nuevo sistema, el acto procesal por excelencia para el trámite de las solicitudes de pruebas que habrán de practicarse en el juicio oral. Es la oportunidad procesal¹⁵ para solicitar las pruebas orientadas a llevar al conocimiento del juez, más allá de toda duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio, que permitan establecer la responsabilidad penal del acusado como autor o partícipe de esos hechos.

La norma establece las reglas que debe observar el juez respecto de las solicitudes probatorias que se realizan en la audiencia preparatoria. Esas reglas son:

- a. Se establece una regla general conforme a la cual los únicos actores procesales que pueden solicitar pruebas en esta audiencia son el fiscal y la defensa.

¹⁴ Beristáin, A. "¿La Sociedad/Judicatura Atiende a "Sus" Víctimas/Testigos?" En: *50vo Curso Internacional de Criminología: "Justicia y Atención a Víctimas del Delito"*. México. 1995. p. 322.

¹⁵ Con los eventos excepcionalísimos de la prueba anticipada y las facultades también excepcionales que se atribuyen al Ministerio Público en materia probatoria conforme al inciso final del Artículo 357.

- b. El decreto de pruebas solicitadas está condicionado a que éstas se refieran a los hechos de la acusación, y se adecuen a las reglas de pertinencia y admisibilidad.
- c. Los medios de prueba a los que pueden acudir “las partes” para acreditar sus pretensiones deben ser lícitos y debidamente aducidos al proceso.
- d. Excepcionalmente, “agotadas las solicitudes probatorias de las partes”, el Ministerio Público podrá solicitar la práctica de una prueba no pedida, de la cual tuviere conocimiento y que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio. Su carácter excepcional deriva de que se trata de la única solicitud probatoria que puede ser tramitada con posterioridad a la audiencia preparatoria, tal como lo prevé el Artículo 374¹⁶.

Con fundamento en el anterior análisis, se tiene que el legislador omitió incluir al representante de las víctimas dentro de las partes o intervinientes con facultad para realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria.

La garantía del derecho a acceder a la justicia, en el que se inscriben los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas, se encuentra en una relación directa con el derecho a probar. El derecho a conocer la verdad sobre los hechos que entrañan el agravio a la víctima, está inescindiblemente vinculado con la posibilidad de probar; el derecho a la justicia resulta inconcebible al margen de una posibilidad real de incidir probatoriamente en el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades; y el derecho a la reparación, cuando se ejerce en el proceso penal, se consolida a partir de la determinación de la responsabilidad por el hecho punible¹⁷.

¹⁶ Artículo 374: “Oportunidad de pruebas. Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del Artículo 357, y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público”.

¹⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, et al. *Victimología: Presente y futuro*. Ob. Cit. p. 254.

La dependencia de estos derechos conlleva a que el derecho a aportar y solicitar pruebas en torno al hecho mismo, las circunstancias, la determinación de los autores o partícipes, y la magnitud del daño, se constituya en un presupuesto inexcusable del derecho de las víctimas a acceder efectivamente a la justicia. Resulta inane que se contemple la posibilidad de asistencia de los representantes de las víctimas a la audiencia preparatoria (Art. 355 CPP), que se exija que en esa diligencia deba estar asistida por un profesional del derecho o estudiante de consultorio jurídico (Art. 137.3 CPP), y paralelamente se le excluya de la posibilidad de realizar solicitudes probatorias, tal como lo establece la norma demandada.

La naturaleza bilateral del derecho a la tutela judicial efectiva, que refiere la Corte Constitucional y también menciona Cafetara Nores¹⁸, impone que se reconozcan a la víctima garantías de acceso a la justicia similares a las que se reconocen al imputado o acusado¹⁹.

Con fundamento en lo anterior, la Corte encontró que el Artículo 357 de la Ley 906 incurrió

¹⁸ CAFETARA NORES. *Derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2004. p. 134.

¹⁹ S 454-06: “Precisa la Corte que no pretende desconocer las especificidades del nuevo sistema en el que se asignan a la Fiscalía unas competencias que propugnan por el restablecimiento del derecho y la reparación integral de la víctima (Art. 250.6 CP); sin embargo ellas no tienen la virtualidad de desplazar a la víctima, cuando en un ejercicio soberano de su derecho de acceso a la justicia, opta por agenciar por su cuenta (a través de su representante) sus intereses dentro del proceso penal. No se suple la exclusión de los representantes de las víctimas de la posibilidad de efectuar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, con la facultad excepcional que el inciso final de la disposición acusada confiere al Ministerio Público para solicitar, en el juicio, la práctica de una prueba no solicitada en la audiencia preparatoria, y que pudiere tener esencial incidencia en los resultados del juicio. Los intereses que defiende el Ministerio Público en el proceso penal (el orden jurídico, el patrimonio público, o los derechos y garantías fundamentales, Art. 109 CPP), son muy distintos a los intereses que agencia el representante de las víctimas, englobados en los derechos a conocer la verdad, a que se haga justicia en su caso, y a obtener reparación”.

en una omisión trascendente para el derecho de acceso de la víctima a la justicia (Art.229 CP), en cuanto obstruye sus posibilidades de efectiva realización de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, y la coloca, de manera injustificada, en una posición de desventaja en relación con otros actores e intervinientes procesales.

De de esta manera se concluye en la jurisprudencia constitucional, en la sentencia comentada²⁰,

²⁰ C-454 de de 2006: “Los planteamientos jurídicos que el demandante presento ante la Corte en su libelo se resumen en que los siguientes argumentos: “El demandante señala que el inciso 2 del Artículo 284, las expresiones “la fiscalía” y “la defensa”, empleadas en el inciso segundo del Artículo 344, de las expresiones “la fiscalía” y “la defensa y “las partes” previstas en el Artículo 356, la expresión “a solicitud de las partes” usada en el Artículo 358, la expresión “las partes y el Ministerio público” contenida en el inciso primero del Artículo 359, la expresión “las partes” empleada en el Artículo 378, el Artículo 391, y la expresión “la parte que no está interrogando o el Ministerio Público” utilizada en el Artículo 395 de la Ley 906 de 2004, al omitir la referencia expresa a las víctimas, les impiden a éstas solicitar y controvertir pruebas, con lo cual se restringe inconstitucionalmente su derecho a la verdad. 7.2. Lo primero que hay que resaltar es que estas disposiciones establecen, como regla general para su aplicación, el que tales facultades en materia probatoria sean ejercidas por la Fiscalía (Artículos 284, 244 y 356, Ley 906 de 2004), la defensa (Artículos 284, 344, 356, Ley 906 de 2004), las partes (Artículos 344, 356, 358, 359, 391 y 395, Ley 906 de 2004) y excepcionalmente por el Ministerio Público (Artículos 359, 391 y 395, Ley 906 de 2004). De lo cual resulta claro que el legislador omitió incluir a las víctimas dentro de las partes o intervinientes que pueden ejercer tales facultades. En segundo lugar, el ejercicio de las facultades probatorias reguladas en las normas de la Ley 906 de 2004 mencionadas, se presenta en distintas etapas de la actuación procesal, así: (i) la facultad regulada por el Artículo 284, se refiere a la solicitud y práctica de pruebas anticipadas que se lleva a cabo durante la investigación y antes de la instalación de la audiencia de juicio oral; (ii) la facultad regulada por el Artículo 344 tiene lugar en la audiencia de formulación de la acusación; (iii) las facultades reguladas por los Artículos 356, 358, y 359, se ejercen en la audiencia preliminar; y (iv) la facultad regulada por los Artículos 378, 391 y 395, se presenta en la etapa del juicio. Esta distinción resulta relevante para determinar si las facultades probatorias que pueda tener la víctima para el esclarecimiento de la verdad pueden ser ejercidas directamente por ella (o su apoderado), o si bien, en consideración a los rasgos estructurales y características esenciales del sistema penal con tendencia acusatoria diseñado por el legislador en la Ley 906 de

que la omisión que se acusa se presente en los siguientes postulados:

- La norma efectivamente incurre en una omisión que excluye de su presupuesto fáctico a un sujeto que por encontrarse en una situación asimilable a los que la norma contempla, debería subsumirse dentro de ese presupuesto fáctico. En efecto, mientras se prevé la posibilidad de que la Fiscalía, la defensa, y aún el ministerio público, en una fase posterior, formulen solicitudes probatorias, se excluye al representante de las víctimas de esa misma posibilidad.
- No se vislumbra una razón objetiva y suficiente que justifique la exclusión del representante de las víctimas de la posibilidad de ejercer el derecho a formular solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria. El modelo procesal que la Ley configura considera a la víctima como un “interviniente” (Título IV), al que se le deben garantizar todos los derechos que la Constitución le reconoce, como son el derecho a acceder a la justicia (Art. 229 CP), con sus derivados de acceso a la verdad, a la justicia y a la reparación, a los que se integra de manera inescindible el derecho a probar.
- Por carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión genera una desigualdad injustificada entre los diferentes actores del proceso, particularmente entre víctima y acusado, a quienes cobija por igual una concepción bilateral del derecho a la tutela judicial efectiva.

2004, dicha facultad debe ser ejercida de manera indirecta a través del Fiscal. En tercer lugar, las facultades probatorias reguladas por las normas en estudio, se refieren a la solicitud (Artículo 284, Ley 906 de 2004), descubrimiento (Artículo 344, Ley 906 de 2004), exhibición (Artículo 358, Ley 906 de 2004), exclusión, rechazo e inadmisibilidad (Artículo 359, Ley 906 de 2004), práctica (Artículos 284, 391, Ley 906 de 2004) y contradicción de pruebas o elementos materiales probatorios (Artículos 356, 378, 395, Ley 906 de 2004)”.

- La omisión entraña el incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una verdadera “intervención” de la víctima en el proceso penal, particularmente en la audiencia preparatoria, en los términos que se lo impone el Artículo 250.6 de la Carta, en concordancia con los Artículos 29 y 229 de la misma.

En consecuencia, declaró exequible el Artículo 357 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que los representantes de las víctimas en el proceso penal, pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la Fiscalía. De esta manera, el derecho a pedir y solicitar pruebas es un derecho amplio de las víctimas para hacer valer sus pretensiones en el proceso penal en igualdad de condiciones que la defensa y la Fiscalía.

2.2 Derecho de la víctima a la información: referencia al archivo de las diligencias y el rechazo a la denuncia

En orden a satisfacer la garantía de comunicación, la norma establece dos prerrogativas para las víctimas de los delitos, que a su vez involucran correlativos deberes del fiscal: el fiscal debe informar a la víctima sobre los derechos que el orden jurídico le reconoce, información que debe efectuarse “desde el momento mismo en que intervenga”; y el fiscal debe informar a la víctima acerca de las facultades y derechos que puede ejercer para perseguir los perjuicios causados con el injusto, así como de la posibilidad de formular esa pretensión a través del fiscal, en el proceso o directamente en el incidente de reparación integral.

La Corte Constitucional, ha determinado que el instante que los órganos de investigación deben proporcionar información a la víctima sobre sus derechos, es desde el primer momento en que las víctimas entren en contacto con las autoridades. Así se deriva de las sentencias

C-1154 de 2005²¹ y C-1177 de 2005²², en las que se dispuso la comunicación de decisiones de archivo de las diligencias (Art. 79), e inadmisión de la denuncia (Art. 69), respectivamente, a las víctimas o denunciantes a pesar de que las normas no contemplaban de manera explícita tal exigencia.

Al respecto dijo la Corte Constitucional: La decisión de archivo puede tener incidencia sobre los derechos de las víctimas; en efecto, a ellas les interesa que se adelante una investigación previa para que se esclarezca la verdad y se evite la impunidad.

Por lo tanto, como la decisión de archivo de una diligencia afecta de manera directa a las víctimas, dicha decisión debe ser motivada para que éstas puedan expresar su inconformidad a partir de fundamentos objetivos y para que las víctimas puedan conocer dicha decisión. Para garantizar sus derechos, la Corte encuentra que la orden del archivo de las diligencias debe estar sujeta a su efectiva comunicación a las víctimas, para el ejercicio de sus derechos.

Igualmente, se debe resaltar que las víctimas tienen la posibilidad de solicitar la reanudación de la investigación y de aportar nuevos elementos probatorios para reabrir la investigación. Ante dicha solicitud es posible que exista una controversia entre la posición de la Fiscalía y la de las víctimas, y que la solicitud sea denegada. En este evento, dado que se comprometen los derechos de las víctimas, cabe la intervención

²¹ En esta sentencia se analizaron cargos contra los Artículos 15 (parcial), 16 (parcial), 79, 177 (parcial), 274, 284, 285, 288 (parcial), 291, 306 (parcial), 308 (parcial), 327 (parcial), 337, 383 (parcial), 435, 436, y 455 de la Ley 906 de 2004. El pronunciamiento a que se hace referencia en esta oportunidad se relaciona con la exequibilidad condicionada del Artículo 79 relativo a las condiciones de archivo de las diligencias.

²² En esta sentencia la Corte analizó cargos contra el Artículo 69 (parcial) de la Ley 906 de 2004, sobre los requisitos de la denuncia, de la querrela y de la petición especial. En particular se analizó la constitucionalidad de la inadmisión de las denuncias sin fundamento.

del juez de garantías. Se debe aclarar que la Corte no está ordenando el control del juez de garantías para el archivo de las diligencias sino señalando que cuando exista una controversia sobre la reanudación de la investigación, no se excluye que las víctimas puedan acudir al juez de control de garantías²³.

Similar exigencia se hace en relación con la comunicación al denunciante de la decisión, motivada, por medio de la cual el órgano de investigación inadmite una demanda sin fundamento (Cfr. C-1177 de 2005).

Se trunca el derecho de acceso a la justicia, a través de una concepción recortada de la garantía de comunicación a la víctima, limitada al momento en que ésta “intervenga” en la actuación penal. No se precisa de una “intervención” en sentido procesal²⁴ para que las autoridades de investigación asuman los deberes que impone la garantía de comunicación que se proyecta en dos ámbitos: (i) información acerca de los derechos que el orden jurídico establece para garantizar sus intereses en el proceso penal, y (ii) acceso a la información acerca de las circunstancias en que se cometió el delito, que forma parte del derecho “a saber”, el cual se materializa con la posibilidad de acceso al expediente o a las diligencias, desde sus primeros desarrollos. La interconexión e interdependencia que existe entre los derechos a la verdad, a la justicia, y a la reparación exige que la garantía de comunicación se satisfaga desde el primer momento en que las víctimas entran en contacto con los órganos de investigación. Los derechos a la justicia y a la reparación pueden verse menguados si se obstruye a la víctima las posibilidades de acceso a la información desde el comienzo de la investigación a efecto de que puedan contribuir activamente con el aporte

de pruebas e información relevante sobre los hechos.

En el marco de un sistema de investigación con un mayor componente inquisitivo (Ley 600 de 2000), la Corte había declarado la necesidad de que las víctimas, estuviesen presentes desde las diligencias preliminares, al respecto señaló:

“No permitirle a la parte civil – hoy representantes de las víctimas -actuar durante esta etapa –fase preliminar – o exigir que el acceso al expediente sólo pueda hacerlo mediante un derecho de petición, puede llevar a conculcar definitivamente sus derechos a la verdad a la justicia y a la reparación. Tales limitaciones por lo tanto, constituyen una afectación grave del derecho de acceso a la justicia que tiene la víctima de un hecho punible.

En consecuencia, y con el fin de proteger los derechos de la parte civil, la Corte declarará la inexequibilidad de la expresión “a partir de la resolución de apertura de instrucción” contenida en el Artículo 47 de la Ley 600 de 2000, como quiera que los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica dependen de que en esta etapa se le permita a la parte civil intervenir activamente aportando pruebas y cooperando con las autoridades judiciales y conociendo y controvertiendo las decisiones que se adopten durante esta etapa, en especial de la providencia mediante la cual se decide no abrir formalmente la investigación”²⁵.

En el sistema actual se establece una fase de indagación e investigación cuyo propósito es el de recaudar elementos materiales de prueba orientados a establecer la existencia de la conducta punible, y los presupuestos que permitan sostener una imputación y posteriormente una acusación. Aunque en esta fase de indagación e investigación, no se practican “pruebas” en sentido formal, sí se recaudan importantes elementos materiales de prueba relacionados con el hecho y la responsabilidad del imputado

²³ Sentencia C-1154 de 2005.

²⁴ El Artículo 340 de la Ley 906 de 2004 establece que en la audiencia de formulación de acusación “se determinará la calidad de víctima, de conformidad con el Artículo 132 de este código. Se reconocerá su representación legal en caso de que se constituya”.

²⁵ Sentencia C-228 de 2002, declaró inexequible el Artículo 47 de la Ley 600 de 2000, que restringía el acceso de la parte civil al proceso a partir del momento en que se produjera apertura formal de instrucción.

o acusado, que deberán ser refrendados en la fase del juicio. Es evidente en consecuencia, que exista un claro interés de las víctimas y perjudicados con la conducta investigada de acceder a la indagación desde sus inicios, a efectos de contribuir positivamente al recaudo del material que dará soporte a la imputación y la acusación, eventos perfectamente compatibles con sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

La Corte se pronunció sobre el derecho de la defensa a intervenir aún antes de la formulación de imputación²⁶, lo que marca un umbral para la protección de los derechos de las víctimas a acceder a las diligencias, desde sus inicios, es decir, desde el momento en que entren en contacto con las autoridades, y aún antes de que se hubiese formalizado una “intervención” en sentido jurídico – procesal. La garantía de comunicación de los derechos de las víctimas no se satisface a plenitud, si se produce sólo al momento en que se produce “su intervención”; la misma, para que sea plena, debe producirse desde el momento en que las víctimas entran en contacto con los órganos de investigación.

2.3 El derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo como consecuencia de una información oportuna

En la sentencia 454-06 se cuestionó los alcances del Artículo 135, disposición que no consagraba la “Garantía de comunicación a las víctimas”; los aspectos relativos a las facultades y derechos que puede ejercer este interviniente en el proceso, en lo relacionado con su pretensión de verdad y de justicia. La norma reduce tal garantía a la pretensión indemnizatoria²⁷.

²⁶ En la sentencia C-799 de 2005, la Corte declaró la constitucionalidad del Artículo 8° que consagra el derecho de defensa del imputado a partir de que adquiriera tal condición, sin perjuicio del ejercicio de su derecho de defensa en la indagación e investigación anterior a la imputación.

²⁷ BERISTAIN, A. *Criminología, Victimología y Cárceles*. Tomo I. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá. 1996. p. 352.

Sobre la efectividad del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo (CP, Artículos 29 y 229), ha establecido la jurisprudencia que su garantía depende de que éstas puedan intervenir en cualquier momento del proceso penal, aún en la fase de indagación preliminar. Su intervención no sólo está orientada a garantizar la reparación patrimonial del daño inferido con el delito, sino también a la satisfacción de sus derechos a la justicia y a la verdad. En ocasiones, incluso la representación de las víctimas en el proceso penal tiene unos cometidos exclusivamente vinculados al goce efectivo de los derechos a la justicia y la reparación. Bajo estas consideraciones la Corte constitucional estableció una doctrina en la que explícitamente abandonó una concepción reductora de los derechos de las víctimas, fundada únicamente en el resarcimiento económico, para destacar que las víctimas, o los perjudicados con el delito, tienen un derecho efectivo al proceso y a participar en él, con el fin de reivindicar no solamente intereses pecuniarios, sino también, y de manera prevalente, para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia²⁸.

En la Sentencia que hacemos referencia, la Corte Constitucional, encontró que el Artículo 135 demandado, omitió la “garantía de comunicación a la víctima” en lo que concierne a las facultades y poderes procesales que se derivan de su derecho a conocer la verdad y a que se haga justicia. El derecho a conocer la verdad, que incorpora el derecho a saber, lo habilita para un acceso pleno a la investigación desde sus inicios, no solamente como tributo a su dignidad que exige una elemental consideración al incremento del dolor que genera la incertidumbre sobre lo acontecido, sino como expresión de su derecho a una tutela judicial efectiva que exige el establecimiento de mecanismos

²⁸ Esta doctrina fue desarrollada tanto en el ámbito de la justicia penal militar, como de la justicia penal ordinaria. Cfr. Sentencias C-293 de 1995; C-163 de 2000; C-1149 de 2001; C-228 de 2002; C-805 de 2002; C-916 de 2002.

adecuados para que las víctimas puedan obtener el goce efectivo de sus derechos a la justicia y a la reparación integral²⁹.

Las omisiones que se imputan al contenido normativo acusado, en efecto plantean un retorno a una concepción de los derechos de las víctimas, que se entendía superada, en cuanto reduce la garantía de comunicación a la víctima tanto en su ámbito temporal, como en su contenido sustancial. En su ámbito temporal por que la limita al momento en que la víctima “interviene” en el proceso, excluyendo tal garantía de momentos previos en que la víctima no ha consolidado una intervención formal, pero ha entrado en contacto con las autoridades de investigación. En cuanto a su contenido sustancial por que restringe, la garantía de comunicación a la pretensión indemnizatoria.

De esta manera se estima que la norma demanda es inconstitucional en cuanto:

- La norma excluye de sus consecuencias situaciones fácticas que deberían estar amparadas por el contenido normativo acusado, como son la aplicación de la garantía de comunicación a fases previas a una “intervención” formal, y respecto de todos los derechos (no solamente la reparación) de que son titulares las víctimas de los delitos.
- No se aprecia una justificación objetiva y suficiente para la exclusión de fases previas a una intervención formal, o de los derechos a la verdad y a la justicia, de la garantía de comunicación que la norma consagra. Por el contrario, el derecho de acceso a la justicia (Art. 229), exige que toda la fase de indagación e investigación esté amparada por la garantía de comunicación a las víctimas sobre sus derechos, y que la misma, se extienda a las prerrogativas y potestades procesales que se derivan de los derechos a la verdad y a la justicia.

- Al estar desprovistas tales omisiones de una razón objetiva y suficiente, se genera una situación que privilegia de manera injustificada la pretensión indemnizatoria de la víctima, con sacrificio de los derechos de verdad y justicia de que es titular, los cuales han sido reivindicados por la jurisprudencia de esta Corporación. Esta disección en la concepción de los derechos de las víctimas genera a su vez, un desequilibrio en cuanto restringe el alcance de los derechos de las víctimas en el proceso, en contraste con los derechos de otros actores procesales, desvirtuándose así el carácter bilateral del derecho a una tutela judicial efectiva.
- Las omisiones acusadas implican el incumplimiento de un deber constitucional del legislador, quien está obligado a ajustar la configuración de los derechos de participación e intervención de las víctimas en el proceso penal a los principios de acceso al proceso (Art. 229), de todos los actores que participan en el conflicto penal, así como a la concepción integral de los derechos de las víctimas derivada de los Artículos 1º, 2º y 93 de la Carta, en los términos establecidos en esta sentencia.

En consecuencia, la Corte, declaró la constitucionalidad condicionada del Artículo 135 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que la garantía de comunicación a la víctima de sus derechos, se realizará desde el momento mismo en que ésta entre en contacto con las autoridades de investigación penal, y que la misma debe referirse a los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de que es titular.

2.4 Derecho de las víctimas del delito de desaparición forzada a la no imprescriptibilidad de la acción penal

En la sentencia C-580 de 2002³⁰, la Corte estableció que el derecho de las víctimas del delito

²⁹ RIVERA LLANO, A. *La Victimología: ¿Un Problema Criminológico?* Ob. Cit. p. 145.

³⁰ Sentencia C-580 de 2002. MP. Rodrigo Escobar Gil, con Salvamento Parcial de Voto de los Magistrados Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

de desaparición forzada de personas y la necesidad de garantizar los derechos a la verdad y a la justicia, permitan que el legislador estableciera la imprescriptibilidad de la acción penal, siempre que no se haya identificado e individualizado a los presuntos responsables.

Indicó la Corte Constitucional en la sentencia referenciada que el hecho de establecer la imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos de genocidio y desaparición forzada se debe en primer lugar, por el interés en erradicar la impunidad, para lo cual es necesario que la sociedad y los afectados conozcan la verdad, que se atribuyan las responsabilidades individuales e institucionales correspondientes, y en general que se garantice el derecho de las víctimas a la justicia. En segundo lugar, por el derecho de las víctimas a recibir una reparación por los daños. En tercer lugar, debido a la dificultad que suponen la recopilación de las pruebas necesarias y el juzgamiento efectivo de quienes habitualmente incurrir en tales conductas.

“El interés en erradicar la impunidad por el delito de desaparición forzada compete a la sociedad en su conjunto. Como ya se dijo, para satisfacer dicho interés es necesario que se conozca toda la verdad de los hechos, y que se atribuyan las responsabilidades individuales e institucionales correspondientes. En esa medida, tanto el interés en que se conozca la verdad, como en que se atribuyan responsabilidades individuales e institucionales por los hechos, sobrepasan el ámbito del interés individual de las víctimas. Por el contrario, constituyen verdaderos intereses generales de carácter prevalente en los términos del Artículo 1° de la Carta Política.

En efecto, el conocimiento público de los hechos, el señalamiento de responsabilidades institucionales e individuales y la obligación de reparar los daños causados son mecanismos útiles para crear conciencia entre las personas acerca de la magnitud de los daños causados por el delito. En esa medida, son también mecanismos de prevención general y especial del delito, que sirven para garantizar que el Estado no apoye, autorice o asuma una actitud aquiescente frente a tales conductas. En general, la acción penal

en los casos de desaparición forzada de personas es un mecanismo a través del cual se establecen responsabilidades institucionales que llevan a que el Estado se sujete al derecho en el ejercicio de la fuerza, y a hacer efectivo el deber de las autoridades de proteger y garantizar los derechos fundamentales (...)³¹”.

Sin embargo, sostiene la Corte, que el interés estatal en proteger a las personas contra la desaparición forzada no puede hacer insustancial el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas. Por lo tanto, cuando el Estado ya ha iniciado la investigación, ha identificado e individualizado a los presuntos responsables, y los ha vinculado al proceso a través de indagatoria o de declaratoria de persona ausente, la situación resulta distinta. Por un lado, porque en tal evento está de por medio la posibilidad de privarlos de la libertad a través de medios coercitivos, y además, porque no resulta razonable que una vez vinculados al proceso, los acusados queden sujetos a una espera indefinida debida a la inoperancia de los órganos de investigación y juzgamiento del Estado.

El interés de la persona vinculada a un proceso penal de definir su situación frente a medidas a través de las cuales el Estado puede privarlo materialmente de la libertad³². Por lo anterior, la imprescriptibilidad de la acción penal resulta conforme a la Carta Política, siempre y cuando no se haya vinculado a la persona al proceso a través de indagatoria. Cuando el acusado ya ha sido vinculado, empezarán a correr los términos de prescripción de la acción penal, si el delito está consumado.

2.5 Derecho a controvertir decisiones que sean adversas a sus derechos

En la sentencia C-004 de 2003³³ la Corte reconoció el derecho de las víctimas a impugnar

³¹ Ibidem.

³² MÉNDEZ, J. “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los Derechos Humanos”. Ob. Cit. p. 214.

³³ Sentencia C-004 de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett, en donde la Corte resolvió lo siguiente:

decisiones tales como las de preclusión de la investigación, de cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria. Decisiones favorables al procesado pero que son adversas a los intereses de los ofendidos con el delito.

En esta providencia la Corte

“concluye entonces que la restricción impuesta por las expresiones acusadas es desproporcionada frente a los derechos de las víctimas, cuando se trata de la impunidad de violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario. En esos eventos, los derechos de las víctimas no sólo autorizan sino que exigen una limitación al non bis in ídem, a fin de permitir la reapertura de esas investigaciones, si surge un hecho o prueba nueva no conocida al tiempo de los debates procesales. Era entonces necesario que la Ley previera esa hipótesis al regular las causales de revisión, por lo que la Corte deberá condicionar el alcance de las expresiones acusadas en ese aspecto”³⁴.

“Declarar EXEQUIBLE el numeral 3° del Artículo 220 de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal, en el entendido de que, de conformidad con los fundamentos 31, 36 y 37 de esta sentencia, la acción de revisión por esta causal también procede en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, siempre y cuando se trate de violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, y un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, haya constatado la existencia del hecho nuevo o de la prueba no conocida al tiempo de los debates. Igualmente, y conforme a lo señalado en los fundamentos 34, 35 y 37 de esta sentencia, procede la acción de revisión contra la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria, en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo de los debates, siempre y cuando una decisión judicial interna o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial las mencionadas violaciones”.

³⁴ Ibidem: *“Sin embargo, la Corte recuerda que en todo caso la seguridad jurídica, la fuerza de la cosa juzgada, y la protección contra el doble enjuiciamiento, son valores de*

En consideraciones de la Corte, la impunidad de las violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario es más grave, cuando el Estado ha incumplido en forma protuberante con sus deberes de investigar y sancionar seriamente esos delitos. En esos eventos, la preponderancia de los derechos de las víctimas y de la búsqueda de un orden justo sobre la seguridad jurídica y el non bis in ídem es aún más evidente, por las siguientes dos razones:

- Para las víctimas y los perjudicados por una violación a los derechos humanos, la situación resulta aún más intolerable, pues su dignidad humana es vulnerada en cierta medida doblemente, ya que esas personas no sólo fueron lesionadas por un comportamiento atroz sino que, además, deben soportar la indiferencia del Estado, quien incumple en forma protuberante con su obligación de esclarecer esos actos, sancionar a los responsables y reparar a los afectados.
- Una posible revisión de aquellos procesos en que el Estado, en forma protuberante, dejó de lado su deber de investigar seriamente esas violaciones a los derechos humanos, no impacta en forma muy intensa la seguridad

rango constitucional, que ameritan una especial protección jurídica, y por ello la sentencia integradora que sea proferida debe prever también garantías a fin amparar en forma suficiente esos valores constitucionales. Es pues indispensable que el ordenamiento impida la reapertura caprichosa de procesos que habían hecho tránsito a cosa juzgada. Ciertas cautelas y protecciones formales en beneficio del procesado resultan entonces imprescindibles.

En tal contexto, esta Corporación considera que en los casos de negligencia protuberante del Estado en brindar justicia a las víctimas de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, para que proceda la revisión, sin que aparezca un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo del proceso, es necesario que exista una declaración de una instancia competente que constate que el Estado incumplió en forma protuberante con la obligación de investigar seriamente esa violación. A fin de asegurar una adecuada protección a la persona absuelta, la constatación de esa omisión de las autoridades deberá ser adelantada por un organismo imparcial e independiente, y por ello, en el plano interno, dicha declaración sólo puede ser llevada a cabo por una autoridad judicial”.

jurídica, por la sencilla razón de que en esos procesos las autoridades realmente no realizaron una investigación seria e imparcial de los hechos punibles. Y por ende, precisamente por ese incumplimiento del Estado de adelantar seriamente la investigación, la persona absuelta en realidad nunca estuvo seriamente procesada ni enjuiciada, por lo que una reapertura de la investigación no implica una afectación intensa del non bis in ídem³⁵.

Es pues claro que en los casos de impunidad de violaciones a los derechos humanos o de infracciones graves al derecho internacional humanitario derivadas del incumplimiento protuberante por el Estado colombiano de sus deberes de sancionar esas conductas, en el fondo prácticamente no existe cosa juzgada, pues ésta no es más que aparente. En esos eventos, nuevamente los derechos de las víctimas desplazan la garantía del non bis in ídem, y por ello la existencia de una decisión absolutoria con fuerza formal de cosa juzgada no debe impedir una reapertura de la investigación de esos comportamientos, incluso si no existen hechos o pruebas nuevas, puesto que la cosa juzgada no es más que aparente.

La restricción prevista por las expresiones acusadas es desproporcionada frente a los derechos de las víctimas y al deber de las autoridades de lograr la vigencia de un orden justo, cuando la impunidad de las violaciones a los derechos humanos y las afectaciones graves al derecho internacional humanitario deriva del claro incumplimiento del Estado de su obligación de investigar, de manera seria e imparcial, esos crímenes. En esos eventos, incluso si no existe un hecho o prueba nueva, los derechos de las víctimas también exigen una limitación al non bis in ídem, a fin de permitir la reapertura de esas investigaciones, pues la cosa juzgada de la que gozaba la persona absuelta no era más

³⁵ Ver: Sentencia C-004 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

que aparente, ya que en el fondo, debido a las omisiones protuberantes del Estado, no existió realmente un proceso contra ese individuo³⁶. Era entonces necesario que la Ley previera la posibilidad de reabrir las investigaciones por violaciones a los derechos humanos y por graves afectaciones al derecho internacional humanitario en aquellos casos en que con posterioridad a la absolución se muestre que dicha absolución deriva de una omisión protuberante del deber del Estado de investigar, en forma seria e imparcial, esos comportamientos. Ahora bien, el Artículo 220 del CPP, que regula las causales de revisión, no prevé esa hipótesis, pues no siempre esa omisión protuberante de las obligaciones estatales puede ser atribuida a una conducta típica del juez o de un tercero, o a la existencia de una prueba falsa, que son los casos en donde el estatuto procesal penal autoriza la acción de revisión contra decisiones absolutorias con fuerza de cosa juzgada. Existe entonces una omisión legislativa en este punto, que requiere una sentencia integradora, que autorice la acción de revisión en esos casos, a fin de proteger los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y violaciones graves al derecho internacional humanitario.

La garantía establecida en la sentencia C-004 de 2003³⁷, fue recogida en la sentencia C-046 de 2004³⁸, cuando la Corte protegió el derecho de

³⁶ Ver: Sentencia C-370 de 2006.

³⁷ MP: Eduardo Montealegre Lynett

³⁸ Sentencia C-046 de 2006. MP. Rodrigo Escobar Gil, en donde la Corte se pronuncia sobre la constitucionalidad de la expresión “absolutoria”, contenida en el inciso 3º del Artículo 176 y en el numeral 1º del Artículo 177 de la Ley 906 de 2004, cuestionada porque supuestamente violaba la garantía del non bis ibidem a favor del procesado. La Corte declara la exequibilidad de los apartes demandados y señala que la posibilidad de impugnar la sentencia absolutoria en el proceso penal regulado por la Ley 906 de 2004, no sólo no viola el principio del non bis ibidem sino que es además una de las garantías a los derechos de las víctimas. La Corte resolvió: Declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos estudiados, de la expresión “absolutoria”, contenida en el inciso 3º del

las víctimas del delito a impugnar la sentencia absolutoria.

Es decisión al pronunciarse en sede de constitucionalidad con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad presentada contra la posibilidad de interponer el recurso de casación frente a las sentencias absolutorias en materia penal, la Corte señaló que

“...si, se accediera a la petición hecha por el actor en el sentido de descartar la procedencia de la casación en las circunstancias que él invoca y por tanto no se permitiera al Ministerio Público, a la Fiscalía, a la víctima, o a los perjudicados con el hecho punible solicitar la casación de la sentencia absolutoria con el fin de que se corrija un eventual desconocimiento de la Constitución y la Ley, se estaría no solo desconociendo el derecho a la igualdad de dichos intervinientes en el proceso penal sino su derecho al acceso a la administración de justicia en perjuicio de los derechos del Estado, de la sociedad, de la víctima o de los eventuales perjudicados con el hecho punible y con grave detrimento de los derechos a la verdad a la justicia y a la reparación”³⁹.

Artículo 176 y en el numeral 1° del Artículo 177 de la Ley 906 de 2004.

³⁹ Ver Sentencia C-228 de 2002. MP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. En dicha sentencia se hicieron las siguientes consideraciones que resulta pertinente recordar *“(t)anto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia –no restringida exclusivamente a una reparación económica – fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos. De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso: 1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre*

Mutatis Mutandis, tales consideraciones resultan aplicables a la posibilidad de apelar la sentencia penal absolutoria⁴⁰.

La Corte llega a la conclusión de que, no solo no es violatorio del *non bis in idem*, establecer la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria, sino que, por el contrario, excluir esa posibilidad podría resultar problemático desde la perspectiva de la garantía constitucional de la doble instancia, el derecho de acceso a la administración de justicia, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y el imperativo que la Carta impone a las autoridades de lograr la vigencia de un orden justo (Art. 2° CP).

De esta manera se puede estimar que el legislador colombiano garantiza la posibilidad del sindicado de impugnar la sentencia condenatoria, también se ha previsto, en desarrollo de la garantía de la doble instancia, la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria, lo cual constituye una garantía para las víctimas y protege el interés de la sociedad en una sentencia que, con pleno respeto de los derechos del sindicado, conduzca a la verdad, la reparación y la justicia⁴¹.

Sobre este punto, la Corte ha reiterado que, el debido proceso se predica no solo respecto de los derechos del acusado sino de los de todos los intervinientes en el proceso penal, a quienes, junto al derecho al debido proceso, debe garantizárseles el derecho también superior de la eficacia del acceso a la justicia (Art. 229 CP)⁴².

la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos. 2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad. 3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito”.

⁴⁰ Sentencia C-998 de 2004. MP. Álvaro Tafur Galvis.

⁴¹ Ver: T-1267 de 2001 y C-282 de 2002.

⁴² Ver: entre otras, las Sentencias C-648 de 2001 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-154 de 2004 MP. Álvaro Tafur Galvis.

La Corte Constitucional ha concluido que la Carta de 1991 reconoce a las víctimas y perjudicados por un hecho punible unos derechos que desbordan el campo de la reparación económica, pues incluyen también el derecho a la verdad y a que se haga justicia. En ese contexto, si bien la impugnación de la sentencia condenatoria es un derecho consagrado expresamente a favor del sindicado en la Constitución y en diversos instrumentos internacionales, no es menos cierto que la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria es expresión de derechos de similar entidad de las víctimas y materialización del deber de las autoridades de asegurar la vigencia de un orden justo⁴³.

En el mismo sentido dentro del nuevo sistema, en la sentencia C-979 de 2005⁴⁴, la Corte

protegió el derecho de las víctimas a solicitar la revisión extraordinaria de las sentencias condenatorias en procesos por violaciones a derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, cuando una instancia internacional haya concluido que dicha condena es aparente o irrisoria.

2.6 Derecho de las víctimas en los mecanismos de justicia transicional. Derecho a evitar la impunidad

En la sentencia C-370 de 2006⁴⁵, sobre la revisión de la Ley de Justicia y Paz, la Corte se pronunció sobre los derechos de las víctimas en procesos propios de la justicia transicional. La Corte expuso:

“Al derecho de las víctimas a la protección judicial de los derechos humanos, mediante el ejercicio de

⁴³ Ver: sentencias C-740 de 2001, C-1149 de 2001, SU-1184 de 2001, T-1267 de 2001 y C-282 de 2002.

⁴⁴ C-979 de 2005, MP. Jaime Córdoba Triviño, con Aclaración de Voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería. Expresó la Corte: *“Las mismas cautelas que en su momento tuvo la Corte para autorizar la posibilidad de que por la vía de la revisión penal extraordinaria, se reabrieran procesos por violaciones de derechos humanos, que había culminado con una decisión favorable al sentenciado, con ruptura del principio del non bis in idem, operan en el caso de la reapertura de procesos culminados con sentencia condenatoria. Esas cautelas, orientadas a la preservación del non bis in idem, para los delitos en general, se encuentran explícitas en la regla que contiene la expresión demandada, en cuanto que la reapertura se produce a través de un mecanismo procesal extraordinario, opera para la criminalidad con mayor potencialidad ofensiva y desestabilizadora como son los crímenes contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, y está condicionada al pronunciamiento de una instancia internacional acerca del incumplimiento del Estado de sus obligaciones de investigación y sanción de estos crímenes. El sentido de la causal, una vez excluida la expresión demandada, deja así a salvo el principio del non bis in idem para los delitos en general, tal como lo ha establecido la Corte en el pronunciamiento referido. 223. De otra parte, tampoco puede perderse de vista en este análisis, que la extensión de la procedencia de la revisión a los fallos condenatorios en las hipótesis que contempla la causal, atiende también el derecho del sentenciado a un debido proceso y propugna por el establecimiento de un orden justo, por cuanto no resulta legítimo mantener la cosa juzgada en eventos en que una instancia internacional, en desarrollo de competencias reconocidas por el Estado colombiano, declaró que la investigación que dio lugar a la condena no fue seria*

ni imparcial. “24. Encuentra así la Corte que el alcance que la expresión demandada le imprime a la causal de revisión de la cual forma parte, entraña en primer término, una violación de la Constitución en virtud del desconocimiento de claros referentes internacionales aplicables a la materia por concurrir a integrar el bloque de constitucionalidad (Art. 93 CP); en segundo término, una actuación contraria al deber constitucional de protección de los derechos de las víctimas de estos delitos que desconocen la dignidad humana y afectan condiciones básicas de convivencia social, necesarias para la vigencia de un orden (Artículo 2 CP); en tercer lugar, un desconocimiento de los compromisos internacionales del Estado colombiano de colaborar con la vigencia de los derechos humanos y sancionar las conductas que afectan estos valores supremos del orden internacional, que nuestro país ha reconocido como elementos esenciales de las relaciones internacionales (CP Art. 9°); y en cuarto lugar una violación al debido proceso de la persona condenada en una actuación que desatiende los deberes constitucionales e internacionales de investigar seria e imparcialmente estos crímenes, aspecto que ha sido constatado por una instancia internacional. Por ello, la Corte declarará la inexecutable de la expresión acusada que hace parte del Artículo 192.4 de la Ley 906 de 2004”.

⁴⁵ Sentencia C-370 de 2006. MP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández, con salvamento de voto del magistrado Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Humberto Antonio Sierra Porto, en donde la Corte se pronunció sobre la exequibilidad de varias disposiciones de la Ley de justicia y paz, que restringían sus derechos.

un “recurso sencillo y eficaz”, en los términos de los Artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, corresponde el correlativo deber estatal de juzgar y sancionar las violaciones de tales derechos. Este deber puede ser llamado obligación de procesamiento y sanción judicial de los responsables de atentados en contra de los derechos humanos internacionalmente protegidos.

El deber estatal de investigar, procesar y sancionar judicialmente a los autores de graves atropellos contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no queda cumplido por el sólo hecho de adelantar el proceso respectivo, sino que exige que este se surta en un “plazo razonable”. De otra manera no se satisface el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables”⁴⁶.

En esta oportunidad la Corte se refirió a la impunidad como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”. Afirmó el deber del Estado Colombiano de prevenir la impunidad, toda vez que propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares. En tal virtud están obligados a investigar de oficio los graves atropellos en contra de los derechos humanos, sin dilación y en forma seria, imparcial y efectiva⁴⁷.

En este sentido, la obligación estatal de iniciar de oficio las investigaciones en caso de graves atropellos en contra de los derechos humanos indica que la búsqueda efectiva de la verdad corresponde al Estado⁴⁸, y no depende de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares, o de su aportación de elementos probatorios.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ BERISTAIN, A. *Criminología y Victimología. Alternativas Re-creadoras al Delito*. Leyer. Bogotá. 1998.

CONCLUSIONES

Las actuaciones de las víctimas, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el procedimiento penal hacen referencia a los siguientes derechos que se pretenden sean reconocidos como sujeto procesal, estos derechos en su contenido hace referencia a:

- El derecho a la justicia implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su agresor sea juzgado, obteniendo su reparación.
- Al derecho a la justicia corresponde el deber estatal de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si su culpabilidad es establecida, de asegurar su sanción.
- Dentro del proceso penal las víctimas tienen el derecho de hacerse parte para reclamar su derecho a la reparación.
- En todo caso, las reglas de procedimiento deben responder a criterios de debido proceso.
- La prescripción de la acción penal o de las penas no puede ser opuesta a los crímenes graves que según el derecho internacional sean considerados crímenes contra la humanidad ni correr durante el período donde no existió un recurso eficaz.
- El cuanto a la disminución de las penas, las “Leyes de arrepentidos” son admisibles dentro de procesos de transición a la paz, se “pero no deben exonerar totalmente a los autores”.
- La reparación tiene una dimensión doble (individual y colectiva) y en el plano individual abarca medidas de restitución, indemnización y readaptación.
- En el plano colectivo, la reparación se logra a través de medidas de carácter simbólico o de otro tipo que se proyectan a la comunidad.

- Dentro de las garantías de no repetición, se incluye la disolución de los grupos armados acompañada de medidas de reinserción.

BIBLIOGRAFÍA

- ALZATE, N. *El Fenómeno de las Desapariciones Forzadas*. Tesis de Grado Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá. 1989.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (S.F.). *Manual Para La Acción, Desapariciones Forzadas y Homicidios Políticos: La Crisis de Los Derechos Humanos*. EDAI. Madrid.
- AMSTRONG, S. (s.f.). *Pinochet; Is a Terrorist Hiding in Chile's Senate?*. [Citado 7 Ago] Disponible en: <http://www.izquierda-unida.es/Derechos>
- ASFADDES. *Veinte Años de Historia y Lucha*. Rodríguez Quito Editores. Bogotá. 2003.
- BALDÓ LAVILLA, Francisco. *Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito*. Universidad de Barcelona. Barcelona. 1999.
- BARNETT, R. (1981) "Restitution a New Paradigm of Criminal Justice". En: GAVIRIA, V. *Algunos Aspectos Civiles Dentro del Proceso Penal*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1999.
- BERISTAIN, A. *Criminología y Victimología. Alternativas Re-creadoras al Delito*. Leyer. Bogotá. 1998
- _____. *Criminología, Victimología y Cárceles*. Tomo I. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá. 1996.
- _____. "¿La Sociedad/Judicatura Atiende a "Sus" Víctimas/Testigos?" En: *50vo Curso Internacional de Criminología: "Justicia y Atención a Víctimas del Delito"*. México. 1995.
- _____. Información informal. Mensaje informal enviado por correo electrónico. Octubre 20, 2003.
- BERISTAIN, C, et al. *Afirmación y Resistencia, La Comunidad Como Apoyo*. Virus Editorial. Barcelona. 1993.
- BOTERO, R. "La Desaparición Forzada". En: *Revista Su Defensor*. Año 3. No. 25. Agosto 1995
- BRIGHT, Ch. *Mediación entre Víctima y delincuente*. 1997. Disponible en: <http://www.restorativejustice.org>.
- BROOKERS, D. *Evaluating Restorative Justice Programs*. United Nations Crime Congreso. Vienna, Austria. 2000.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, et al. *Victimología: Presente y futuro*. Temis. Bogotá. 1993.
- CAFETARA NORES. *Derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2004.
- Ley 906 de 2004.
- MÉNDEZ, J. "Derecho A La Verdad Frente A Las Graves Violaciones A Los Derechos Humanos". En: ABREGU, Martín, et al (comp). *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*. Editorial Del Puerto. Buenos Aires. 1997.
- _____. "The Right to Truth". En: JOYNER, Christopher C. Ed. *Reigning in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Rights: Proceedings of The Siracusa Conference, 17-21 September, 1998*.
- MESSUTI, Ana. *El tiempo como pena y otros escritos*. Criminología y Victimología 2. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá. 1998.
- MINOW, Martha. "Between Vengeance And Forgiveness: South Africa Truth And Reconciliation Commission". En: *Negotiation Juornal*. October. 1998.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. 4ª Edición. Barcelona, 1996.
- ORENTLICHER, Diane. Actualización de los principios del "Conjunto de Principios para la

protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”. Anexo del Informe final del Relator Especial acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos. E/CN.4/Sub2/1997/20/Rev.1. Presentado a la Comisión de Derechos Humanos en 1998. Estos principios fueron actualizados por la experta independiente Diane Orentlicher, de acuerdo con informe E/CN. 4/2005/102, presentado a la Comisión de Derechos Humanos.

RESTREPO, J. “La espada desenvainada”. En: *Diario El Colombiano*. Medellín. Julio 31. 2003.

RESTREPO, L. “Ley de alternatividad penal”. En: *Diario El Espectador*. [Citado 15 Sep. 2003] Disponible en: <http://www.elespectador.com/2003/200330907/opinion/nota10.htm>.

RICOEUR, P. “¿Quién es el sujeto de derecho?” En: *Lo Justo*. Colección Spirit. Caparrós Editores. Madrid. 1999.

_____. “El concepto de responsabilidad. Ensayo de un análisis semántico”. En: *Lo Justo*. Colección Spirit. Caparrós Editores. Madrid, 1999.

RIVERA LLANO, A. *La Victimología: ¿Un Problema Criminológico?* Editorial Jurídica Radar. Bogotá. 1997.

SENTENCIAS

Corte Interamericana de Derechos Humanos del 15 de junio de 2005.

C-412 de 1993. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz

C-275 de 1994. MP. Alejandro Martínez Caballero.

C-293 de 1995. MP. Carlos Gaviria Díaz.

C-163 de 2000.

C-648 de 2001 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

C-740 de 2001.

C-1149 de 2001.

C-228 de 2002. MP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

C-282 de 2002.

C-580 de 2002. MP. Rodrigo Escobar Gil, con Salvamento Parcial de Voto de los Magistrados Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

C-805 de 2002.

C-916 de 2002.

C-004 de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

C-154 de 2004 MP. Álvaro Tafur Galvis.

C-799 de 2005.

C-979 de 2005. MP. Jaime Córdoba Triviño.

C-998 de 2004. MP. Álvaro Tafur Galvis.

C-1154 de 2005.

C-046 de 2006. MP. Rodrigo Escobar Gil.

C-370 de 2006. MP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

C-454 de 2006.

S 454 de 2006.

SU-1184 de 2001.

T-443 de 1994. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

T-1267 de 2001.

**IDENTIDAD JUDICIAL INDÍGENA
FRENTE A LA JURISDICCIÓN
ORDINARIA ACTUAL EN
COLOMBIA***

Omar Antonio Herrán Pinzón
Guillermo García Hernández*****

Fecha de recepción: 12 de Octubre de 2010

Fecha de aceptación: 30 de Noviembre de 2010

Artículo Resultado de Proyecto de
Investigación.

Resumen

El Estado Colombiano se enfrenta a una realidad social diversa, multiétnica y pluricultural cada vez más palpable, que demanda no solo un reconocimiento social, sino constitucional, de tal forma que es necesario observar y analizar como en su práctica sociojurídica la jurisdicción especial indígena, en su campo penal, tiene un impacto en la jurisdicción ordinaria penal Colombiana, que habida cuenta les reconoce la Constitución del 91 a las autoridades indígenas su identidad cultural propia, con organización política, administrativa y judicial específicas, cuyas costumbres, normas y procedimientos tienen un impacto, en el ordenamiento Jurídico Nacional.

* Este artículo es un resultado parcial de la investigación denominada "Investigación, Procedimiento y Sanción en la Jurisdicción Indígena Frente a la Jurisdicción Penal actual en Colombia", para optar por el título de magister, en Derecho Procesal Penal; forma parte del proyecto de investigación que se adelantada en el grupo de "Derecho Público", CATEGORÍA B- COLCIENCIAS, de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada en la línea de Derecho Penal.

** Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada, Maestrante en Derecho Procesal Penal de la misma Universidad. omar.herran@unimilitar.edu.co.

*** Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada, Maestrante en Derecho Procesal Penal de la misma Universidad. lauwen82@gmail.com.

Palabras clave

Jurisdicción Especial Indígena, Justicia Penal, Pueblos Indígenas, Jurisdicción Penal Ordinaria.

**IDENTITY INDIGENOUS JUDICIAL
COMPARED TO THE REGULAR
JURISDICTION CURRENT IN
COLOMBIA**

Abstract

The Colombian government is facing a different social reality, multiethnic and multicultural increasingly evident that demands not only a social recognition, but constitutional, so it is necessary to observe and analyze social and legal practice as a special indigenous jurisdiction in the criminal field, has an impact on the Colombian criminal ordinary jurisdiction, that given them by the Constitution of 91 indigenous authorities their own cultural identity, with political, administrative and specific judicial, whose customs, rules and procedures have an impact in national law.

Key words

Special Indigenous jurisdiction, Criminal Justice, Indigenous Peoples Ordinary Criminal Jurisdiction.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad se generara mucha controversia a la hora de definir a quiénes debía regir y bajo qué parámetros se le debe investigar, procesar y sancionar a los integrantes de las comunidades indígenas con base lo conceptualizado en el Artículo 246 de la Constitución Política de 1991¹. A esto se une el hecho de que antes de la Constitución no se contemplaba la situación especial del indígena por lo que la

¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991.

poca experiencia legislativa resultaba y resulta insuficiente para poder judicializar las conductas de aquellas personas que se encuentran en condiciones especiales.

En consecuencia, el problema que penalmente plantea el juzgamiento de un indígena está en íntima relación con los problemas generales en los órdenes políticos, históricos y económicos orientados al derecho penal del Estado Colombiano que sustenta la puesta en vigencia de este derecho, donde se defiende los derechos más esenciales de una sociedad como la vida, libertad, propiedad, honor, dignidad humana entre otros, permeable a las valoraciones tanto en la jurisdicción indígena como en la ordinaria, el legislador o su análogo en las comunidades indígenas determinan qué acciones serán consideradas falta o delito, se valora por consiguiente en ambos sistemas qué conducta se considera ilícita para que pueda ingresar al sistema penal o jurisdiccional, estas apreciaciones se hacen no desde un sentido de justicia o equidad único sino que se tiene en cuenta la cultura, los intereses de la comunidad o sociedad, por consiguiente, del reconocimiento de la diversidad cultural que se hace a las comunidades indígenas debería ser parte de los principios fundamentales que dan contenido a la política criminal del Estado como base ideológica del sistema penal, situación esta que no ocurre en el sistema penal Colombiano.

Las comunidades indígenas también realizan estas estimaciones y estructuran un modo de resolver sus conflictos ante una agresión a los bienes jurídicos tutelados por ellos dentro de su comunidad; revisar esto es fundamental para la comprensión de la relevancia que este sistema tiene sobre los individuos y de cuanto puede resultar violento la aplicación de un sistema penal ajeno a un individuo que no comparte estas valoraciones².

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 496/96 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

El presente escrito surge como avance de la investigación denominada “investigación, procedimiento y sanción en la jurisdicción indígena frente a la jurisdicción penal actual en Colombia”, cuyo problema se concreta en si se restringe el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas cuando la jurisdicción ordinaria interviene en el juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por los indígenas; dicho interrogante se plantea puesto que el derecho indígena se concibe como conjunto de normas propias, que regulan el desarrollo integral de la vida de estas comunidades³. Uno de los rasgos relevantes es la no normativización, esto representa que el derecho indígena no puede ser sometido a un conjunto de normas escritas, porque se apoya imprescindiblemente en la tradición oral, la administración de justicia indígena al sancionar las faltas cometidas por sus integrantes ostenta un sistema de autoridad claramente definida con sanciones para quienes se desvíen de las reglas, de tal forma que el presente texto se centrará en la autonomía en cuanto a investigación, procedimiento y sanción de la jurisdicción indígena de la comunidad Cristianía de Jardín (Antioquia), frente a la jurisdicción ordinaria penal actual en Colombia. si bien es cierto la Jurisdicción Especial Indígena fue reconocida en la Constitución Política de 1991, es necesario determinar el derecho propio de las comunidades indígenas, ya que la forma de reprender las faltas en cada comunidad son diferentes⁴ lo que hace necesario determinar si el sistema Jurídico Penal Nacional y la jurisdicción Especial Indígena interactúan en la aplicación del derecho como norma reguladora de las relaciones sociales, en lo pertinente a la aplicación del derecho penal, respetando la autonomía en la investigación,

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 254/94 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 139/96 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

procedimiento y sanción de la jurisdicción indígena.

Para solucionar el interrogante planteado se ha utilizado los métodos histórico –lógico en razón a que el trabajo tiene un contenido histórico de carácter jurídico– social que da cuenta de los usos y costumbres que sustenten el sistema judicial consuetudinario de los indígenas; el método hermenéutico, porque se precisa del análisis normativo y jurisprudencial de la temática descrita; de esta manera se podrá precisar la evolución si la hay del derecho indígena y su correlación con el derecho Estatal. Y el método dialéctico, para todos los casos, porque precisa ser abordado desde la casualidad y el efecto, por lo que entraran elementos vinculados a las variables sociales y políticas que determinaron las decisiones en cada momento, ellas pueden ser económicas, culturales o políticas etc. De tal manera que el momento histórico que nos interesa es el actual desde los hechos y antecedentes hasta las implicaciones que dieron paso a una nueva forma o transformación del derecho indígena.

La importancia del tema propuesto en esta investigación radica en que pretende elaborar un texto resultado de la investigación, producto de un análisis hermenéutico y jurídico donde se pueda definir el derecho indígena analizando sanciones claramente definidas, determinando un límite legal que se articule con el sistema Penal Nacional, de tal forma que el derecho consuetudinario y el derecho positivo estatal muestre la incidencia que representa el respeto por la autonomía para la investigación, procedimiento y sanción en la Jurisdicción Especial Indígena frente a la Jurisdicción Ordinaria Penal.

El objetivo fundamental para dar solución a la problemática planteada consiste en determinar si el derecho a la autonomía se afecta cuando interviene la jurisdicción penal ordinaria en la investigación, procedimiento y juzgamiento

dentro de la administración de la justicia de los indígenas.

1. JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA

Para abordar el tema de la investigación, procedimiento y sanción en la jurisdicción indígena, se hace necesario analizar la jurisdicción nacional penal, junto con la jurisdicción indígena en el marco de la Constitución Política de 1991 y bajo los principios rectores fundamentales que orientan el derecho penal junto con su procedimiento, para así hacer un adecuado análisis de lo preceptuado en el Artículo 246 Constitucional, en donde se le otorga a las autoridades de los pueblos indígenas funciones jurisdiccionales dentro de un espacio territorial determinado, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, teniendo en cuenta que el ejercicio jurisdiccional de las comunidades indígenas como de la jurisdicción ordinaria siempre están sometidas a la constitución y a la ley⁵.

La constitución, reconoce y proclama la diversidad cultural, dando paso al reconocimiento de derechos básicos donde la diferencia se valore como un componente heterogéneo⁶, en el respeto de los derechos de autonomía y pluralismo jurídico, en el uso de sus costumbres en la investigación, procedimiento y sanción de las conductas que distorsionan la convivencia armoniosa de los indígenas entre sí, de tal forma que es necesario tener una aproximación a lo que se entiende por justicia tanto en las autoridades indígenas, como en la jurisdicción penal ordinaria.

⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991.

⁶ BLANCO BLANCO, Jacqueline. “Colombia multicultural Historia del derecho a la Inclusión, informe Final de la investigación”. En: *Revista Diálogos de Saberes*. No 22. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas. Universidad Libre. Facultad de Derecho. Enero – Junio de 2005. Bogotá. p. 11.

La justicia, según los arahuacos por ejemplo, se debe a tres principios filosóficos que sirven de orientación en su concepción de justicia: la misión del hombre en el mundo, las fuerzas vitales del universo y por último las dimensiones del ser humano⁷. Estos tres principios filosóficos se fundamentan en una aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos de la naturaleza y el Universo considerados como bienes naturales ofrecidos por la madre tierra⁸, donde el hombre se considera en dos dimensiones: una dimensión física y otra espiritual; la primera “*es el cuerpo físico, constituido por huesos, carnes y líquidos, a semejanza de la madre tierra (piedra, tierra y agua)*”⁹; el segundo corresponde a la energía o pensamiento, esta dimensión debe guardar correspondencia con la parte física, de tal manera que lo que necesita la sociedad son personas sanas de espiritualidad y cuerpo, la importancia de estos principios y la concepción que se tiene de ellos en los Arahucos tiene su justificación en la prohibición de conductas consideradas dentro de esta comunidad como perjudiciales es decir aquellas que van en detrimento tanto de las personas como de la naturaleza, teniendo claro que los perjuicios causados a la naturaleza repercuten a la comunidad, lo que lleva a considerar estas conductas de mayor gravedad, de esta forma hablar de conductas delictivas en el campo de las comunidades indígenas y por otro en la jurisdicción Nacional Penal, es sin lugar a dudas un ejercicio que requiere mas que un estudio objetivo de la conducta¹⁰, un estudio subjetivo y espiritual de la misma donde se estudie la conducta del sujeto activo en las dos dimensiones del hombre, la parte física y la espiritual, toda vez que suele establecerse;

En occidente suele establecerse una escisión entre los hechos de la naturaleza y los hechos impulsados por el hombre, presentándolos como fenómenos independientes. Una lluvia es un fenómeno natural, así como una granizada; el hurto de un bien es un hecho del hombre, así como el incesto, y no existe ninguna relación entre ellos. Y la consecuencia es que el individuo es responsable de los efectos de sus acciones directas y no hay responsable de los de los hechos naturales. Desde la visión Arhuaca, se diría que esta división corresponde a una observación del plano físico, pues el atentar en consideración el plano espiritual, el cual es por lo demás irrevocable en la visión ancestral, se observa que puede haber conexidad o dependencia entre dichos fenómenos¹¹.

Así las cosas las autoridades indígenas comportan una relación jurídica con el Estado; a través de la historia se puede identificar como en la época de la colonia se intentó sancionar aquellos actos o conductas que atentaran contra la corona, cometidos tanto por los españoles como en los indígenas, por lo tanto los castigos por faltas a la moral estaban a cargo de las entidades eclesiásticas mientras que la administración quedaba a disposición de la Real Audiencia¹², de tal forma que la conducta se estudiaba o analizaba bajo parámetros morales dictados por la religión. Consecuencia de este encargo que se le hacía a la iglesia no se le concedió para tratar el caso de los españoles ya que éstos no necesitaban una educación moral porque efectivamente ya la poseían¹³.

⁷ ZALABATA TORRES, Rubiel. *Justicia Propia entre los Arhuacos*. USAID. Valledupar. 2008.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ GUNTHER, Jakobs. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Thomson. Civitas. Madrid. 2004. p. 123.

¹¹ ZALABATA TORRES, Rubiel. *Justicia Propia entre los Arhuacos*. Ob. Cit. p. 14.

¹² Audiencia y Cancillería Real de Santafé en el Nuevo Reino de Granada. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13661>

¹³ GUZMÁN HARTMANN, Erika. *Legislación Penal Indígena desde la colonia hasta 1980: ¿Imputabilidad o Inimputabilidad?* Disponible en : <http://elcentro.uniandes.edu.co/cr/antropologia/eguzman/imputabilidad/imputabilidad.htm>

Charles Taylor es enfático en manifestar que los grupos culturales en cualquier nación deben ser reconocidos toda vez que este reconocimiento es lo que hace que los individuos creen una identidad propia, se reconozcan en una cultura específica y se desarrollen en ella en forma integral. Es la identidad propia por la que las minorías luchan para que se reconozcan en las instituciones públicas, es decir, que se haga público su reconocimiento junto con la idea de la dignidad de todos teniendo en cuenta que todos son iguales¹⁴.

De manera que tras las humillaciones y olvido desconsiderado por parte del Estado en cuanto a la cosmovisión de los indígenas se observa como el derecho penal antes de 1991 estaba desarticulado del Derecho Consuetudinario Indígena como se puede observar que en:

“1907 el general Uribe Uribe en erudito discurso que la mejor manera de reducir los salvajes a la civilización era, siguiendo el ejemplo de españoles y portugueses, domesticar los indígenas [...] En nuestra condición de raza conquistadora, ya que arrebatamos el suelo al indio y que cada día vamos estrechándolo para lo más recóndito de las selvas, tenemos obligación – si de veras somos cristianos- de arrancarlos a la barbarie en que viven, para traerlos a la comunión de la fe, del trabajo y de la sociedad. De seguro que la providencia no creó al indio para conservarle segregado del movimiento general del progreso humano [...] El 27 de diciembre de 1967, con el sueño de invitarlos a una fiesta, fueron asesinados en el hato la rubiera en Arauca, 18 indígenas cuibas, entre ellas 8 niños. El fallo de los jueces recogió el argumento exculpatorio de los sindicados, al manifestar que no sabía que matar indios era delito. Esta figura jurídica fue denominada “ignorancia invencible” y la práctica de

¹⁴ HERRAN PINZÓN, Omar. “Las Minorías étnicas Colombianas en la Constitución política del 91”. En: *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*. No 24. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas. Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Derecho. Julio – Diciembre de 2009. Bogotá. p. 192.

cazar indios que la sustentaba era conocida como “cuibiar” o “guahibiar” [...] ¹⁵.

Este fenómeno hoy en día es de un trasegar importante en la consideración de la dignidad humana¹⁶ como piedra angular en los dos sistemas “judiciales”, de tal forma que la concepción de justicia debe darse mediante un proceso de consenso mínimo que determine los principios de justicia social donde todos los sectores de la sociedad puedan converger, y es a partir de ellos que las instituciones se conciben y se construyen¹⁷, es el carácter consensual el que puede conferirle estabilidad a un ordenamiento jurídico político¹⁸, el derecho penal en un Estado multicultural¹⁹ debe incorporar como presupuesto fundamental de que no se sancionará la diversidad cultural, será tomado en cuenta el derecho consuetudinario, que deben ser respetados en las distintas valoraciones sobre las conductas que provengan de parámetros culturales diversos y preexistentes a la cultura oficial²⁰, los jueces deben abandonar el paradigma de un operador judicial que solo toma en cuenta la ley y la constitución en un sentido formalista, desconociendo datos importantes del contexto social en que se desenvuelve las infracciones a la ley penal tanto en la jurisdicción indígena como en la jurisdicción nacional y que reporta cierta incidencia en la sociedad mayoritaria del territorio.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 370/02 M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁷ HERRAN PINZÓN, Omar. “Las Minorías étnicas Colombianas en la Constitución política del 91”. Ob Cit.

¹⁸ QUINTANA, Oscar. *La filosofía política y las falacias de la Constitución*. Disponible en: www.espaciocritico.com

¹⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991. Art. 7.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 048/ 2002 M. P. Álvaro Tafur Galvis.

La Corte ha dicho que el juez constitucional y los jueces ordinarios, en cada caso concreto, con el fin de preservar los derechos de los integrantes de las comunidades indígenas y de los terceros vinculados a las mismas, pueden intervenir en asuntos relacionados con dichas comunidades, pero sopesando los límites de su intervención, de manera que se logre restablecer el orden jurídico quebrantado sin resquebrajar el derecho de los pueblos indígenas a su autonomía e independencia.

Lo anterior porque de una intervención de las autoridades ordinarias, sopesada, medida y específica, en los asuntos relativos a los pueblos indígenas y a sus integrantes, depende en gran medida que la protección a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, reconocida en el Artículo 7° de la Constitución Política, sea una realidad.

Así mismo, esta Corte ha sido consciente de la dificultad que para los jueces de la República conlleva su intervención en los asuntos de competencia de las autoridades indígenas, dada la particular relación existente entre los integrantes de las comunidades indígenas con su entorno cultural del cual dichas autoridades son parte fundamental, y debido a la tendencia generalizada de las personas ajenas a tal entorno a adoptar una actitud paternalista hacia dichas comunidades, basada en que “(...) *no son partícipes del mundo de valores prevaeciente en el país y que pudiera comprenderse bajo el rubro genérico de “cultura occidental”*”²¹.

Así las cosas para determinar y analizar de manera ordenada y coordinada hay que tener presente los pronunciamientos de la Corte Constitucional a través de sus distintas sentencias ofrece nuevas concepciones sociopolíticas de las etnias colombianas para reconocerles su identidad étnica, política, social, cultural y religiosa así como su autonomía administrativa

²¹ Ibid.

y judicial, (sentencias C-027/93, T- 426/92 T - 384/94, T-349/96, T-574/96, C-058/94, C-377/94, C 104/95, C- 394/95; C 139/96). Los pueblos indígenas, calificados hace un siglo como “salvajes”²², son considerados por la Constitución actual como comunidades culturales diferentes, tratadas como portadoras de otros valores, con otras metas y otras convicciones, que las tradicionalmente valoradas por la cultura occidental (Sentencia C 139/96); la definición de la nación como multiétnica y pluricultural es el reconocimiento de que los pueblos indígenas existen como pueblos dentro del Estado Nacional²³, correspondiéndoles derechos especiales como habitantes originarios, entre los cuales está el de la preservación y defensa de sus territorios, a las comunidades indígenas, se les otorga un status especial que se manifiesta en el ejercicio de facultades normativas y jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus valores culturales propios tales como diversidad étnica y cultural²⁴, la Corte había considerado que la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que éstos no sólo se predicen de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana²⁵, concepción de sus sistemas jurídicos propios²⁶ (Sentencias, T-349/96; SU-039/97; SU 510/98).

²² GACETA CONSTITUCIONAL. Número 18. Bogotá. Viernes 8 de Marzo de 1991.

²³ HERRAN PINZÓN, Omar. “Las Minorías étnicas Colombianas en la Constitución política del 91”. Ob Cit. p. 205.

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-349/96 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-039/97 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-510/98 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

2. GARANTÍAS DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA

2.1 Debido Proceso

El derecho fundamental al debido proceso constituye un límite jurídico-material de la jurisdicción indígena que ejerce, sus autoridades que realizan según *“sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley”*²⁷. Cualquiera sea el contenido de las disposiciones jurídicas internas de las comunidades indígenas, éstas deben respetar los derechos y principios contenidos en el núcleo esencial del derecho consagrado en el Artículo 29 de la Constitución Política²⁸. Un límite constitucional explícito al ejercicio de la potestad punitiva por parte de las autoridades de los pueblos indígenas lo constituye la prohibición de imponer penas de prisión perpetua²⁹.

2.2 Legalidad e Individualidad de la Pena o Sanción

Las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas en lo que hace a la determinación de sus instituciones jurídicas y sus formas de juzgamiento estarían justificadas porque se trata de medidas necesarias para proteger intereses de superior jerarquía, que en este caso serían el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas³⁰, el reducir el principio de legalidad a una exigencia de previsibilidad no implica abrir el paso a la arbitrariedad absoluta, ya que

²⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991. Art. 246.

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-254/94 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 349/96 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

las autoridades están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social. *“Por otra parte, no puede extenderse este requerimiento hasta volver completamente estáticas las normas tradicionales, en tanto que toda cultura es esencialmente dinámica, así el peso de la tradición sea muy fuerte”*³¹.

2.3 Competencia de la Jurisdicción Especial Indígena

Las autoridades indígenas conocen de asuntos civiles, penales³² en los casos en que un delito se cometiera por fuera del resguardo indígena, la Corte Constitucional ha manifestado que para tener derecho a ser procesado y juzgado por la jurisdicción indígena se debe tener en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de asimilación de la cultura a la que pertenece, para entrar a determinar el caso en concreto si el indígena sea juzgado y sancionado con el ordenamiento jurídico nacional o si por el contrario debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus autoridades de acuerdo con sus normas y costumbres³³.

¿Qué sucede cuando durante el curso del proceso se propone o está pendiente de dirimir un conflicto positivo de competencia entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional, el juez ordinario decide, por su cuenta, ignorar la probable presencia del fuero indígena o dirime en su favor el conflicto, continúa conociendo del proceso y profiere sentencia condenatoria en contra del miembro de la comunidad indígena? Este es un común denominador de los dos procesos de la referencia. Así pues, de este suceso se deducen, al menos, estas consecuencias: 1) El juez penal ordinario ha incumplido el deber de remitir el

³¹ *Ibid.*

³² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-606/2001 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-728/2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

expediente a la autoridad facultada para dirimir el conflicto de competencia entre distintas jurisdicciones, la cual ya no podrá ejercer su función frente a procesos ya terminados con sentencia condenatoria o absolutoria; 2) Es factible que el indígena deba purgar una condena impuesta por autoridad no competente para fijarla; 3) Es factible la vulneración del derecho fundamental al debido proceso que asiste al indígena de ser juzgado conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (C.P., Art. 29); y 4) Es factible la vulneración del derecho fundamental de la autonomía de las comunidades indígenas y de la jurisdicción especial indígena. Así pues, este asunto trasciende de un debate de carácter procesal al escenario de la protección de derechos fundamentales al debido proceso, legalidad, juez natural, las formas propias de cada juicio y el derecho comunitario de la autonomía de las comunidades indígenas.

Por consiguiente, el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural que se deriva del Artículo 246 de la Constitución representa la existencia misma de las comunidades indígenas, y por consiguiente el mismo Artículo les permite gozar de un fuero, así como el correlativo derecho colectivo de la comunidad a juzgar a sus miembros. Así, la noción de fuero indígena comporta dos elementos: i) uno personal el miembro de la comunidad indígena ha de ser juzgado de acuerdo a sus usos y costumbres; ii) geográfico, cada comunidad puede juzgar los hechos que ocurran en su territorio, de acuerdo a sus propias normas; estos criterios son los que determinan la competencia de Jurisdicción Indígena³⁴; así las cosas, los límites de la jurisdicción especial indígena en el campo penal se refieren a la definición de la falta a través de su derecho consuetudinario tradicional, el

procedimiento seguido y la sanción impuesta teniendo en cuenta la tensión que surge entre la diversidad étnica respetando lo conceptuado en el Artículo 246 de la Constitución Política de 1991 y jurisdicción penal nacional.

3. COORDINACIÓN JUDICIAL DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA

Ahora bien, el Artículo 246 Constitucional, es el pilar fundamental donde se desarrolla el derecho a la integridad étnica y cultural de los indígenas la relación de los pueblos indígenas con el Estado en lo jurídico más específicamente en el campo penal. Se puede tomar como referente la Ley 89 de 1980, donde se estipula que la normatividad nacional no se aplicaría a los pueblos indígenas en sus resguardos³⁵, y por lo tanto es necesario tener en cuenta que la justicia para ellos parte de la integralidad de sus prácticas espirituales, cosmovisionales y costumbres sociales, pero esto no implica que su derecho consuetudinario avance hacia una relación jurídica con el ordenamiento jurídico nacional.

“Hoy nuestra comunicad se hace realidad un sueño, en donde se hará entre todos para un consenso y búsqueda de una convivencia y tolerancia, donde prime la autonomía del gobierno propio, con una ley propia, usos y costumbres, que todo esto se hará un avance histórico para Embera- Chami y los dema pueblos indígenas y una nueva relación con capurías (no indígenas)

Vamos a construir, desde nuestra identidad, una jurisdicción especial bajo la participación de todos, buscando el fortalecimiento el consenso de convivencia pacífica, garantizando los derechos y deberes de las personas”³⁶.

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-009/2007 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁵ Ley 89 de 1980.

³⁶ RESGUARDO INDÍGENA EMBERA – CHAMI DE CRISTIANÍA (KAMATA RUA). *La Constituyente Embera y la Jurisdicción Indígena*. Jardín, Antioquia. 2001. p. 4.

La Jurisdicción Especial Indígena se torna como un espacio de encuentro de distintas concepciones y sistemas jurídicos que proponen “*alternativas en la forma de administrar justicia por parte del sistema judicial nacional*”³⁷, de tal forma que comunidades como la Embera – Chami resguardo de Cañamomo Lomapieta trabajan en la construcción de un soporte legal para el manejo de conflicto entre comuneros; además de la aplicación de justicia propia³⁸, los Pueblos y Comunidades Indígenas y sus integrantes necesitan gozar de la seguridad jurídica como máxima expresión de su desarrollo integral, que las autoridades de la administración de justicia, conozcan y se integren a la legislación en materia indígena.

En este sentido, la construcción e implementación del manual de convivencia comunitaria, obedece a la necesidad que existe al interior del territorio ancestral de ordenar y consolidar la normatividad interna que regula la vida y los espacios de convivencia colectiva, en concordancia con las políticas organizativas, para que se constituya en el soporte normativo básico que opera desde las organizaciones comunitarias de base como lo son los cabildos y grupos de apoyo, hasta la estructura encargada de administrar Justicia Propia, para lograr así cumplir con la misión primordial de mantener la armonía comunitaria, la defensa integral del territorio y la consolidación de la Autoridad tradicional y la Autonomía.

Así las cosas lo que se pretende con la articulación del sistema judicial indígena y el nacional es la convivencia en sociedad que se reclama dentro del consenso ciudadano, una convivencia satisfactoria donde reine lo autóctono y se mantenga el uso de costumbres es cada vez más conflictivo en la jurisdicción ordinaria,

pues esta se traslapa en ciertos momentos con la jurisdicción indígena, ya que es sensible en concebir sus derechos como irrevocables para la aplicación de cualquier procedimiento en el que se halle inmerso una persona de su comunidad desarrollando el papel de procesado o castigado dentro del territorio concebido por el Estado como nacional y concebidos por estos como suyo, y que justifica la concepción de gobierno propio con la misión de mantenerlo puro y apartado de nuevas costumbres que atenten con su autonomía y respeto por la diversidad étnica y cultural³⁹.

Los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe se prepararon para encontrarse en la Primera Cumbre Continental de Comunicadoras y Comunicadores Indígenas del 8 al 12 de noviembre de 2010. Actividad que se dió lugar en el Territorio de Convivencia, Diálogo y Negociación, Resguardo Indígena de La María, Piendamó, ubicado en la región suroccidente de Colombia. (...) ¿Por qué Colombia y cuál es propósito de esta cumbre?. La razón del porque se eligió el Cauca y específicamente el sector de La María Piendamó, se debió al avance sustancial en materia de comunicación indígena mostrado en la región. Además, era una forma de reconocer, por parte de los hermanos indígenas del continente, al Territorio de Diálogo y Negociación de La María Piendamó, y a la vez dar una muestra de solidaridad con los pueblos indígenas de Colombia que sufren la constante violación de sus derechos en su permanente lucha por la defensa de sus territorios, su identidad y su cultura⁴⁰.

³⁷ TRAMA Y URDIMBRE. *Consecuencias y disonancias entre la Justicia de los Pueblos Indígenas y el Sistema Judicial Colombiano*. USAID. Valledupar. p. 85.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ TASCÓN GONZÁLEZ, Guillermo Antonio. *Política Organizativa de los Pueblos Indígenas de Antioquia. Volver a Recorrer el Camino*. Disponible en: http://www.oia.org.co/elementos/nuestra-politica/POL_TICA_ORGANIZATIVA_OIA_doc.

⁴⁰ Del 8 al 12 de noviembre de 2010 está agendada la Cumbre Continental de Comunicación Indígena del Abya Yala. Disponible en: <http://www.clacpi.org/?p=443>

En desarrollo del Artículo 256 Constitucional la comunidad de Cristianía de Jardín han hecho uso de su derecho a la autonomía administrativa y judicial, desarrollado autoridades judiciales en su marco de represión, buscando una continua construcción y evolución de la constituyente de Cristianía solicitando a los entes estatales respaldo jurídico y moral, con el fin de alcanzar el compromiso con la jurisdicción especial indígena, y tal vez generar un criterio orientador para el operador judicial y para el gobierno nacional a la hora de legislar sobre la coordinación de esta jurisdicción con el sistema nacional judicial.

Sólo a través de una legislación clara y unos parámetros comunes a cada pueblo sobre las faltas y sanciones penales o simbólicas para los agresores, podremos prevenir e intervenir esta modalidad de violencia social. Es de anotar que cada uno de nuestros pueblos deberá tipificar los delitos de violencia intrafamiliar (y por ende de violencia de género) y las sanciones a dichas conductas.

“Cuando así se requiera, de igual manera se remitirán a la justicia ordinaria los casos de violencia doméstica a los cuales no podamos dar respuesta desde nuestra jurisdicción, ya que reconocemos que la dignidad humana está por encima de cualquiera de nuestras cosmogonías y sistemas judiciales”⁴¹.

Colombia es un Estado Social de Derecho, lo cual implica una nueva idea de aplicación de la justicia. El pensamiento del constituyente de 1991 concibió una actividad jurisdiccional eficaz, confiable y transparente a cargo de administradores de justicia de las diferentes jurisdicciones comprometidos en proteger y garantizar a la persona los derechos sustanciales y las libertades consagradas en la Constitución Política y en la Ley, con el objeto de alcanzar la convivencia social; de esta forma, las autoridades legítimas indígenas y sus organizaciones

representativas, existente como demostración del pluralismo jurídico dentro del ordenamiento jurídico Colombiano. La constituyente Embera de 1998 pretendió la organización social orientada a la búsqueda de soluciones de conflictos enmarcados en 5 categorías como fueron: Familia, territorio, Medio Ambiente, Jaibanismo, Maleficio, Gobierno, administración, Control Social y Faltas.

“(...) El demandante es indígena, perteneciente al Resguardo de Cristianía. Fue condenado por el Consejo de Conciliación y Justicia Indígena a una pena inicial de 15 años de prisión, pero, en decisión de la misma jurisdicción, le fue modificada la pena a 12 años. Posteriormente, en cumplimiento de un fallo de tutela concedido a favor del actor, se readecuó la condena a 9 años. Esta era la pena al momento de impetrar la tutela.

Considera el demandante que, tanto el Consejo como el Director del establecimiento carcelario en donde se encuentra recluso, le violan el derecho fundamental al debido proceso (art. 29), por no proceder al traslado al lugar que, por su condición de indígena le corresponde. Traslado que, según el actor, se ordenó por el Director General del Inpec y que el Director de la Cárcel de Andes se ha negado a cumplir”⁴².

El Resguardo Indígena Embera-Chamí de Cristianía, de Jardín, del Departamento de Antioquia, es considerado, como uno de los que más ha avanzado en plasmar sus costumbres y la manera de resolver sus conflictos de forma escrita, al punto de que cuenta con un documento denominado “Constituyente Embera”, en el que asuntos puntuales de la justicia propia han sido examinados y expresados en forma escrita en este documento⁴³, en efecto: aspectos como la competencia de la jurisdicción, los delitos, las penas y la forma de purgarlas,

⁴¹ Ibid.

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 239/ 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁴³ Ibid.

entre otros, están claramente señalados en este documento⁴⁴.

Allí se establece la competencia de la justicia Kapuria⁴⁵ y los consensos con el cabildo Embera, para conocer de hechos delictivos ocurridos en territorio indígena, si los implicados son indígenas. Se expresa que esta competencia desplaza a la justicia ordinaria, de acuerdo con lo señalado en la Constitución en su Artículo 246 y las sentencias T-254 de 1994 y T-349 de 1996 de la Corte Constitucional, ahora bien la clasificación de las faltas y su gravedad están determinados de la siguiente forma⁴⁶:

1. Errores o faltas leves
2. Faltas medianas
3. Faltas graves

La clasificación de las faltas tiene como fin determinar si es posible o no la conciliación, determinar la instancia que debe resolver el caso y la posibilidad de remisión a la justicia ordinaria, la necesidad de llevar el conflicto a consideración de la asamblea comunitaria⁴⁷; por lo tanto, los casos leves son investigados y resueltos por la Consejería de Control Social del Cabildo por el vicegobernador, que fundamentalmente ayuda a resolver los problemas por la vía de la conciliación y el seguimiento de los acuerdos establecidos entre las partes⁴⁸. Los otros problemas, excepto los graves, serían de competencia del Consejo de Conciliación y Justicia, los casos graves serían llevados a la

Asamblea de la comunidad, para casos como el homicidio, violación sexual o lesiones personales graves la resolución del conflicto no puede reducirse a la conciliación⁴⁹ ésta existe debe simultáneamente aplicarse una sanción o pena que puede ser por el momento privación de la libertad. De acuerdo con los antecedentes de la persona y la capacidad locativa del cabildo los sancionados podrán enviarse a las cárceles kapuria⁵⁰.

“Para tomar sus decisiones el Consejo [Consejo de conciliación y justicia] debe valorar los hechos, tener en cuenta los antecedentes, llamar a los testigos y escuchar a los implicados, y aplicar justicia de acuerdo con la equidad. El Consejo y el Cabildo, cuando lo consideren necesario, promoverán la discusión de un reglamento de faltas y sanciones, que debe ser aprobado en la Asamblea Nacional.

Antes de imponer sanciones, el Consejo debe procurar que haya una reconciliación entre las partes y sus familias, llegando a unos compromisos y a unas condiciones de cumplimiento. Si la falta que se concilia es motivo para sanción de cárcel, el responsable debe permanecer detenido hasta que cumpla sus compromisos. En caso de incumplimiento se aplica la sanción que corresponda.

Las sanciones pueden ser multas, calabozo, trabajo comunitario, cárcel u otras que considere convenientes el Consejo”⁵¹.

Es importante como esta comunidad hace uso de los mecanismos alternativos de la solución de conflictos de una forma más sencilla y con un significativo restaurativo en sus comunidades estos mecanismos en la jurisdicción nacional tiene un significado y fin similar:

“(…) de otra parte, a los funcionarios judiciales (fiscal y juez), compete establecer que los intervinientes del programa (víctima y victimario), lleguen

⁴⁴ VALENCIA G., María del Pilar. *Justicia embera, identidad y cambio cultural. Reflexiones en torno a una experiencia*. Pág. 122. Disponible en: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr026-27/elotrdr026-27-05.pdf>

⁴⁵ Kapuria es la palabra que utiliza la comunidad de cristianía de jardín a los no indígenas.

⁴⁶ VALENCIA G., María del Pilar. *Justicia embera, identidad y cambio cultural. Reflexiones en torno a una experiencia*. Ob. Cit. p. 122.

⁴⁷ *Ibíd.* p. 123.

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ *Ibíd.* p. 124.

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 239/ 2002 M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁵¹ *Ibíd.*

*a involucrarse al proceso restaurativo, confianza, libre voluntad y conciencia libre de cualquier modalidad de coacción con pleno conocimiento de lo que significa la mediación o la conciliación al cual se acogen y sin que medie en su determinación las presiones indebidas*⁵².

Cabe anotar que esta comunidad tiene como uso o costumbre lo que se persigue en la jurisdicción penal nacional; con los mecanismos alternativos de solución de conflictos, “*la justicia restaurativa propone la humanización del proceso penal, mediante una opción preferencial, por las víctimas del delito, olvidadas y maltratadas en desarrollo del proceso penal tradicional*”⁵³. Se ejerce el control social a través del consejo de conciliación y justicia compuesto por cuatro concejeros y el mismo dirigido por el vicegobernador, a los miembros se les requiere de que sean reconocidos como personas honorables, que conozcan la comunidad dotados de experiencia siendo líderes al momento de resolver problemas con un ingrediente especial el que se señala por estos el cual es el de poseer buen equilibrio en la comunidad.

CONCLUSIÓN

Dentro de la estructura de justicia Embera la segunda autoridad que nosotros calificaríamos en nuestro gobierno como orgánico del poder ejecutivo, es el que participa activa y directamente en todo proceso como autoridad judicial pues es su vicegobernador quien conforma y dirige el consejo de conciliación y justicia lo que a luces de la Constitución del 91 y traducido lo entenderíamos como el vicepresidente, es así entonces que emerge sin lugar a dudas

un derecho consuetudinario y que justifica su estructura de gobierno guardando relación con lo preceptuado por el Artículo 246 Constitucional.

En el sistema penal acusatorio que rige en la actualidad en territorio Colombiano, existe la participación de un sujeto procesal cuya función es de gran talante pues le asiste la de velar por el respeto de las garantías procesales aplicadas al individuo que es procesado, esto para garantizar un debido proceso a fin de una transparencia judicial. En la comunidad de Cristianía de Jardín se observa como la asamblea ponen castigos que producen polémica dentro de su comunidad, pero a la vez justifican el desarrollo de su actividad asimilándose a una rendición de cuentas o a una motivación de sus decisiones; el sistema acusatorio regulado en la Ley 906 aparte de estar inspirado en una justicia restaurativa y premiar consignó la esencia de oralidad en el procedimiento en esta comunidad, por no mencionar otras. Se observa un procedimiento verbal aunque se deja consignado un registro del caso en forma breve en un escrito con los datos principales de las partes del involucradas en el conflicto que a su vez las declaraciones e interrogatorios deben ser realizados por la mayoría de los que conforman el consejo toda vez que la presencia de todos ayudaría al momento de retomar el caso en un futuro.

La jurisdicción especial indígena es la manifestación de la autonomía jurídica y política que se le reconoce a las comunidades indígenas el ejercicio de esta jurisdicción no está condicionada ni se puede condicionar a una ley que la habilite es decir no es requisito esencial que exista una ley de coordinación entre los dos sistemas.

BIBLIOGRAFÍA

ARIEL SÁNCHEZ, Carlos. “La administración de justicia en Colombia, Siglo XX Desde la Constitución de 1886 a la Carta Política de

⁵² MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E. “Normatividad y características de la Justicia Restaurativa en el contexto Nacional y su comparación en la legislación extranjera”. En: *Revista Prolegómenos-Derechos y Valores*. No. 25. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas. Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Derecho. Enero-Junio de 2010. Bogotá. p. 255.

⁵³ *Ibid.* p. 273.

1991". En: *Revista Credencial Historia*. No. 136. Bogotá. 2000.

Audiencia y Cancillería Real de Santafé en el Nuevo Reino de Granada. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13661>

BLANCO BLANCO, Jacqueline. "Colombia multicultural Historia del derecho a la Inclusión, informe Final de la investigación". En: *Revista Diálogos de Saberes*. No 22. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas. Universidad Libre. Facultad de Derecho. Enero – Junio de 2005. Bogotá. p. 11.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991.

GUNTHER, Jakobs. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Thomson. Civitas. Madrid. 2004.

GUZMÁN HARTMANN, Erika. *Legislación Penal Indígena desde la colonia hasta 1980: ¿Imputabilidad o Inimputabilidad?* Disponible en: <http://elcentro.uniandes.edu.co/cr/antropologia/eguzman/imputabilidad/imputabilidad.htm>

HERRÁN PINZÓN, Omar. "Las Minorías étnicas Colombianas en la Constitución política del 91". En: *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*. No 24. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas. Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Derecho. Julio – Diciembre de 2009. Bogotá.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E. "Normatividad y características de la Justicia Restaurativa en el contexto Nacional y su comparación en la legislación extranjera". En: *Revista Prolegómenos- Derechos y Valores*. No. 25. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas. Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Derecho. Enero-Junio de 2010. Bogotá.

QUINTANA, Oscar. *La filosofía política y las falacias de la Constitución*. Disponible en: www.espaciocritico.com

LEY 89 DE 1980

MEJIA QUINTANA, Oscar. *Elites, etnicidades y Constitución*. Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/grupos/hoyos/17Quintana.pdf>

RESGUARDO INDÍGENA EMBERA – CHAMI DE CRISTIANÍA (KAMATA RUA). *La Constituyente Embera y la Jurisdicción Indígena*. Jardín, Antioquia. 2001.

TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Fondo de Cultura Económica. México. 1993.

TASCÓN GONZÁLEZ, Guillermo Antonio. *Política Organizativa de los Pueblos Indígenas de Antioquia. Volver a Recorrer el Camino*. Disponible en: http://www.oia.org.co/elementos/nuestra-politica/POL_TICA_ORGANIZATIVA_OIA_.doc.

TRAMA Y URDIMBRE. *Consecuencias y disonancias entre la Justicia de los Pueblos Indígenas y el Sistema Judicial Colombiano*. USAID. Valledupar

VALENCIA G, María del Pilar. *Justicia embera, identidad y cambio cultural. Reflexiones en torno a una experiencia*. Pág. 122. Disponible en: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr026-27/elotrdr026-27-05.pdf>

ZALABATA TORRES, Rubiel. *Justicia Propia entre los Arhuacos*. USAID. Valledupar. 2008.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-370/02 M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

_____. Sentencia C-139/96 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

_____. Sentencia C-104/95 M. P. Hernando Herrera Vergara.

_____. Sentencia C-394/95 M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

_____. Sentencia C-377/94 M.P Jorge Arango Mejía.

_____. Sentencia C-027/93 M. P. Simón Rodríguez Rodríguez.

_____. Sentencia SU-510/98 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia SU-039/97 M. P. Antonio Barrera Carbonell.

_____. Sentencia T-009/07 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

_____. Sentencia T- 048/02 M. P. Álvaro Tafur Galvis.

_____. Sentencia T- 239/02 M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

_____. Sentencia T- 728/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

_____. Sentencia T- 606/01 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

_____. Sentencia T-349/96 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

_____. Sentencia T- 496/96 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

_____. Sentencia T- 058/94 M. P. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia T-254/94 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz,

_____. Sentencia T- 384/94 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

GACETA CONSTITUCIONAL. Número 18. Bogotá. Viernes 8 de Marzo de 1991.

**DE LOS DERECHOS SOCIALES
SOBRE LIBERTAD E IGUALDAD A
LA DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS
CIVILES Y POLÍTICOS DESPUÉS DE
LA INDEPENDENCIA***

Jacqueline Blanco Blanco**

Fecha de Recepción: 13 de Octubre de 2010

Fecha de Aceptación: 19 de noviembre de 2010

Artículo Reflexión.

Resumen

Las denominadas minorías étnicas en Colombia corresponden a un sector de la población al que los beneficios del Estado liberal y la democracia llegaron con absoluta lentitud. La concepción de los derechos a la igualdad y a

libertad, ciertamente concebidos como fundamentales e inherentes al ser humano, no fueron igualmente interpretados por los hombres libres y de “bien” que habitaron y pensaron la república; como una prolongación del coloniaje, la esclavitud continuó siendo una institución mientras la manumisión no logró ser a plenitud un sinónimo de libertad en razón a los condicionamientos políticos, sociales y económicos que le asistieron.

La igualdad fue el principio que dio lugar a la libertad, pero tanto la igualdad como libertad propiciaron el acceso a los demás derechos, para el caso, ni los negros ni los naturales fueron iguales a los blancos, la libertad fue restringida, y los demás derechos civiles y políticos inevitablemente esquivos.

Palabras clave

Libertad, igualdad, derechos, garantías, participación.

**THE SOCIAL RIGHTS ON FREEDOM
AND EQUALITY TO THE DEFINITION
OF THE CIVIL RIGHTS AND
POLITICAL AFTER INDEPENDENCE**

Abstract

The called ethnic minorities in Colombia relate to a sector of the population to which the benefits of liberal State and democracy arrived with absolute slowly. The design of the rights to equality and freedom, certainly designed as fundamental and inherent to the human being, were not equally interpreted by the free men and “good” that inhabited and thought the republic; as an extension of colonialism, slavery continued to be an institution while the manumission failed to be a fullness a synonym for freedom in reason to the political, social and economic you attended.

The equality was the principle that led to the freedom, but both equality as freedom led to the

* Este artículo es resultado parcial de la investigación denominada “Evolución constitucional de los derechos sociales, civiles y políticos a favor de las minorías étnicas y de género en Colombia”; forma parte del macroproyecto “Evolución de los derechos constitucionales en el bicentenario constitucional (1810-2010)”, en el marco de la conmemoración del Bicentenario de la Independencia de Colombia. Corresponde a un producto académico de la línea “Historia del Derecho Administrativo en Colombia”, del grupo “Derecho Público”, categoría B - COLCIENCIAS, de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Parte del texto fue presentado como ponencia en la Facultad de Derecho de la Universidad Icesi de Cali, el 5 de noviembre de 2009, como documento de entrada de la autora al Instituto Colombiano de Historia del Derecho, fue publicado en el 2010 en un número especial de la revista “Precedente”, de la misma Universidad.

** Licenciada en Ciencias Sociales de la Universidad Libre, Especialista en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la misma Universidad, Magíster en Historia de la Universidad Industrial de Santander, Doctoranda en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia; docente de pregrado y postgrado en programas de Derecho; investigadora del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada; directora de la línea de investigación Historia del Derecho Administrativo en Colombia. Miembro del Instituto Latinoamericano de Historia del Derecho ILHAD y Secretaria del Instituto Colombiano de Historia del Derecho ICHD. jacbla201@yahoo.es.

access to the other rights, for the case, neither blacks nor the natural were equal to the whites, the freedom was restricted, and the other civil rights and political inevitably elusive.

Key words

Freedom, equity, guarantees, participation, rights.

INTRODUCCIÓN

La historia de los derechos de los colombianos debe estudiarse a partir de tres variables específicas: la económica, la política y la social; el orden obedece al nivel de jerarquía que determina la adopción, adaptación o transformación de cada uno de esos derechos.

El factor económico ha permitido avanzar hacia la puesta en operatividad de una serie de principios pero ha restringido su plenitud, de acuerdo con los niveles de afectación que pueda provocar, en algunas condiciones conexas, la generalización de ciertos derechos puede constituir en un momento determinado, amenazas a los grupos económicos que sostienen el poder político, y aquí entra la segunda variable que por mantener una estrecha relación con la primera, admite la vinculación o no de los derechos y su posterior definición como garantías. Por último, la condición social representada en todos los sujetos a que beneficia o no la decisión jurídica, ejerce presión a las dos anteriores y obliga a la toma de decisiones a favor del colectivo.

“De los derechos sociales sobre libertad e igualdad a la definición de los derechos civiles y políticos después de la independencia”, es un texto que pretende acercarse a la historia de los derechos de los colombianos en los tiempos de la transición de la colonia a la república, partiendo del supuesto que en el reconocimiento a la igualdad y la libertad, como principios estructurales invocados en los discursos políticos de los actores centrales del conflicto interno de la década de 1810 a 1820, reposaba la naturaleza

de los otros derechos, bien fueran de carácter civil o político. Es por esto que el problema de investigación remite a la necesidad de observar dicho proceso a partir de una innegable trayectoria de exclusión, en su momento pertinente y propicia a los intereses económicos y políticos del grupo en el poder.

Para apreciar la afirmación sobre el carácter excluyente de que fueron sujetos los esclavos en materia de derechos, en el artículo se hace un llamado al tema de la manumisión como medida jurídica que propendió por la libertad de estos, pero tal decisión se entiende desde una concepción política y económica que restringió la posibilidad de la conformación de un cuerpo de nación consolidado, donde las garantías constitucionales fueran realmente operables.

Entre las fuentes más importantes que se tuvieron en cuenta para el desarrollo de esta propuesta se encuentran los fondos documentales de carácter público como los contenidos en el Archivo Histórico General de la Nación, ubicado en Bogotá; las memorias –como las de don Félix de Restrepo, don José María Samper, don Florentino González o don José Hilario López; algunas compilaciones de discursos, cartas y actas de congresos; periódicos, semanarios y gacetas de la época, dispuestas en la hemeroteca de la Biblioteca Luis Ángel Arango; las normas y constituciones del período seleccionado; algunas novelas como literatura que aporta gran belleza y naturalidad al texto; y algunos trabajos de historiadores nacionales y de los llamados “colombianistas”, que se han dedicado con seriedad a conocer este período.

Al finalizar este artículo el lector se asomará a una versión diferente de la Independencia de Colombia, porque encontrará que pese a los ingentes esfuerzos sociales –más que políticos– a lo largo de doscientos años el proceso ha quedado pendiente desde sus orígenes, deducción que se deja a su amable consideración y ponderación.

1. DE LOS DERECHOS SOCIALES SOBRE LIBERTAD E IGUALDAD A LA DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DESPUES DE LA INDEPENDENCIA

Uno de los documentos revolucionarios de mayor importancia para la historia política nacional es el “Memorial de Agravios”. A través de él se logró expresar de manera oficial y pública el sentimiento de exclusión de que eran sujetos los nativos americanos; la expresión “nativo americano” a que se refiere el “Memorial” no generaliza la problemática social del pueblo neogranadino; más bien, específica las necesidades e intereses de un pequeño sector correspondiente al grupo de americanos residentes en Nueva Granada. Contrario a lo estimado por muchos historiadores, el “Memorial de Agravios” constituye una pieza literaria de rechazo sentido por los criollos americanos y provocado por sus pares europeos, y deja por fuera a la mayoría -no criolla y no blanca- altamente afectada por el coloniaje español.

“Las Américas, señor, no están compuestas de extranjeros a la nación española. Somos hijos, somos descendientes de los que han derramado su sangre por adquirir estos nuevos dominios a la Corona de España [...]”¹;

la expresión señala el distanciamiento social y étnico que los criollos trasplantaron de los europeos a sus propios connacionales al excluir de ese sentimiento a quienes no eran hijos y descendientes de los españoles, sino de los naturales americanos y de los negros africanos. De acuerdo con la historiadora Margarita Garrido² el desconocimiento que don Camilo Torres hace de los demás sectores sociales (afros e indígenas), tiene que ver con la afectación económica causada por una decisión jurídica real

de conceder la libertad a los esclavos, o mano de obra, y la amenaza que representaba elevarlos a una condición de igualdad especialmente en el manejo de lo político; en otras líneas, el profesor Oscar Mejía reconoce esta misma interpretación al precisar que los sectores sociales de mayor vulnerabilidad en la Nueva Granada fueron relegados de un proyecto nacional que les afectara favorablemente:

“la Independencia se presenta como una lucha entre las clases dirigentes criollas y la alta burguesía española, pero sin que aquella logre comprometer a las clases populares –indígenas, negros, mestizos, descamisados- al no contemplar en el proyecto inicial ninguna reivindicación a favor de éstas”³.

Liberte, Igalite et Fraternite, la famosa consigna que fue trasladada de Francia a América. Bajo la promesa de alcanzar los anhelados principios de libertad e igualdad los gestores de la independencia convocaron y movieron la participación de todos los granadinos, con los discursos libertarios prometieron un Estado sin opresión y cargado de oportunidades y garantías⁴, la igualdad operó como una condición de relevancia a los individuos gracias a la cual se alcanzaban otros derechos como la libertad, la participación, y el beneficio común a que podían acceder los nuevos ciudadanos.

Que la intención social de los criollos de proteger a los más débiles no hubiera superado las acaloradas manifestaciones libertarias

¹ CASTRO, José Félix (Comp.). *El Memorial de Agravios*. Publicitaria. Bogotá. 1991. p. 11-12.

² GARRIDO, Margarita. *Reclamos y representaciones: Variaciones sobre la política en la Nueva Granada. 1780 – 1815*. Banco de la República. Bogotá. 1993. p. 69.

³ MEJÍA QUINTANA, Oscar, et al. *Cultura y Democracia en América Latina. Elementos para una reinterpretación de la cultura y la historia latinoamericana*. M&T. Bogotá. 1992. p. 209.

⁴ “Garantizar los derechos significa reconocimiento de los mismos, por lo que se procedió a su positivización en los textos constitucionales. La palabra garantía hace referencia a las constancias por escrito que se hacía de los derechos que en ese entonces aquellos fueron designados bajo la expresión: derechos individuales o más genéricamente derechos del hombre y el ciudadano [...]”. En: ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier, et al. *La noción de los Derechos en la historia del constitucionalismo mexicano*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. 2009. p. 53.

contenidas en los discursos, no constituyó razón para no haber emprendido la modernización del Estado de acuerdo con la vigencia internacional, por lo menos en cuanto a lo consignado en las constituciones provinciales. La adopción de un sistema liberal y la inclusión de una serie de libertades individuales fue tomada de naciones como Norte América, Francia o Inglaterra, convirtiéndose éstas en el norte del proyecto para el nuevo pacto social: *“Imitemos la conducta de los norteamericanos, sigamos los pasos de este pueblo de filósofos, y entonces seremos tan felices como ellos”*⁵; igualmente, la novedad de vincular derechos relativos a la igualdad y a la libertad en las constituciones provinciales, funcionó como una inserción del texto original de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Otro documento de decisiva importancia para la consolidación de los derechos de los habitantes de la Nueva Granada fue redactado por el “Libertador” Simón Bolívar y presentado públicamente el 15 de febrero de 1819 durante la instalación del Congreso de Angostura. En la interpretación que el líder político más importante del momento hace de la libertad, la noción política es altamente privilegiada:

*“Un pueblo pervertido, si alcanza su libertad, muy pronto vuelve a perderla; porque en vano se esforzarán en mostrarle que la felicidad consiste en la práctica de la virtud; que el imperio de las leyes es más poderoso que el de los tiranos, porque son más inflexibles, y todo debe someterse a su benéfico rigor; que las buenas costumbres, y no la fuerza, son las columnas de las leyes; que el ejercicio de la justicia es el ejercicio de la libertad”*⁶.

Convencido de la necesidad de preparar política y socialmente a quienes llama los “débiles

ciudadanos”, Bolívar advierte que la libertad no puede concederse de manera inmediata y general; así las cosas, el estado de opresión causado por varios siglos de coloniaje y que había impedido elevar a la condición y al tratamiento de seres humanos en igualdad de condiciones a todos los granadinos, se proyectaba como una limitante para que el nuevo Estado definiera una política social de mayor impacto y declarara por fin la existencia de un cuerpo de nación en igualdad de condiciones:

*“[...] La libertad, dice Rousseau, es un alimento succulento, pero de difícil digestión. Nuestros débiles ciudadanos tendrán que enrobustecer su espíritu mucho antes que logren digerir el saludable nutritivo de la libertad. Entumidos sus miembros por las cadenas, debilitados, su vista en las sombras de las mazmorras, y aniquilados por las pestilencias serviles, ¿serán capaces de marchar con pasos firmes hacia el augusto templo de la libertad? ¿Serán capaces de admirar de cerca sus espléndidos rayos y respirar sin opresión el éter puro que allí reina? Meditad bien vuestra elección, legisladores. [...]”*⁷.

Las limitaciones al ejercicio de la igualdad y de la libertad como condición social de los hombres, provenían de un estado de esclavitud institucionalizado por más de tres siglos; la rápida adopción de un sistema democrático y liberal no fue del todo posible en la medida que su generalización ponía en riesgo el aparato de poder heredado de los españoles a los criollos, nuevos gobernantes. Tal como lo afirma José Ramón Narváez⁸ la ciudadanía fue la fórmula mágica para la conformación de los nuevos Estados con gobernados plenos en garantías y derechos, pero la esclavitud que era objeto de permanente recriminaciones fue favorecida jurídicamente durante décadas, mientras la libertad debía esperar en un Estado que se definía como liberal: *“[...] Los Estados modernos*

⁵ Carta de Camilo Torres al Oidor de Quito, Don Ignacio Tenorio. En: CASTRO, José Félix. Ob. Cit. p. 23.

⁶ Discurso pronunciado por Simón Bolívar el 15 de febrero de 1819, durante la instalación del Congreso de angostura. Disponible en: www.cervantesvirtual.com

⁷ *Ibidem.*

⁸ NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón. *Historia social del Derecho y la Justicia*. Editorial Porrúa. México. 2007. p. 36.

*nacieron hipócritas: democráticos, pero solo a veces, libres pero no tanto*⁹.

2. DE LOS DERECHOS SOCIALES A LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

El historiador Thomas Marshall¹⁰ ha sostenido que los derechos civiles, sociales y políticos son componentes fundamentales del concepto moderno de ciudadanía y que ésta, a su vez, conlleva a la igualdad social dentro del proceso evolutivo de la sociedad que les permite a los individuos acceder a los derechos tanto civiles como políticos. Marshall ha definido como derechos civiles a los derechos necesarios para la libertad individual como la propiedad privada o la autonomía de negociación; como derechos políticos a los relativos a la participación en el poder político; y, como derechos sociales a los que tienen que ver con la seguridad, la educación y el bienestar económico.

La gran paradoja de Marshall se encuentra en la tendencia a la igualdad propia de un sistema democrático que busca la reivindicación de estos tres derechos, frente a la desigualdad que genera un sistema de mercado con tendencia capitalista, propia del S. XIX, que se orienta a la subordinación, minimiza los criterios de justicia social y afecta la protección de los derechos sociales. El capitalismo asegura la libertad y la individualidad pero establece una dependencia entre estos y los medios económicos que ejercen mayor respaldo en su sostenimiento.

La teoría propuesta por Marshall ofrece gran utilidad a la visión que se expone en el presente trabajo por cuanto se admite que la garantía de los derechos sociales, civiles y políticos, ha sido siempre selectiva, resultado de la correlación entre el aparato jurídico-político y el modelo económico en vigencia.

⁹ *Ibid.* p. 42.

¹⁰ MARSHALL, Thomas. El concepto de ciudadanía. En: ESPINOZA DE LOS MONTEROS, et al. *Ob. Cit.* p. xix.

En materia, este texto privilegia el derecho a la igualdad por considerar que de ella se desprende la posibilidad de acceder a los demás derechos que le permitan equipararse al resto de la sociedad en cuanto a los beneficios propios de una Estado liberal. En Colombia, la igualdad condicionó a la libertad, pero la libertad condicionó el acceso a la participación, la representación y el reconocimiento individual de quienes no eran “blancos” o “criollos”.

*“La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad así como por la honra se puede y debe aventurar la vida, y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres [...]”*¹¹.

De la libertad proclamada por Cervantes en su obra, a finales del siglo XVI, a la libertad conceptualizada y aplicada en América casi dos siglos después, se revelan elementos de carácter muy superior al sentido pragmático con el cual se le trató en el nuevo mundo.

Aquél “precioso don” por el cual se debe aventurar la propia vida, como le aconseja don Quijote a su escudero, tardó varios años en hacerse realidad en la Nueva Granada. Las primeras menciones formales acerca de la libertad como derecho se hicieron en las constituciones provinciales sancionadas con posterioridad al 20 de julio de 1810; en ellas se entendía como “*la facultad que el hombre tiene de hacer todo lo que no sea daño de tercero, o en perjuicio de la sociedad*”¹², y en mención constitucional fue claramente consignada en lo que tiene que ver con la libertad de

¹¹ DE CERVANTES SAAVEDRA, Miguel. *Don Quijote de la Mancha*. Parte II. Capítulo LVIII. Disponible en: books.google.com.co

¹² “Constitución de Antioquia, 1812. Artículo 2”. En: POMBO, Miguel Antonio, et al. *Constituciones de Colombia*. T.I. Biblioteca Banco Popular. Vol. 127. Bogotá. 1986.

expresión, la libertad de imprenta¹³, la libertad de autogobierno y soberanía¹⁴, la libertad para disfrutar de la propiedad privada, la libertad de participación o representación¹⁵, la libertad de comercio¹⁶; o la libertad económica¹⁷.

La libertad que alcanzó naturaleza constitucional y constituyó uno de los grandes logros de la independencia, estuvo mayormente referida a un tipo de libertad pragmática, más del orden inmediatamente necesario para la convivencia; sin embargo, la libertad como condición social fue objeto de prolongadas discusiones en las que mediaron intereses individuales especialmente de carácter económico, que de paso afectaría otro de los derechos conquistados como era el derecho a la propiedad privada:

“El liberalismo nace con ciertas premisas, libertad solo dentro de ciertos parámetros, obviamente, el económico: Laissez faire, laissez passer; en principio la libertad que se busca es la de las mercancías no la de los hombres, o si acaso la de estos como mercancías, es por eso que la esclavitud en principio no era una institución que se buscó eliminar, es más, solo mutó, cambió de nombre [...]”¹⁸.

3. LIBERTAD E IGUALDAD COMO PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Las primeras decisiones legales a favor de la libertad quedaron consignadas en las constituciones provinciales, pero sus primeras menciones fueron una adaptación de los

“Derechos del Hombre y del Ciudadano” expuestos en 1789.

La libertad entendida como el “*estado o condición de quien no es esclavo*”¹⁹ cobró relevancia a partir de la Ley de manumisión expedida el 20 de abril de 1814 en la provincia de Antioquia, pero dos años después, la libertad quedó sujeta a algunas determinaciones pertinentes para el momento político, a partir de entonces dependió de una y otra razón que buscó modificar, limitar o aplazar la libertad lograda; lo pragmático de la decisión fue sobrepuesto al espíritu social que se buscaba. En 1816, Bolívar dictó un decreto concediendo la libertad a los esclavos que se vincularan al ejército libertador llamando a todos los hombres que estuvieran entre los 14 y 60 años²⁰, para 1820 ratificó esta decisión cuando le escribió al general Santander:

“Pedirá Ud. a las provincias de Antioquia, Chocó y Popayán, 3000 esclavos a las dos primeras y 2000 a la última, que sean solteros todos, si es posible. Se les ofrecerá la libertad desde el momento que salgan de su país, y dos años después de haber entrado a servir, se les dará su licencia absoluta para que gocen de su plena libertad”²¹.

Con el Decreto de enero 11 de 1820, expedido por el Congreso Constituyente, se emprendieron los primeros proyectos sociales que complementaban el derecho a la libertad; se trataba de un efectivo trabajo de formación y educación que les permitiera la vinculación de los esclavizados al resto del colectivo social, para ello se dispuso:

“Promover activamente la primera civilización de los esclavos por medio de diversas instituciones, enseñando a leer y a escribir a los niños, dando a todos en general alguna idea de los saberes sociales,

¹³ NARIÑO, Antonio. “Pluris nubius”. En: *La Bagatela. Santa Fe*. Domingo 2 de diciembre de 1811.

¹⁴ Art. 1 de la Constitución de 1821. En: POMBO, Miguel Antonio, et al. Ob. Cit.

¹⁵ “Continúan las reflexiones sobre nuestro Estado”. En: *Argos de la Nueva Granada*. Santa fe, 29 de octubre de 1810. p. 28.

¹⁶ EL CONSTITUCIONAL. Bogotá, mayo 27 de 1821

¹⁷ *Argos de la Nueva Granada*. Santa fe, 8 de octubre de 1810. p. 18.

¹⁸ NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón. *Historia social del derecho y la justicia*. Editorial Porrúa. México. 2007. p. 35.

¹⁹ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Vigésima segunda edición. 2001.

²⁰ Crónica de Caracas No.17. Marzo-Abril de 1954.

²¹ “El General Bolívar llama a las armas a 5000 esclavos y les ofrece la libertad. 1820”. Disponible en: www.negrosyesclavos.archivogeneral.gov.co.

*inspirándoles amor al trabajo y a las virtudes públicas y haciendo depender de ellas mismas la más o menos pronta posesión de su libertad*²².

Por Ley del 21 de julio de 1821 el Congreso otorgó la libertad a los hijos de las esclavas que nacieran desde el día su publicación, e igualmente abolió el tráfico y comercio de los mismos, y ordenó, a los propietarios de esclavos, educar, vestir y alimentar a sus esclavizados durante los primeros diez y ocho años de su vida; a cambio, recibirían de estos su actividad física como aporte²³.

Las instrucciones sobre manumisión se fueron elaborando y precisando cada vez; sin embargo, no hubo ninguna transformación de fondo a lo ya convenido en 1821. Siguiendo lo indicado por la Ley, los primeros libertos en tiempos de la república alcanzarían este estado en el año de 1839, pero no se debe olvidar que en 1814 se había establecido la edad de diez y seis años para manumitirse, que tal garantía se mantenía en vigencia, y que dicho tiempo se cumpliría en 1830. En el Archivo General de la Nación reposan varios documentos en los cuales el Síndico General Protector de Esclavos²⁴, luego de 1821, iniciaba una acción judicial como apoderado

de un esclavizado que reclamaba su libertad en razón a lo logrado en la Ley de 1814²⁵; en documento similar se aprecia que, incluso la compra de la libertad de un esclavo a su amo no surtía efecto, siempre que éste se encontrara beneficiado por la Ley de manumisión:

*“El Procurador General, protector de esclavos intercede a favor de la liberta Matías quien solicita a su antigua ama, Joaquina Escudero, le devuelva el dinero con el que pagó por su libertad, por haber nacido bajo la ley de manumisión”*²⁶.

Las líneas arriba anotadas sobre cómo los intereses particulares determinaron la modificación de los contenidos de la Ley de manumisión y las implicaciones sobre el derecho a la libertad, se logran corroborar frente a decisiones como la tomada en el año de 1839 durante el gobierno de Presidente José Ignacio de Márquez, quien expidió una Ley para precisar lo dicho en 1821, llamada Ley de “aprendizaje”. En ella establecía como condición el cumplimiento del Artículo 2 de la Ley de 21 de julio de 1821 que demandaba la “enseñanza” que debían recibir los esclavos como previo requisito para entrar al goce pleno de la libertad. Como el tema de la educación no había quedado muy claro y ésta no fue distinta a una formación religiosa, el gobierno de Márquez estimó que los esclavos estaban impreparados para vincularse provechosamente a la sociedad y que su condición de sujeción debía prolongarse por siete años más, o sea hasta los veinticinco. La Ley de Aprendizaje retrazó la manumisión por siete años, pero es preciso recordar que el Presidente Márquez había llegado al poder como miembro del

²² Decreto 22 de enero de 1820. Artículo 3. Disponible en: www.negrosyesclavos.archivogeneral.gov.co.

²³ Disponible en: www.negrosyesclavos.archivogeneral.gov.co.

²⁴ La figura del Síndico Procurador Defensor de Esclavos no corresponde a la república, tiempos antes es mencionada en un documento real conocido como el “Código Negro”, expedido por Carlos III en el año de 1789, y adaptado del Código Francés de 1685. El documento establece la educación, el trato y ocupación que se le debía dar a los esclavos negros en las Indias, para lograr una relación más humanitaria y que evitara el cimarronismo. Señala como tarea del Procurador Síndico, en su calidad de Protector de Esclavos, la indicación de la cantidad y cualidad de los alimentos y vestuario que se les proporcionaba a los esclavos por sus amos; la participación en la formación y determinación en el proceso de imposición de penas a los esclavos delincuentes; la visita y reconocimiento del estado en que se encontraban los esclavos en las diferentes haciendas, además de la presentación del

informe respectivo. En: “Código Negro”. Disponible en: www.negrosyesclavos.archivogeneral.gov.co.

²⁵ ARCHIVO HISTÓRICO DE ANTIOQUIA (AHA). Índice 1739. No. de orden 00404. Fondo: Colonia. Grupo: Negros y Esclavos. Serie: Documentos Históricos. Volumen: 4. Legajo: 38. Antioquia, 1824.

²⁶ AHA. Índice 1741. No. orden 00406. Fondo: Colonia. Grupo: Negros y esclavos. Sección: Antioquia. Serie: Documentos Históricos. Volumen 8. Legajo: 38. Folios: 525-532.

partido conservador que se empeñaba a todas luces en proteger el sistema económico fundado en la agricultura, la minería y por supuesto, en la mano de obra esclava.

Las diferentes disposiciones jurídicas que versaron sobre libertad de esclavos no tuvieron la fuerza suficiente para provocar reacciones sociales igualmente propicias a este fin. La añeja cultura de la alteridad vista como “pecaminosa” e “indecente” y promulgada por la iglesia y la sociedad “blanca”, señalaron un camino bastante definido que complicó la unidad nacional y por el contrario produjo el rechazo para aceptar la heterogeneidad a que daba lugar la coexistencia de diversos sectores sociales; de ahí que la política de inserción tendiera a una proceso “asimilacionista” donde el negro y el indio debían “aprender” la cultura de los blancos y ser como ellos para acceder al reconocimiento bajo una condición de igualdad que exigía la homogeneidad como categoría para su inclusión. Una de las partes que reaccionó con mayor prontitud y rechazo fue la de los esclavistas quienes no concebían que su antiguo esclavo -sujeto y objeto de su dominación- fuera ahora su igual, con la misma participación, y con un nivel de garantías y beneficios compartidos en equidad. Acerca de esta manifestación de resistencia el Senador Joaquín Mosquera, un reconocido miembro de la política y proveniente de una distinguida familia payanesa que soportaba su riqueza en la minería y por ende en la explotación de la mano de obra esclava, confirmaba que los efectos de una norma liberal no eran óbice para transformar las medievales convicciones sociales: La libertad es un estado, al igual que lo es la esclavitud. La libertad natural puede obtenerse sin estar en condición de acceder a la libertad social. En este caso, aunque se les dé el nombre de libres son de hecho esclavos. “[...] Para gozar la libertad social, entonces, no basta con un acto legislativo que los emancipe de la potestad de sus amos. [...]”²⁷.

²⁷ MOSQUERA, J. 1825. Memoria sobre la necesidad de reformar la ley del Congreso Constituyente de Colombia de 21 de julio de 1821, que sanciona la

Mosquera, hablando como un poderoso propietario, rechazó la Ley de vientres por considerarla adversa al derecho a la “propiedad privada”: “*Es un deber de la nación proteger por leyes sabias y equitativas la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad de todos los colombianos*”²⁸, y aún cuando reconoció el esfuerzo de un gobierno libre no encontró razón para conceder la libertad a quienes él denominó como la “polilla de la sociedad”²⁹, por cuanto entendió esta determinación como amenazante a las buenas y sanas costumbres de los hombres virtuosos de su tiempo. La propiedad privada junto con la libertad, la igualdad y la seguridad, fue uno de los primeros derechos civiles que protegió la constitución, entendiendo que los directamente implicados eran buenos ciudadanos que le aportaban sus impuestos al Estado.

3.1 Determinantes y limitantes a la puesta en marcha de los derechos

La declaración de libertad a los esclavos en Colombia fue una determinación rodeada de sectores a favor y en contra. Podría pensarse que los primeros beneficiados con la medida serían los mismos esclavos; sin embargo, en razón a las inexistentes políticas sociales que despejaron el camino para el desarrollo social que esta decisión demandaba resultaron mayormente beneficiados los propietarios y el mismo Estado.

libertad de los partos, manumisión y abolición del tráfico de esclavos y bases que podrían adoptarse para la reforma. Impreso por F. M. Stokes. Bogotá. [Localización: Archivo General de la Nación. Sección: Academia Colombiana de Historia. Colección de documentos varios. Caja 5, Carpeta 7]. En: RESTREPO, Eduardo. *Argumentos abolicionistas en Colombia*. História Unisinos no. 3. Vol. 10. Setembro/ dezembro de 2006. p. 303. Disponible en: www.ramwan.net

²⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1821. Artículo 3. Disponible en: www.cervantesvirtual.com

²⁹ MOSQUERA, J. 1825. Ob. Cit. p. 304.

Cuando Don José Félix de Restrepo³⁰ pronunció su discurso en Cúcuta, en el año de 1821, reservó un apartado específico a los esclavistas, en el les señalaba un horizonte económico próximo a las políticas del gobierno, y cómo éste les sería aún más benéfico a sus intereses particulares:

*“Los economistas políticos calculan que el trabajo de un hombre robusto basta para mantener diez personas. Del mismo modo se puede conjeturar que un esclavo, que en su estado de tal trabaja como uno para su amo, siendo libre trabajará para sí, a lo menos como cinco. Por consiguiente, en el momento en que demos libertad a diez mil esclavos, aumentamos a la República cincuenta mil manos laboriosas [...] Como carecen de tierras y herramientas las arriendan o compran a sus amos, y sirven en calidad de jornaleros por salarios moderados [...]”*³¹.

Con un lenguaje moderno y liberal, Restrepo se refiere a la importancia y beneficio de la adopción de un sistema capitalista en el que el papel del propietario se funde en un “salario” y pueda recibir y exigir a cambio mayor y mejor producción, con menores inversiones en cuanto a cuidados y sostenimiento económico. Siguiendo la referencia de Restrepo a los propietarios de esclavos, más adelante precisa:

“[...] ya tenemos el costo anual de un esclavo en ochenta pesos. A precios más cómodos se encuentran en todas partes sirvientes libres. [...] Al hombre libre sólo se le ocupa en tiempo de arar, sembrar y cosechar; se le despide cuando no es útil, y nada se pierde en su muerte. [...] Sea pues que consultemos la razón o la experiencia, es imaginario el recelo de que faltando los esclavos

*no tendremos quien cultive la tierra y nos sirva en los ministerios domésticos”*³².

La positiva publicidad que Restrepo hacía a la adopción de un nuevo modelo económico guardaba directa relación con la necesidad política que tenía Colombia de recibir el reconocimiento y la validación de la comunidad internacional, donde el esclavismo y el feudalismo habían quedado atrás ya muchos años, y todo marchaba por la senda del capitalismo. En el año de 1823 del gobierno de Colombia recibió la visita del comisionado británico J. P. Hamilton, encargado de reportar a la Corona el estado en el cual se encontraba la república para hacer efectiva o no la vinculación de capitales ingleses a la economía:

*“Debo informar a la Cámara que el Estado de Colombia ha hecho una ley para la extinción gradual de la esclavitud en todo su territorio; aquí no puedo menos que dirigirme al noble Conde que se halla al frente (el Secretario de Estado para las Colonias) y preguntarle ¿si un gobierno que ha hecho esto, no ha llevado al cabo una empresa hartamente difícil? Se han tomado medidas para dar a los esclavos regularmente su libertad; se ha establecido un impuesto para llevar a efecto su manumisión, y todos los hijos de las esclavas deben nacer libres. Es también debido al gobierno de Colombia el añadir, que esta gran medida se ha ejecutado de un modo satisfactorio tanto a los amos como a los esclavos. Se tuvo cuidado de asegurar a todas las partes una compensación por su pérdida. Tal estado de cosas no puede menos de ser satisfactorio a sus señorías”*³³.

Con el informe de Hamilton se buscaba que los pactos de cooperación económica y comercial que los ingleses emprendieran con Colombia fueran efectivamente seguros y rentables. En la discusión que sobre el tema se llevó a cabo en

³⁰ Jurista antioqueño que trabajó al lado de don Juan del Corral para proponer la Ley de Libertad de Partos. Restrepo se constituyó en la primera voz oficial a favor del fin de la esclavitud, sus propuestas acompañaron la historia jurídica de Colombia en esta materia, hasta la decisión final en 1851.

³¹ Félix de Restrepo, en su discurso presentado a los legisladores durante el Congreso de Cúcuta en 1821. Disponible en: www.utchvirtual.net

³² *Ibidem.*

³³ En: CÁMARA DE LOS LORES. Londres, marzo 13 de 1824. Gaceta de Colombia No. 138. Bogotá, domingo 6 de junio de 1824. Intervención del Marqués de Lansdown.

el Parlamento Británico, en la sesión del 3 de julio de 1823, ante la Cámara de los Comunes, Mr. Marryat se refirió a las ventajas de esta decisión:

“que el reconocimiento de la independencia de los Estados de la América del Sur por la Gran Bretaña daría un grande estímulo e incremento al comercio británico y que sostendría cualquiera moción que se hiciese con este objeto”³⁴.

Otro aspecto significativamente validado por los ingleses tuvo que ver con el gobierno y el sistema político adoptado. Lo que podría tratarse aquí como una decisión exclusionista en materia de derechos políticos fue motivo de felicitación y reconocimiento por los lores, es decir, la limitación del derecho a la elección y participación política aseguraba la concentración del poder en manos preparadas lo que redundaba en firmeza y estabilidad para el gobierno:

“Cuando yo examino la constitución de Colombia hallo que contiene dos principios que sus señorías (los lores) no podrán menos que aprobar, a saber el dar influencia a la propiedad, y el asegurar los medios de educación. Las elecciones son conducidas de tal modo que impiden los males que nacen de una multitud de sufragantes sin propiedad. Cierta calificación de propiedad es también necesaria para dar el derecho de votar por los electores, y otra mayor para los electores que eligen a los representantes”³⁵.

Tanto las razones expuestas por Restrepo como las conclusiones presentadas por el comisionado británico James Hamilton, refieren que la manumisión de los esclavos fue una medida altamente benéfica y aprovechable para los propietarios de esclavos y para el Estado, queda por argumentar lo poco pertinente y positivo

que resultó para los actores principales del tema, los esclavos. Ciertamente, un acto legislativo no transforma de manera inmediata los comportamientos y las consideraciones de la sociedad, de hecho provocan reacciones inmediatas con implicaciones a corto y mediano plazo; este enunciado llevado al periodo de estudio establece que en efecto el panorama social no fue favorable a los esclavos. Existe una descripción realizada por Fray Gervasio García en el año de 1852 y lo que evidencia es el estado deprimente y deplorable en que aún permanecen no solo los esclavos sino también los libertos, a falta de políticas claras y definidas que enrumbaran el futuro de estos nuevos miembros de la sociedad:

“La unión conyugal entre los esclavos, hubo tiempo en que no la quisieron considerar como matrimonio, como si Jesucristo los hubiera excluido de la participación de este sacramento; pero el humilde y desgraciado fruto de esos enlaces, si lo consideraban sus amos como cosas de su pertenencia, he aquí el modo de confundir a esos infelices con las mismas bestias: es un ser a quien se mira con desprecio, condenado perpetuamente al trabajo como un bruto, con quien se puede traficar, sin que le sea permitido levantar la voz para reclamar los justos derechos de la naturaleza; es un infeliz que sin saber cómo ni por qué está abrumado bajo el enorme peso de una maldición lanzada por la sociedad; es un racional continuamente expuesto a la crueldad de su inhumano dueño, el que quizá convertido en su verdugo, le azota con mano de bronce y lo sepulta en una prisión, para que allí se consuma al rigor del hambre, de la sed y de la desnudez. Ved aquí lo que es un esclavo, y esto sin meter mano en multitud de iniquidades ocultas que solo Dios lo sabe”³⁶.

³⁴ Gaceta de Colombia No. 107. Bogotá, domingo 2 de noviembre de 1823

³⁵ En: CÁMARA DE LOS LORES. Londres, marzo 13 de 1824. Ob. Cit.

³⁶ GARCÍA, Fray J. 1852. Discurso que en acción de gracias por la completa libertad de esclavos en el territorio de la república de la Nueva Granda pronunció el R. P. Frai Jervasio García el 1º. de enero de 1852 en la villa de Zipaquirá. Imprenta de Torre Amaya por Carlos López. Bogotá. [localizado en la Biblioteca Nacional de Colombia. Fondo Antiguo, F. Vergara y Velasco, No. 13. p. 17.]

El rechazo a la condición de esclavos y su propia alteridad racial y étnica impidieron en la población la observancia de la libertad como una decisión humanamente pertinente y propia de un Estado liberal. Cuatro años después de expedida la Ley de Partos, en 1821, el Senador Joaquín Mosquera³⁷ hizo pública su posición en contra de la decisión de liberar a los esclavos por considerarla un atentado contra la paz y la seguridad de los “ciudadanos de bien”:

*“A mi me parece, que una multitud de tigres furiosos sueltos de la cadena, no harían tanto mal, como poner en ejercicio de sus fuerzas a estos hombres inmorales, sin honor, sin esperanza, sin temor. La nación se encontraría en el estado de anarquía salvaje, y tal vez sin medios para evitar los males que serían consiguientes al desenfreno de las pasiones brutales de estos monstruos, que celebrarían con horrible algazara su triunfo, sobre las ruinas de la libertad, y de la civilización”*³⁸.

4. LOGROS CIVILES Y LOGROS POLÍTICOS

Se conoce como “manumisión” al derecho que tuvieron los esclavizados en Colombia para recibir su libertad social y con ello su condición de autonomía; sin embargo, la manumisión tuvo varias limitantes, entre las que se encuentra el acceder a la libertad sin implicar la igualdad frente a sus libertadores, el formar parte de una nación sin acceder a la totalidad de sus derechos, por ejemplo, los políticos. Como ejercicio legal, la manumisión empezó a ser un derecho de naturaleza constitucional en el año de 1814 con la constitución de Antioquia, pero, evidentemente, durante la colonia se dieron varias resoluciones de “manumisión” guardándose su condición de particular y privada, es

³⁷ La Familia Mosquera constituye un excelente ejemplo para mostrar la relación entre el carácter esclavista y político de los legisladores nacionales: durante el siglo XIX.

³⁸ MOSQUERA, J. 1825. Ob. Cit.

decir, correspondiente a una juicio autónomo, individual y esporádico del amo que la otorgaba, bajo situaciones de reconocimiento a los servicios prestados, a la edad, a la enfermedad, o en poquísimas ocasiones a la compra de la libertad por parte de los esclavizados³⁹.

Pese a las buenas intenciones, la manumisión no fue la solución a los problemas sociales de la república, como tampoco fue el estandarte de la libertad porque como medida jurídica estuvo sujeta a una serie de condiciones que limitaban las transformaciones a que apuntaba, también, porque esta determinación no tradujo proyectos políticos que la complementaran en su buen desarrollo, fue imprecisa y corta en contenido, y esa imprecisión terminó siendo una amenaza para buscar siempre la prolongación de la sujeción, bajo una esperanza de libertad que cada vez se hacía más lejana; por otra parte, el desempleo y la delincuencia no eran debidamente atacadas por los gobernantes pero sí se consideraba a los esclavos, libertos e indígenas como los protagonistas de estas acciones “pecaminosas” y “delincuenciales”⁴⁰.

Haciendo parte del tratamiento pragmático y generalizado que se le trató de dar a algunos

³⁹ En un importante documento que data del año 1803, se le concede la libertad a Hilario Franco, esclavo de Jacinta Monsalve, vecina del Valle de Ossos, la libertad es motivada por el Procurador General en razón a su avanzada edad y enfermedades. En: AHA. Índice: 1584 No. Orden: 00249 Fondo: Colonia Grupo: Negros y esclavos Sección: Antioquia Serie: Documentos Históricos Volumen: 4 Legajo: 34. Antioquia, 1803.

Juan Bautista Castro, presbítero, natural de Sevilla (España), otorgó libertad a sus esclavos Laura María Biáfara, a su hija Lucía y a Juan, hijo de la última, según voluntad testamentaria. En: AHA. Índice: 4 No. Orden: 0005 Fondo: Colonia Grupo: Negros y esclavos Sección: Antioquia Serie: Documentos Históricos Volumen: 1 Legajo: 1 Folios: 125 – 158. Antioquia, 1656.

⁴⁰ Ver: HEERS, Jacques. *Esclavos y sirvientes en las sociedades mediterráneas durante la Edad Media*. Ediciones Alfonso el Magnánim. Valencia. 1989.

derechos se puede afirmar que estas condiciones tuvieron una razón de conveniencia e inconveniencia según su grado de pertinencia. Por ejemplo, el derecho a la igualdad era en absoluto necesario y obligatorio cuando se trataba de participar en el ejército que protegería a la república de cualquier amenaza externa:

*“todo ciudadano es soldado nato de la patria mientras que sea capaz de llevar las armas, sin distinción de clase, estado o condición [...]”*⁴¹.

Ahora bien, el derecho a la igualdad traía consigo una serie de beneficios dado que la tendencia era hacer de los colombianos una nación homogénea. La idea de igualdad como asimilación fue un requisito para conceder las mercedes que el nuevo Estado liberal había fijado para los libertos; de hecho, así lo estableció la Ley de 3 de agosto de 1824, en su Artículo 4º:

*“de las tierras baldías que pertenecen a la República, distribuirá las fanegadas proporcionadas a cada una de las tribus indígenas gentiles que quieran abandonar su vida errante y se reduzcan a formas parroquiales, regidas y gobernadas en los términos está dispuesta para las demás de la República” y que “conforme a la Ley, hará que se provea de párrocos, sean seculares o regulares [...]”*⁴².

La “civilización” como meta social equivalía a la superación del atraso y la miseria propia de los libertos; ella implicaba una condición de “blanqueamiento”, es decir, la negación de su naturaleza humana y cultural, sólo así podían alcanzar la plenitud de los beneficios de un ciudadano activo, como los había llamado el

Libertador⁴³. A falta de reconocimiento a la igualdad se les negó a los libertos el derecho político a la participación y a la representación, esto es, el impedimento a presentar desde sus propios intereses y conveniencias, planes y proyectos a su favor y lograr vincularlos a las tempranas agendas del Estado. Una curiosa situación fue que en Colombia se promulgó la libertad, se luchó por la libertad, se estableció constitucionalmente la libertad, pero no todos fueron libres; en palabras de Narváez Hernández “*modernidad hipócrita de los Estados liberales*”⁴⁴. La Constitución de Cundinamarca –sancionada el 30 de marzo de 1812- establece un sistema excluyente frente al tema de los derechos políticos y electorales:

*“para ser miembro de la representación nacional se requiere indispensablemente ser hombre de 25 años cumplidos, dueño de su libertad, que no tenga actualmente empeñada su persona por precio. [...] Ni serán admitidos en ellas [...] los vagos, ni los que hayan sufrido pena infamatoria, ni los que vivan a expensas de otros en calidad de sirvientes domésticos [...]”*⁴⁵.

Dos años antes a la sanción de la Constitución de Cundinamarca ya asomaban algunas contradicciones a las nuevas políticas democráticas, que finalmente no podían evitar llegar al mismo círculo de poder heredado de la colonia donde las minorías blancas negaban a las mayorías constituidas por negros, indios, mestizos, mulatos, etc. Así lo advirtió el Argos de la Nueva Granada para el año de 1810, enfatizando en el descontento por las medidas desvinculantes al acceso a la democracia generalizada y

⁴¹ URIBE VARGAS, Diego. *Las Constituciones de Colombia, Volumen II*. Ediciones Cultura Hispánica. España. 1985.

⁴² Ley sobre los medios para civilizar a los indios salvajes. Agosto 3 de 1824. Artículos 1 y 3. En: LOPEZ DOMÍNGUEZ, Luis Horacio (Comp.). *La obra educativa de Santander 1819 – 1826*. Tomo I. Biblioteca de la presidencia de la República. Administración Virgilio Barco. Bogotá. 1990, p. 193.

⁴³ Discurso pronunciado por Simón Bolívar el 15 de febrero de 1819, durante la instalación del Congreso de angostura. Disponible en: www.cervantesvirtual.com

⁴⁴ NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón. Ob. Cit. p. 42.

⁴⁵ CONSTITUCIÓN DE CUNDINAMARCA DE 1812. Art. 14. Cap. IV. En: POMBO, Miguel Antonio, et al. Ob. Cit.

acentuando en la necesidad de un modelo de gobierno abierto y participativo:

“Si los americanos quieren dar al mundo un testimonio de rectitud y justificación deberán determinar, que hasta el año de 1816 todo vecino de conocida honradez por miserable y pobre que sea, pueda elegir sus representantes y ser él mismo elegible”⁴⁶.

En un tema tan trascendente como lo es el derecho político a la elección y a la representación, el historiador del derecho mexicano Javier Espinoza, incorpora un texto del diputado García Herreros, relacionado con el debate sobre la vinculación de los derechos a la constitución gaditana de 1812, y que no dista en nada de la decisión política adoptada en Colombia, incluso en 1821:

“Cualquiera que examine los derechos del hombre en sociedad no podrá menos de ver la inmensa distancia que hay entre los dos extremos propuestos, y que si bien todo ciudadano tiene derecho de ser protegido por las leyes, no todos son llamados al derecho de representación. La libertad civil, la propiedad de bienes, la seguridad personal, son derechos inseparables de todo ciudadano; pero ¿el entrar en la sociedad será bastante para elevarse al sublime cargo de legislador?”⁴⁷

Finalmente, otro de los destacados alcances que tuvo la lenta y excluyente Ley de Partos fue el acceso a la educación, descrito constitucionalmente como la posibilidad de entrar en un programa de instrucción pública y gratuita⁴⁸. Con las constituciones provinciales se ordenó la creación de escuelas de “primeras letras” y se

le encargó la tarea a los religiosos y religiosas, principalmente. Por la Ley de “aprendizaje” expedida en 1839 puede deducirse dos aspectos de este derecho a la educación: el primero que no fue de general servicio a la población y muy probablemente los aún esclavizados no tuvieron posibilidades inmediatas de tal beneficio; el segundo, que la educación fundada en conocimientos en doctrina cristiana, obligaciones y derechos del ciudadano, geometría, ciencias naturales, agricultura y artes, no preparaba con suficiencia a este nuevo sector de la población en materia de trabajo libre y remunerado como lo había planteado el señor Restrepo en su Ley de Vientres del año 1814.

Lo fundamental en la educación tanto para negros como para indios era la “civilización”, es decir el blanqueamiento cultural de estos dos grupos de actores, lo que se logró mediante la catequización y la conversión que impulsó la iglesia católica, la preparación en ciencias y artes no resultaba pertinente por cuanto el aprovechamiento que de ellos se esperaba estaba en el trabajo agrícola e industrial que se avecinaba. Como un caso excepcional la Gaceta de Colombia, número 121, registra una beca otorgada por el Presidente Francisco de Paula Santander, en el año 1824, a “*Blas Torres, indígena descendiente de los caciques de Mamatoco, provincia de Santa Marta [...] en el Colegio Mayor del Rosario de esta capital, habiendo sido su padrino el excelentísimo señor vicepresidente de la República*”⁴⁹. Todo lo relativo a la educación de los indígenas fue entregada oficialmente a la Iglesia⁵⁰ bajo la denominación de “civilización”

⁴⁶ Continúa las reflexiones sobre nuestro Estado. En: *Argos de la Nueva Granada*. Santa fe, 5 de noviembre de 1810. p. 37.

⁴⁷ ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier, et al. Ob. Cit. p. 87.

⁴⁸ CONSTITUCIÓN DEL SOCORRO. Artículo 6. CONSTITUCIÓN DE CUNDINAMARCA. Artículos 2 y 3. En: POMBO, Miguel Antonio, et al. Ob. Cit.

⁴⁹ LÓPEZ DOMINGUEZ, Luis Horacio (Comp.). Ob. Cit. p. 153.

⁵⁰ Como parte del proyecto educativo que lideró el General Santander durante su primer gobierno, en el año de 1821 expidió un decreto titulado “Los conventos se transforman en escuelas”, con el fin de “*promover la instrucción pública como uno de los medios más poderosos y seguros para consolidar la independencia*”. Los artículos 1 y 2 del decreto establecen la supresión de los conventos y su inmediata destinación para

y como parte de la actividad misionera de los religiosos, de hecho, el 1° de mayo de 1826, el mismo gobierno de Santander decretó la asignación anual de cien mil pesos para los gastos necesarios para esta labor⁵¹.

CONCLUSIÓN

Cuando terminó la independencia y se puso en pie la república, todas las promesas que se habían hecho acerca de la restauración de la dignidad humana de los neogranadinos debieron materializarse; los revolucionarios contenidos sociales expuestos en uno y otro discurso alcanzaron la prueba para su definitiva realización. Sin embargo, una vez autónomos, los miembros del gobierno debieron repensar todas las expresiones que lograron convocar las voluntades generales para enfilarse contra los españoles, y afloraron entonces una serie de situaciones que se mostraban poco propicias para el momento histórico. Los criollos americanos, herederos de los españoles, buscaron asegurarse como grupo de poder y las decisiones jurídicas que adoptaron estuvieron cercadas por intereses particulares tanto de tipo económico como político y social.

Establecida la república y con miras a la conformación de un cuerpo de nación, la constitución involucró una serie de derechos, tomados de los derechos del hombre y del ciudadano, cuyo fundamento liberal propendía por la protección de las libertades y las individualidades, pero con la tendencia a privilegiar aquellos que respondían de manera inmediata a las necesidades de su tiempo como la expresión, la propiedad, el ejercicio del comercio, la autonomía gubernativa, etc., de tal forma que la interpretación que se les daba dependía del interés y la pertinencia.

colegios, casas de educación y objetos de beneficencia pública. En: Archivo General de la Nación AGN. Sección: República Libros: Manuscritos Legajo: 20 Folios: 28-29.

⁵¹ Gaceta de Colombia No. 240. Bogotá. 1826.

La igualdad y la libertad, tan promulgadas desde la independencia, sufrieron el mismo tratamiento. Estos dos principios fundamentales y connaturales fueron mezquinamente entendidos y aplicados, con todo, de esta condición dependieron todos los demás derechos. Bajo la propuesta de manumisión se pretendió “elevar” a los esclavos a la par del resto de la sociedad, a la vez que las garantías constitucionales procuraron un carácter generalizador de sus disposiciones, pero en la práctica no fueron más que decisiones jurídicas de limitado impacto. La libertad de los naturales, interrumpida bruscamente por tres largos siglos de coloniaje, fue ahora un “permiso” para ser y para actuar; la igualdad un estado que debía alcanzarse mediante el sometimiento de la alteridad a la homogeneidad, en el caso concreto a la “aculturación”, al “blanqueamiento”.

Las denominadas minorías étnicas colombianas, conformadas originariamente por los indígenas y los negros africanos, quedaron inicialmente excluidas de la totalidad de los beneficios que tanto el liberalismo como la democracia habían establecido, la manumisión no logró ser la solución a los problemas sociales de su tiempo. Luego de tres décadas de repensar la posición de este sector de la población la influencia de los determinantes económicos y políticos fue superior, por lo que el acceso a los derechos civiles y políticos fue aplazado mientras la iglesia y el Estado les preparaban para su definitiva “inclusión”.

BIBLIOGRAFÍA

ARCHIVO HISTÓRICO DE ANTIOQUIA (AHA).

ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN (AGN).

Argos de la Nueva Granada. Santa fe, 29 de octubre de 1810.

Argos de la Nueva Granada. Santa fe, 8 de octubre de 1810.

Argos de la Nueva Granada. Santa fe, 5 de noviembre de 1810.

CÁMARA DE LOS LORES. Londres, marzo 13 de 1824. Gaceta de Colombia No. 138. Bogotá. domingo 6 de junio de 1824. Intervención del Marqués de Lansdown.

CASTRO, José Félix (Comp.). *El Memorial de Agravios*. Publicitaria. Bogotá. 1991.

“Código Negro”. Disponible en: www.negrosyesclavos.archivogeneral.gov.co.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1821. Artículo 3. Disponible en: www.cervantesvirtual.com

Crónica de Caracas No.17. Marzo-Abril de 1954.

DE CERVANTES SAAVEDRA, Miguel. *Don Quijote de la Mancha*. Parte II. Capítulo LVIII. Disponible en: books.google.com.co

DE RESTREPO, Félix. *Discurso presentado a los legisladores durante el Congreso de Cúcuta en 1821*. Disponible en: www.utchvirtual.net

Decreto 22 de enero de 1820. Artículo 3. Disponible en: www.negrosyesclavos.archivogeneral.gov.co.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Vigésima segunda edición. 2001.

Discurso pronunciado por Simón Bolívar el 15 de febrero de 1819, durante la instalación del Congreso de angostura. Disponible en: www.cervantesvirtual.com

EL CONSTITUCIONAL. Bogotá, mayo 27 de 1821.

“El General Bolívar llama a las armas a 5000 esclavos y les ofrece la libertad. 1820”. Disponible en: www.negrosyesclavos.archivogeneral.gov.co.

ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier, et al. *La noción de los Derechos en la historia del constitucionalismo mexicano*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. 2009.

Gaceta de Colombia No. 107. Bogotá, domingo 2 de noviembre de 1823.

Gaceta de Colombia No. 138. Bogotá, domingo 6 de junio de 1824.

Gaceta de Colombia No. 240. Bogotá. 1826.

GARCÍA, Fray J. 1852. Discurso que en acción de gracias por la completa libertad de esclavos en el territorio de la república de la Nueva Granada pronunció el R. P. Frai Jervasio García el 1º. de enero de 1852 en la villa de Zipaquirá. Imprenta de Torre Amaya por Carlos López. Bogotá. [Localizado en la Biblioteca Nacional de Colombia. Fondo Antiguo, F Vergara y Velasco, No. 13. p. 17.]

GARRIDO, Margarita. *Reclamos y representaciones: Variaciones sobre la política en la Nueva Granada. 1780 – 1815*. Banco de la República. Bogotá. 1993.

HEERS, Jacques. *Esclavos y sirvientes en las sociedades mediterráneas durante la Edad Media*. Ediciones Alfonso el Magnánim. Valencia. 1989.

LA BAGATELA. Santa Fe, Domingo 2 de diciembre de 1811.

LÓPEZ DOMÍNGUEZ, Luis Horacio (Comp.). *La obra educativa de Santander 1819 – 1826*. Tomo I. Biblioteca de la presidencia de la República. Administración Virgilio Barco. Bogotá. 1990.

MEJÍA QUINTANA, Oscar, et al. *Cultura y Democracia en América Latina. Elementos para una reinterpretación de la cultura y la historia latinoamericana*. M&T. Bogotá. 1992.

MOSQUERA, J. 1825. Memoria sobre la necesidad de reformar la ley del Congreso

Constituyente de Colombia de 21 de julio de 1821, que sanciona la libertad de los partos, manumisión y abolición del tráfico de esclavos y bases que podrían adoptarse para la reforma. Impreso por F. M. Stokes. Bogotá. [Localización: Archivo General de la Nación. Sección: Academia Colombiana de Historia. Colección de documentos varios. Caja 5, Carpeta 7]. Nariño, Antonio. "Pluris nubius". En: *La Bagatela. Santa Fe*. Domingo 2 de diciembre de 1811.

NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón. *Historia social del Derecho y la Justicia*. Editorial Porrúa. México. 2007.

POMBO, Miguel Antonio, et al. *Constituciones de Colombia*. T.I. Biblioteca Banco Popular. Vol. 127. Bogotá. 1986.

RESTREPO, Eduardo. *Argumentos abolicionistas en Colombia*. História Unisinos no. 3. Vol. 10. Setembro/dezembro de 2006. p. 303. Disponible en: www.ram-wan.net

URIBE VARGAS, Diego. *Las Constituciones de Colombia, Volumen II*. Ediciones Cultura Hispánica. España. 1985.

ALGUNOS APUNTES SOBRE LAS RAZONES DE LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO PENAL EN AMÉRICA LATINA

Pierre Gilles Bélanger*

Fecha de recepción: 19 de Octubre de 2010

Fecha de aceptación: 30 de Noviembre de 2010

Artículo de Reflexión.

Resumen

Actualmente en Latinoamérica, la mayor parte de los países han modificado sus códigos penales con el objeto de tener una mejor salud procesal. En esta transición, hace falta ayuda internacional real, apoyo, colaboración e intercambio de ideas, programas, experiencias, grupos de trabajo, capacitación a nivel bilateral y multilateral dirigida por expertos para los actores en el sistema penal y para la sociedad. Todos los países de Latinoamérica, han tenido éxitos y todos tienen fallas en las reformas procesales desarrolladas en materia penal. Parece

entonces oportuno, empezar el dialogo y la colaboración para contribuir a una mejor comprensión y edificación de los sistemas penales y su evolución. Para ello se requiere compartir las experiencias que han funcionado en otros países, adaptándolas al marco jurídico de cada contexto en particular. Por un lado, esto ayuda a mejorar la comprensión operacional del procedimiento penal y por otro lado, el respeto de las garantías jurídicas establecidas en las Cartas Magnas de cada país y por ende estabilidad institucional, seguridad y desarrollo económico para la sociedad.

Palabras clave

Reforma procesal, razones y limitaciones, códigos criminales, cooperación internacional, derechos fundamentales, desarrollo, estabilidad institucional, sistema acusatorio.

SOME NOTES ON THE REASONS FOR THE REFORM OF CRIMINAL PROCEDURE IN LATIN AMERICA

Abstract

With the objectives of having a healthier criminal law procedure, today in Latin America, most of the countries modified their criminal codes while others are doing it. In this transition, real international cooperation is needed; support, collaboration, sharing of experience and of best practices etc. That's without putting aside the importance of bilateral and multilateral training delivered by experts from all the fields related to this reform; from human rights to basic citizen involvements passing by the actors of the penal chain. In the development of criminal procedure reform all those countries had successes and all had failures. It seems adequate to start collaborating and have a true discussion to support a better understanding of the implementation of penal systems and building its future evolution. This exchange of knowledge and experiences has to be intelligently and

* El autor es miembro de la Barra de Abogados de Quebec. De 2000 a 2007 ha sido para Canadá el primer coordinador de un nuevo grupo de trabajo formado por expertos en las Américas sobre la cooperación jurídica en materia penal para la Organización de los Estados Americanos (OEA). En 2008, el Ministerio de Justicia de Canadá lo destacó al Centro de Estudios de la Justicia de las Américas (CEJA), situado en Santiago de Chile. Este Centro se especializa en reforma penal en las Américas. Actualmente el autor se encuentra en el Tecnológico de Monterrey, México, Campus Cuernavaca, donde está impartiendo dos cursos en la carrera de Relaciones Internacionales sobre América Latina, el Caribe y América del Norte. 2010 Certification - Tecnológico de Monterrey, Monterrey, México - Reforma Penal; 1995 M.A. Master in Political Thought - Philosophy of Law, University of Ottawa, Thesis: A critique of the Canadian judicial system; 1989 Québec Bar School; 1989 LL.L. - University of Ottawa; 1985 B.S.Sc. Honours Political Science - University of Ottawa; 1983 B.A. in Psychology - University of Ottawa. El autor agradece la colaboración de Raúl R. Llorente Abogado en México y L.L.B. en Canadá. pbelange@justice.gc.ca

respectfully given and also be received to see what is working elsewhere; adapting them to each particular judicial reality and context, or, be aware of them in order to choose its own ideal solution. On one hand that assistance helps to improve the understanding of the operations of the penal procedure and on the other hand helps to understand the importance of respecting to basic but fundamental legal rights as established in all constitutions of each countries and hence to create institutional stability and confidence for the citizens. Therefore the citizen may see its advantage in security, economic growth both for him and the country and more over to see the advantages of this new penal law system being at the front line of a stronger democracy.

Key words

Procedural reform, limits and reasons, penal codes, criminal codes, international cooperation, fundamental rights, legal development, institutional stability, accusatorial system

INTRODUCCIÓN

Destaquemos que en los países latinoamericanos que están en transición hacia el sistema jurídico-penal acusatorio y que adoptan un nuevo derecho, para ellos y en algunos casos similares al que existe en mi país, Canadá, se presenta una inmensa potencialidad de intercambios mutuos. Por una parte, la cuestión del respeto de los derechos de la persona y por otro, la edificación de herramientas básicas con el fin de aplicar en forma adecuada la nueva concepción del sistema y por lo tanto de las normas y garantías que pretende desarrollar. Desde la perspectiva propuesta en el presente documento, se toma el modelo comparativo-analítico de investigación y se examina el caso de México, país que por ejemplo, hizo enormes esfuerzos recientes, lo que incluye modificaciones constitucionales en 2008, incluyendo precisamente, la instauración de un sistema que

se orienta hacia un sistema jurídico penal acusatorio. Todo ello sin perjuicio de los procesos que en Latinoamérica ya han sido adelantados y que tienen mayor experiencia en su consolidación, como es el caso de Chile, Colombia, Argentina, Bolivia, Nicaragua, etc.

De todas formas, es claro que el sistema acusatorio plantea problemas prácticos. Aunque sea lógico que una nueva estructura jurídica institucional tenga lugar de manera lenta y gradual, la formación permanece y es un reto importante en todos los niveles tanto en los jueces, los abogados, la sociedad civil como en todos los participantes del sistema jurídico penal. Esto es una combinación de factores que limita un desarrollo rápido de la aplicación de este nuevo sistema.

En México se dice que todo está listo para este cambio y hay mucho interés, tanto de las autoridades como de la sociedad civil para que esta transición tenga lugar cuanto antes. Estos intereses van incluso más allá de las fronteras mexicanas y en este capítulo, el Congreso de los Estados Unidos con la iniciativa de Mérida aprobó más de 1.6 miles millones de dólares para ayudar a dicho país en esta transición.

Sin embargo, debido a varias circunstancias solamente el 10% de este presupuesto se ha suministrado y se ha gastado hasta la fecha. Una de las razones principales es el reto que coloca el respeto de los derechos de la persona en México y sobre todo, la guerra a los narco traficantes que plantea nuevos fenómenos y retos frente a estos cambios judiciales. Se trata de un ejemplo donde enormes proyectos podrían realizarse. En realidad, la iniciativa de Mérida tiene cuatro piedras angulares. Dos de ellas consisten en la institucionalización de las reformas judiciales y las garantías individuales en el sistema de justicia con miras a su desarrollo y control social para preservar la seguridad y paz ciudadana en general.

Finalmente, esta mirada a las reformas procesales que se realiza desde la perspectiva de México, plantea como los mecanismos judiciales en el sistema acusatorio deben hacerse en cumplimiento del tamaño de cada país. En este caso, en México se observa que es un gran país y el apoyo que requiere debe hacerse en cumplimiento de sus instituciones. De igual forma, se necesita la cooperación internacional pues la misma debe hacerse solamente, en un contexto de tejido de vínculos sociales, de apoyos sinceros y reales en ámbitos concretos de formación y de apoyo en las mejores prácticas judiciales.

Así mismo, el presente documento recoge la experiencia de Chile a través del Centro de Justicia para las Américas (CEJA), en donde se realizó una evaluación del sistema policial de investigación. De igual forma se recoge la experiencia analizada en visitas realizadas por Canadá a sistemas judiciales de países como Perú, Bolivia, Argentina, República Dominicana y Haití.

Entrando en materia, de manera general, la idea que se tiene de Latinoamérica corresponde más a su pasado. Un pasado glorioso y rico en cultura y una situación política difícil, a veces ligada a la corrupción y a la concentración del poder en las manos de una o varias personas. Desde el principio del siglo XIX, Simón Bolívar se da cuenta de que al conseguir su independencia, todos estos Estados se quedan en una posición vulnerable. Él decía que pequeños tiranos se apropiaban de la madre patria, convirtiéndose arbitrariamente en dictadores, a escala local o nacional¹.

En calidad de ejemplos, podemos citar al argentino José Mármol, quien durante casi veinticinco años, ejerció un poder absoluto y logró ser el principal dirigente de la Confederación Argentina de 1835 a 1852; al mexicano Porfirio

Díaz, de 1876 a 1911; al guatemalteco Estrada Cabrera, de 1898 a 1920; y al cubano Machado, de 1924 a 1933. Todos ellos representaron, ni más ni menos, en esas épocas, la continuación de la explotación por los blancos o los mestizos hacia las poblaciones indígenas. Sin embargo, no es sino hasta después de la Segunda Guerra Mundial que aparecen nuevas dictaduras en Latinoamérica. La proximidad, por no decir injerencia de Estados Unidos hacia Cuba en 1959, trae como consecuencia la Revolución Cubana, ejerciendo también una influencia sobre la evolución política de la región².

Entre las últimas manifestaciones de las más violentas dictaduras tenemos la desaparición de 30,000 personas en Argentina, 4,000 en Chile y cerca de un millar en Brasil. A continuación, siguieron crisis económicas importantes las cuales, a veces de un día para otro, confrontaban a los ciudadanos con la inaccesibilidad a sus propias divisas. Y que decir de los 100.000 muertos en guerras civiles de América central. Recientemente desde los años 40, pasadas las guerras entre traficantes de drogas se crea inestabilidad institucional, particularmente en Colombia con sus 30.000 desaparecidos, “*todas son víctimas de grupos armados y las autoridades están buscando sus restos*”³.

¹ Ver: CONNIFF, M. *Populism in Latin America*. University of Alabama Press. Alabama. 1999.

² Por ejemplo, decía Cordell Hull, Secretario de Estado norteamericano entre los años 1933 y 1944, del dictador de la República Dominicana, Rafael Trujillo: “*Quizá sea un hijo de puta, pero es nuestro hijo de puta*”, quien dominó el país de 1930 hasta su asesinato en 1961, y la lista continúa. Ver: LYNCH, D. J., et al. *Caudillos in Spanish America, 1800-1850*. Oxford University Press. Oxford. 1992, y THIBAUD, C. *Caudillos et pronunciamientos en Colombie*. Genèses 61. París. 2006.

³ Así lo reveló el director de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía, Luis González, quien afirmó que desde 1988 hasta 2003 se registró la mayoría de los casos. Diariocrítico – EFE. 20 de Noviembre de 2009. Bogotá. Disponible en: <http://www.diariocritico.com/colombia/2009/Octubre/noticias/178685/colombia-tiene-mas-de-27-mil-desaparecidos.html>

No podemos decir que no es un contexto particular, pues lentamente la llegada de los derechos humanos parece diluir las dictaduras trayendo un bálsamo sobre las cicatrices de América Latina⁴ que vive desde los años ochenta y más activamente desde el año 2000, un profundo cambio democrático; los países de Latinoamérica se incorporan, poco a poco, en una reforma jurídica sin par. Este compromiso no parecía ser el primer punto en la lista de prioridades de la época post dictatorial. A pesar de todo, América Latina ha considerado que la democracia se impondría y tendría que pasar también por una reforma del aparato jurídico⁵.

El presidente Frei, segundo mandatario chileno de la post dictadura, dirigió un importante discurso al Congreso de la República de Chile, en Valparaíso en 1998, respecto a la reforma jurídica:

“Mientras el sistema de administración de justicia en Chile fue diseñado y constituido, en lo fundamental, hacia mediados del siglo XIX, permaneciendo desde entonces sin cambio alguno, la sociedad chilena se ha transformado en un

*sentido económico y político... El cambio político más importante en Chile ha sido, a su turno, la consolidación del modelo democrático, el que a su vez exige el respeto a los derechos humanos como un principio fundamental de legitimidad... Ambos fenómenos plantean crecientes exigencias al sistema de administración de justicia, que hacen necesaria su modernización, sobre lo cual se ha decantado un importante consenso en el país... Los cambios políticos, a su turno, exigen una justicia accesible, imparcial, igualitaria y que maximice las garantías. La necesidad de prevenir la corrupción supone, a la vez, una activa participación de los ciudadanos en el control del poder y ello aumenta la necesidad de contar con un Poder Judicial eficiente e independiente”.*⁶

Veremos más adelante, que cada uno de los países llevará a cabo esta reforma a su manera. Sin embargo, queda en el espíritu de los países latinos un pasado doloroso, un pasado que deja huellas de sangre, vidas, dolor e injusticia, en la cual, el sistema judicial está ligado a este pasado de corrupción, inequidad y terror, relacionado a veces con el Estado y su incapacidad de apego a las normas jurídicas, lo que incluye las cartas magnas y sus derechos humanos. Esto cuestiona de nuevo, sobre todo entre la población, la credibilidad de los cambios de reforma y suscita también ciertas dudas en relación a su éxito.

Ese pasado doloroso, justifica también para muchos, la urgencia del cambio y el sentimiento de ser forzado por presiones del exterior. No podemos olvidar, el fin de los años setenta y el principio de los ochenta, época en que las cuestiones ligadas a los derechos humanos eran debatidas, negociadas, firmadas y ratificadas. Así mismo, fue una época en la que se adoptaron los principios de democracia –que

⁴ Se utiliza el término América Latina en referencia a los países de Common Law de América del Norte, incluyendo en éstos el territorio de Québec. Punto interesante: se conoce poco sobre el origen del término América Latina. El director del Instituto Francés de Estudios Andinos en Lima, entre 1985 y 1989, Yves Saint-Geours, afirmaba en la edición especial sobre América Latina (322, julio-agosto 2007) de la revista europea *l'Histoire* que este término apareció en las riberas del Sena en 1856 en la corte de Napoleón III para definir a las naciones “latinas”, entonces católicas y que usaban lenguas derivadas del latín, frente a la potencia del mundo protestante y anglosajón, en particular, a los Estados Unidos en pleno surgimiento. Por otra parte, en prácticamente todas las reuniones que organiza España con los países latinoamericanos se usa muy poco este término, ya que prefieren conservar su huella con los términos Iberoamérica ó Hispanoamérica.

⁵ México, de manera excepcional, apenas empieza con su reforma penal. Uruguay también propuso muy recientemente (julio 2009) un proyecto de reforma penal, así como Panamá.

⁶ Ver: Revista de Derecho de Valdivia. V. 10 Agosto 1999. ‘Mensaje de SE El Presidente de la República, Don Eduardo Frei Ruiz-Tagle, con que inicia un proyecto de Ley que establece un nuevo código de procedimiento penal’. Boletín N° 1630-07.

muy a menudo van unidos al acceso a las economías mundiales⁷. Fue claro entonces que América Latina quería liberarse y tenía que democratizarse.

Por tanto, fue decidido atacar lo más inmediato, es decir, el procedimiento criminal que permite juzgar el crimen, corregir la impunidad y ofrecer un clima de seguridad para los ciudadanos; también es un medio de imponer el estado de derecho, controlando de antemano la acción de sus instituciones.

En 1997, Luigi Einaudi⁸, ex secretario adjunto de la OEA e importante diplomático del hemisferio, hablaba del retorno del péndulo histórico de América Latina donde alternaron las democracias nacientes con las dictaduras y que hoy, aunque frágiles todavía, dan el gran paso para instaurar la democracia.

A partir de los años ochenta, la gran mayoría de los países latinoamericanos inician una modificación de su sistema penal, pasa de un sistema inquisitivo a otro más acusatorio, y algunos dejan un sistema mixto⁹.

Los sistemas inquisitivos variaban considerablemente de un país a otro, y fueron heredados principalmente del pasado, colonial-español y adoptados en el siglo XIX al independizarse, cada país insertando procedimientos adaptados a su propio contexto.

La idea de la reforma se sitúa, en opinión de muchos, en la búsqueda de la eficiencia y de los derechos humanos. Las cárceles estaban llenas, los costos eran muy elevados y los países empezaron a abrir sus puertas al nuevo derecho internacional de los derechos humanos¹⁰.

necesario para la consolidación de la democracia... el abandono de la reforma del estado y la búsqueda del buen gobierno". En: Domingo, Pilar. "Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent Trends in Latin America". En: *In Democratization*. Pub. Routledge. Number 1. Vol. Feb. 2004. p. 105. Varios otros estudios, originados particularmente en Estados Unidos coinciden. Por ejemplo los estudios de: M. Langer, "From Legal Transplants to Legal Translations: the Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure" (2004) 45 *Harv. Intl. L.J.p.1-27* y M. Unger, "Elusive Reform: Democracy and the Rule of Law in Latin America" (2002) 271, capítulo 2, Boulder pub. London. Carlos Maldonado Curti, Ministro de Justicia en el gobierno Bachelet en Chile y, entonces, responsable de la reforma penal en el país afirmaba: "A partir de la década de los 80 la gran mayoría de los países de América Latina comenzarían a modificar sus sistemas de enjuiciamiento criminal desde un sistema inquisitivo, o inquisitivo mixto, a uno más adversarial", En: "La Reforma procesal penal chilena: gestación y estado actual del nuevo proceso penal". *IX Congreso Internacional del CLAD sobre la reforma del Estado y de la administración Pública*. Madrid. 2-5 Nov. 2004. p. 1.

⁷ Promover "el principio de derecho" es un elemento clave en el procedimiento de "la reforma de estado". La reforma legal no tan sólo responde a las demandas del pueblo sino, quizá con mayor importancia para los actores norteamericanos, facilita "la regla mercantil". Como lo dice USAID "los países que tienen sistemas judiciales equitativos proveen ambientes más estables y atractivos para la inversión, ya que ofrecen protección legal para el inversionista. El aumento de la inversión fortalece las economías locales, promueve el crecimiento económico, y crea un ambiente favorable para los inversionistas norteamericanos". También en los años 80, la mayor parte de los países latinoamericanos adoptan una economía neoliberal, dejando a un lado el proyecto de sustitución de importaciones propuesto anteriormente por la CEPAL. Ver: USAID *promotes the rule of law in Latin America and Caribbean Democracies*. Disponible en: www.usaid.gov/locations/latin_america_caribbean/democracy/rule/index.html.

⁸ EINAUDI, Luigi. *La política de seguridad en el hemisferio occidental*. Fort Leavenworth. Military Revue. Kansas. 1997.

⁹ "Promover el principio de derecho ha ido aceptándose ampliamente a través de la región, como un anhelo

¹⁰ Antes de la reforma, la mitad de los individuos en custodia habían sido sentenciados, y la otra mitad estaba esperando sentencia. Eso empezó a cambiar cuando la reforma entró en vigor. De acuerdo a la información más reciente, tres cuartas partes de los presos han sido sentenciados y una cuarta parte espera juicio. Ver: Riego, C. "Abandoning the Inquisitor: Latin America's Criminal Procedure Revolution". 14 *Southwestern Journal of Law and Trade in America*. (Sw. J. L. & Trade Am). 2008 p. 339, 352-353. No olvidemos tampoco otras estadísticas: en México sobresalen 90,000 encarcelados por día.

1. LAS RAZONES QUE HAN MOTIVADO UNA REFORMA PENAL EN AMÉRICA LATINA

Los límites del sistema inquisitivo, el retorno a la democracia y la reivindicación ligada a los derechos fundamentales de la persona (entre otros un juicio justo y equitativo en un plazo razonable y la presunción de inocencia), son las razones principales de la reforma del procedimiento penal en América Latina.

1.1 Las limitaciones del sistema penal en América Latina

El proceso inquisitivo fue introducido por España, tal como sucedió en la gran mayoría de los países de la región, tomando prestados algunos conceptos del sistema alemán, del italiano, y por la fuerza de su historia del sistema francés. A principios del siglo XIX, empezaron a aparecer en Europa continental reformas profundas al procedimiento criminal; en 1808, Napoleón introdujo su Código de Instrucción Criminal que alejó a Francia del modelo inquisitivo representado por la Ordenanza Criminal de 1670, y trasladó algunas ideas del modelo inglés de procedimiento criminal a una jurisdicción civil. Según la tradición inquisitiva de Europa continental, el Código de Instrucción Criminal establecía una investigación, secreta y por escrito previa al juicio, bajo la cual el acusado tenía derechos muy limitados. Sin embargo, inspirado por el modelo inglés, el Código también incluía un juicio oral y público frente a un jurado.

“...Aunque varios actores políticos latinoamericanos promovían la adopción de uno de los modelos mixtos, la mayor parte de los países de la región finalmente los rechazó. Las élites de América Latina no aceptaron los códigos más liberales, principalmente porque el concepto del jurado no les inspiraba confianza y les disgustaba tanto como los juicios orales y públicos, ya que

pensaban que sus pueblos no estaban preparados para ello...”¹¹

Durante el período de la Colonia, este sistema inquisitivo consistía en un procedimiento que daba la facultad de investigar, acusar y condenar, y que estaba concentrado en las manos de una sola persona, es decir el juez, y esto en un procedimiento que tenía como etapa central el expediente escrito y secreto.

En América Latina, el sistema inquisitivo no contribuía a proteger las garantías jurídicas básicas (el “due process”), ni a promover la transparencia la cual, como hoy se sabe, es tan esencial a la administración de la justicia como la justicia misma. Así mismo, el sistema inquisitivo no permitía que todos los actores del proceso penal tuvieran un papel importante, equilibrio tan fundamental para aportar una justicia plena y total. Esos no eran los únicos problemas que conllevaba el sistema inquisitivo de América, sino que eran la principal causa de malestar.

Antes de la naciente reforma constitucional y procesal en México, que recientemente se encuentra en evolución, el proceso penal estaba basado en el sistema inquisitivo que tiene su fuente en el sistema Napoleónico. Es decir, el sistema jurídico penal era completamente escrito; los jueces trabajaban de manera independiente basando su juicio en pruebas llevadas ante ellos de manera escrita por el Ministerio Público y por la defensa de los acusados. Como todos sabemos y según la historia, este sistema es vulnerable ante intereses poderosos, sobre todo ante organizaciones criminales, contrariamente al sistema acusatorio que por naturaleza es más transparente, permitiendo presentar argumentos orales tanto de la parte del Ministerio Público como de la parte del abogado defensor,

¹¹ M. LANGER. *Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery*. 55 Am. J. Comp. L. 617. 2007. p. 627-628.

en un juzgado público y ante un juez. Tomando en cuenta que el sistema acusatorio es abierto al público en general, el nuevo sistema jurídico penal puede ser inspeccionado, estudiado, examinado, observado y vigilado por el público en general situación distinta a la tradición enunciada anteriormente. Tomando en cuenta todos estos factores, a continuación se mencionan algunos puntos débiles que fueron objeto esencial de la reforma en Latinoamérica.

1.2 Concentración de los poderes: el papel del juez

Uno de los mayores problemas del sistema inquisitivo de América Latina era la concentración del poder en manos de un solo actor, volviéndolo así vulnerable tanto en su persona como en sus decisiones. Es importante comprender que en el modelo inquisitivo el papel del juez era central; se acentúa la diferencia entre justicia penal y justicia civil, privilegiando la posición del juez como representante del interés general, responsable de llevar a cabo la investigación para que triunfe la verdad. Y esto es la gran diferencia entre el sistema inquisitivo y el acusatorio¹².

Por supuesto, el juez tenía que ser digno de crédito, justo y de buena reputación. Si se desea conocer el origen histórico de este concepto, hay que remontarse hasta la Edad Media, cuando la mayor parte de los países europeos instauraron un sistema inquisitivo de justicia calcado de un modelo eclesiástico, en el cual el

juez-sacerdote era justo, bueno y sin falla. En el sistema inquisitivo, el juez es un magistrado profesional, dotado de poderes importantes destinados a permitirle dirigir y decidir investigaciones –tanto a cargo como a descargo. En este modelo el juez, más que las partes, tenía la responsabilidad de desarrollar la causa, y también la obligación de “*determinar si el acusado era culpable o inocente*”¹³. Difícilmente las partes llegaban a tener un papel en la investigación; la prueba les llegaba después de la acusación y los alegatos se presentaban más tarde y por escrito; este modelo incluye un procedimiento escrito, secreto, no compartido y, por ende, no sujeto a contradicción, y se apoya en la idea de que la justicia represiva no se limita a arbitrar un litigio entre abogados sino que interesa a la sociedad misma: el juez, encargado y responsable de encontrar la verdad, también deja un lugar muy reducido a las partes.

El pasado rígido de América Latina no le permitía al sistema inquisitivo evolucionar dentro del contexto de los derechos humanos¹⁴. Mientras tanto, Europa continental conoció numerosas reformas en su sistema de procedimiento penal; el sistema, en ciertos momentos, ha sido capaz de adaptarse y lo ha hecho a veces, hasta de la manera radical (Italia, por ejemplo). Hay que mencionar que Europa gozaba de un procedimiento penal completo, lo cual impide hacer

¹² “*In sum, inquisitorial adjudicators tend to have access in the absence of the parties to a factual written record that is largely unconstrained by rules of admissibility, and adjudicators tend to decide cases primarily on that written record. By contrast, adversarial adjudicators tend to have access only to the evidence the parties give them and that evidence is screened for admission by rules of evidence and then tested for its utility by adversarial challenge, primarily in the form of cross-examination*”. PACIOCCO, David M. *Understanding the Accusatorial System*. Canadian Criminal Law Review. August, 2010. p. 7.

¹³ PIZZI, William T. “Understanding Prosecutorial Discretion in the United States: The Limits of Comparative Criminal Procedure”. In: *Ohio State Law Journal*. Vol. 54. 1993. 1325-73. p. 1333-1334.

¹⁴ “*Aunque las naciones latinoamericanas han registrado en décadas recientes una transición hacia la democracia electoral, sus instituciones legales permanecen enturbiadas por legados autoritarios profundamente enraizados*”. FENSOM, Meredith. *Judicial Reform, Military Justice, and the Case of Chile's Carabineros*. Tesis presentada en la escuela de graduados de la Universidad de Florida. Master at Arts in the Law and Policy American Program y un documento preparado para entregarse en la Reunión de 2006 de la Asociación de Estudios Latinoamericanos en San Juan, Puerto Rico. Marzo 15-18, 2006. p.7 Disponible en línea: http://www.law.ufl.edu/cgr/lpap/pdf/case_chile_carabineros.pdf

una comparación entre los dos continentes, aunque en teoría hayan tenido el mismo sistema. Además, si se observa el legado jurídico y judicial dejado a América Latina (y en cierta forma se puede incluir a Haití)¹⁵ y las divisiones sociales heredadas por todos los países de América Latina, la concentración del poder en las manos de una sola persona, o alrededor de una sola no podía más que contribuir a empanatar el sistema penal, en lugar de beneficiarlo. A causa del papel dominante del juez en el desarrollo del caso y de la importancia de los resultados de su investigación, la fase del juicio en el modelo inquisitivo latino se convirtió en una mera confirmación de los resultados de la investigación y en consecuencia, el principio de moralidad era de poca utilidad¹⁶. Esta concentración del poder en las manos de un solo actor, agregada al secreto de la investigación y en un contexto político de vulnerabilidad, era

un campo muy fértil para una falta de responsabilidad, así como para la corrupción.

1.3 La falta de transparencia y de la responsabilidad imputable

En el sistema inquisitivo latinoamericano los expedientes eran entonces secretos, es decir, que todo el procedimiento estaba basado en el documento escrito que era poco accesible (a menudo conservado en un resguardo secreto), y sin audiencia; había entonces imposibilidad de contradecirlo. El juez investigaba, su asistente acumulaba la prueba y la inscribía en el expediente, el cual conservaba para eventualmente emitir la acusación. Se dijo respecto al poder del juez: “(...) los objetivos represivos de este sistema, que prevalece en la región, conceden canales muy limitados a los acusados y víctimas para controlar los poderes del juez”¹⁷. El juez tenía todo bajo su control, delegaba, por no decir relegaba, a un asistente y era difícilmente factible remontar la cadena de eventos en caso de querer contestar. Era prácticamente imposible encontrar al funcionario responsable de tal o cual acción e inclusive, a veces, de encontrar el expediente, ya que era secreto de todos modos. Por lo tanto, era fácil para un funcionario deshacerse de toda responsabilidad. La reforma entonces tenía que atacar al sistema inquisitivo (o mixto, en algunos países), donde la mayor parte del procedimiento estaba ligada al secreto.

“El modelo inquisitivo, como se adaptó a los diferentes sistemas latinos, ha conservado las características europeas fundamentales, pero con cierto número de modificaciones, de origen cultural o político, en cada sistema nacional de Latinoamérica. Y, lo más importante, es que el procedimiento antes

¹⁵ La necesidad de una reforma de los códigos es unánime para todos los juristas haitianos. Queda por determinar cuál, y si Haití optará por una reforma que corresponda a la tendencia en el continente americano ó se mantendrá más tradicional, aunque hasta Francia, en el momento en que se escriben estas líneas, a pesar de varias reformas (por ejemplo: su código de instrucción en 1957) propone la eliminación del juez de instrucción, según los términos del reporte del primero de septiembre de 2009 “Rapport du Magistrat Léger”. En 1995, Me Patrick Pierre-Louis, profesor de la Facultad de Derecho de Puerto Príncipe, escribía: “Muchos estudiantes de leyes, numerosos abogados, algunos magistrados y juristas se preguntan respecto a la oportunidad de mantener el título de nuestro Código de instrucción criminal”, argumentando, además, que no era suficiente cambiar el nombre de un código de instrucción por uno de procedimiento si la instrucción permanecía y seguía siendo obligatoria. Haití es diferente, siempre lo ha sido, pero entonces no quería proceder a hacer una reforma para volverse como los otros, pero sólo si esta reforma podía llegar a ser una, sino la solución al reforzamiento del estado de derecho haitiano. Ver: CÓDIGO DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL, con apuntes de Menan Pierre-Louis. Puerto Príncipe. Presses du D.E.L. 1995

¹⁶ DIEHL, James W. “The Introduction of Jury Trials and Adversarial Elements into the Former Soviet Union and Other Adversarial Countries” In: *J. Transnat'l L. & Pol'y*:1, 5-28. 2001. p. 26.

¹⁷ PAHL, Michael R. “Wanted: Criminal Justice-Colombia's Adoption of a Prosecutorial System of Criminal Procedure”. In: 16 *Fordham Int'l L.J.* 608, 614. 1993. Análisis sobre el sistema inquisitorial de Colombia.

*de las transiciones (...) estaba oculto en la secrecía y casi completamente por escrito*¹⁸.

El sistema judicial se volvía la razón de las violaciones a las garantías jurídicas básicas y a los derechos. El sistema inquisitivo de la región aceptaba este hecho, lo repetía y aparecía una inequidad que se volvía costumbre entre los derechos del procurador y los del abogado defensor, durante el juicio. Ellos no se confrontaban con medios iguales; esto resultaba en que el juez, a pesar de su poder, confiaba en subalternos poco calificados, y que no eran juristas¹⁹.

1.4 Presencia de la corrupción

Sorprendentemente, aunque el juez manejara el procedimiento, la rama judicial recibía un mal trato de parte de los políticos²⁰. Según varios analistas, no era ni más ni menos que un órgano del ejecutivo con toda su vulnerabilidad, exponiendo la administración de la justicia a una corrupción común y frecuente. El ejecutivo y el legislativo consideraban la tercera rama como su pariente pobre²¹, y se le

otorgaban pocos recursos financieros. Además, el legislativo y el ejecutivo escogían a los jueces dentro de sus propios partidos políticos, lo que hacía al judicial todavía más vulnerable, tanto económica como políticamente²²

Fujimori (1990-2002). Extracto del documento en línea: DESHAZO & VARGAS. *Judicial Reform in Latin America*. Policy Papers on the Americas, Vol XVII, Estudio 2, Center for Strategic and International Studies (CSIS). Septiembre 2006. Disponible en: csis.org/files/media/csispubs/0609_latin_judicial_reform.pdf. Relacionado, ver también: respecto a Venezuela, PÉREZ PERDOMO, Rogelio. *Venezuela's prereform judicial system was marked by inefficiency, widespread corruption, very low level of resources, and the heavy influence of the two leading political parties of the country*. Disponible en: http://www.cejamerica.org/doc/documentos/evaluacionlareformavenezuela_rperdomo.pdf y su presentación del 2002 en las conferencias organizadas por el Banco Mundial, disponible en: <http://info.worldbank.org/etools/docs/library/106128/madrid2002/pdf/rogelioperezperdomo.pdf>

²² En Chile se calificaba a la rama judicial como corrupta y tendenciosa. Según una encuesta llevada a cabo en algunos municipios chilenos, la población opinaba que los jueces trataban a los ricos mucho mejor que a los pobres, que los abogados eran corruptos, que los plazos de los procedimientos y las sentencias estaban íntimamente ligados a sumas de dinero, y que no existía más que una sola justicia real, la de los ricos. La conclusión era que el sistema era totalmente corrupto. En el contexto de una conferencia organizada por el grupo SELA de la Universidad de Yale, Jorge Correa Sutil presentó su investigación y apunta:

“Los pobres no tan sólo percibían que la justicia dependía fuertemente de la riqueza, sino que también veían cómo los funcionarios del sistema legal actuaban con discriminación y corrupción que los afectaban. A continuación se mencionan algunas de sus opiniones al respecto:

- 63.5% dijo que los jueces se comportaban de manera diferente con los ricos que con los pobres.
- 26.3% dijo que los jueces “no se arreglaban con plata”.
- Casi 80% estuvo de acuerdo en que los abogados eran corruptos y que alargaban las transacciones para sacarle más dinero a la gente.
- Casi las dos terceras partes opinaban que la policía trataba bien a los bien vestidos y mal a los pobres.
- Casi 90% expresó la opinión de que en Chile había una justicia para los ricos y otra para los pobres”.

Ver a este respecto la encuesta de CORREA SUTIL, Jorge. *Access to Justice and Judicial Reforms in Latin*

¹⁸ CAVISE, Leonard L. “When the Inquisitorial and Adversary Systems Collide: Teaching Trial Advocacy to Latin American Lawyers”. *DePaul College of Law*, in Bepress. Berkeley Electronic Press. Legal Series. 2006. Working Paper 1049. 15. Disponible en: <http://law.bepress.com/expresso/eps/1049>

¹⁹ GARCÍA, F.S. “The Nature of Judicial Reform in Latin America and Some Strategic Considerations”, *13 Am. U. Int'l. L. Rev.* 1267. 1998 “*En la esfera criminal, los juzgados regionales se han vuelto actores importantes en la violación sistemática de las libertades civiles y de los derechos individuales, a través de la continuidad del sistema inquisitorial criminal*”.. p. 18. Disponible en: <http://lic.law.ufl.edu/~hernandez/ForeignE/garcia.pdf>

²⁰ Ver en general: PARIENTE, Alain (Dir.). *La séparation des pouvoirs - Théorie contestée et pratique renouvelée*. Dalloz. París. 2006.

²¹ BUSCAGLIA, Edgardo. “Corruption and Judicial Reform in Latin America”. In: *Policy Studies Journal*, 17.4. Instituto Tecnológico Autónomo de México. 1997. Para Perú, AZABACHE, César. *Widespread corruption among judicial branch employees... and from the subordination of the legal system to political influence and corruption during the authoritarian rule of Alberto*

“(…) el judicial es habitualmente el más comprometido de los tres poderes, lo que lleva a una administración de justicia altamente partidista, donde la manipulación política y la negligencia administrativa y presupuestaria son endémicas”²³.

Como el juez tenía todo el poder y delegaba a sus asistentes el cuidado del expediente; éste mismo, a menudo, se quedaba en las manos de un pasante que recibía un magro salario y no tenía a quién rendir cuentas²⁴. Era muy común ver desaparecer expedientes ó, en algunos casos, aumentar, modificar o sencillamente extraviar una prueba con el fin de facilitar una liberación de un inculpado, a cambio de dinero; esta falta de transparencia favorecía la corrupción. El hecho de que los expedientes no fueran públicos dejaba mucho espacio a la discreción, quizá hasta la arbitrariedad y la manipulación de los documentos escritos.

“El alto nivel de discreción en el manejo de los procesos criminales, la falta de audiencia pública durante el procedimiento para llevar a cabo una discusión simple de la evidencia y las cuestiones legales, aunados al hecho de no someter la decisión final a una tercera parte imparcial comprometen severamente las garantías prevalecientes en las sociedades democráticas modernas. Juzgados regionales han tomado pocas medidas para modificar el statu quo de la justicia criminal, ni en la forma de proponer una revisión completa del sistema criminal o en reforzar las garantías individuales de los acusados. De hecho, la inercia aparente en hacer

frente a esta situación puede constituir uno de los elementos cruciales que afectan la legitimidad de los juzgados frente a la opinión pública”²⁵.

El fenómeno de la corrupción, junto al papel del juez, se generaliza en el proceso penal donde hay poca gente preparada y a menudo vulnerable por estar mal pagada, dependiendo de dádivas de los políticos y de la elite²⁶.

1.5 El papel secundario del abogado defensor

Esencialmente, antes de la reforma penal, existían tres actores principales. El más modesto de los tres era probablemente el abogado defensor quien venía a intervenir muy tarde en el procedimiento, en cuanto al sistema inquisitivo de América Latina. La tarea principal del procurador de la defensa fue de asegurarse de que el expediente contara con los detalles de la inculpación y de las pruebas; después de la presentación escrita de las pruebas por parte del juez de instrucción, misma que casi siempre era ratificada por el juez del proceso, el derecho de presentar una nueva prueba o a contradecir las existentes en el expediente se podía llevar a cabo solamente si el juez de proceso lo permitía. En el caso de México, un estudio publicado por el Programa de Estudios de Seguridad Pública

²⁵ Véase Supra. No. 17. p. 18.

²⁶ “Los sueldos bajos de los servidores públicos continúan fomentando la corrupción e incompetencia en diversos grados, en todas las instituciones legales. Con frecuencia, los miembros de la policía judicial provienen de áreas muy pobres y tienen poca educación formal; sufren deplorables condiciones laborales y reciben un pago inadecuado por el trabajo peligroso que desempeñan. En lugares como Colombia, los narcotraficantes frecuentemente pueden comprar a la policía con dinero y drogas; entonces, evidencia crucial para juzgar a este tipo de criminales misteriosamente “desaparece”. Además, los defensores públicos son, comúnmente, los abogados peor pagados, y el servicio al que pertenecen es la institución que cuenta con menos personal en todo el sistema. Defensores con demasiado trabajo tienden a dar un servicio por debajo de lo esperado a individuos cuyos derechos constitucionales deben resguardar”. BISCHOFF, J.L. “Reforming the Criminal Procedure System in Latin America”. 9 *Tex. Hosp. J.L. & Pol’y* 27. 2003. p. 29.

America: Any Hope of Equality? Disponible en: <http://islandia.law.yale.edu/sela/jcorre.pdf>

²³ NUZZI, Laura, et al. “Political Bargaining and Democratic Transitions: A Comparison of Nicaragua and El Salvador”. In: 31 *J.Latin Am.Stud.* 99. 107. 1999.

²⁴ Esta crítica aparece a menudo en los análisis y en todos los países. “... la esencia de la actividad judicial tenía que cambiarse para evitar delegar funciones judiciales a personal sin formación jurídica”. Ver: ESPINOZA, C.R. “Abandoning the Inquisitor: Latin America’s Criminal Procedure Revolution: Articling: Redesigning Mexico’s Criminal Procedure: The States’ Turning Point”. 15. *W.J.L.& Trade Am.* 53. 2008 p. 79.

y Estado de Derecho, el 3 de Enero del 2010, revela que 82% de los reclusos no hablaban con el juez en su proceso, en lo que respecta al Distrito Federal y al Estado de México²⁷. El abogado defensor no tenía impacto alguno, con la excepción de intervenir al momento de la presentación de la condena. La idea de no poder contradecir las pruebas presentadas desde un principio, estaba orientada hacia los usos y costumbres de la región. Hasta los abogados defensores en los grupos eran reticentes a poner en duda la credibilidad de la investigación del estado, o a estar de acuerdo en que un reto profundo a todas las evidencias proporcionadas por el estado era parte de su deber profesional. Como todos estaban de acuerdo en que la policía haría poco o nada para aportar más elementos a la defensa, los abogados se sentían mejor desarrollando simplemente un caso, independiente de la acusación, y dejar a la fiscalía armar su caso sin interferencia ni participación de la defensa²⁸.

1.6 El Ministerio Público en calidad de burócrata

La noción de Ministerio Público en América Latina se distingue de la que se encuentra en los países del Common Law. En los países de Common law, el Ministerio Público funge como defensor de la regla de derecho; en el sistema inquisitivo, el papel del Ministerio Público es a menudo percibido como el personaje que ratifica la información investigada por los cuerpos policíacos y presentándola

como prueba, de una manera coherente, ante la autoridad competente. Esta función del Ministerio Público a menudo se relaciona al papel del Procurador general del Common Law, en los sistemas penales inquisitorios de Latinoamérica, y es percibido como un órgano burocrático del sistema penal. Sin embargo, en regla general, el Ministerio Público es frecuentemente reconocido por las leyes supremas de los países y creado por una ley que le otorga independencia de derecho, de todos los otros actores del sistema judicial. En esta medida, el Ministerio Público fue creado (bajo el nuevo sistema) con autonomía constitucional, para encargarse de tareas de prosecución, así como para resolver casos de imparcialidad y objetividad dentro del área de investigación criminal, y con el fin de reducir la burocracia y profesionalizar la actividad policíaca²⁹.

De igual forma, antes de la reforma penal, pocos países tenían un Ministerio Público eficaz. Cuando llegó la modificación a ciertos países, la desaparición del juez de instrucción otorgó mayor poder al Ministerio Público. En la mayoría de los casos, éste último tenía un papel de poca importancia a causa de que el poder de investigación quedaba en manos del juez³⁰. Según el profesor chileno Duce, el primer problema que tenía el Ministerio Público, en caso de existir en el sistema de justicia penal, era su ausencia en el procedimiento, es decir, su poder de investigación era vago y poco aplicado. Duce dice que el Ministerio Público tenía un papel relativo y “reactivo”, y que al mismo tiempo, no era más que un burócrata más que aprobaba los

²⁷ Sitio Internet del Programa de Estudios de Seguridad Pública y Estado de Derecho. División de Estudios Jurídicos-CIDE (3 de Enero del 2010). Sin hablar con el juez en su proceso, 82% de reclusos del DF y del Estado de México, disponible en: <http://www.seguridadpublicacide.org.mx/cms/pesed-en-los-medios/80-sin-hablar-con-el-juez-en-su-proceso-82-de-reclusos-del-df-y-edomex>

²⁸ CAVISE, Leonard L. “The Transition from the Inquisitorial to the Accusatorial System of Trial Procedure: Why Some Latin American Lawyers Hesitate”. 53 *Wayne L. Rev.* 785. 2007. p. 806

²⁹ BLANCO, R., et al. “Reform to the Criminal Justice System in Chile: Evaluation and Challenges”. 2 *Loyola University Chicago International Law Review*. Loy. U. Chi. Int’l L. Rev. 2005. p. 253-255.

³⁰ Existe un análisis involucrando a 15 países de América Latina sobre el impacto de la reforma penal en los ministerios públicos. MAIER, Julio, et al. *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*. Publicado por Ad-Hoc, Buenos Aires, en colaboración con la Fundación Konrad Adenauer, 896, 2001. Éste, sin embargo, es del año 2000.

resultados³¹. En la mejor de las hipótesis el rol de los fiscales se traducía en una colaboración menor a la investigación judicial, por medio de la presentación de algunos antecedentes y la solicitud de diligencias investigativas que el juez de instrucción, a su discreción, podía decretar o negar³².

Podemos decir entonces que su función era simbólica sin papel independiente de prosecución, y su poder era utilizado para ratificar las decisiones policíacas para ser rendidas posteriormente al juez. Algunos países suprimieron al juez de investigación desde hace mucho años, como en el caso de México que en nuestros días se propone un nuevo reto, creando una “Fiscalía” cuya función sería la de encabezar al nuevo cuerpo policiaco de investigación. En cuanto al Fiscal, éste servirá de guía jurídico y de representante de la causa ante el juez de la investigación, al igual que la conformación de grupos especializados en temas particulares.

2. LA REIVINDICACIÓN LIGADA A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Antes de la reforma penal en numerosos países de América Latina, existió la conciencia y la necesidad de establecer el respeto de las garantías jurídicas básicas, de elecciones de gobernantes más justas, de gobiernos legítimos, del deseo de prosperar a nivel internacional y de asegurar una economía de libre mercado. El establecimiento del sistema penal acusatorio, el cual está basado en debates verbales de manera pública, viene con la nueva corriente de

cambio, con apego al respeto de las garantías individuales.

2.1 Las garantías jurídicas coercibles pero ejercidas de manera limitada

Uno de los problemas mayores del sistema inquisitorio, el cual es mencionado en el capítulo anterior, es la falta de respeto a las garantías jurídicas. Por ejemplo, el derecho a ser escuchado, a ser defendido en un plazo razonable, la presunción de su inocencia, la ejecución de órdenes de aprehensión con apego a la constitución, han sido devastados tanto para la mayoría de los ciudadanos, como para el sistema jurídico penal en general, en lo que respecta a América Latina. Hasta hace muy poco no había una tradición de juicios orales, ni oportunidades para el acusado de confrontar a su acusador, refutar un testimonio e impugnar la credibilidad de testigos; por el contrario, el juicio era lento y se llevaba a cabo en secreto. Un funcionario tomaba declaraciones y preparaba el testimonio por escrito para que el juez de la investigación lo leyera después; el acusado era un objeto de una investigación, más que un sujeto con derechos humanos y civiles. No era sorprendente que el sistema inquisitivo fuese permisivo también, eventualmente, frente a la tortura y otras violaciones a los derechos humanos. Dicho sistema no facilitaba las vías de derecho, la transparencia ni la participación³³.

La realidad es que solamente las personas con más recursos económicos contrataban con la oportunidad de contratar un abogado que trabajase de la mano con funcionarios de la justicia acelerando y facilitando la liberación del inculcado de manera pronta y expedita. Por el contrario, donde no había recursos, tampoco había garantías constitucionales respetadas. Las circunstancias para las personas

³¹ DUCE, Mauricio. *Sistemas Judiciales, Una Perspectiva Integral Sobre la Administración de Justicia*. CEJA. Santiago. 2005. p. 67. Disponible en: <http://www.cejamerica.org/doc/documentos/reforma-mp2-final.pdf>

³² DUCE, Mauricio. *Sistemas Judiciales, “El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal en América Latina”*. Nov. 2004. p.60. Disponible en: <http://www.cejamerica.org/doc/documentos/ceja-duce-reforma-mp.pdf>

³³ COOPER, J.M. “Proyecto Acceso: Using Popular Culture to Build the Rule of Law in Latin America”. In: *Rutgers Journal of Law & Public Polic.* 2008. p. 2.

sin recursos, eran aun peor, puesto que los presuntos inculpadados pasaban días, semanas, y a veces hasta años, sin juicio alguno. Los más vulnerables, que constituían la mayoría de los ciudadanos, poblaban las cárceles por crímenes no tan graves.

*“Aunque parezca increíble, setenta por ciento de los reclusos de las prisiones latinoamericanas está esperando juicio. Realmente, la duración del encarcelamiento previo al juicio, a menudo excede la sentencia máxima a que se haría acreedor el acusado en caso de ser convicto del crimen por el que todavía no ha sido procesado”*³⁴ y *“Arrestos ilegales, golpizas y tortura son también problemas comunes para los niños pobres que viven en las calles de países como Brasil. De hecho, ochenta por ciento de la población de las cárceles de Sao Paulo fue calificado, alguna vez, como niño de la calle”*³⁵.

Como los datos demuestran, en lo que respecta el sistema inquisitorio, la investigación es lenta y el juicio se lleva a cabo mucho tiempo después de la misma. En general y de acuerdo a la historia del sistema de justicia penal en América Latina, el procedimiento se oponía al respeto de las garantías jurídicas de las personas. La víctima no tenía, prácticamente participación alguna, ni derecho durante el juicio. En los pocos casos en donde todavía sobrevive, el sistema inquisitivo en América Latina, se denomina “sistema escrito”, no tan sólo a raíz de la gran cantidad de alegatos y reportes escritos, sino también a causa de que tradicionalmente se ha puesto un gran énfasis en la formalidad en todas las etapas del juicio; todos los documentos mencionados son objeto de archivo y “cosidos unos a otros”. El juez revisa este

expediente voluminoso, para entonces llegar a sus conclusiones basándose en la información escrita³⁶.

El juez, en estos casos, emitía su sentencia antes de que el expediente se entregara al juez del proceso o al mismo demandante. Sin objeción alguna del juez de la investigación, las partes no eran escuchadas y en general, todo terminaba en detención preventiva sin haberse presentado defensa alguna para el presunto delincuente; el acusado, sin acceso a contra-interrogatorio alguno, soportaba todo el peso de las pruebas. Dicho de otra manera, el acusado podía seguir encerrado hasta el momento de su juicio.

Podemos decir que uno de los problemas fundamentales del procedimiento inquisitivo en algunos países de América latina, es que el juez del proceso no hace más que ratificar la decisión del juez. El defecto se encuentra precisamente en que la investigación es secreta y por consiguiente, la toma de decisiones se realiza, sin que haya habido representación jurídica para los acusados, lo que conlleva a decisiones jurídicas sobre la libertad de los individuos sin poder presentar una defensa plena y apropiada. Ciertos países, han ido aun mas lejos, presentando acusaciones finales hechas por el juez de la investigación sin que un juez de proceso se haya presentado jamás³⁷. Tanto el juez de la investigación como el del proceso, colegas en la misma corte (jurisdicción-juzgado), no rendían cuentas a ningún procurador independiente de ellos. Por otro lado, el abogado de la defensa no conocía ni las pruebas, ni la investigación. Él intervenía por escrito sin posibilidad de realizar contra-interrogatorio alguno puesto que en términos prácticos, no había ninguna utilidad en

³⁴ BISCHOFF, James L. “Reforming the Criminal Procedure System in Latin America”. 9 *Tex. Hosp.J.L. & Pol’y* 27. 2003. p. 40. SEITLES, M.D. “Effect of the Convention on the Rights of the Child upon Street Children in Latin America: a Study of Brazil, Columbia and Guatemala”. 16. *Buff. Jour. Pub. Int. Law* 159. 1997. p. 186.

³⁵ SEITLES, M.D. Op. Cit. p. 186.

³⁶ Ver FIELD, Martha A, et al. “Legal Reform in Central America: Dispute Resolution and Property Systems”. *Harvard University Press*. 2001. p. 22-23.

³⁷ Special Report: *Presumed Guilty? Criminal Justice and Human Rights in Mexico*. 24, *Fordham Int’l. L.J.* 801, 831. 2001.

contestar una decisión final. “Los procedimientos se conocen como “no adversariales” porque cada uno de los participantes en esta fase es independiente, ya sea que hayan sido designados como “rapporteurs” o jueces”³⁸.

Como se puede ver, a *priori*, en la reforma penal de Latinoamérica, hay que estudiar con detenimiento el papel de los actores, en particular de los jueces, crear un procurador público e introducir la “audiencia pública”. No hay que olvidar que el concepto de la falta de aplicación de las garantías individuales, lo cual es una réplica de la inquisición es opuesto a la defensa del acusado que es celosamente defendida en los países del *Common Law*.

2.2 La reivindicación ligada a los derechos fundamentales y la participación de la sociedad

Es la sociedad civil quien debe reivindicar el respeto a las reformas jurídicas, en particular, en el ámbito de la administración de la justicia y en el respeto de los derechos fundamentales de un país. Uno de los grandes intelectuales de la reforma penal de América Latina, el profesor Alberto Binder de la Universidad de Buenos Aires, siempre afirmó que la sociedad civil en Latinoamérica tiene la viva capacidad de buscar mejores coyunturas en derecho, a pesar del adelgazamiento que ha sufrido. En una entrevista, el profesor Binder dijo:

“Creo que las organizaciones de la sociedad civil cumplen hoy varios papeles importantes. Uno de ellos ha nacido en América Latina durante la última década, impulsado por el importante trabajo de un conjunto de organizaciones que, con un lenguaje común, tienen la capacidad de incidir en las políticas judiciales. Esto ha sido muy positivo. Y ésta es la primera función: mantener y lograr que nuestros estados tengan políticas judiciales permanentes y no que cada cincuenta años tengamos

*que hacer esta tarea ciclópea de cambiar todo el sistema”*³⁹.

En un contexto donde se busca la evolución del sistema judicial y del Estado de derecho, el respeto de las garantías jurídicas en los juicios, son el corazón del proceso de reforma. Esto ocurrió en Argentina, cuando ya no se quería volver a vivir juicios sin fin, secretos o parodias de juicios. Ya no se quería saber de desaparecidos, sino de gente condenada o liberada que recibiese sentencias y no favores; la sociedad civil demandaba justicia.

La reforma judicial ha sido considerada por largo tiempo como un prerrequisito para la consolidación de la democracia y para un desarrollo sustentable en América Latina. En la mayor parte de los países en la región, empezó en la última década del siglo XX con instituciones judiciales débiles, políticamente vulnerables e ineficientes. Pocos fueron capaces de mantener el poder ejecutivo estable, de garantizar la observancia efectiva de los derechos humanos y civiles básicos, de crear un ambiente favorable para el desarrollo económico, especialmente para inversión extranjera y nacional o de proveer la seguridad básica a los ciudadanos. Estaban sufriendo por códigos criminales anticuados, mal organizados, y dependiendo de tribunales endeblés, de la preparación y retribución inadecuada de los jueces, funcionarios judiciales policías, de procedimientos legales que minimizaban la transparencia y casi siempre, de condiciones carcelarias deplorables⁴⁰.

De igual forma, además de algunos tecnócratas, son algunos intelectuales-académicos animados y apoyados por las presiones del exterior, quienes han venido a proponer a las

³⁹ Entrevista con el profesor argentino BINDER, Alberto. *La reforma judicial: Para evitar la sociedad violenta y la democracia autoritaria*. Disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/entrevis/03.pdf>

⁴⁰ DESHAZO, Peter, et al. “Judicial Reform in Latin America: An Assessment”. En: *Supra* No. 20. p. 6.

³⁸ Leonard L. Cavise. Véase *Supra* No. 17. p. 5.

nuevas democracias, un proyecto de democratización jurídica y judicial. Carlos Maldonado, al comentar la experiencia chilena, afirmaba que la reforma es un proceso que ha empezado en la sociedad civil con la importante contribución de los intelectuales del exterior del país, posteriormente ratificada por el ejecutivo del país, quien vio la reforma como una buena plataforma política⁴¹.

Sin embargo y pese a todas estas circunstancias, la reforma del procedimiento penal se ha generalizado en América Latina. Importantes reformas han tenido lugar, por ejemplo en Córdoba, Argentina (1991), en Guatemala (1994), en Costa Rica (1998)⁴², en la provincia de Buenos Aires, Argentina (1999), en el Salvador, en Paraguay y Venezuela (2000), en Chile –(de manera gradual,⁴³ empezando en 2001),

en Bolivia y Ecuador (2002), en Honduras y Nicaragua (2005), en Colombia –de manera gradual (2003-2004 -2005-2008), en la República Dominicana (2006), en Perú –(también en forma gradual), en la Provincia de Chubut en Argentina (2007), en el Estado de Chihuahua, en México, en el Distrito Federal de México, en el Estado de Oaxaca (2008), y actualmente empieza un debate sobre la reforma en el Estado federal de Argentina, y en Panamá⁴⁴.

Algunos países empezaron a integrar los grandes principios de la reforma en su constitución. Seguido a ello, se observó un gran movimiento legislativo imponiendo la adopción de códigos penales y de procedimiento penal en consecuencia de la reforma constitucional. Es decir, se instauró lo que en América Latina se denominó como la “oralidad”, refiriéndose a la posibilidad para las partes de defenderse, de tener acceso a las pruebas, debatirlas y de presentar pruebas en nombre de la justicia, de la transparencia jurídica y sobre todo, de respeto a sus respectivas constituciones y garantías jurídicas, todo ello en forma oral lo que agiliza los procedimientos. Desde entonces, se ha creado un nuevo ministerio público, otorgándole un poder de investigación real, redefiniendo el papel del juez de conocimiento y de control de garantías; se ha recreado la figura de nuevos defensores públicos, se le otorgado un lugar a la víctima y a los testigos así como su protección mediante sistemas y programas específicos y se han creado nuevos códigos penales y de procedimientos penales en casi cada lugar de Latinoamérica.

Con el nuevo sistema de justicia penal en la mayoría de los países latinoamericanos, el juez se ve obligado a tomar su distancia de las investigaciones criminales, asumiendo una actitud mucho más pasiva. Es entonces que el juez se

⁴¹ En: *Supra No. 9*. Maldonado, p. 3 “Principalmente mediante un trabajo de académicos de algunas universidades nacionales en conjunto con algunas ONGs que desde el comienzo han trabajado en la reforma procesal penal”.

⁴² Costa Rica, en 1973, había adoptado un Código del procedimiento penal, basado en el Código de la Provincia argentina de Córdoba de 1939, cuya referencia era el viejo código italiano bajo el nombre de Rocco, proveniente del contexto autoritario. En pocas palabras, cada cual tenía su propio modelo rígido. Paraguay, por su lado, tenía un código heredado de la Alemania Nazi. El Código costarricense de 1973 establecía un sistema “mixto”, en donde la primera parte del juicio tenía rasgos claramente inquisitivos (proceso escrito, juez de instrucción, secreto de la investigación, sospechoso como simple objeto del proceso, etc.), mientras que la fase del juicio se quedaba esencialmente acusatoria (audiencia pública, contestación de las partes, acusación formal, etc.). Pero las debilidades del sistema saltaban a la vista: juicios largos, una cantidad apabullante de material escrito reproducido durante la etapa del juicio oral, el alejamiento de las partes del proceso respecto de la administración de justicia.

⁴³ Primera etapa: Regiones de Coquimbo y Araucanía, 16 de diciembre del 2000.
Segunda etapa: Regiones de Antofagasta, Atacama y Maule, 16 de octubre del 2001.
Tercera etapa: Regiones de Taracapa, Aysen y Magallanes, 16 de diciembre del 2002.
Cuarta etapa: Regiones de Valparaíso, O’Higgins, Biobío y Los Lagos, 16 de diciembre del 2003.

Quinta y última etapa: región metropolitana (Santiago), 16 de junio del 2005.

⁴⁴ Ver al respecto el texto de Leonard L. Cavise. Ob. Cit.

vuelve un observador, teniendo como tareas más importantes, las de proteger los derechos de las partes –principalmente los del acusado-, tomando decisiones sobre cuestiones esenciales del proceso, lo que incluye la imposición de medidas preventivas, definiendo la situación jurídica del acusado. “*Así, el papel de los jueces se transforma en un papel de protección, de guardián y protector de nuestras débiles democracias*”⁴⁵.

A partir de este momento, el juez viene perdiendo la posibilidad de controlar oficiosamente el desarrollo del proceso, lo cual no es ni será una tarea fácil. Alguien dijo al respecto que:

*“(Los jueces) estaban acostumbrados a hacerse cargo de la mayor parte de los elementos del proceso: supervisar la investigación, llamar a cualquier testigo que quisieran, en el orden que quisieran, y después hacer todas o la mayor parte de las preguntas. Para un juez el ser “relegado” al papel de árbitro, apenas dando opiniones sobre objeciones o puntos legales, siendo visto, más no oído, hasta que se presentara un problema, representaba quizá un choque demasiado difícil de absorber en las pocas semanas de los programas. Una y otra vez, las simulaciones eran desviadas por un “juez” (tuviera o no el nombramiento), quien quería encontrar de inmediato lo que él, o ella, quería saber y no estaba dispuesto(a) a dejar que la instrucción tomara su curso. En esta situación, el juez insistiría en cuestionar, argumentando con los abogados, introduciendo elementos de evidencia que ninguna parte había sometido, o simplemente comentaría muy prematuramente sobre la credibilidad”*⁴⁶.

A pesar de todo, varios estudios concluyen que la cultura está todavía muy lejos del cambio para que la reforma penal sea considerada como un éxito. Así lo detalla el primer Director del Centro de estudios de la Justicia de

las Américas, Juan Enrique Vargas Vianco⁴⁷, tomando en cuenta el ejemplo de Bolivia y de Honduras para quien, según el estudio del Banco Mundial⁴⁸, en el capítulo sobre la administración de la justicia, se identifican algunos problemas de la reforma como los siguientes: la falta de formación en el soporte técnico; en el manejo de los recursos humanos que incluye la falta de estabilidad de los mismos; la falta de una infraestructura inadecuada, así como una inadecuada distribución de las causas. Este estudio menciona también que los actores siguen procediendo con una perspectiva inquisitiva, a pesar de estar en un marco jurídico acusatorio. El reporte anterior, hace también referencia a que la formación debe incluir, a partir de ahora, un cambio de mentalidad hacia la cultura del sistema acusatorio, permitiendo a los actores y a la población aceptar, que aunque el nuevo sistema parezca menos severo, la aplicación de la justicia mejora en un sentido realista. La Comisión se da cuenta de la dificultad de aceptar el cambio, en razón de que el antiguo sistema les inspira confianza. Es difícil entender que el hecho de no encarcelar preventivamente a un posible criminal, no implique necesariamente una injusticia y que permitir a las partes debatir con apego a la norma jurídica, no resulta automáticamente en una pérdida de tiempo o en

⁴⁵ LOAYZA, María de los Ángeles. *Condiciones de la reforma del procedimiento legal: de la teoría a la práctica: la experiencia boliviana*. Seminario sobre el Estado de derecho y reforma penal. École Nationale de la Magistratura. Port-au-Prince. Haití.

⁴⁶ Ver: Supra No. 26. p. 807.

⁴⁷ En muchas ocasiones, el Ceja está haciendo estadísticas sobre algunos países, mostrando notablemente que aunque se presentan muchos desafíos se puede con la reforma penal disminuir muchas situaciones en relación con la justicia. Ver: VARGAS, Juan Enrique. *La Nueva Generación de Reformas Procesales Penales en Latinoamérica*. Ponencia Presentada al Congreso Internacional de Derecho Penal. – VII Jornada sobre Justicia Penal. UNAM. México. Junio 2006. Disponible en: www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-509s.pdf

⁴⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (IACHR) Y EL BANCO MUNDIAL. *LAS REFORMAS A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN HONDURAS Y BOLIVIA. Razones que han obstaculizado su éxito y como enfrentarlas*. Octubre 2008. 198 páginas. Disponible en: <http://www.dplf.org/uploads/1227112057.pdf>

una debilidad al juzgar⁴⁹. Parece que la forma en la cual las instituciones administran los casos sigue la misma lógica: cada participante actúa individualmente, aislado del resto de la institución, asume la responsabilidad por un cierto número de casos, desatendiendo cuestiones que no se refieren a los suyos⁵⁰.

Esa perspectiva es bastante cuestionable, tomando en cuenta que por un lado el sistema inquisitivo tuvo siempre garantías individuales raramente hechas valer, con la excepción de las pocas minorías que podían costearse abogados sagaces, técnicamente preparados y con poder de influencia ante los actores del sistema judicial para mover los intereses de sus clientes de manera rápida y efectiva. Por otro lado, el nuevo sistema jurídico penal, orientado hacia el sistema acusatorio en oposición del sistema inquisitivo, tiene como uno de los objetivos fundamentales de rendir justicia de manera pronta y expedita para todos los acusados. Por ende, el sistema acusatorio que tiene su raíz en el *Common law*, requiere una perspectiva diferente. De manera obvia, la formación permanente para todos los actores del sistema jurídico penal, es igualmente fundamental y por lo tanto merece de un tratamiento aparte

y en extenso en un próximo artículo en donde se pueda avanzar en la participación activa de la población en el nuevo sistema de justicia penal; la formación a nivel intersectorial para funcionarios jueces, defensores, universitarios y juristas en general; los elementos que debe considerar el Ministerio Público para lograr autonomía e independencia; la implementación y ampliación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos; los programas de protección a víctimas y testigos entre otros aspectos relevantes del sistema.

CONCLUSIÓN

Desde el punto de vista político el gran escenario de la reforma penal puede tener como marco de fondo a muchos países. En tal sentido, el hemisferio es una vasta zona geográfica y conoce una transformación social y política sin precedentes con un potencial económico incalculable. Como le dijo el presidente Calderón de México con ocasión del bicentenario de México, “la reforma penal no va a arreglar el problema de la violencia”, no va a hacerlo sólo, pero es un herramienta mi importante que tienen a dentro las posibilidades de anunciar la paz ciudadana, el respecto del derecho de cada humanos en su país y a fuera y el respecto del estado de derecho con todo sus beneficios. Desde el final de los regímenes dictatoriales, los pueblos aspiran a la democratización de sus países, a la estabilidad de sus instituciones y a la lucha contra la corrupción y la impunidad. Este nuevo impulso incluye la reforma de su sistema penal. Ahora somos un solo, un gran hemisferio que necesita ayudarse y respetarse para hacer una América de derecho y de paz por cada ciudadano. Es la hora de la implementación.

América Latina está en una etapa de transformación, los sistemas evolucionan y se acercan a la idea de un papel global que inspire mayor seguridad y respeto a sus realidades. Estos países adoptan la reforma como una de sus

⁴⁹ IACHR. *Access to Justice and Social Inclusion: “The road towards strengthening democracy in Bolivia”*. Washington D.C. 2007. Disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/BOLIVIA.07.ENG.pdf>. Por ejemplo, el reporte menciona en su párrafo 18: “la Comisión encontró que una de las principales debilidades del Ministerio Público es la disparidad y la falta de coordinación que existen en los criterios para el procedimiento criminal así como la falta de controles efectivos sobre la actuación de los procuradores; especialmente cuando se trata de rechazar quejas, de dar prioridad en la investigación de casos, de aplicar soluciones alternativas o el alcance de la discreción, de escoger casos para juicio oral e, inclusive, los parámetros para designar a los procuradores según el tipo de crimen”.

⁵⁰ MANNING, Nick, et al. *Las reformas a la administración de Justicia en Honduras y Bolivia, razones que han obstaculizado su éxito y como enfrentarlas, fundación para el debido proceso Legal*. Banco Mundial. Oct. 2008. Anexo 2. p.175. Disponible en: <http://www.dplf.org/uploads/1227112057.pdf>

prioridades hacia la democratización, el buen gobierno y la edificación del estado de derecho.

En principio, la reforma es un éxito ya que permite a los Estados dotarse de herramientas, cuando menos en derecho penal, más transparentes y deja vislumbrarse en el horizonte, y para los años venideros, una confianza en la administración de la justicia de parte de la población. Los derechos fundamentales que hemos aprendido a conocer, vienen a confirmar para estos países la importancia de que la apariencia de justicia es una noción que jamás se vuelve costumbre y que siempre hay que reforzar. Pero hay que invertir. La ayuda internacional es primordial; una ayuda original y real que respete de la grandeza de los países hermanos del mismo hemisferio.

BIBLIOGRAFÍA

- AZABACHE, César. *Widespread corruption among judicial branch employees... and from the subordination of the legal system to political influence and corruption during the authoritarian rule of Alberto Fujimori (1990-2002)*. Extracto del documento en línea: DESHAZO & VARGAS. *Judicial Reform in Latin America*. Policy Papers on the Americas, Vol XVII, Estudio 2, Center for Strategic and International Studies (CSIS). Septiembre 2006. Disponible en: csis.org/files/media/csis/pubs/0609_latin_judicial_reform.pdf.
- BINDER, Alberto. *La reforma judicial: Para evitar la sociedad violenta y la democracia autoritaria*. Disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/entrevis/03.pdf>
- BISCHOFF, J.L. "Reforming the Criminal Procedure System in Latin America". 9 *Tex. Hosp. J.L. & Pol'y* 27. 2003.
- BLANCO, R., et al. "Reform to the Criminal Justice System in Chile: Evaluation and Challenges". 2 *Loyola University Chicago International Law Review*. Loy. U. Chi. Int'l L. Rev. 2005.
- BUSCAGLIA, Edgardo. "Corruption and Judicial Reform in Latin America". In: *Policy Studies Journal*, 17.4. Instituto Tecnológico Autónomo de México. 1997.
- _____. "The Transition from the Inquisitorial to the Accusatorial System of Trial Procedure: Why Some Latin American Lawyers Hesitate". 53 *Wayne L. Rev.* 785. 2007.
- CAVISE, Leonard L. "When the Inquisitorial and Adversary Systems Collide: Teaching Trial Advocacy to Latin American Lawyers". *DePaul College of Law*, in Bepress. Berkeley Electronic Press. Legal Series. 2006. Working Paper 1049. 15. Disponible en: <http://law.bepress.com/expresso/eps/1049>
- CÓDIGO DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL, con apuntes de Menan Pierre-Louis. Puerto Príncipe. *Presses du D.E.L.* 1995
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (IACHR) Y EL BANCO MUNDIAL. LAS REFORMAS A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN HONDURAS Y BOLIVIA. *Razones que han obstaculizado su éxito y como enfrentarlas*. Octubre 2008. 198 páginas. Disponible en: <http://www.dplf.org/uploads/1227112057.pdf>
- CONNIFF, M. *Populism in Latin America*. University of Alabama Press. Alabama. 1999.
- COOPER, J.M. "Proyecto Acceso: Using Popular Culture to Build the Rule of Law in Latin America". In: *Rutgers Journal of Law & Public Polic.* 2008.
- CORREA SUTIL, Jorge. *Access to Justice and Judicial Reforms in Latin America: Any Hope of Equality?* Disponible en: <http://islandia.law.yale.edu/sela/jcorre.pdf>
- DESHAZO, Peter, et al. "Judicial Reform in Latin America: An Assessment". En: *Supra No. 20*.
- Diariocrítico – EFE. 20 de Noviembre de 2009. Bogotá. Disponible en: <http://>

www.diariocritico.com/colombia/2009/Octubre/noticias/178685/colombia-tienenmas-de-27-mil-desaparecidos.html

DIEHL, James W. "The Introduction of Jury Trials and Adversarial Elements into the Former Soviet Union and Other Adversarial Countries" In: *J. Transnat'l L. & Pol'y*:1, 5-28. 2001.

DOMINGO, Pilar. "Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent Trends in Latin America". En: *In Democratization*. Pub. Routledge. Number 1. Vol. Feb. 2004.

DUCE, Mauricio. *Sistemas Judiciales, "El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal en América Latina"*. Nov. 2004. Disponible en: <http://www.cejamerica.org/doc/documentos/ceja-duce-reforma-mp.pdf>

_____. *Sistemas Judiciales, Una Perspectiva Integral Sobre la Administración de Justicia*. CEJA. Santiago. 2005. Disponible en: <http://www.cejamerica.org/doc/documentos/reforma-mp2-final.pdf>

EINAUDI, Luigi. *La política de seguridad en el hemisferio occidental*. Fort Leavenworth. Military Revue. Kansas. 1997.

ESPINOZA, C.R. "Abandoning the Inquisitor: Latin America's Criminal Procedure Revolution: Articling: Redesigning Mexico's Criminal Procedure: The States' Turning Point". 15. *W. J.L. & Trade Am.* 53. 2008.

FENSOM, Meredith. *Judicial Reform, Military Justice, and the Case of Chile's Carabineros*. Tesis presentada en la escuela de graduados de la Universidad de Florida. Master at Arts in the Law and Policy American Program. Disponible en línea: http://www.law.ufl.edu/cgr/lpap/pdf/case_chile_carabineros.pdf

FIELD, Martha A, et al. "Legal Reform in Central America: Dispute Resolution and Property Systems". *Harvard University Press*. 2001

GARCÍA, F.S. "The Nature of Judicial Reform in Latin America and Some Strategic Considerations", 13 *Am. U. Int'l. L. Rev.* 1267. 1998 "En la esfera criminal, los juzgados regionales se han vuelto actores importantes en la violación sistemática de las libertades civiles y de los derechos individuales, a través de la continuidad del sistema inquisitorial criminal". Disponible en: <http://lic.law.ufl.edu/~hernandez/ForeignE/garcia.pdf>

IACHR. *Access to Justice and Social Inclusion: "The road towards strengthening democracy in Bolivia"*. Washington D.C. 2007. Disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/BOLIVIA.07.ENG.pdf>

LANGER, M. "From Legal Transplants to Legal Translations: the Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure". 45 *Harv. Intl. L.J.p.* 1-27. 2004.

_____. *Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery*. 55 *Am. J. Comp. L.* 617. 2007.

LYNCH, D. J., et al. *Caudillos in Spanish America, 1800-1850*. Oxford University Press. Oxford. 1992.

LOAYZA, María de los Ángeles. *Condiciones de la reforma del procedimiento legal: de la teoría a la práctica: la experiencia boliviana*. Seminario sobre el Estado de derecho y reforma penal. École Nationale de la Magistratura. Port-au-Prince. Haití.

MAIER, Julio, et al. *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*. Publicado por Ad-Hoc, Buenos Aires, en colaboración con la Fundación Konrad Adenauer, 896, 2001. Éste, sin embargo, es del año 2000.

MALDONADO CURTI, Carlos. "La Reforma procesal penal chilena: gestación y estado actual del nuevo proceso penal". *IX Congreso Internacional del CLAD sobre la reforma del Estado y de la administración Pública*. Madrid. 2-5 Nov. 2004.

- MANNING, Nick, et al. *Las reformas a la administración de Justicia en Honduras y Bolivia, razones que han obstaculizado su éxito y como enfrentarlas, fundación para el debido proceso Legal*. Banco Mundial. Oct. 2008. Anexo 2. Disponible en: <http://www.dplf.org/uploads/1227112057.pdf>
- NUZZI, Laura, et al. "Political Bargaining and Democratic Transitions: A Comparison of Nicaragua and El Salvador". In: 31 *J.Latin Am.Stud.* 99. 107. 1999.
- PACIOCCO, David M. *Understanding the Accusatorial System*. Canadian Criminal Law Review. August, 2010.
- PAHL, Michael R. "Wanted: Criminal Justice-Colombia's Adoption of a Prosecutorial System of Criminal Procedure". In: 16 *Fordham Int'l L.J.* 608, 614. 1993.
- PARIENTE, Alain (Dir.). *La séparation des pouvoirs - Théorie contestée et pratique renouvelée*. Dalloz. Paris. 2006.
- PÉREZ PERDOMO, Rogelio. *Venezuela's pre-reform judicial system was marked by inefficiency, widespread corruption, very low level of resources, and the heavy influence of the two leading political parties of the country*. Disponible en: http://www.cejamericas.org/doc/documentos/evaluacionlareformavenezuela_rperdomo.pdf y su presentación del 2002 en las conferencias organizadas por el Banco Mundial, disponible en: <http://info.worldbank.org/etools/docs/library/106128/madrid2002/pdf/rogeliopezperdomo.pdf>
- PIZZI, William T. "Understanding Prosecutorial Discretion in the United States: The Limits of Comparative Criminal Procedure". In: *Ohio State Law Journal*. Vol. 54. 1993. 1325-73
- Programa de Estudios de Seguridad Pública y Estado de Derecho. División de Estudios Jurídicos-CIDE (3 de Enero del 2010). Sin hablar con el juez en su proceso, 82% de reclusos del DF y del Estado de México, disponible en: <http://www.seguridadpublicaide.org.mx/cms/pesed-en-los-medios/80-sin-hablar-con-el-juez-en-su-proceso-82-de-reclusos-del-df-y-edomex>
- Revista de Derecho de Valdivia. V. 10 Agosto 1999. 'Mensaje de SE El Presidente de la República, Don Eduardo Frei Ruiz-Tagle, con que inicia un proyecto de Ley que establece un nuevo código de procedimiento penal'. Boletín N° 1630-07.
- RIEGO, C. "Abandoning the Inquisitor: Latin America's Criminal Procedure Revolution". 14 *Southwestern Journal of Law and Trade in America*. (Sw. J. L. & Trade Am). 2008.
- SEITLES, M.D. "Effect of the Convention on the Rights of the Child upon Street Children in Latin America: a Study of Brazil, Columbia and Guatemala". 16. *Buff. Jour. Pub. Int. Law* 159. 1997.
- Special Report: *Presumed Guilty? Criminal Justice and Human Rights in Mexico*. 24, *Fordham Int'l L.J.* 801, 831. 2001.
- Supra No. 9.
- Supra No. 17.
- Supra No. 26.
- THIBAUD, C. *Caudillos et pronunciamientos en Colombie*. Genèses 61. Paris. 2006.
- UNGER, M. "Elusive Reform: Democracy and the Rule of Law in Latin America". 271, capítulo 2, Boulder pub. London. 2002.
- USAID *promotes the rule of law in Latin America and Caribbean Democracies*. Disponible en: www.usaid.gov/locations/latin_america_caribbean/democracy/rule/index.html.
- VARGAS, Juan Enrique. *La Nueva Generación de Reformas Procesarles Penales en Latinoamérica*. Ponencia Presentada al Congreso Internacional de Derecho Penal. – VII Jornada sobre Justicia Penal. UNAM. México. Junio 2006. Disponible en: www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-509s.pdf

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y JUDICIAL. COMO LEER SENTENCIAS JUDICIALES*

Sergio Rodríguez Alzate**

Fecha de recepción: 11 de Octubre de 2010

Fecha de aceptación: 30 de Noviembre de 2010

Artículo Resultado de Proyecto de Investigación

Resumen

El Estado colombiano es un Estado Social de Derecho (así lo define el Artículo 1° de nuestra Carta Política), con el cual se busca la realización de la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional. De allí, se desprende que sea tan importante el Derecho Constitucional, ya que es la principal rama del derecho público por cuanto participa en todos los estamentos propios de lo jurídico y especialmente de la estructura del Estado como base de todo ordenamiento institucional político, razón por la cual al entenderse como la disciplina del derecho encargada de los estudios conceptuales de los estados sociales de derecho, es vital tanto el surgimiento de la Constitución Política

como de su interpretación, desde el estudio de sus fundamentos hasta la asimilación de una hermenéutica jurídica que encamine a todos los gobernados por la norma de normas. De acuerdo al concepto anteriormente señalado, se hace necesario valorar el alcance de la Interpretación Constitucional en el contexto general de la Carta Magna facilitando la exégesis judicial y su contenido crítico, llegando a una conexión explicativa de cualquier problema jurídico y extrajurídico.

Palabras clave

Interpretación constitucional, obiter dicta y ratio decidendi, líneas jurisprudenciales.

CONSTITUTIONAL AND JUDICIAL INTERPRETATION, AND THE UNDERSTANDING OF JUDICIAL SENTENCES

Abstract

The Colombian State is a Social Standing of right (that way defines it the article 1 of our Politic letter), with the one that you look for the realization of the social justice and the human intervening dignity the public authorities's grip in the beginning, rights and social duties of constitutional order. From there, it is inferred for the right to be so important Constitutional, since the principal branch is the public right insofar as you participate at all of the own it stratums juridical and specially of the structure of the status like base of all institutional political organizing, reason for which to get along well like the discipline of the right entrusted of the conceptual studies of the social standings of right, the surging of the Political Constitution is vital so much seemingly as of his interpretation, from the study of his foundations to the assimilation of one hermeneutical juridical that you lead to all the governed for the standard of standards.

* Investigación denominada Interpretación Constitucional y Precedente Judicial imprescindibles como presupuesto para el entendimiento de los fallos emanados de los Jueces y Magistrados pertenecientes a las Altas Corporaciones del país.

** Abogado, especialista en derecho penal de la Universidad Santo Tomás, docente Universidad Antonio Nariño, Universidad Libre y Universidad Santo Tomás (sede Tunja); coordinador comisión de investigación y acusación honorable Cámara de Representantes, Defensor Público, Abogado litigante, Jefe del Área Penal de la Universidad Militar Nueva Granada, candidato a Magister en derecho penal, Universidad Santo Tomas, Bogotá, en convenio con la Universidad Salamanca, España. sergio.rodriguez@unimilitar.edu.co

According to the concept previously indicated, to appraise the reach of the Constitutional Interpretation in the general context of the Magna Carta making the judicial exegesis easy and his critical contents getting to an explanatory connection of any juridical and extra-judicial problem becomes necessary.

Key words

Constitutional interpretation, obiter dictates and ratio decidendi, lines based on previous court resolutions.

INTRODUCCIÓN

El presente escrito surge como avance de la investigación denominada interpretación Constitucional y Judicial, como leer sentencias judiciales cuyo problema de investigación se concreta en precisar el estudio de la interpretación constitucional y judicial, las cuales son imprescindibles para el entendimiento de los fallos emanados de los Jueces y Magistrados pertenecientes a las Altas Corporaciones del país. Este interrogante se plantea, partiendo de la base de que la Constitución Política es norma de normas, que debe regir nuestro Estado Social de Derecho, y de que el Derecho Constitucional es vital dentro de la estructura del Estado, resulta imperioso entender la manera en que los Jueces y Magistrados, operadores del derecho en el país, buscan la manera de terminar los conflictos de los ciudadanos mediante correctivos que les permitan acceder a los derechos que creen tener menoscabados.

Se parte de los Metodos: Histórico-Lógico, Hermeneutico y Dialéctico, en razón a los criterios de su contenido jurídico-social y su subsecuente interpretación de norma constitucional y a su relación con el análisis normativo y jurisprudencial, sumandose al abordaje causa-efecto, por lo que entraran elementos vinculados a las variables sociales y políticas que conllevaron tales desiciones en su momento.

La importancia del tema propuesto radica en que los Jueces, tienen que emitir distintas clases de sentencias, en las cuales imprimen no sólo su sentir jurídico sino que también involucran aspectos de índole social y filosófico, que pueden causar varios efectos: desde el punto de llegar a revolucionar y causar conmoción a todo un país, hasta sencillamente proferir providencias que confirmen tendencias anteriores con las que incluso se han definido líneas jurisprudenciales; o también, pronunciándose en el sentido de apartarse completamente de dicha línea o precedente, pero presentando las razones por las cuales se opone a decidir con base en el pronunciamiento anterior. Disentimientos éstos conocidos como las técnicas de “*obiter dicta*” y “*ratio decidendi*”, los cuales ayudan a marcar o no tendencias jurisprudenciales.

Es preciso por tanto el estudio de la interpretación constitucional y judicial, las cuales son imprescindibles para el entendimiento de los fallos emanados de los Jueces y Magistrados pertenecientes a las Altas Corporaciones del país. Se pretende identificar un núcleo de desarrollo temático cuyo objetivo específico es definir la norma constitucional en un marco esencial de contenido específico; así las cosas, nos concentraremos como primera medida en el estudio de diversos aspectos de relevancia práctica y jurisprudencial, temas de vital importancia en la disertación de la interpretación constitucional como son la necesidad, la finalidad, los métodos y sus principios.

La interpretación constitucional se plantea como problema cuando se dan soluciones a posibles dificultades que la propia constitución no puede resolver, por lo que el operador de justicia tendrá que interpretar la Constitución cuando la va aplicar, o mejor aún, contestar la inquietud planteada ejerciendo la hermenéutica constitucional.

Dentro de las finalidades de la interpretación se encuentra la de extraer, por parte del Juez,

el sentido normativo del texto jurídico para aplicarlo a un caso concreto.

Igualmente, debe decirse que una de las finalidades primordiales es permitir la actuación práctica del ordenamiento constitucional para lo cual, se debe expandir al máximo la fuerza normativa de la Constitución y la interpretación de todo ordenamiento jurídico de conformidad con ella misma.

De la misma manera, se encuentra la finalidad de la integración del ordenamiento constitucional la cual, en el caso colombiano, se produce a través de las sentencias de la Corte Constitucional quien mediante su interpretación, completan el ordenamiento constitucional

Así mismo, se encuentra la finalidad del control formal de la regularidad de las leyes y el control sustancial de su contenido. Esta finalidad es esencial porque permite al Juez constitucional controlar la aplicación efectiva de la Constitución. En relación con esta finalidad se dice que puede llegar a politizar las decisiones del Juez constitucional; sin embargo ello no ocurre, cuando el Juez constitucional actúa verdaderamente de una manera objetiva y dentro de un sistema democrático con las garantías propias de un Estado Social de Derecho.

Como última finalidad, se encuentra la de elegir la solución más correcta para el caso pero siempre desde el punto de vista constitucional, al igual que sin perder la visión social que siempre debe tener en cuenta todo Juez, al tomar su decisión.

1. ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA

1.1 Concepto de sentencia

Antes de llegar a establecer los aspectos centrales para estructurar una sentencia, es necesario saber lo que ésta significa. Pues bien, etimológicamente quiere decir, dictamen o parecer que uno tiene o sigue, para un caso jurídico es el

parecer que el Juez tiene respecto de las pretensiones o excepciones sometidas a su decisión. Deviene del latín “*sentiendo*”, que equivale a sintiendo, por indicar la sentencia lo que siente u opina quien la dicta¹.

Para Ugo Rocco, configura el acto por el cual el Estado, por medio del órgano jurisdiccional establecido, aplica la norma al caso concreto y declara que tutela jurídica concede el derecho objetivo a un interés determinado².

La sentencia no es otra cosa que una resolución llevada a cabo por un órgano jurisdiccional que pone fin a un procedimiento judicial. Jurídicamente hablando, quien la decide siempre será un Juez o un cuerpo colegiado y contiene la declaración de voluntad de aquellos para aplicar el Derecho a un determinado caso concreto.

El Artículo 29 de la Constitución Política Colombiana, establece el principio del debido proceso y señala en su inciso 4º que “*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento*”; y a la vez, el Artículo 31, señala que “*Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley*”. Es decir, tal y como se puede observar, desde nuestra Carta Magna se consagra no sólo el nacimiento de las sentencias sino que también contiene el objetivo mismo por el que ellas se establecen en nuestra ley de leyes.

En la legislación colombiana también está consagrado el concepto de las sentencias, así en nuestro Código de Procedimiento Civil Artículo 302 se establece que: “*las providencias del Juez pueden ser autos o sentencias*” y expresa que son sentencias las que deciden sobre las

¹ CANOSA TORRADO, Fernando. *providencias y ejecución de providencias Judiciales*. Ed. Doctrina y ley Ltda. Bogotá. 1999. p. 9.

² *Ibidem*.

pretensiones de la demanda o las excepciones que no tengan carácter de previas cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien y las que resuelven los recursos de casación y revisión.

Ahora bien, una vez determinados tanto la procedencia como el significado de las sentencias que emite el Juez, debe conocerse la forma en que éstos toman la decisión en las mismas; por ello, pasaremos a explicarlo.

1.2 ¿Cómo se profieren las providencias judiciales?

Dentro del marco de estructuración de las providencias, a éstas también se les pueden llamar resoluciones o actos dirigidos a darle fin a determinadas controversias que se suscitan en cualquier estadio procesal, las cuales deben ser “congruentes, es decir, deben resolver acerca de todas las cuestiones que hayan sido objeto de debate en el proceso; al igual que dentro del cuerpo general de la providencia, el enjuiciador puede emitir pronunciamientos por fuera de lo pedido por las partes pero solo en el campo estrictamente social, puesto que de lo contrario se transgrediría el principio procesal de “congruencia de la sentencia”, entendido éste como la concordancia entre las peticiones y la decisión, de manera muy especial en lo tocante con las pretensiones de la demanda porque el Juez no puede otorgar en una sentencia, cuando ésta sea estimatoria de la demanda, ni más de lo pedido ni algo distinto, como tampoco condenar por una causa diferente a lo invocado en ella³.

1.3 Clases de Providencias

Las providencias judiciales así mismo se dividen en sentencias, que anteriormente enunciamos, y autos, que constituyen la segunda

clase de actos procesales, que se dividen a su vez en autos interlocutorios y autos de sustanciación entendidos los primeros, como aquellos que resuelven cuestiones importantes dentro del proceso, o los que denomina la doctrina autos interlocutorios con fuerza de sentencia siendo excepcionales porque son de tanta trascendencia que pueden poner fin al proceso como por ejemplo aquel que declara extinguido un proceso, o el que acepta un desistimiento o declara la terminación del proceso por pago de la obligación.

Los autos de sustanciación sirven para impulsar la actuación y llevar el proceso al estado de ser decidido, siendo la norma la que se encargue de precisar cuál es el auto que le permita avanzar en el proceso en forma lógica y ordenada y que es aquel que admite la demanda, el que señala fechas para audiencia, el que corre traslado a las partes, encontrándose indicados los correspondientes para cada clase de proceso⁴.

1.4 Contenido de la Sentencia

Lo establece la codificación procedimental civil en el Artículo 304 mencionando que las sentencias deben ser motivadas, haciendo vinculación fundamental de los preceptos de interpretación libre que la ley otorga a los jueces pero, sujetos siempre a los fundamentos que se tuvieron en cuenta para llegar a la determinación evitando actos caprichosos, subjetivos e inconsultos; según el Artículo mencionado, la sentencia debe indicar formalidades comunes tales como una breve síntesis de la demanda y su contestación, consideraciones sobre los hechos y la prueba que los sustenta, el fundamento legal y jurídico y la parte resolutive estableciendo el fallo fundamentado, decisión que debe ser expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones cuando

³ Ibid. pp. 4-5.

⁴ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*. Ed. Abc. Bogotá. 1993. p. 511.

proceda resolver sobre ellas y en especial lo que cada procedimiento en particular exija por ejemplo liquidar el crédito conforme al proceso ejecutivo o realizar labores consecuenciales con dicha decisión⁵.

Ha de tenerse en cuenta la parte resolutive en cuanto su elaboración, ya que al contener aspectos contradictorios podrá ser susceptible de ser recurrida y llegar a dar lugar a una causal de casación.

1.5 Aclaración, corrección y adición de las providencias

Los actos humanos como efectivamente son las decisiones del Juez pueden presentar inconsistencias y falencias propias de su actuar; por ejemplo, errores aritméticos o no pronunciarse sobre parte de lo pedido, genera lo preceptuado en los Artículos 309 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, situación diferente a los recursos ya que la aclaración, corrección o adición de los fallos judiciales no son formas de impugnación, situaciones que se solicitan en el termino de ejecutoria de estos actos en particular⁶.

En el caso concreto de la aclaración la finalidad, esta es hacer entendible los conceptos plasmados o frases que generen algún motivo de duda, procede contra toda providencia y se solicita a petición de parte, no sin que proceda ninguna modificación, so pretexto de ser aclarada, siendo menester la presencia de los siguientes requisitos:

- a. La presencia de una circunstancia que genere ambigüedad.
- b. Que la circunstancia de ambigüedad sea parte de la resolutive de la sentencia o haya influido en ella.
- c. Que la aclaración sea solicitada dentro del término de ejecutoria del fallo.

⁵ Ibid. p. 512.

⁶ CANOSA TORRADO, Fernando. Op. Cit. p. 21.

Por su parte, la corrección aritmética, es aquella en donde se aclara la decisión a consecuencia de un error puramente aritmético y no en una operación aritmética. Aclaración esta que procede en cualquier tiempo y que se decide mediante un auto interlocutorio el cual está sujeto al recurso de apelación.

En lo que hace referencia a la adición esta procede contra sentencias o autos, ya sea de oficio o a petición de parte y opera cuando omite pronunciarse sobre cualquier punto que debía ser objeto de pronunciamiento, es decir, que opera la adición cuando la sentencia es *cifra petita*.

2. ¿QUÉ ES LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA?

Para algunos autores como Kart Larenz⁷, interpretar es un hacer mediador por el cual el intérprete comprende que el sentido del texto se ha convertido en un problema; ese hacer mediador nos lleva en esencia a representar diferentes significados de lo que pretende interpretar, llegando así a su exactitud. Para ello sondea el contenido del texto y su propio intelecto del asunto en cuestión, para alcanzar una valoración puramente subjetiva, la cual no es una conclusión vinculante; es una lección motivada por razones de peso entre las diferentes posibilidades de interpretación. Por tanto, interpretar un texto quiere decir decidirse por una entre muchas posibles significaciones.

La finalidad del análisis del contenido es, según la definición del sociólogo estadounidense Bernard Berelson, “proporcionar una descripción objetiva, cuantitativa y sistemática del contenido manifiesto de la comunicación”.

El procedimiento consiste en la descomposición de la unidad comunicativa (ley, doctrina, jurisprudencia) en elementos cada vez más simples, individualizados por medio de criterios

⁷ RODRÍGUEZ, M. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Ed. Ariel. Barcelona. 1980. p. 192 - 193.

sistemáticos y empíricamente verificables. Esos elementos se clasifican según categorías representativas del tema elegido, las cuales se convierten a su vez en variables que se someten a un cálculo estadístico. Se obtiene así un cuadro de los elementos léxicos que predominan en el texto dado, cuyas frecuencias y relaciones recíprocas, valoradas estadísticamente, permiten evidenciar el contenido explícito de cualquier forma de comunicación.

Las críticas que recibe esta técnica de investigación se centran, sobre todo, en su modo de individualizar las categorías descriptivas e interpretativas, que para el analista del contenido se pueden establecer a priori, mientras que para el semiólogo, por ejemplo, derivan de las relaciones internas que se producen entre los elementos constitutivos del texto mismo. Por otro lado, el interés por el contenido manifiesto de la comunicación excluye variables importantes como los aspectos no verbales, el contexto en el que se produce el intercambio comunicativo, el trabajo de descodificación del receptor, etcétera. En los últimos años, las técnicas de investigación han alcanzado un gran desarrollo y se han perfeccionado gracias a los avances del software, programas que permiten utilizar categorías descriptivas mucho más complejas, capaces de considerar y valorar los aspectos lingüísticos y las relaciones del texto analizado.

La interpretación jurídica se debe ubicar entonces dentro de la hermenéutica (*interpretatio* es la traducción latina del griego *hermenéia*) que palabras más, significa la ciencia que se ocupa de la comprensión e interpretación de ciertos textos, al caso concreto dicha acepción es una especie del género denominado “interpretación en función normativa” tal como lo expresa Emilio Betti y agrega: el problema que caracteriza este tipo de interpretación consiste en entender para actuar o para decidir⁸.

⁸ DE LOS MOZOZ, J. *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1975. p. 95.

Para nuestro Estado de Derecho, el tema de la interpretación constitucional es sumamente importante y, a pesar que casi no se menciona este programa en los cursos de derecho, resulta casi que eminentemente necesario para abordar el sentido mismo de las expresiones constitucionales así como sus reglas y principios, bases de todo orden, ya que entendiendo a la Constitución como norma de normas es verdaderamente fácil comprender cualquier otro ordenamiento jurídico.

De acuerdo a lo anterior, debe concluirse que el intérprete, que refiere directamente al operador de justicia, al analizar cada caso específico debe tener la capacidad de alcanzar a conocer los caracteres de la totalidad de un texto jurídico. Así, luego de comprender el contenido sintético logra a su vez, situar el caso específico dentro de un contexto, para lo cual no sólo tiene la facultad de análisis sino también la de saber aplicar la norma precisa al caso concreto.

2.1 Determinación de *obiter dicta* y *ratio decidendi*

Para poder emitir la sentencia, el Juez debe, como ya se dijo en anteriores numerales, estructurar muy bien su providencia de tal forma que no exista duda alguna sobre sus argumentos, omisión respecto de las pretensiones, confusión en sus razonamientos y mucho menos desatino en sus decisiones.

Por eso, el Juez como primera autoridad llamada a impartir justicia y equilibrio a la sociedad, debe resolver el problema planteado presentando de manera clara los razonamientos que lo llevaron a tomar la decisión de la forma en que lo hizo, para lo cual no sólo se puede fundamentar en conceptos sociopolíticos, filosóficos, culturales, históricos y en estudios puntuales respecto del área específica a tratar sino también, en las normas jurídicas que debe aplicar así como en las pruebas que lo indujeron

a determinar que su fallo debía emitirse de una u otra forma.

Entonces, según lo visto, se hace imperioso precisar que existen tres principios fundamentales sobre los cuales el Juez va a pronunciarse, que son:

- a. **El principio de obediencia**, que consiste en el respeto por los fallos precedentes respecto de temas determinados y que servirán como base para la emisión de un fallo posterior.
- b. **El principio de independencia**, que radica en la autonomía que tiene el Juez para proferir su fallo, de acuerdo a la particularidad del caso.
- c. **El principio de igualdad**, que establece que los jueces, basados en el principio de la autonomía funcional, pueden resolver controversias enfrentados a dos situaciones sustancialmente idénticas.

Teniendo en cuenta los principios anteriormente expuestos, debe decirse que existen argumentos ilegítimos o legítimos para apartarse o no del precedente (regla general y abstracta creada por los jueces para resolver un caso concreto, siendo obligatorias para los otros órganos judiciales). Los primeros, refieren a la ignorancia o desconocimiento de la jurisprudencia o su desobediencia con los cuales muchas veces se puede generar algún tipo de error judicial (hasta conllevar a tutelar el derecho al debido proceso por la existencia de una vía de hecho), constituyendo así que el Juez justifique suficiente y adecuadamente la razón por la cual se aparta del precedente; en tanto que, los segundos, corresponden a los procedimientos que identifican de manera técnica la doctrina constitucional dentro de la línea jurisprudencial, los cuales se han denominado como **obiterdictum**, **ratio decidendi** y **disanalogía**.

En torno a estos últimos, comenzaremos por explicar en qué consiste el argumento de la

disanalogía, que reside en que el Juez se aparte del precedente porque el caso nuevo que está tratando; por algún aspecto que lo diferencia de los demás, no es análogo al anterior y es allí entonces cuando tal autoridad de la justicia, puede entrar a interpretar y aplicar directamente la norma de rango constitucional.

En el argumento señalado, el Juez debe sin lugar a dudas explicar y demostrar de manera efectiva, el por qué de su lejanía con los casos anteriores como también exponer respecto del vacío jurisprudencial constitucional que le impida aplicar de manera igual el caso nuevo, o que le imposibilite recurrir a las subreglas de la jurisprudencia.

Igualmente, debe señalarse que las explicaciones referidas deben provenir desde lo más profundo del Juez, es decir, deben venir no sólo de su mente sino también de su corazón ya que el trabajo de la justicia en general debe hacerse, como se dijo al iniciar nuestro trabajo, sintiendo verdaderamente lo que se opina, para así poder emitir un fallo acorde a derecho que justifique la necesidad del proceso, pues bien lo decía Carnelutti:

“El proceso sirve, pues, en una palabra, para hacer que entren en juicio aquellos que no lo tienen, y puesto que el juicio es propio del hombre, para sustituir el juicio de uno al juicio de otro u otros, haciendo del juicio de uno la regla de conducta de otros. El que hace entrar en juicio, es decir, el que suministra a otros lo que necesitan, su juicio, es el Juez. El Juez es, en primer lugar, uno que tiene juicio; si no lo tuviese, ¿cómo podría darlo a los demás? se dice que tienen juicio los que saben juzgar”⁹.

El Juez es como una esperanza para quien siente burlado o desprotegido su derecho, y en ese sentido bien lo dijo en su oportunidad

⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Como se hace un proceso*. Ed. Temis S.A. Bogotá. 1989. p. 33.

el poeta Rafael Pombo: “*toda autoridad es por exceso de verdad, pamplina pues siendo todo ser creación divina todo efecto en tal causa origen tiene*”, lo cual quiere decir, que un buen jurista no puede desconocer los principios fundamentales de la lógica y el raciocinio¹⁰.

De esta manera, finiquitamos la disanalogía como uno de los argumentos legítimos que el Juez puede utilizar al momento de emitir su fallo, para pasar a explicar los obiterdictum y ratio decidendi.

2.2 *Ratio decidendi* y *obiterdictum* como argumentos legítimos

Es de vital importancia determinar la diferencia entre cada uno de los argumentos legítimos del precedente, la cual sin duda alguna será de fácil entendimiento después de explicarlos de manera separada como a continuación lo veremos:

Como primera medida debe precisarse que la jurisprudencia es ante todo una fuente formal de derecho, así como también lo son, la Constitución, la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho; son las fuentes del Derecho colombiano. En su Artículo 4, la Constitución es considerada como la norma de normas y, como tal, fuente indiscutible de Derecho, al tener que desarrollarse todo el Derecho con sujeción a la ley fundamental, obligando a gobernantes y gobernados.

La ley está consagrada por el Artículo cuarto del título preliminar del Código Civil, que establece: “*La ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución nacional. El carácter de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar*”. Por su parte, la costumbre (recogida en el Artículo

13 de la ley 153 de 1887) se define, “*siendo general y conforme a la moral cristiana, constituye Derecho, a falta de legislación positiva*”, pero es en el Artículo 3 del Código de Comercio, legislación que recurre con mayor frecuencia a esta fuente, donde se concreta su sentido, cuando establece:

“La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contrarie manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella. En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior”.

Los principios generales de Derecho se consiguen en el Artículo octavo de esta legislación: “*Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de Derecho*”. Sobre este particular la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 23 de junio de 1958, menciona:

“El ordenamiento jurídico no está constituido por una suma mecánica de textos legales. No es, como pudieran creerlo, una masa amorfa de leyes. Todo orden jurídico está integrado por ciertos principios generales, muchos de ellos no enunciados concretamente por el Código Civil, pero de los cuales, sin duda, se han hecho aplicaciones concretas a casos singulares”.

En este punto, es importante, señalar que el Artículo 230 de la Constitución Política, señala que los Jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, y que la equidad, los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia son criterios auxiliares de la actividad judicial. Por eso, sobre éste último aspecto, nos detendremos un poco por considerarlo demasiado importante para nuestro estudio.

¹⁰ POMBO, Rafael. “Las Autoridades”. En: FRADIQUE MÉNDEZ, Carlos. *Antología de la Poesía Jurídica*. Ed. Jurídica Gustavo Ibáñez. Bogotá. 1998.

3. LA JURISPRUDENCIA Y SU VALOR

En el Artículo 4 de la Ley 153 de 1887 se emplea la expresión “reglas de la jurisprudencia” para manifestar que “*servirán para ilustrar la Constitución en los casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes*”. Pero dicha expresión se ha ceñido al conocimiento de las decisiones de los tribunales, concretamente a las de la Corte Suprema de Justicia, lo que viene a significar la doctrina probable de la Corte Suprema, como tribunal de casación.

Por ello, la jurisprudencia tiene en Colombia un alcance de interpretador del Derecho dudoso e integrador del mismo, sin desconocer que hay quienes piensan que la jurisprudencia nacional tiene un verdadero valor de fuente del Derecho en Colombia.

Igualmente debe advertirse que:

“La jurisprudencia como criterio auxiliar de la actividad judicial debe entenderse que el constituyente del 91 le da al término un alcance más amplio que el que tiene en la ley 69 de 1986, puesto que no sólo la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, crea hoy con sus fallos, pautas plausibles de orientación a los Tribunales y Jueces de niveles subalternos. Lo hacen también otras Corporaciones judiciales no existentes aún hace un siglo, como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Queda dicho ya, que las orientaciones así trazadas no son vinculantes sino optativas para los funcionarios judiciales. Además, no resulta justificado ni razonable, en la actualidad circunscribir la jurisprudencia al campo del derecho común ni atribuir sólo al recurso de casación la virtud de generarla”¹¹.

La ratio decidendi, es la regla general o el principio que sirve de fundamento al fallo y lo que verdaderamente lo vincula como precedente es precisamente lo establecido en dicho fundamento judicial, siendo éste lógico

y argumental, como primordial característica. Sobre el particular, la Corte Constitucional en su sentencia SU – 047 /99, expresa:

“Ratio decidendi, alcance del respeto al precedente y cosa juzgada constitucional implícita”¹².

48 - Para comprender el alcance de la obligatoriedad de un precedente, resulta indispensable distinguir entre los diversos aspectos de una decisión judicial. Así, siguiendo en parte la terminología de los sistemas del CommonLaw, que es en donde más fuerza tiene la regla del “staredecisis”, y en donde por ende más se ha desarrollado la reflexión doctrinal en este campo, es posible diferenciar muy esquemáticamente entre la parte resolutive, llamada a veces “decisum”, la “ratio decidendi” (razón de la decisión) y los “obiter dicta” (dichos al pasar).

Estos conceptos son formulados de distinta manera y con lenguajes diversos por los autores, lo cual ha generado a veces agudas discusiones conceptuales. Sin embargo, su sentido esencial es relativamente claro: Así, el decisum es la resolución concreta del caso, esto es, la determinación específica de si el acusado es o no culpable en materia penal, si el demandado debe o no responder en materia civil, si al peticionario el Juez le tutela o no su derecho, si la disposición acusada es o no retirada del ordenamiento, etc. Por su parte, la ratio decidendi es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive. En cambio constituye un mero dictum, toda aquella reflexión adelantada por el Juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario.

Ahora bien, estos diversos componentes de una sentencia tienen distinta obligatoriedad en el CommonLaw. Así, el decisum, una vez que la providencia está en firme, hace tránsito a cosa juzgada y obliga a los partícipes en el proceso.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-083/95. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047/99. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Sin embargo, y contrariamente a lo que a veces se piensa, esta parte resolutive no constituye en sí misma el precedente, ni vincula a los otros jueces, por la sencilla razón de que a éstos no corresponde decidir ese problema específico sino otros casos, que pueden ser similares, pero jamás idénticos. Por ello, en el sistema del CommonLaw es claro que el precedente vinculante es la ratio decidendi del caso, ya que ese principio abstracto, que fue la base necesaria de la decisión, es el que debe ser aplicado por los jueces en otras situaciones similares. Así lo señaló con claridad en Inglaterra Lord Jessel, en el caso Osborne v Ryley de 1880, en donde precisó que “la única cosa que es vinculante en una decisión judicial es el principio que sirvió de base a la decisión”. Finalmente, los obiter dicta tienen una fuerza persuasiva, que puede ser mayor o menor según el prestigio y jerarquía del tribunal, pero no son vinculantes; un dictum constituye entonces, en principio, un criterio auxiliar pero no obligatorio para los otros jueces (...).”

De los apartes de la sentencia anteriormente transcritos, se colige que la jurisprudencia nos da el argumento legítimo de la distinción entre la ratio decidendi y la obiter dicta; precisamente, la sentencia SU-047 de 1999, en su parte motiva, nos enseña en qué consiste la ratio decidendi, técnica que se refiere a los argumentos con los cuales el Juez demuestra la razón por la cual decide apartarse del precedente; en tanto que con la sentencia SU 1300 de 2001, se muestra el momento al cual se debe llegar para aplicar la obiter dicta, que son los dichos de paso, los cuales son criterios auxiliares no obligatorios, con lo cual, básicamente se llega a diferenciar las técnicas.

Por lo anterior, se transcribe en lo pertinente, apartes de la sentencia SU 1300 de 2001, proferida por la Corte Constitucional, en la cual se dijo lo siguiente:

“El valor normativo de los precedentes constitucionales

En primer lugar, la Sala Plena considera oportuno reiterar su jurisprudencia sobre el valor normativo

de los precedentes constitucionales en materia de control abstracto de constitucionalidad, ya que el peticionario alega que la regla de derecho que fue inaplicada en su caso, es una supuesta regla establecida por la Corte Constitucional en la sentencia C-127 de 1993.

La Corte Constitucional ha dicho reiteradamente, desde sus comienzos, que las decisiones de la Corporación que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional son fuente formal de Derecho, y constituyen doctrina constitucional obligatoria (C-131/93, C-083/95, C-037/96, SU-047/99, C-836/2001).

En la construcción de la teoría de la obligatoriedad de los precedentes judiciales, la Corte Constitucional ha usado los conceptos de Decisum, ratio decidendi, y obiter dicta, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El decisum, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional, tiene efectos erga omnes y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La ratio decidendi, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los obiter dicta o “dichos de paso”, no tienen poder vinculante, sino una “fuerza persuasiva” que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación. (se sigue aquí la sentencia SU-047/99).

En el mismo sentido, en la sentencia C-037 de 1996 la Corte admitió que “tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en la parte motiva que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella.”

En la SU-047 de 1999, la Corte Constitucional entendió que el fundamento del carácter vinculante general de la ratio decidendi

las decisiones judiciales, es que los jueces deben fundar sus decisiones, no en criterios ad-hoc, caprichosos o coyunturales, sino en principios generales, o en reglas universales que han adoptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro. El Juez debe hacer justicia en el caso concreto pero de conformidad con el derecho vigente, por lo cual tiene el “deber mínimo” de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta.

En la sentencia que se viene siguiendo, se precisa que “en realidad son los jueces posteriores, o el mismo Juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la ratio decidendi de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente ‘puede no ser la ratio decidendi que el Juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores’”. El Juez que decide el caso no puede caprichosamente atribuir el papel de ratio decidendi cualquier principio o regla sino que únicamente tienen tal carácter aquellas consideraciones normativas que sean realmente la razón necesaria para decidir el asunto.

Con base en estas consideraciones, la Sala determinará en el aparte siguiente si el argumento que aduce el peticionario como ratio decidendi de la constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito de particulares en la sentencia C-127 de 1993, tiene el carácter de tal, o si constituye más bien un obiter dicta”.

Con los apartes de los fallos reproducidos, se establecen los criterios aplicables de la Corte Constitucional, los cuales constituyen una doctrina vinculante, por regla general, al cumplimiento de las providencias judiciales, como criterio auxiliar de la actividad judicial, como ya lo dijimos en párrafos anteriores.

Una vez entendido el quid del asunto respecto del obiter dicta como de la ratio decidendi, podremos dirigir nuestra atención a la correcta elaboración de lo concerniente a la construcción de líneas jurisprudenciales.

3.1 Construcción de líneas jurisprudenciales

Una de las características que debe tener un buen operador de justicia, es la elaboración de líneas jurisprudenciales, por eso, es necesario desarrollar la capacidad, la formación de ellas, relacionando a la vez, las sentencias que han sido hito y que han servido como precedente en determinados casos de la jurisprudencia.

Así mismo, y teniendo en cuenta que ante todo se precisó sobre el contenido de la sentencia al igual que respecto de la interpretación tanto judicial como constitucional, es pertinente instruirse en cuanto a la formación de una línea jurisprudencial, que consiste en el esfuerzo que debe tener el operador al tratar de darle sentido a un pronunciamiento judicial con el propósito de responder correctamente y de manera técnica respecto del problema jurídico planteado.

Debe decirse igualmente que en Colombia existen tres tipos de sentencias desde el punto de vista de su importancia estructural dentro de la línea.

Así, en primer término, se tienen las sentencias fundadoras de línea, que son fallos, por regla general proferidos por la Corte Constitucional entre 1991 y 1992, en los que dicha Corporación aprovecha sus primeras sentencias de revisión para hacer enérgicas y muy amplias interpretaciones de derechos constitucionales. Constantemente son pretenciosas en materia doctrinaria y en las que se hacen grandes recuentos de los principios y reglas relacionados con el tema bajo estudio. Se caracterizaron por sus propósitos, son sentencias bastante eruditas, enfáticas y también generalmente extensas.

Tomaban el apoyo del vacío jurisprudencial para consagrar visiones distintas y que revolucionaron en cierta medida varios aspectos socio políticos del país ya que al tener un

sentido de toque filántropo acarrearán consecuentemente que se extendiera, de alguna manera, una posición en contra del sistema. Ese despliegue de energía se derivó esencialmente de la Constitución Política de 1991, que trajo grandes cambios a las instituciones políticas y con la que se pudo advertir varias posibilidades reales y fácticas para el acceso al reconocimiento de nuestros derechos.

Igualmente, debe decirse que en su mayoría tenían un gran desarrollo de obiter dicta y por su tendencia reformadora trataron de influir para dar la pauta marcando balances jurisprudenciales; empero, ello no sucedió así pues a pesar del espíritu altruista que tenían sólo permanecieron por un tiempo determinado, por varios factores, entre otros, la intromisión del gobierno de la época.

En segundo término, existen las llamadas sentencias hito, que son aquellas que trazan de manera imperiosa una regla de derecho constitucional, por parte de la Corte Constitucional. Tales sentencias habitualmente originan por su importancia jurídica cambios dentro de la línea jurisprudencial, lo cual se logra a través de técnicas legítimas en las que se resalta la trascendencia de las distintas providencias como cambios, unificaciones o distinciones jurisprudenciales. En torno a esta clase de sentencias, debido a la controversia que ellas generan, la mayoría de las veces suscitan salvamentos o aclaraciones de voto.

En tercer lugar, se encuentran las sentencias meramente confirmatorias de doctrina, que son las que se emiten para aplicar el derecho a un caso nuevo pero teniendo en cuenta una sentencia anterior, es decir que es sobre éstas con las que el Juez se debe a sí mismo y a quienes va dirigida la providencia, el cumplimiento del principio de obediencia de la jurisprudencia, que es común para la mayoría de sentencias proferidas por la corte.

3.2 Modificación y rectificación jurisprudencial

En este punto y teniendo en cuenta todos los aspectos vistos atrás, debemos decir que la modificación, rectificación y cambio jurisprudencial, aunque se ha dado en las Altas Cortes, su uso es poco frecuente en el diario vivir del estudio de los jueces y magistrados, ya que como regla número uno de partida está la del respeto al precedente, y en esa medida el jurista está en la obligación de argumentar y manifestar rigurosamente las razones de hecho y de derecho que lo llevaron a tomar decisión diferente, con la cual se adopta una nueva tendencia para la jurisdicción.

El cambio de jurisprudencia debe ser la consecuencia lógica de las reflexiones que el Juez haga respecto de los análisis y raciocinios a los que había llegado en casos anteriores y así llegar a la conclusión de que esa decisión debía ser cambiada.

Sin embargo, es relevante tener en cuenta que la nueva tendencia a adoptar puede traer bastantes consecuencias tanto jurídicas como sociales, y es eso lo que debe analizarse muy bien si efectivamente es conveniente emitir de esa manera el fallo o no, ya que son numerosos los efectos que trae consigo un nuevo aporte jurisprudencial, máxime si puede despertar desavenencias sociopolíticas y a la vez, dejar de lado ciertos derechos que algunas personas habían estado gozando gracias al precedente; en fin, un sin número de ramificaciones pueden resultar de un buen o mal análisis del Juez, más aún si se tiene en cuenta que después de haber tomado la decisión, deberá ser lo más firme que pueda en ella, pues no tiene sentido ni presentación que un día se profiera un fallo de una forma y al día siguiente de otra, generando así desorden y además inseguridad jurídica tanto para los demás jueces como para los abogados litigantes, quienes con su caminar constante por los pasillos de las secretarías buscan estar

al día en sus procesos y que se obre de manera justa en sus pleitos. Como bien lo señala Carlos Fradique en uno de sus tantos poemas:

“¿El derecho se hace inepto, si no hay unidad posible, entre el tenor del precepto y la ley del Juez infalible? (...) Y al juzgar el doctrinante distinto al jurisprudente, y también al litigante y a lo que piensa la gente, en una babel vivimos sin que ninguno enarbole El emblema en que pedimos que nadie las leyes viole?”¹³.

Al respecto, también se hace necesario traer a colación algunos apartes de la sentencia SU - 047 de 1999, en la cual en torno a esta técnica se dijo lo siguiente:

“Respeto a los precedentes y cambio jurisprudencial.

43- El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el Juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no

es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo Juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por todo lo anterior, es natural que en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas.

44- El respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas”.

4. ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

4.1 La argumentación en general

En general, la idea de argumento se vincula directamente al concepto lógica (del griego, logos, ‘palabra’, ‘proposición’, ‘razón’), disciplina y rama de la filosofía que estudia los

¹³ Poema “Conclusiones”. En: FRADIQUE MENDEZ, Carlos. *Antología de la Poesía Jurídica*. Op. Cit. p. 327.

principios formales del conocimiento humano. Su principal análisis se centra en la validez de los razonamientos y argumentos, por lo que se esfuerza por determinar las condiciones que justifican que el individuo, a partir de proposiciones dadas, llamadas premisas, alcance una conclusión derivada de aquéllas

La lógica garantiza que si las premisas son verdaderas, la conclusión también será necesariamente verdadera o, dicho de otra forma, que no es posible que de premisas verdaderas se siga una conclusión falsa.

Argumentar proposición o tesis; puede estar fundamentado de varias maneras, y para que sea un argumento correcto, esta fundamentación debe ser adecuada y suficiente. En lógica se habla con mayor precisión de “argumento formal” cuando se considera la estructura formal del argumento, independientemente de su contenido, y esta estructura sigue de un modo preciso las leyes de la lógica formal.

La lógica es el estudio de los métodos y principios utilizados con el fin de distinguir los razonamientos correctos de los incorrectos. Por lo tanto, no es una explicación de cómo pensamos sino un modelo de cómo debemos pensar para hacerlo correctamente.

Un argumento es correcto si y sólo si, no es posible que sus premisas sean verdaderas y la conclusión sea falsa. Si las premisas son verdaderas, la conclusión debe ser necesariamente falsa.

4.1.1 La validez de los argumentos

La lógica nos desarrolla las reglas y métodos para saber cuándo es correcto o no un argumento. Para ello distinguimos entre verdad y validez, conforme a los argumentos correctos desde el punto de vista de la lógica deducimos que éstos son formalmente válidos.

La relación entre los argumentos formalmente válidos y la verdad de las premisas y de la

conclusión tiene tres aspectos a considerar: la corrección formal del argumento, la verdad de las premisas y la verdad de la conclusión.

Debemos diferenciar entre razonamiento formalmente inválido y la idea de verdad o falsedad de las premisas o de la conclusión. Hay razonamientos formalmente válidos con premisas falsas y conclusiones verdaderas o falsas.

Se denominan razonamientos materialmente válidos o sólidos a los que son formalmente válidos, con premisas verdaderas y conclusiones verdaderas. La validez lógica es independiente de la verdad. La validez lógica sólo es un transmisor de la verdad.

Una proposición es verdadera si y sólo si se da el estado de cosas al que se refiere.

4.1.2 Argumentación teórica y práctica

De acuerdo con lo señalado, desde un punto de vista lógico una argumentación es una serie de proposiciones, construida de tal manera que a partir de las premisas se llega necesariamente a la conclusión¹⁴. El razonamiento teórico se caracteriza porque da lugar a una inferencia deductivamente válida, esto es, si las premisas son verdaderas, entonces la conclusión también lo es.

4.1.3 La Lógica como modelo de argumentación correcta

La lógica es la fuente formal técnicamente de las argumentaciones. La validez lógica es independiente de la verdad o falsedad de las premisas; un argumento es lógicamente válido si, y sólo si, entre las premisas y la conclusión

¹⁴ Ya Ricoeur nos previene diciendo que la interpretación y la argumentación no están tan separadas, no deben verse con ese ánimo dicotómico de o bien la una o bien la otra, sino de conjuntarlas a las dos, lo cual se dará parcialmente, por supuesto. RICOEUR, P. *Interpretación y/o argumentación*. Ed. Caparrós. Madrid. 1999.

hay una relación de implicación. Importa la forma y la conclusión de las premisas, no su contenido.

En lógica se han construido lenguajes artificiales que son muy aptos para el análisis de la relación de implicación, pero que son muy distintos de los lenguajes naturales con los que habitualmente nos expresamos.

Lenguajes artificiales son lenguajes que contienen: a) Un vocabulario básico, b) Un alfabeto rigurosamente establecido. c) reglas sintácticas de formación de expresiones bien formadas del lenguaje; y d) Reglas de transformación o reglas lógicas que muestran como se puede pasar de unas fórmulas a otras, como se pueden obtener determinadas conclusiones a partir de ciertas premisas.

4.1.4 Falacias y errores en la argumentación

Una falacia es, en sentido amplio, un error en la argumentación¹⁵. Calificar un argumento como falaz, significa afirmar que viola alguna de las reglas de los buenos argumentos ahora bien, mientras el conjunto de reglas básicas del razonamiento correcto se puede definir claramente desde el punto de vista lógico, el conjunto de errores posibles, no puede ser definido. Hay infinitas maneras de razonar incorrectamente. Falacia es una forma de argumentación que parece correcta, pero que al analizar más cuidadosamente se ve que no lo es.

Hay dos grandes grupos de falacias:

- a. **Formales:** que son errores de aplicación de las reglas lógicas y producen argumentos inválidos desde el punto de vista de la lógica.
- b. **No formales:** que son producidas por argumentos que son incapaces de establecer la verdad de las premisas y que no son sólidos, independientemente de su corrección lógica

¹⁵ Al respecto consultar: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-543/92. M.P José Gregorio Hernández Galindo.

4.2 La argumentación judicial

4.2.1 ¿Qué es la argumentación jurídica?

Se dan razones para buscar la aceptación de una tesis o postura frente a un asunto determinado. Por ejemplo: En este momento existe una propuesta en el ámbito del legislativo para incrementar las penas por hurto de automóviles entre los supuestos de los Artículos 239, 240 y 241 del Código Penal vigente. Entre las razones que se dan para sustentar esta modificación al ordenamiento de las penas, podrían considerarse las siguientes:

- a. El hurto es el apoderamiento de cosa mueble ajena, con el propósito de obtener un provecho para sí o para otro.
- b. Quien hurta un vehículo con el propósito de lucrarse, ha vulnerado un principio moral y el patrimonio económico de la víctima.
- c. Quien hurta vehículos, se convierte en un sujeto contrario a la ley y buenas costumbres que perjudica a su núcleo familiar con sus conductas;
- d. El núcleo familiar del trasgresor de la norma tiene derecho a reconstruir su forma de vida sin dejarse afectar con las actividades delictivas.

Lo importante es demostrar que para obtener la aceptación de una idea propuesta es preciso argumentar.

La argumentación se define como proposición o tesis; puede estar fundamentado de varias maneras, y para que sea un argumento correcto, esta fundamentación debe ser adecuada y suficiente.

4.2.2 Los ámbitos de la argumentación jurídica

La argumentación es una actividad que se ejercita en los diversos ámbitos o situaciones jurídicas, no significa que la argumentación se ejercite en los mismos términos y siguiendo el mismo patrón en todos los ámbitos de

la actividad jurídica. La argumentación desarrollada depende siempre de cuál sea la finalidad perseguida en el ejercicio de la actividad jurídica.

En términos generales se distinguen tres ámbitos distintos de lo jurídico en los cuales se efectúan argumentaciones: El de la producción o establecimiento de normas jurídicas, Fase pre-legislativa, Fase Legislativa.

El de la aplicación de las normas jurídicas para la solución de casos concretos: Se trata de las argumentaciones dadas por quienes ejercen el derecho. La argumentación en este contorno puede producirse tanto respecto de los hechos como respecto del derecho.

Así, a la hora de resolver un caso, el Juez tendrá que expresar las razones que justifican su decisión. Ejemplo: un proceso de acceso carnal violento en el que el Juez con función de control de garantías dentro de su potestad otorga como medida de aseguramiento detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, la decisión de primera instancia declara fundadas las pretensiones de la defensa disponiendo que se otorgue dicha medida, pero las autoridades incumplen el mandato judicial. Se manifiesta el no acatamiento, pero en un transcurso breve, se produce el cumplimiento de la orden judicial, no obstante el reconocimiento de este hecho, se emite la siguiente consideración: En instalaciones de audiencia el Juez predica la afirmación consistente en que efectivamente existe una nulidad por violación a garantías fundamentales conforme al Artículo 29 de la Constitución Política y 457 del Código de Procedimiento Penal informando que se lesionó el debido proceso y el no acatamiento de una decisión judicial.

En el caso propuesto, el Juez introduce un razonamiento sumamente innovador interpretando en forma sistemática el Artículo 457 de la Ley 906 de 2004, aceptando por ello, que la vulneración del derecho se produjo realmente.

Se configura así una argumentación jurídica INNOVATIVA que enfatiza la protección de los derechos fundamentales y que, en términos instrumentales podría servir más aún en los casos en que subsistan las condiciones que hacen propicia la vulneración del derecho.

El de la dogmática jurídica: La dogmática es un ámbito en el cual o desde el cual, se producen argumentos. Es bueno recordar que respecto del Derecho, la dogmática cumple tres funciones básicas: suministra criterios para la producción del Derecho en las diversas instancias en que esto tiene lugar; suministra criterios para la aplicación del Derecho y ordena y sistematiza un sector del ordenamiento jurídico.

Para efectos de la argumentación jurídica, interesa la segunda de estas funciones, es decir, la que suministra criterios para la aplicación del Derecho.

En este nivel se distinguen sutilmente dos tipos de argumentaciones:

La que realiza el dogmático o teórico del derecho cuando se ocupa de establecer; por ejemplo, cuál es la naturaleza jurídica del hurto y en qué medida esta institución está recogida en nuestro ordenamiento, o bien, cuál es la naturaleza jurídica de las medidas de aseguramiento innovativo y su incidencia en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales.

La que realizan los Tribunales cuando resuelven casos que involucran problemas abstractos. Así, frente a un problema de imputación objetiva en audiencias preliminares, el Juez deberá establecer los límites del derecho de las partes en función de principios y preceptos que no aparecen muy claros en un contexto de ausencia de normatividad expresa como en el nuestro. Otro ejemplo, es el de la medida de aseguramiento citada anteriormente, en dicho caso el Juez ha debido recurrir a la dogmática del Derecho Constitucional que informa a dicha institución para decidir su fallo en forma INNOVATIVA.

4.2.3 Argumentación y justificación de las decisiones judiciales

Interesa establecer la importancia de la argumentación como instrumento que permite precisamente justificar las decisiones judiciales. En otras palabras, en este punto intentaremos responder a la siguiente pregunta: ¿Por qué es importante argumentar?

1. Las razones que están en el fondo de las decisiones judiciales son dos:

a. Razones explicativas: que se refieren al procedimiento mediante el cual se arriba a una decisión o conclusión. Estas razones constituyen una combinación de creencias y deseos. Ejemplo: Un marido informado por los vecinos (quienes afirman haber visto a la mujer entrar a dicho domicilio en forma reiterada), encuentra a su mujer semidesnuda en un departamento que no es el suyo. En la habitación contigua se encuentra a su vez con un hombre también semidesnudo. El marido demanda el divorcio y presenta las fotografías que demuestran los hechos antes descritos, pero el Juez declara infundada la demanda. Decir, que el Juez ha tomado esta decisión debido a sus creencias religiosas que le inducen a tener una posición antidivorcista, es decir, identificar las razones que desde el contexto moral, religioso, ideológico en suma, que ejercieron presión sobre el Juez a la hora de dictar la resolución, no es otra cosa que explicar las razones del fallo.

b. Razones justificativas: En el mismo ejemplo del caso anterior: Si el Juez declara infundada la demanda porque interpretando la causal de divorcio define que hacen falta requisitos para la configuración de la causal, entonces estaremos frente a un argumento justificativo.

2. De acuerdo a lo expuesto, la justificación es importante por las siguientes consideraciones:

a. En tanto implica la existencia de una norma previa, lo que se intenta lograr es dar razones para que la decisión sea aceptable en Derecho. Por ello se sostiene que la argumentación del Juez debe ser fundamentalmente, aunque no exclusivamente, justificativa. Así cuando el principio constitucional contenido en el Artículo 230 de la Carta Magna precisa:

“Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Debe entenderse que “sólo están sometidos al imperio de la ley” en este caso equivale a que los jueces justifiquen sus decisiones como un mandato imperativo que sustenta el orden jurídico-político de nuestro país.

b. En segundo lugar, porque un sistema político será más democrático en la medida que haya más argumentación judicial, pues a través de ésta es posible controlar los excesos en que se pudiera incurrir al momento de decidir los conflictos y más aún porque gracias a hacer aceptables las decisiones con la argumentación, el Derecho cumple mejor su función instrumental para la convivencia social.

3. Así, la diferencia entre explicar y justificar radica en que en el primer caso se establecen las razones o móviles que inciden en el Juez para la toma de una decisión, mas en el segundo caso, se establecen las razones que justifican la opción interpretativa de una norma.

5. ARGUMENTACIÓN EN EL NIVEL CONSTITUCIONAL

El Juez está obligado a aplicar la ley, pero esta obligación sólo se satisface cuando para decidir la aplicación de cualquier norma del ordenamiento, ese Juez ha meditado previamente

acerca de la adecuación de esa norma a la Constitución. No se trata entonces de una “aplicación mecánica”, sino del resultado de una lectura marcada por el conjunto de los principios constitucionales.

Ahora bien, los principios constitucionales, tal como se los entiende en este contexto, son construcciones históricas incorporadas al Estado de Derecho y al funcionamiento de una sociedad democrática. Ninguna decisión, por mayoritaria que fuere, podría abrogarlos, salvo a través de los generalmente complejos procedimientos de reforma constitucional, que suponen amplia discusión y participación calificada de la ciudadanía.

De aquí que el Poder Judicial sea un factor esencial de la viabilidad y supervivencia del pacto de sociabilidad que la Constitución expresa. Los jueces tienen sobre sus espaldas la carga de sostener la vigencia irrestricta de los derechos fundamentales, pues no son otra cosa los principios constitucionales a los que estamos aludiendo.

La Supremacía de la Constitución no es el resultado de ninguna operación lógica al interior de un sistema de normas, sino de su afirmación incansable como criterio último de interpretación y como principio legitimador de prácticas sociales.

La concepción de la Constitución como ley suprema supone el reconocimiento de que su fuerza normativa reside en que se trata de un conjunto de reglas jurídicas superiores que han de ser interpretadas y aplicadas según los procedimientos típicos del derecho. Una Constitución es una norma fundamental no sólo por la naturaleza de las prescripciones que contiene sino por la creencia de los individuos y de los grupos regidos por ella, en cuanto a su importancia y a la necesidad de que sea aplicada efectivamente. Son los órganos jurisdiccionales y muy particularmente la Corte Constitucional aquéllos para los cuales la obligación de

someterse a la Constitución adquiere una significación especial que caracteriza cada uno de los actos que realizan en el ejercicio de su competencia. Cuando un juzgado, tribunal o la misma Corte es instado a validar o a dictar decisiones extrema prudencia para preservar el equilibrio propio del Estado de Derecho y, al mismo tiempo, con la energía, oportunidad y claridad necesarias para que todos los ciudadanos perciban que la Supremacía de la Constitución no es una declaración sino una regla sustantiva básica. La interpretación constitucional debe hacerse siempre de modo que el conjunto de las normas constitucionales formen una unidad que obliga a contemplar cada una de sus cláusulas no como partes aisladas sino como elementos integrantes de una totalidad o sistema. Ante el problema concreto, la decisión jurídica que lo defina y resuelva presupone la comprensión de que al aplicar una cláusula constitucional se aplica la constitución toda. La argumentación, entonces, debe ser sistemática, teniendo en cuenta la realidad y, desde la perspectiva o desde el lugar del Juez, como si con cada caso se estuviera creando un precedente.

Por ende, Corte Constitucional no puede eludir la consideración de la adecuación constitucional del acto que juzga y del propio acto jurisdiccional que realiza.

5.1 Interpretación Constitucional y Judicial

La realización práctica del Derecho puede efectuarse mediante, entre otros, dos métodos de diferente concepción. Uno, el de subsunción, que consiste en contrastar las normas abstractas con los hechos concretos que aquélla pretende regular; función para la cual se usa de un juicio lógico, o silogismo jurídico, en que la premisa mayor lo es la propia norma, siendo los hechos reales, la premisa menor, y la sentencia judicial, o el dictamen, la conclusión. No obstante, ni las normas ni los hechos son tan simples como se pretende con ese esquema metodológico de subsunción; ni es tan sencillo fijar la norma

aplicable, ni la función del Juez es tan mecánica al realizar la individualización del Derecho. Por ello alcanza relieve otro método, el de aplicación, que estima a la norma y al hecho en íntimo contacto, y no aislados cada cual por su lado; una misma norma puede aplicarse a nuevos problemas y ofrecer la posibilidad de nuevos enfoques, por lo que el Juez necesita intuir nuevas soluciones, vivificando la norma misma. Esto es, que aplicar el Derecho supone toda una elaboración jurídica y no una mera actividad pasiva en el juzgador. Entre uno y otro se ofrece una variedad de métodos intermedios.

La interpretación, como actividad intelectual, es una técnica encaminada a indagar y reconstruir un significado dentro del mundo social, persiguiendo un fin útil, de solución de conflictos (lo que la distingue de la hermeneútica de expresiones puras).

Resulta así, y para la época, que la integración en una sencilla labor de exégesis del texto legal, dirigida a precisar esa voluntad del legislador, quedando limitada la disparidad de criterios a determinar si su aprehensión ha de realizarse bajo un enfoque deductivo, que toma como punto de partida la verdad del texto legal, o inductivamente, analizando ese texto y, luego, tratando de captar el intérprete los principios generales que sirvieron de base al legislador, para entonces, referirlos a nuevas situaciones. El empleo de ambos métodos, eclécticamente, permite, por el comentario a cada precepto legal, llegar a generalizaciones y construcciones jurídicas, convertidas en nueva verdad o dogma.

Este enfoque, conocido como tradicional o del exégesis, concibe la interpretación como un método empírico. «La ley debe ser interpretada según la voluntad misma que ha presidido su origen. Desprenderla de ella para hacer variar su contenido con el movimiento social y adaptarla a las exigencias de la hora presente o a las

transformaciones de la existencia no sería serle fiel: entonces sería el medio el que haría la ley y no ésta la que regiría el medio».

CONCLUSIONES

1. Argumentar quiere decir dar razones para convencer o persuadir al interlocutor de alguna posición.
2. Se argumenta en derecho en todos los ámbitos del quehacer jurídico, pero la argumentación que interesa principalmente a la teoría de la argumentación es la que se produce en el ámbito jurisdiccional.
3. La argumentación judicial va más allá del razonamiento deductivo.
4. El Juez debe justificar, antes que explicar, sus decisiones.
5. La justificación cumple un doble papel: hace aceptables las decisiones en derecho y permite ejercer un control que las legitime lo cual mantiene una directa relación con la vigencia del sistema democrático.
6. El razonamiento deductivo es el que permite obtener una conclusión verdadera si las premisas son verdaderas.
7. Un razonamiento formal es el que proviene de la lógica puramente deductiva.
8. Un razonamiento materialmente correcto será aquél cuya consistencia y coherencia pueda ser racionalmente fundamentada en el contexto del ordenamiento jurídico.
9. El silogismo práctico es el que permite inferir válidamente una norma de otra, con la precisión de que el resultado obtenido no será verdadero ni falso sino válido o inválido.
10. En la argumentación jurídica no siempre se utilizan argumentos deductivos, precisamente por el carácter formal y limitado de éstos. La argumentación jurídica propicia más el uso de argumentos no deductivos, sin que ello signifique que éstos no sean buenos argumentos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXEY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989.
- ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Ariel Derecho. Barcelona. 2006.
- _____. *Las razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997.
- CANOSA TORRADO, Fernando. *providencias y ejecución de providencias Judiciales*. Ed. Doctrina y ley Ltda. Bogotá. 1999.
- CÁRCOVA, Carlos María. *Derecho, Política y Magistratura*. Biblos. Buenos Aires. 1996.
- CARNELUTTI, Francesco. *Como se hace un proceso*. Ed. Temis S.A. Bogotá. 1989.
- COSSIO, Carlos. “Ideología y derecho inédito”. En: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Trotta. Madrid. 1995.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Ariel. Barcelona. 1995.
- DE LOS MOZOZ, J. *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1975.
- FRADIQUE MÉNDEZ, Carlos. *Antología de la Poesía Jurídica*. Ed. Jurídica Gustavo Ibáñez. Bogotá. 1998.
- INTERPRETACIÓN JUDICIAL. Consejo Superior de La Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.
- LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*. Ed. Abc. Bogotá. 1993.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Ediciones Uniandes y Legis. Bogotá. 2000.
- POMBO, Rafael. “Las Autoridades”. En: FRADIQUE MÉNDEZ, Carlos. *Antología de la Poesía Jurídica*. Ed. Jurídica Gustavo Ibáñez. Bogotá. 1998.
- RICOEUR, P. *Interpretación y/o argumentación*. Ed. Caparrós. Madrid. 1999.
- RODRÍGUEZ, M. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Ed. Ariel. Barcelona. 1980.

Jurisprudencia

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-292 de 2006 .
- _____. Sentencia C-083/95. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- _____. Sentencia C-543/92. M.P José Gregorio Hernández Galindo.
- _____. Sentencia SU-047/99. M. P Carlos Gaviria Díaz.

**THE DANGER OF POPULISM.
MACROECONOMIC POPULISM
IN LATIN AMERICA, IS COLOMBIA
THE EXCEPTION?***

Rosalvina Otálora Cortés**

Fecha de Recepción: 11 de Octubre de 2010

Fecha de Aceptación: 30 de noviembre de 2010

Artículo Resultado de Proyecto de
Investigación.

Abstract

In recent decades, populism has regained prominence in Latin America. It is expressed in forms of government from left or right as it happens in Venezuela with Hugo Chávez and Alvaro Uribe in Colombia, as well as in mobilization of some sectors of the population.

This ambiguous concept takes on different meanings. From the economic point of view, macroeconomic populism emphasizes growth through redistributive policies in the short term to increase consumption, neglecting macroeconomic balance, especially with regard to inflation and fiscal deficit.

This paper argues that macroeconomic populism is not new and has been applied in Latin America repeatedly. With some differences and at different times of economic history, the governments of Argentina, Chile, Peru and Venezuela, have resorted to the use of fiscal,

* This topic has been reflected on line Economy and Conflict and in the Social Protection and Conflict researching Group in Universidad Libre. The author is grateful for the contributions realized by Claudia Yineth Hernández Bocanegra, student of the Universidad Santo Tomás.

** The author is Magíster in Political Studies of the Universidad Nacional of Colombia. She is Economist and Lawyer. Actually, she is the Director of Economy and Conflict and Researcher of the Universidad Libre. rosi.siberiano@gmail.com

monetary and credit expansive policies and overvaluation of the currency to accelerate growth and redistribute income. When applied there are concerns about fiscal and exchange restrictions.

The result is an uncontrollable inflation and an economic crisis, which may explain the instability and hyperinflation that Latin America has experienced. Colombia, curiously, throughout its history, is an exception to this rule, due to the independence of the institutions that manage monetary policy and the barriers that implies for the executive.

Key words

Populism, populist macroeconomic, fiscal policy, monetary policy, economic policy, hyperinflation, classic hyperinflation, inflation, macroeconomic populism phases, stability, Latin America, Argentina, Chile, Peru, Venezuela, Colombia.

**EL PELIGRO DEL POPULISMO.
POPULISMO MACROECONÓMICO
EN AMÉRICA LATINA ¿COLOMBIA
ES LA EXCEPCIÓN?**

Resumen

En las últimas décadas, el populismo ha recuperado prominencia en América Latina. Se expresa en formas de gobierno de izquierda o derecha como sucede en Venezuela con Hugo Chávez y Álvaro Uribe en Colombia, así como en la movilización de algunos sectores de la población.

Este concepto ambiguo toma sobre diferentes significados. Desde el punto de vista económico, el populismo macroeconómico destaca el crecimiento mediante políticas de redistribución a corto plazo para aumentar el consumo, descuidando equilibrio macroeconómico, especialmente con respecto a la inflación y déficit fiscal.

Este artículo sostiene que el populismo macroeconómico no es nuevo y se ha aplicado en América Latina en varias ocasiones. Con algunas diferencias y en distintos momentos de la historia económica, los gobiernos de Argentina, Chile, Perú y Venezuela, han recurrido a la utilización de políticas fiscales, monetarias y crediticias expansivas y la sobrevaloración de la moneda para acelerar el crecimiento y redistribuir el ingreso.

El resultado es una incontrolable inflación y una crisis económica, que pueden explicar la inestabilidad y la hiperinflación que América Latina ha experimentado. Colombia, curiosamente, en toda su historia, es una excepción a esta regla, debido a la independencia de las instituciones que conducen la política monetaria y las barreras que implica para el ejecutivo.

Palabras clave

Populismo, populismo macroeconómico, política fiscal, política monetaria, política económica, hiperinflación, hiperinflación clásica, inflación, fases del populismo macroeconómico, estabilidad, América Latina, Argentina, Chile, Perú, Venezuela, Colombia.

INTRODUCTION

During the last decade populism has once again come to the center of the political scene in Latin America. It is expressed in two different ways. The first, is the traditional style expressed by the government, as in Venezuela with president Hugo Chávez. The second way has origin in mobilization of the population where might be a “latent populism” which could become evident when this population reach power. Two examples of this type of populism are the cases of “Piqueteros” in Argentina and “Cocaleros” in Bolivia¹.

¹ PINTO OCAMPO, Maria Teresa. Between Repression and Conciliation: the Growers in Chapare and Putumayo. Final Report of the Contest: Social

When we talk about populism we are faced with a very “ambiguous concept” which can be wide and inclusive². It depends on what we want to emphasize. Then, from the point of view of the economy of a country- which is the subject of this article- populism males emphasis on the growth by short term public policies of redistribution in order to growth the consumption. These impact the macroeconomics equilibrium, especially inflation and fiscal deficit. In this case we talk about macroeconomic populism³.

There are some cases where the classic populism regime can apply economic decisions which benefit some people. There is a kind of “distributive microeconomic” which can be compatible with a “stable macroeconomic”. It could be the case of Menem in Argentina or Fujimori in Perú⁴. But macroeconomic populism is not a new situation; it has been applied in Latin America in different periods⁵. Macroeconomic populism uses fiscal, monetary and credit expansive policies and strong valuation of the currency in order to accelerate the growth of the economic and redistribute the income. These policies applied without fiscal and monetary restrictions and the result is high inflation and economic crises as has occurred in the next cases we are going to analyze in this article (Argentina, Chile and Peru). These cases prove that the populism is the cause of

Movements and New Conflicts in Latin America and the Caribbean. Regional Scholarship Program CLACSO. 2004. Available at: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/2002/mov/pinto.pdf>

² Ibidem.

³ DOORNBUSH, Rudiger. *The Macroeconomics of Populism*. Fondo de Cultura Económica. Mexico City. 1997.

⁴ DEGREGORI, Carlos Iván. *The Decade of Anti-politics: the Rise and Flight of Alberto Fujimori and Vladimiro Montesinos / Carlos Ivan Degregori*. Instituto de Estudios Peruanos. Lima. 2001.

⁵ EDWARDS, S. (Ed.). *Populism and Markets: The Dilemma of Latin America*. Grupo Editorial Norma. Bogotá. 2009. p. 33 y ss).

the hyperinflation rule and it can be seen as a cause of the hyperinflation and the macroeconomic instability in Latin America⁶. Colombia, curiously some years ago was the exception to this rule.

1. THE RESEARCH PROBLEM

The term populism was originally used in the United States in the mid-1890s, referring to the People's Party, but since almost no movement or leader has acknowledged being "populist." In current political language, the term has a negative connotation, being closely associated with terms like "demagogia", economic bounty, which indicate economic or political irresponsibility⁷.

Populism is a controversial concept, and agreements about what it means and who qualifies as a populist is difficult because politicians don't want to identify with this analytical category⁸. With the economic crisis of the late twentieth century, characterized by external shocks, among which are included the effects of the Asian crisis and the Swiss bankruptcy⁹, the dynamism that characterized the economies of Latin America in the early years of the nineties (except for Mexico, Argentina and Uruguay in 1995) led to a stalemate. This period was called the "five years lost" by ECLAC.

Therefore, it rediscovered the importance of institutions as an essential framework for the proper functioning of markets¹⁰. Above, it said to be the reason for the failure of the Washington consensus led to discussion on the idea of a shift to the left in Latin America.

⁶ Ibid.

⁷ PANIZZA, Francisco. (Comp.). *Populism as a Mirror of Democracy*. Fondo de Cultura Económica de Argentina. Buenos Aires. 2009. p. 9.

⁸ Ibidem.

⁹ Paramio, Ludolf. "Left turn and the return of populism". In: *Revista Nueva Sociedad*. No. 205. p. 65

¹⁰ Ibid. p. 66.

However, there was a divergence between political discourse, the position on globalization and the interpretation of democratic reforms and the role of institutions¹¹. The only coincidence is the emphasis on social policy and the pursuit of a focused economic model, not only in growth, but social outcomes, which has slowly degenerated into populism.

2. METHODOLOGY

For this article, there will be a comparative exercise of economic policy management, fiscal and monetary policy by the various governments in Latin America in order to identify the use of economic tools for populist purposes. The selection of countries is done arbitrarily and corresponds to the accessibility of information on economic variables on the behavior of fiscal and monetary policy. Similarly, we use simple graphic variables such as inflation, unemployment, gross domestic product, credit, etc, when available and at different times depending on the country for analysis.

The idea is to study at the end the Colombian case and draw lessons that allow us to explain, first, the dangers of macroeconomic populism; second, the relative economic stability experienced by Colombia in recent decades, in relation to neighboring countries.

3. THEORETICAL APPROXIMATION TO MACROECONOMIC POPULISM

3.1 Traditional European Hyperinflation and Populism Hyperinflations in Latin America

3.1.1 Traditional European Hyperinflation

The European economies had a hyperinflation process during the twenties in different countries (Austria, Germany, Hungary, Poland and

¹¹ Ibidem

Russia). The causes and consequences of this phenomenon receive the name of “traditional hyperinflation”¹². The same phenomenon occurred in Latin America during the eighties in countries such as Bolivia, Argentina, Brazil and Peru; but exempting Bolivia in these countries the causes had a different nature to traditional hyperinflation¹³.

After the experience of the European countries, economists discussed different theories about the characteristics and effects of traditional hyperinflation and the effective policies which were applied but resulted in being very expensive for the society. Some years later some Latin – America countries were in the same situation as Europe had been, but the same policies did not function because they were applied in a very different context¹⁴.

The origin of traditional European hyperinflation obeyed to external factors. After the First World War, the European economies presented high budgets deficits which were financed by means of the creation of currency. In order to stop the hyperinflation, there was realized an orthodox program or global plan of stabilization, which generated credibility with the public and certainty that the Central Bank would not finance the budget deficit by issuing currency.

The European countries that faced hyperinflation, the incomes only covered a small fraction of the total expenses of the country and the collapse in the public incomes coincided with the increase of inflation (Olivera Tanzi Effect)¹⁵. In addition, the hyperinflation phenomenon was preceded by an excessive

level inflation tax (seignior age)]. Undoubtedly, the key components of the integral programs of orthodox policies were:

- The policies of stabilization that were adopted.
- The exchange rate which restored the convertibility of the domestic currency in terms of *the* dollar or *of the* gold and the reduction of the budget deficit.

The credibility of the Central Bank is in the public eye when it promised to reject the demands of the internal unsecured credits and not to grant any more internal credit to the government¹⁶.

3.1.2 Classical Populism as a Cause of Hyperinflation and Macroeconomic Instability in Latin America

Hyperinflation in Latin America, with the exception of the Bolivian hyperinflation, -which presented traditional characteristics-, occurred in a very particular context. The characteristics of the economies of countries like Peru, Brazil and Argentina were economies following a tradition of high inflation as a result of macroeconomic populism¹⁷. The application of populism policies creates high budget deficits due to increase in public spending (by the expansion of government and state enterprises), as discussed below. It has been demonstrated that Latin America generally uses these policies: expansionary fiscal and expansionary credit policies and overvaluation of the currency, in order to accelerate growth and redistribute income (macroeconomic populism). When the government applies them, there is concern about fiscal and exchange restrictions. After a while, decreasing real wages

¹² DOORNBUSH, Rudiger. *The Macroeconomics of Populism*. Ob. Cit.

¹³ Ibid.

¹⁴ KRUGMAN, Paul. *Economía Política internacional*. Mac Graw Hill. 1997.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ EDWARDS, S. (Ed.). *Populism and Markets: The Dilemma of Latin America*. Ob. Cit.

Chart 1. Phases of Populism

Phase I	Phase II	Phase III	Phase IV
Gross domestic product increased	Bottlenecks by:	Causes:	Government starts stabilization
Real wage growth	• Strong demand growth	• Capital flight	IMF Aid and BM declining real wages
Employment growth	• Little foreign exchange (To pay for imports)	• Demonetization economic (barter)	Control of inflation rate
Inflation rate controlled	• Inflation Increases	• Fiscal deficit increase	Break companies
Import relieves the scarcity	• Wages unchanged	• Subsidies decrease	The capital flight following the violent overthrow of the government
	• Increased subsidies	• Inflation increase	
	• Increased deficit	• Real wages fall drastically	

and an imbalance in the balance of payments, lead to hyperinflation¹⁸.

Moreover, in each country the new anti-inflationary programs coincided with the end of a government and the beginning of another. For this reason it is a new opportunity for macroeconomic populism to promise at the same time to reduce unemployment and to control inflation. As we know – "Phillips's Curve" teaches that it is not possible to achieve both aims in the short term¹⁹.

This is an example of application of the Theory of the "Economic - Political Cycle" which shows how the government does everything necessary to grow and to increase employment and the production of the country in the short term by means of increasing public spending, the external debt and the fiscal deficit²⁰. These policies cause hyperinflations which could be handling by orthodox or heterodox policies which it will apply, on having finished its electoral period, or will remained a problem

to resolve for the following government. This is an example of the macroeconomic populism as an important cause the big hyperinflations and of the macroeconomic instability in Latin America.

3.1.3 Phases of Macroeconomic Populism

Rudiger Dornbusch says a populism policy progresses through these phases: (Chart N. 1)²¹

Then we are going to study each of the proposed cases.

4. RESULTS

4.1 Cases of Macroeconomic Populism In Latin America Chart 2. Cases of Macroeconomic Populism in Latin America²²

4.1.1 Argentina

In the early twentieth century, Argentina was considered one of the world's most developed

¹⁸ DOORNBUSH, Rudiger. *The Macroeconomics of Populism*. Ob. Cit.

¹⁹ MANKIW, N. Gregory. *Principles of Economy*. Second edition. Mac Graw Hill. Translation by Esther Rabasco Espartiz and Luis Toharía Cortés. Madrid. 2003. p. 474 .

²⁰ *Ibid.* p. 493.

²¹ Source: DOORNBUSH, Rudiger. *The Macroeconomics of Populism*. Ob. Cit.

²² Source: MARCHESI, Giancarlo. *The Evolution of Economic and Social Policy in Latin America: A Comparative View*. The University of Texas at Austin. Institute of Latin American Studies. Center for Latin American Social Policy (CLASPO). Researcher Visiting. Perú. February, 2004. p. 12.

***This chart has been completed by the author of this article**

Model	Country	Argentina	Chile	Perú	Venezuela
Liberal Primary Exporter		19 th – 1929	19 th – 1929	19 th – 1962	19 th – 1958
		Constitutional governments	Constitutional governments	Militar governments	Autoritarian Governments
Industrialization for Substitution of Imports ISI		1930-1990	1930-1970	1963-1985	1958-1974
		José Félix Uriburu (1932)	Arturo Alessandri (1932)	Fernando Belaunde Gral. Juan Velasco Gral. Francisco Morales	Rómulo Betancourt Raúl Leoni Luis Herrera Campins
Macroeconomic Populism		Perón (1946-1955) Perón II (1973-1976)	Eduardo Frei Montalva (1964-1970)	Belaunde II Alan García (1985-90)	Jaime Lusinchi (1984-1989)
		Military government (until 1983) Raúl Alfonsín (Austral Plan)	Salvador Allende (1970-73)		Hugo Chávez Frías (1999-present)
Orthodoxy and Market economy		1991-2010	1973-2004	1990-2004	1974-1979
		Carlos Menem	Pinochet	Fujimori	Carlos Andrés Pérez
		Fernando de la Rúa	Patricio Aylwin	Valentín (interine)	1994-1999
		Eduardo Duhalde	Eduardo Frei Ruíz	Alejandro Toledo	Rafael Caldera
		Néstor Kirchner Cristina Kirchner	Ricardo Lagos Michelle Bachelet	Alan García	

countries. In 1890 its income per capita was the sixth highest in the world and continued among the top ten until 1920. From 1870-1930 it experienced an average growth rate above 5%, higher than almost all nations of the world. During this period the country received several waves of European immigration, mainly from Italy, attracted by the good living conditions²³. This period was characterized by free trade, openness of the economy to foreign, monetary and fiscal management well ordered and orderly

succession of constitutional government until the *Coup d'état* of September 6, 1930 by José Félix Uriburu.

The effects of the First World War and the Great Depression of 1929 led to a shift in development strategy. It began the era of import substitution industrialization (ISI), which was applied during the twentieth century. In 1943, deposed President Ramón Castillo, began a turbulent period in the political history of Argentina. Since then, the country has had over 28 presidents. The election of Coronel Juan Domingo Peron in 1946, consolidated the model of state intervention in the economy, ushering in a period of macroeconomic

²³ MORA and ARAUJO, Manuel. "From Perón to Menem. A History of Peronismo". In: BORÓN, Atilio, et al. *Peronismo and Menemismo. Populism in Argentina*. El cielo por asalto. Buenos Aires. 1995.

populism. Perón tried to solve the problems of income inequality, through price controls and expansionary policies in state spending. These were financed through the inorganic issuance, which generated a problem of inflation that would remain in Argentina for over thirty years

Also Perón nationalized many businesses, passed legislation that favored labor unions and used public funds for the work benefactors of the Foundation Eva Perón, led by his wife. Peron was deposed in 1955 and exiled during 18 years until 1973, and his party, the *Justicialista* Party, was forbidden to participate in the electoral process²⁴.

After a tumultuous period in which democratic governments alternated, Peron was re-elected and he took power in October 1973. He died in July of the following year. His second wife while vice president, María Estela “Isabel” Martínez de Perón, succeeded him. Perón’s second government again used price controls and increased government spending as their tools of social policy, as had happened almost twenty years before as a result of unbalanced economy.

In 1976 the Chief of the Army Commander, Jorge Rafael Videla led a new *coup d’état*. The military government remained in power until 1983 and opted for a policy opposed to Perón’s policy. They developed a more liberal economic policy, opting for the opening of the economy to foreign trade, price liberalization and fiscal austerity in social spending. After the populist government of Juan and Isabel Perón, inflation edged 350% annually. The military government did nothing about it and contributed to the process with excessive spending during the Malvinas War²⁵.

In 1983, inflation edged the 430% and assumed power after free elections, Raúl Alfonsín, he belonged to Radical Civic Union (UCR), the *Peronist* opposition party. The main problem for the government was to fight inflation and ran the Austral Plan, which required an austere fiscal and monetary performance, plus a tax reform to improve the financing of expenditure. The plan ordered the freezing of prices and utility rates and the regulation of interest rates and the exchange rates. After a year of implementation, the monetary policy and price controls were relaxed. The latter attempt to control inflation was the Spring Plan, which was also unsuccessful: inflation marked a record 4923% in 1989²⁶.

In this situation of economic chaos, Carlos Saúl Menem, took over the government in 1989. He was the *Peronist* and former governor of La Rioja. His *Peronist* tradition was not in favor of a heterodox shock policies needed to combat inflation and he spent a year without a fixed course. In 1990 inflation reached 1343% and the economy had remained stagnant from two decades ago, as the average annual growth during that period was less than 1%²⁷.

These facts forced the Argentine government to take drastic measures: after nearly twenty years of inflation, it was thought that the only way to give confidence to staff was through the “Austral Convertibility”, in relation to 1-1 of Argentina currency against the U.S. dollar. The only inflation in the economy would be imported from the United States.

The plan achieved the goal of ending inflation. In 1992, it was only 17% in 1993 was 7.4%, after 3.9% in 1994, and every year after that was below 2% until 2002²⁸. However, a system of fixed exchange rate brought some economic

²⁴ Ibid.

²⁵ MARCHESI, Giancarlo. *The Evolution of Economic and Social Policy in Latin America: A Comparative View*. Ob. Cit.

²⁶ MORA and ARAUJO, Manuel. “From Perón to Menem. A History of Peronismo”. Ob. Cit.

²⁷ Ibid.

²⁸ EDWARDS, S. (Ed.). *Populism and Markets: The Dilemma of Latin America*. Ob. Cit.

challenges for Argentina. To maintain equivalence, its competitiveness should have evolved like the U.S., but this did not happen: the dollar rose against other leading currencies in the world and the peso came up, making the costs of production in Argentina higher than in other countries, so that the country lost competitiveness²⁹.

Additionally, since amount of resources issued depended only on the flow of dollars, the country's capital outflow caused interest rates to rise. This mechanism should again attract capital, but in the contexts of Tequila and the Russian crisis (Paramio), they turned away from emerging markets fearing a repetition of similar scenarios in other countries. These last two required immediate treatment, but the government sought reelection and did not allow it. Once again the populist strategies of the leaders are used to keep them in power.

Added to this was the lack of flexibility in domestic prices. The syndicalist tradition and a strong regulated labor market hampered the flexibility of wages to adjust the delay in competitiveness (real wages increased by 42% between 1990 and 1998).

But the biggest problem for the economy was Argentina's external debt, correlated with the maintenance of a high fiscal deficit throughout the nineties and the early years of the new millennium. In 2001 the debt approached 150 billion U.S. dollars. This figure corresponded to nearly 50% of its GDP³⁰.

In 1999 the problem of convertibility needed to be resolved. The Washington Consensus reforms suggested maintaining a competitive exchange rate and trade liberalization. Argentina was in an impasse. If devalued, would bankrupt many companies and would probably have to declare a moratorium on its debt. If Argentina did not devalue, its debt would

become more expensive. President Menem chose not to devalue, perhaps with the illusory hope of getting re-elected a second time.

In late 1999, the government of Fernando de la Rúa (UCR-Alliance Frepaso) started. This government opted to keep the convertible model, adjusting the fiscal situation and avoid new borrowing. It tried to give the necessary credibility to the government to encourage foreign capital in Argentina. The idea was to return this country by the path of growth.

After months of marches and counter marches, street protests, strikes, several letters of intent signed with the International Monetary Fund (IMF) and finally the straw that broke the camel's back was the announcement of the withdrawal limit for bank deposits to \$ 250 per week (*corralito*). Fernando de la Rúa was forced to resign³¹. After three interim presidents that lasted just a few days in to government comes, allowing it to Eduardo Duhalde, who finally devalues the peso float freely against the dollar, plunging the country into a serious crisis, but necessary measure to stabilize at levels close to 3 pesos dollar in late 2003.

In 1999 De la Rúa inherited a country with a delicate economic situation, a combination of high and rising public debt, a persistent fiscal deficit, high unemployment and rigidity in the exchange rate and monetary policy³².

Between 1999 and 2001, the crisis in Argentina was unsustainable. This triggered the largest financial collapse in recent history in Argentina, which led, inter alia, to the peso devaluation and a deflation³³. To counter the crisis, President Fernando de la Rúa, asked the International Monetary Fund resources and

³¹ Ibid.

³² GERVASONI, Carlos. *Political crisis política and financial crisis in the Aliances' government in Argentina (1999-2001)*. 2010. Available On: <http://repositories.lib.utexas.edu/bitstream/handle/2152/4090/gervasoni.pdf?sequence=2>

³³ Ibid.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

increased its domestic debt. The result of this policy was fatal for Argentinean debt, caused bankruptcy to the state at the end of 2001, and force to declare the public debt default.

The political and economic crisis of Argentina during the period 1999-2001, did not give the possibility to President Fernando de la Rúa to implement economic policies that would allow him to improve his image, making it clear that macroeconomic populism was not present in this government.

De la Rúa resigned on 20 December. There were three interim presidents Ramón Puerta, Adolfo Rodríguez Saa and Eduardo Camano between December 20 to January 1st. A moratorium on payment of external debt was declared on December 23, in an environment that was viewed internally and externally as a strong motivating populism.

On January 1, Congress elected Eduardo Duhalde, to complete the term of de la Rúa. The first days of January 2002, the system finished collapsing with the Emergency Law and leaving the Convertibility law, establishing new restrictions on the removal of deposits and the *pesification* of dollar bank deposits³⁴.

From 2003 to 2007, Argentina experienced a phase of economic growth with rates ranging around 9% in part due to a high dollar economic policy designed to encourage import substitution, which increased the competitiveness of industry in Argentina. This ended the crisis. Some economists argue that Argentine inflation presented during the government of Nestor Kirchner and Cristina Kirchner, is due to several factors, including growth in public spending, lower investment, expansion of the monetary base by issuing pesos to finance public expenditure increases, among others.

In the government of Cristina Kirchner the global crisis affected the local economy. The costs could be contained by timely monetary expansion policy and public spending. Less income and more spending, a strategy to avoid higher social costs, resulted in a loss of fiscal surplus. That surplus, which reached nearly 3.0 points of GDP in 2008, fell to a deficit of 0.4 in 2009, according to private estimates³⁵.

Again, during the governments of Nestor Kirchner and Cristina de Kirchner macroeconomic populism was evident, as it used to appear. Expansive growth policies endangered economic stability, to the point of hiding their effects through the manipulation of inflation.

4.1.2 Chile

Historically, Chile has been characterized as one of the countries of greater political stability and democratic development in Latin America. During the twentieth century, in contrast with Perú and Argentina, Chile only suffered two military coups. The first was in 1932, but did not establish a military government and elections were held. The winner was Víctor Arturo Alessandri Palma. The second coup d'état was by Augusto Pinochet in 1973, deposing the then constitutional president Salvador Allende³⁶.

After the First World War, Chile was in a good economic situation. The government decided to develop a liberal model exporting mainly primary products generating the effect of linkage with other sectors of the economy. The Great Depression hit hard in Chile. The export sector collapsed with a crash and the Chilean economy was one of the hardest hit in the world. After this experience, Chile's development policy was oriented towards industrialization, the ISI

³⁴ GUTIÉRREZ, Ricardo Raúl. *Argentine crisis at the end of milenio. A teaching for Political Economie. Department of economie.* UNS. Ausgut, 2003. Available on: http://www.aaep.org.ar/espa/anales/PDF_03/Gutierrez.pdf

³⁵ EDWARDS, S. (Ed.). *Populism and Markets: The Dilemma of Latin America.* Ob. Cit.

³⁶ MARCHESI, Giancarlo. *The Evolution of Economic and Social Policy in Latin America: A Comparative View.* Ob. Cit.

and increased state intervention. By the forties, both the State and the private sector played a business role.

However, in the fifties economists began to notice some of the shortcomings in the import substitution model (ISI). Non-industrial sectors such as agriculture stagnated. It discourages the development of new export products. The populist guidance of some governments during this period fostered macroeconomic imbalances and started for the first time an inflationary process in 1955³⁷.

In 1964 the government of Eduardo Frei Montalvo of the Christian Democrats began. This government sought to stabilize inflation, industrial modernization with the state as a source of investment and establish social structural reforms such as land reform, nationalization of the copper and the development of grassroots organizations to promote citizen participation.

However, the antagonism of the political parties prevented the formation of a strong government and after six years of government failed to meet the expectations, of political and economic transformation generated in the population.

Therefore, in 1970, the Chilean people opted for the socialist candidate of Popular Unity (UP), Salvador Allende. This government was proclaimed anti-imperialist, anti-oligarchic and antitrust. Its main objective was to strengthen the structural changes in the distribution of property. To achieve this should nationalize the means of production and encourage greater participation³⁸. Its main reforms were the nationalization of the country's mineral resources, the nationalization of large industrial enterprises, nationalization of banks and the deepening of land reform.

³⁷ Ibid.

³⁸ EDWARDS, S. (Ed.). *Populism and Markets: The Dilemma of Latin America*. Ob. Cit. p. 124.

From the macroeconomic point of view, this government applied an expansionary fiscal policy by raising the salaries of state employees, increasing the state apparatus and over-spending, and price controls. This policy can be categorized as populist and as such had no regard for macroeconomic balances.

This experiment ended as the other populist experiences in Latin America: fiscal deficit financed by Central Bank issues, hyperinflation and falling real wages, hurting the very people it tried to help. By 1972, inflation was already out of control, reaching 206.5%, while for 1973 reached 605.1%. Successive strikes destabilized the government and the general chaos culminated in the coup led by General Augusto Pinochet³⁹.

The first two years of the Pinochet government turned to control the macroeconomic imbalances left by Allende. In parallel, they established a market economic policy, a fairly pure neoliberal model, with a sui generis property in Latin America: total autonomy to implement the policies it wishes. It eliminated price controls, tariffs were lowered dramatically to encourage imports, financial markets were liberalized and international capital flows were restructured and reduced public sector spending. Land reform was reversed and they began an aggressive privatization process of public enterprises.

Chile suffered terribly both economically and socially after the debt crisis of 1982. However, in 1984 Chile began a phase of high economic growth which would largely reverse the ravages of the crisis of the early decade. In 1989, after losing the referendum to stay in power, Pinochet calls for free elections in March 1990 the "Government of the Coalition of Parties for Democracy" begins chaired by Patricio Aylwin of the Christian Democrats, who took the decision not to change the historical direction of economic policy and gave priority to reducing

³⁹ Ibid. p. 125.

poverty and improving income distribution through active social policies⁴⁰.

This strategy was consolidating long-term development and supported by the growth and diversification of exports, while reaffirming the importance of maintaining macroeconomic balance through fiscal austerity.

This approach was vital for generating a climate of institutional stability needed to generate private investment. This policy was followed by the governments of Eduardo Frei Ruiz-Tegla (1994-1999) and Ricardo Lagos (2000 - 2006). During the nineties, Chile grew at an average rate of 7% annually. This prosperity was reflected in the improvement in real wages, increased employment levels and falling poverty and destitution.

The government of Michelle Bachelet was characterized by the high value of copper resources. Chile decided to save these resources and was able to successfully address the systemic crisis that hit credit markets in developed countries⁴¹.

For this reason, Chile was less affected, in conjunction with other Latin American countries. Generating a fiscal surplus in 2008, allowed the State succeeds in accumulating financial resources which prevented the internal or external borrowing⁴².

The economic measures taken in the handling of the crisis for the government of Michelle Bachelet, consisted of adjustments to monetary and financial, fiscal and exchange rate policies and foreign trade⁴³.

⁴⁰ Ibid. p. 124.

⁴¹ CEPAL. *Reaction of Latin America governments to international crisis: a little presentation of political measures announced from 30 June of 2009*. División de Desarrollo Económico. Comisión Económica para América Latina. Santiago. 2009.

⁴² GARRETON, Manuel Antonio. *Michelle Bachelet's government and Chilean Politic. ¿End of political cycle?*. 2010. Available on: http://www.manuelantoniogarretton.cl/documentos/2010/gobierno_bachelet_es.pdf

⁴³ Ibid.

In relation to monetary and financial policies there were more facilities for the area of foreign investment and the business sector, among other measures. Fiscal policy promoted measures investment and consumption. Exchange rate policy, foreign trade and foreign currency liquidity provided and improve coverage program of bank loans to exporters⁴⁴.

In 2009, Chile's risk rating by a rating agency changed from A2 to A1, placing it in the most favorable in the region⁴⁵.

As a result of good macroeconomic performance, assessment and policy, in January 2010, Chile became a member state of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD).

The economic policies implemented in the Bachelet government have been commensurate to the situation and have sought to generate sustainable economic stability, so there is no evidence of macroeconomic populism in this government.

4.1.3 Perú

Perú has been characterized by political instability. During the twentieth century occurred 8 *coup d'état* and ran 15 different military presidencies. The transition of democratic government in Perú is more the exception than the rule. The prevailing model of economic development until 1962 was a liberal and export model with mainly agricultural products (rice, sugar and cotton) and agribusiness⁴⁶.

⁴⁴ CEPAL. *Reaction of Latin America governments to international crisis: a little presentation of political measures announced from 30 June of 2009*. Ob. Cit.

⁴⁵ GARRETON, Manuel Antonio. *Michelle Bachelet's government and Chilean Politic. ¿End of political cycle?*. Ob. Cit.

⁴⁶ MARCHESI, Giancarlo. *The Evolution of Economic and Social Policy in Latin America: A Comparative View*. Ob. Cit.

However, the export sector is not articulated with the national industry to produce value-added products, making the economy vulnerable to price changes. The high profitability in the export of primary products was discouraged in order to invest in the industrial sector, while maintaining low tariffs and competitive prices for imported goods. Under this system, the input of capital and profit repatriation is virtually unrestricted and state involvement and participation was minimal.

Between 1950 and 1962 the annual average fiscal deficit was -0.2% of GDP, inflation was 7.0% per year, GDP grew annually at a rate of 5.3% and foreign debt amounted to U.S. \$ 158 million. However, the social situation was bad and was characterized by high concentration of income.

In 1962, more than 30 years after the start of the ISI in Argentina and Chile, the elected President Fernando Belaunde's Popular Action party, began to implement this model. In this period were applied policies such as tariff increase for finished goods, fixed exchange rate, price controls, increased government investment in infrastructure, increased public spending, increasing foreign debt (which is necessary because of a lack of foreign exchange generated by the exchange rate appreciation) and the process began with land reform. However, these reforms did not have political consensus, especially from export sector which was directly affected.

The reforms were not considered radical. In October 1968, General Juan Velasco led a *coup d'état*. His model was an extreme version of the ISI and state intervention. He nationalized most international companies, maintained high tariffs on finish goods continued to increase fiscal expenditures through investment in infrastructure⁴⁷.

⁴⁷ EDWARDS, S. (Ed.). *Populism and Markets: The Dilemma of Latin America*. Ob. Cit.

As a result, the fiscal deficit continued to increase, which was covered by foreign debt, also intensified the process of agricultural reform, as farm ownership was highly concentrated. It is important to point out how. It was wrong for Perú land reform to be combined with the ISI, when much to these two incompatible policies dismantled the national productive apparatus. Agriculture went from 23% of GDP in 1950 to only 15% in 1968. Paradoxically, Perú began to import food⁴⁸.

Velasco was in a precarious state of health, while the nationalist model went into crisis. Popular discontent, manifested through several strikes and riots, were evident. Thus, in August 1975, General Francisco Morales Bermúdez was proclaimed President of the Republic.

During the period 1975-1980 he attempted to reverse some of the measures of Velasco, but not the reform or nationalization private enterprises. On the one hand, the government encouraged non-traditional exports through successive devaluations of the currency (that generated inflation). The government tried, without success, repeated adjustments of the fiscal and external debt, but they continued to increase. This period benefited from a rise in export prices of metals.

In 1980, democracy returned to Perú and Fernando Belaunde, leader of Popular Action, was elected. He organized a co-government with the Popular Party's center-right Christian. The government applied a weird combination of liberal politics to commerce populist in the macroeconomic. He continued external borrowing, which conditioned the rhetoric of economic policy.

To get the credits of International Monetary Fund (IMF) and the World Bank (WB), the

⁴⁸ MARCHESI, Giancarlo. *The Evolution of Economic and Social Policy in Latin America: A Comparative View*. Ob. Cit.

government spoke of reducing inflation and opening the economy, but in practice implemented an expansionary fiscal policy, increasing public investment beyond its means. This measure, coupled with small devaluations of the exchange rate, meant that inflation remained above 70% during those years, reaching 158% in 1985⁴⁹.

Income inequality, inherent since the inception of the republic, had not been resolved. Thus, in the early eighties, subversive movements *Sendero Luminoso* and *Tupac Amaru Revolutionary Movement (MRTA)* were born and the government failed to articulate a coherent strategy to overcome in its infancy.

In 1985, Alan García was elected. He represented APRA, the oldest party in Perú. APRA was a socialist, anti-imperialist and revolutionary. This party decides to unilaterally declare a moratorium on foreign debt, a move that immediately isolated Perú from the international financial community.

García returned to the ISI and state intervention through expansionary fiscal and monetary policies. Again applied price controls, increased tariffs on imports, prohibited a large number of commodities that could be manufactured in Perú. Alan García tried to control inflation by fixing the basic price of the economy (such as gasoline and light), as the state owned production companies).

During the implementation of populist model of Alan García, the economy grew by 12.1% in 1986 (due to expansionary fiscal and monetary policies). The next year the economy heated up leading to the attempted nationalization of banking, in which entrepreneurs and investors lost confidence in the country⁵⁰.

⁴⁹ AMERICAN BUREAU. *The Poverty Brokers: The IMF and Latin America*. Ancora Editores. Bogotá. 1985.

⁵⁰ MARCHESI, Giancarlo. *The Evolution of Economic and Social Policy in Latin America: A Comparative View*. Ob. Cit.

By 1988, the fiscal deficit had reached 9.7% of GDP, while the product shrank by 9.4%. Alan García never considered the possibility of pursuing a policy shock like orthodox prices. If the government had taken corrective measures in 1987, when inflation was only 1145%, it could have avoided three years of additional suffering for the people of Perú. By 1988, inflation had climbed to 1722% and for 1989 was 2775%⁵¹.

Phenomenon of terrorism continued to rise, transforming a rural phenomenon to become urban. The long queues for food, strikes, and terrorist violence led to the Peruvian people to seek an alternative to the traditional parties.

At first, that alternative Mario Vargas Llosa represented the Libertad Movement, which is allied with the Popular Christian Party *Acción Popular*, two traditional parties which join to form the *Frente Democrático (FREDEMO)*. Vargas Llosa government pursued a policy of “redistribution freezing” by decree the prices of essential nutrients. When prices were devalued traders kept the food and black markets emerged.

In 1990, the country welcomes Alberto Fujimori as a new President of the Republic. He decided to pursue a policy of shock, as the only sensible measure. First, the prices rose dramatically to their estimated real level and were then released from government control.

At the same time, Fujimory applied a tight monetary policy, issuing only the essentials. The policy worked, as inflation went from a disastrous 7649% within 1990 to 139% during 1991. In 1994, inflation was only 15%, and since 1997, Perú has had single digit inflation⁵².

During the period 1990-1995, the government initiated a series of reforms to transform the

⁵¹ EDWARDS, S. (Ed.). *Populism and Markets: The Dilemma of Latin America*. Ob. Cit.

⁵² *Ibid.*

Peruvian economy into a market economy. It began an intensive process of privatization, which favored an accumulated economic growth of 43% in the first seven years, the government decided to liberalize the trade and foreign capital investment and more flexible industrial relations.

After the *coup d'état* of 1992, Abimael Guzmán, Shining Path leader was captured, and in 1993 Perú promulgated a new Constitution which allowed presidential reelection. Fujimori was re-elected, was to become a progressively authoritarian and corrupt leader. His third term lasted only three months because he had to flee to Japan, after the scandal of the first video of Montesinos's corruption network.

There followed a transitional government led by Valentin Paniagua, interim President elected by the Congress, who called elections, but the winner was Alejandro Toledo. Toledo assumes power in July 2001 and he continued the focus of economy policy on the free market.

The macroeconomic policy regime changed during the years 2000-2006. Adopting a monetary policy framework based on inflation targeting reduced the cost of money and improve the international competitiveness of Peruvian products⁵³.

The main problem faced by the Government of Toledo was an excessively low inflation. In late 2001, core inflation was below 1.5%, while in the first quarter of 2002, inflation reached a record negative rate⁵⁴.

In the last of the Fujimori administration, the fiscal deficit was above the 3% of GDP. The economic administration of President Toledo strengthened the control over public finances, thus reducing the fiscal deficit to 2.5% of GDP in 2001, for which it including launched a package of tax policies and administration, increasing the rate of general sales tax. In the same period the public debt as a percentage of GDP fell from 46.1% to 38.0%⁵⁵.

The government of Alan García implemented expansionary fiscal and monetary policies that explain the strong growth of domestic demand in 2007. Increased demand led to an economic expansion and rise in imports. This generated a trade deficit and an increase in inflation and financial vulnerability of the economy and loss of credibility for the Central Bank. García used policies that show an apparent expansionary economic growth which was not sustainable, and ended up weakening and loosening the Peruvian economy⁵⁶.

4.1.4 Venezuela

In 1998, six years after realizing an unsuccessful rebellious attempt against Carlos Andrés Pérez, the colonel Hugo Rafael Chávez Frías was elected as President of Venezuela. Since then his presidency has been defined as populist due to the different measures that including the following: very strong critic of the government of United States, of globalization and the market economy. During these years, the president has nationalized foreign companies, he has named his supporters in the Supreme Court, and he has implemented several programs directed to attending to the health of population while attacking the illiteracy of the poorest population of the country⁵⁷.

⁵³ JIMENES, Felipe. 2007. Available on: <http://felixjimenez.blogspot.com/2007/05/por-qu-el-per-sigue-creciendo.html>. Consulted on 21/08/10

⁵⁴ CUBA, Elmer. *Evolution of economic and political macroeconomy. An Analysis of Alejandro Toledo government (2001-2003)*. Available on: <http://www.gestiopolis.com/canales5/eco/consorcio/eyes52/archivos/52-evolucion-economica-gobierno-toledo-en-el-peru.pdf>

⁵⁵ CIES. *Dare to Fiscal Policy in Perú*. Consorcio de Investigación Económica y Social. Lima. December of 2006. Available on: <http://cies.org.pe/files/DyP/dyp27.pdf>

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ EDWARDS, S. (Ed.). *Populism and Markets: The Dilemma of Latin America*. Ob. Cit.

Equally, he has changed the constitution to allow his perpetual reelection. Chávez defines himself as the standard-bearer of the “Bolivarian Revolution”⁵⁸. Nevertheless, before Chávez, Venezuela had experienced already the characteristics of populism. The populist history of Venezuela, began in the middle of the eighties, in Jaime Lusinchi’s Presidency, when the fiscal deficit, the foreign debt, and the inflation increased in a substantial way.

Between 1989 and 1993, the president Carlos Andrés Pérez tried to restore the economic order, to reduce the inflation, and to adopt modern measures but they were weak. When Pérez assumed power, the foreign debt was enormous and out of control, there was a shortage of food and credit had disappeared⁵⁹. One of the measures of stronger shock implemented by Perez was a strong devaluation, which reduced the value of the bolivar by two thirds⁶⁰. In three months, the price of the public transport increased thirty per cent.

As consequence of the multiple disturbances caused by the dissatisfaction of the population, this sad episode of the Venezuelan history was known as the *caracazo*⁶¹ and resulted in the deaths of more than 300 people in less than 5 days⁶².

One of the major consequences of the *Caracazo*, is the failed coup by Hugo Chávez in February 1992 against the government of Carlos Andrés

Pérez, Though unsuccessful, Chávez was popular among the population, which then lead to the power. The Venezuelan people were convinced that corruption was the most serious problem facing the country and Chávez was seen at the time as a hero.

In 1993, Pérez was accused of corruption and removed from his post by the Congress. In 1994, Rafael Caldera, who had been President between 1969 and 1974 came to power thanks to a populist platform that was opposed to the reforms and to the globalization.

His administration undid most of the shy reforms implemented during the second period of Carlos Andrés Pérez, realized in the frame of the consensus of Washington. In the first two years of Caldera’s presidency, his administration was characterized by rapid inflation, control of prices, and fall of the bolivar, bank crises and economic stagnation.

In 1994 the government liberated Colonel Hugo Chávez from prison and signed an agreement with the International Monetary Fund (IMF). In exchange for 1600 million dollars the government promised to reduce inflation and to reactivate growth, by a program of the modernization of the state and liberalization of the economy.

When Chávez assumed the power in 1998, Venezuela was the country of Latin America, which had implemented the least neoliberal reforms. For this reason is possible to affirm that Chávez is not a product of the Consensus of Washington. Chávez is a product of the corruption, the economic stagnation and the complacency of the Venezuelan elite⁶³.

During the first months of his presidency, Hugo Chávez has taken important decisions to change the political and economic system in

⁵⁸ RODRÍGUEZ, F. R. “An Empty Revolution: The Unfulfilled Promises of Hugo Chávez.”. In: *Foreign Affairs*. 2008.

⁵⁹ HAUSSMAN, Ricardo. “Impact of Public Finances on Distribution”. In: INTERAMERICAN DEVELOPMENT BANK. *Adjustment Policies and Poverty: False Dilemmas, Real Problems*. Ed. José Nuñez del Arco. Washington, DC. 1995. p. 261.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ LÓPEZ, Margarita. “The Venezuelan Caracazo of 1989: Popular Protest and Institutional Weakness”. In: *Journal of Latinoamerican studies*. 2003.

⁶² *Ibid.*

⁶³ EDWARDS, S. (Ed.). *Populism and Markets: The Dilemma of Latin America*. Ob. Cit.

Venezuela. In July 1999 he had established a Constituent Assembly. This Assembly approved a new constitution in December 1999. The new constitution made important changes: It changed the official name of the country to the Bolivarian Republic of Venezuela, replaced the bicameral Congress by a single chamber, which increased the power of the executive. Chávez also introduced changes in the system of electing judges and promised free education and health and quality for Venezuelans⁶⁴.

Chávez's economic policy had three objectives from the beginning: accelerate the rate of economic growth, provide social services and nationalize strategic companies⁶⁵. Chávez removed the centralized Ministry of family and social assistance in the Single Social Fund (FUS), administered by the military forces. Also Chávez's government created various social programs called "missions" aimed at providing medical services to the poorest Venezuelans. The government also implemented literacy campaigns and changes to improve the coverage and quality of education⁶⁶.

The use of these social programs for political purposes, "that since the political theory called the patronage"⁶⁷, have been considered a favorite tools of populist politicians⁶⁸.

From 2002, public spending rose sharply and the central bank issued currency more easily. Accordingly, the official inflation rate was over 30%, there was a price control and commodities became scarce⁶⁹.

⁶⁴ CORRALES, Javier. "Hugo Boss". In: *Foreign Policy*. January-February. 2006.

⁶⁵ EDWARDS, S. (Ed.). *Populism and Markets: The Dilemma of Latin America*. Ob. Cit. p. 262.

⁶⁶ Corrales, Javier. "Hugo Boss". Ob. Cit.

⁶⁷ WALKER, Ignacio "Democracy and Populism in Latin America." In: *Kellogg Institute for International Studies*. Working Paper. 2009.

⁶⁸ EDWARDS, S. (Ed.). *Populism and Markets: The Dilemma of Latin America*. Ob. Cit.

⁶⁹ Ibid.

Despite these social policies, growth in Venezuela has not been particularly significant in relation to the rest of Latin American countries (3.5% on average between 1999 and 2007). In fact, some analysts attribute the entire Venezuelan economic growth in this period to the increase in oil prices and the control exerted on the government oil sector by the government⁷⁰ but not to the success of the social policies of the Chávez government.

4.2 Colombia: why there has not been macroeconomic populism in our country?

As we have seen the countries of Latin America went through this phase of populism, with disastrous effects for the economy and welfare of its inhabitants. We note how the countries have some economic and political memory, enabling them to learn from their mistakes. We should ask ourselves if the populist political knowledge is absolutely untenable, or whether it can succeed. Colombia has hadn't absence a populist policy in the last four decades.

Colombia has been perhaps the exception to the rule of Latin American hyperinflation. In the last decades and until early 1990, Colombia has been characterized by macroeconomic stability, in contrast to the enormous volatility that other countries had in Latin America.

This stability without doubt is given by economic and political factors. On the one hand, economic stability generated by the coffee chains, led to unfavorable conditions for the emergence of populist movements.

Furthermore, the existence of a consolidated system of two political parties, contributed to an ideological convergence that has enabled the design and discussion of economic policies in a non-ideologically polarized. This situation has

⁷⁰ RODRÍGUEZ, F. R. "An Empty Revolution: The Unfulfilled Promises of Hugo Chávez". Ob. Cit.

hampered the introduction of macroeconomic populism. This led during the twentieth century the Colombian economy was one of the few economies in Latin America who never had hyperinflation.

The Evolution of the Central Bank in Colombia has also been identified as one of the key elements of macroeconomic stability⁷¹.

In 1923 Colombian created the Bank of the Republic, because the country needed an institution to put order to the issuance process, following the crisis of 1922. With the help of the Kemmerer mission was established by Act 25 of 1923, the Organic Statute of the Bank of the Republic, which gave exclusive authority to issue legal tender, managing foreign reserves and acting as lender to the government, but only when necessary. In 1951 Kemmerer mission designed the monetary, credit and exchange policies⁷².

1963 marked another important point in the evolution of the Colombian Central Bank, because government created the Monetary Board, which became independent come the conduct of monetary policy, credit and exchange policies of private actors (which previously were part of the Board Directors of the Bank of the Republic). It also consolidated the Banking Superintendency how the financial system watchdog⁷³.

In 1973, the Bank of the Republic became a financial public entity and in 1982 became an economic public entity, unique in nature, with special administrative arrangements, legal and independent assets. With the Issue of the Constitution of 1991, the Bank of the Republic rose to constitutional status and also to over

the management of monetary policy and the inflation control⁷⁴.

This independence of the Central Bank has encouraged the control of inflation, even at the expense of jobs and demand, and according to some of democracy itself.

Regarding the latter argument, it should be noted that the independence of central banks, driving away the temptation of populist as a tool as powerful as monetary policy, as submitted to the control of the Congress, academia, local financial markets and international public opinion.

In Colombia, during the government of Alvaro Uribe Vélez, the Democratic Security policy proposed by his government, resulted in feelings of security and confidence for the majority of Colombian citizens, increasing the president's popularity ratings.

However, in his management of economic policy, it is possible to observe some features of populism. With the aim of increasing the fighting forces, the Democratic Security Tax was established in 2001, which raised 2.5 billion pesos in order to close the budget gap for 2002 law enforcement and fund the so-called "Emergency Plan" in 2003⁷⁵, which consisted in increasing the forces manpower both rural and urban.

Some of the fiscal policy measures implemented during the government of President Uribe were: in 2002 he established the transitional tax assets through the law of internal disturbance. The government proposed a process of adjustment and austerity by announcing cut public

⁷¹ BANK OF THE REPUBLIC. *Introduction to Economic Analysis: the Colombian Case*. Second Edition. Bogotá. 1998.

⁷² *Ibid.* p. 164.

⁷³ *Ibid.* p. 171.

⁷⁴ GÓMEZ ARRUBLA, Fabio. *History of the Bank of the Republic*. Bank of the Republic. Bogotá. 1983.

⁷⁵ VELÁSQUEZ VARGAS, A, et al. "Public Safety and Public Expenditure: Reflections on the Colombian Case". In: *Latin America Today Magazine*. Vol 50. 2008. University of Salamanca, Spain. Available <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=30810929003>

spending by 1.5 billion pesos, as a result of the fiscal deficit of 3.3 percent of GDP in 2008.

Similarly, and in order to obtain more resources major state enterprises were privatized⁷⁶. Despite the announced austerity, the government increased its social spending programs such as investing in action families *Familias en Acción*, the expansion of subsidized health system, the new target population of the ICBF, breakfasts for children, protection for the elderly, increased training of the Sena, reducing unemployment, promoting micro-credit, the impetus to housing for the poor and increasing social investment⁷⁷, indicating that despite the high fiscal deficit, government spending continued to increase in military manpower and welfare policies without much impact on the welfare of society.

Unemployment had a small reduction from 2002 to 2007. However it increased from 2008 (see Chart 6). This increase may be associated with the effect of the global crisis on our country, taking into account the high degree of dependence of the Colombian economy on the U.S. economy.

During his first term of office, the Uribe government managed to maintain a certain economic stability to get through a fiscal policy strategy, which meant significant increases in public spending. However, during his second administration, this economic growth was affected by the revaluation and low employment generation. It is necessary to note that the early years coincided with the expansion of the global economy. However, in the efforts to achieve re-election and other political factors led the Uribe government to “leave aside” the economic issue. This led him to be less competitive in the second period.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ PRESIDENCY OF THE REPUBLIC. Website www.presidencia.gov.co

Monetary policy during the government of President Uribe led by the Bank of the Republic, was focused on continuing the system of inflation targeting. To this end, the Bank of the Republic used measures such as increasing the base rate and increases in bank reserves, among others. The reduction of inflation has significantly increased trust in the Colombian economy. (See Chart 7).

It is possible to conclude that some features of the phenomenon called macroeconomic populism were present during the administration of President Uribe. He made use of economic policy to develop programs that allowed him to have a good national image, especially with the most vulnerable population, thus hiding the poor economic performance and serious problems of corruption within their government.

However, Colombia did not experience, like other Latin American countries at the time, the terrible consequences of macroeconomic populism. The strength of the institutions to which the Constitution had assigned the management of economic and fiscal policy and the control to prevent to use these tools in an irresponsible way by the executive, coupled with the traditional central bank independence, explains this situation.

Of course, many other factors contributed to the economic stability of Colombia in the Latin American context. Among these factors are the coffee boom and the boom of drug trafficking. All of these factors led the Colombian economy to be of populist management. It never had hyperinflation, and the country experienced the greatest macroeconomic stability in Latin America in the last sixty years.

CONCLUSIONS

Four of the five economies studied: Argentina, Chile, Perú and Venezuela have suffered the

delay of the import substitution model and the inflationary problems of populist policies. The exception is that Belaunde and Velasco did twenty years after knowing that it had not worked in Peron's Argentina.

Velasquismo inspired socialist Allende and Allende inspired García, 12 years after learning that this model had failed in Chile. It is hard to understand the logic of repeating failed experiences in dogmatic convictions.

We should, in light of what has been studied in the five cases presented, reflect on some lessons that I think are important: The first lesson is the importance of having a good economy policy to allow a strong social policy. Improving the quality of life of people, it is almost impossible in a context of recession or negative growth.

The time needed to generate revenue and quality jobs in an economy is more than the speed with which these jobs are lost in times of crisis. That is, the impact of the crisis is always greater than the impact of the expansions. Therefore, generating a long-term sustained growth is a necessary but not enough to improve the quality of life of the population.

The second lesson is that one should not avoid a necessary and inevitable adjustment for political reasons, because if the adjustment is postponed, the treatment will end up being worse than the disease. Postponing the devaluation caused three years of additional suffering to the people of Argentina, and likewise for the Peruvians, who watched as little by little the quality of life was deteriorating.

Colombia is the exception to the rule of macroeconomic populism in Latin America. Different factors set out below (coffee stability, bipartisan consensus, macroeconomic policies, central bank independence, etc.) have never contributed to hyperinflation, and to maintained macroeconomic stability.

However, the absence of populism does not imply that there were always chosen to sound policies, at least on social issues on the poverty levels. In conclusion, macroeconomic populism was extremely harmful to the welfare of the countries studied and Colombia was the exception to the rule.

GRAPHS

Graph 1. Total foreign debt



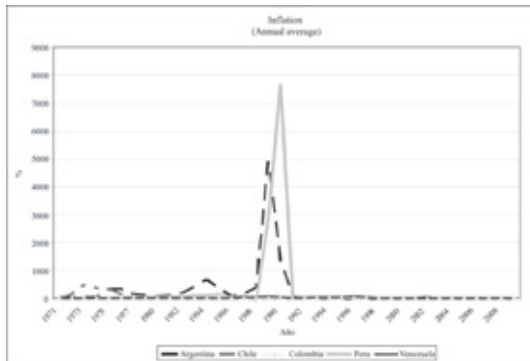
Source: CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Development Own with database available at: <http://websie.eclac.cl/infest/ajax/cepalstat.asp?carpeta=estadisticas>

Graph 2. Social policies - public spending



Source: CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Development Own with database available at: <http://websie.eclac.cl/infest/ajax/cepalstat.asp?carpeta=estadisticas>

Graph 3. Inflation



Source: CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Development Own with database available at: <http://websie.eclac.cl/infest/ajax/cepalstat.asp?carpeta=estadisticas>

Graph 5. Variation gross domestic product



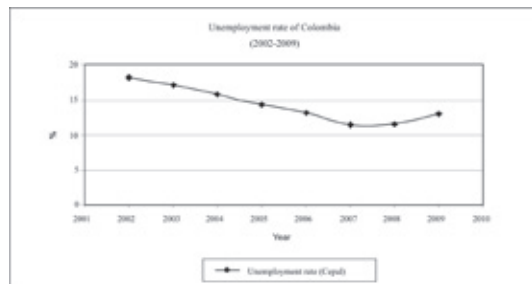
Source: CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Development Own with database available at: <http://websie.eclac.cl/infest/ajax/cepalstat.asp?carpeta=estadisticas>

Graph 4. Gross domestic product



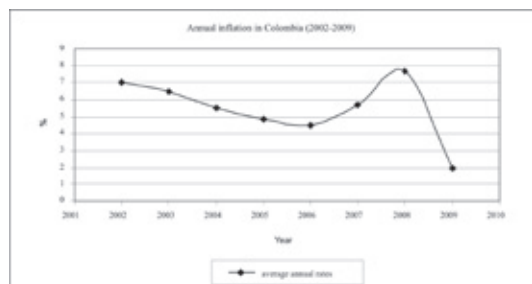
Source: CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Development Own with database available at: <http://websie.eclac.cl/infest/ajax/cepalstat.asp?carpeta=estadisticas>

Graph 6. Unemployment rate of Colombia



Source: CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Development Own with database available at: <http://websie.eclac.cl/infest/ajax/cepalstat.asp?carpeta=estadisticas>

Graph 7. Annual inflation in Colombia



Source: CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Development Own with database available at: <http://websie.eclac.cl/infest/ajax/cepalstat.asp?carpeta=estadisticas>

Chart 3. Presidents and presidential terms since 1950

Argentina	Chile	Colombia	Peru	Venezuela
1946 - 1951. Perón, Juan Domingo	1946 - 1952. Gabriel González Videla	1950-1951. Laureano Gómez Castro	1948-1950. General Manuel A. Odría Amoretti	1950-1952. Germán Suárez Flamerich
1951 - 1955. Perón, Juan Domingo	1952 - 1958. Carlos Ibáñez del Campo	1951-1953. Roberto Urdaneta Arbeláez	1950. General Zenón Noriega	1952-1958. Marcos Pérez Jiménez
1955 - 1955. Lonardi, Eduardo	1958 - 1964. Jorge Alessandri Rodríguez	1953-1957. Teniente general Gustavo Rojas Pinilla	1950-1956. General Manuel A. Odría Amoretti	1958-1959. Wolfgang Larrazábal
1955 - 1958. Aramburu, Pedro Eugenio	1964 - 1970. Eduardo Frei Montalva	1957-1958. Junta Militar de gobierno	1956-1962. Manuel Prado Ugarteche	1959-1959. Edgar Sanabria
1958 - 1962. Frondizi, Arturo	1970 - 1973. Salvador Allende Gossens	1962-1966. Guillermo León Valencia	1962-1963. General Ricardo Pérez Godoy y General Nicolás Lindley	1959-1964. Rómulo Betancourt
1962 - 1963. Guido, José María	1973 - 1990. Augusto Pinochet Ugarte	1966-1970. Carlos Lleras Restrepo	1964-1968. Fernando Belaunde Terry	1964-1969. Raúl Leoni
1963 - 1966. Illia, Arturo Humberto	1990 - 1994. Patricio Aylwin Azócar	1970-1974. Misael Pastrana Borrero	1968-1975. General Juan Velasco Alvarado	1969-1974. Rafael Caldera
1966 - 1970. Onganía, Juan Carlos	1994 - 2000. Eduardo Frei Ruiz-Tagle	1974-1978. Alfonso López Michelsen	1975-1980. General Francisco Morales Bermúdez Cerruti	1974-1979. Carlos Andrés Pérez
1970 - 1971. Levingston, Roberto Marcelo	2000 - 2006. Ricardo Lagos	1978-1982. Julio César Turbay Ayala	1980-1985. Fernando Belaunde Terry	1979-1984. Luis Herrera Campins
1971 - 1973. Lanusse, Alejandro Agustín	2006 - present. Michelle Bachelet Jeria	1982-1986. Belisario Betancur Cuartas	1985-1990. Alan Gabriel Ludwig García Pérez	1984-1989. Jaime Lusinchi
1973 - 1973. Cámpora, Héctor José	2001 - 2002. Camacho, Eduardo	1986-1990. Virgilio Barco Vargas	1990-1995. Alberto Kenya Fujimori	1989-1993. Carlos A. Pérez
1973 - 1973. Lastiri, Raúl Alberto	2002 - 2003. Duhalde, Eduardo Alberto	1990-1994. César Gaviria Trujillo	1995-2000. Alberto Kenya Fujimori	1993-1994. R.J. Velásquez
1973 - 1974. Perón, Juan Domingo	2003 - 2007. Kirchner, Néstor Carlos	1994-1998. Ernesto Samper Pizano	2000. Alberto Kenya Fujimori	1994-1999. Rafael Caldera
1974 - 1976. Martínez de Perón, María E.	Kirchner, Cristina 2007- present	1998-2002. Andrés Pastrana Arango	2000-2001. Valentín Paniagua Corazao	1999-2001. Hugo Chávez
	Sebastian Piñera 2010-	2002-2006. Alvaro Uribe Vélez	2001-2006. Alejandro Toledo Manrique	2001-2007. Hugo Chávez
		2006-2010. Alvaro Uribe	2006- present. Alan Gabriel Ludwig García Pérez	2007- present. Hugo Chávez
		2010- present. Juan Manuel Santos		

BIBLIOGRAPHY

- AMERICAN BUREAU. *The Poverty Brokers: The IMF and Latinoamerica*. Ancora Editores. Bogotá. 1985
- ARDITI, B. "Populism as an Internal Periphery of Democratic Politics". In: PANIZZA, F. (Comp.). *Populism as a Mirror of Democracy*. Fondo de Cultura Económica de Argentina. Buenos Aires. 2009
- BANK OF THE REPUBLIC. *Introduction to Economic Analysis: the Colombian Case*. Second Edition. Bogotá. 1998
- BARROS, S. "Discursive Continuities Menem Rupture". In: PANIZZA, F. (Comp.). *Populism as a Mirror of Democracy*. Fondo de Cultura Económica de Argentina. Buenos Aires. 2009
- BOWMAN, G. "Constitutive and Imaginary Nationalist Violence: The Construction of the "People" in Palestine and the Former Yugoslavia". In: PANIZZA, F. (Comp.). *Populism as a Mirror of Democracy*. Fondo de Cultura Económica de Argentina. Buenos Aires. 2009
- CEPAL. *Reaction of Latin America governments to international crisis: a little presentation of political measures announced from 30 June of 2009*. División de Desarrollo Económico. Comisión Económica para América Latina. Santiago. 2009
- CIES. *Dare to Fiscal Policy in Perú*. Consorcio de Investigación Económica y Social. Lima. December of 2006. Available on: <http://cies.org.pe/files/DyP/dyp27.pdf>
- CLAVIJO, Sergio. *Central Banking and Macroeconomic Coordination: The Case of Colombia*. October 2000
- Corrales, Javier. "Hugo Boss". In: *Foreign Policy*. January-February. 2006
- CUBA, Elmer. *Evolution of economic and political macroeconomy. An Analysis of Alejandro Toledo government (2001-2003)*. Available on: <http://www.gestiopolis.com/canales5/eco/consorcio/eys52/archivos/52-evolucion-economica-gobierno-toledo-en-el-peru.pdf>
- DEGREGORI, Carlos Iván. *The Decade of Anti-politics: the Rise and Flight of Alberto Fujimori and Vladimiro Montesinos / Carlos Ivan Degregori*. Instituto de Estudios Peruanos. Lima. 2001
- DOORNBUSH, Rudiger. *The Macroeconomics of Populism*. Fondo de Cultura Económica. Mexico City. 1997
- EDWARDS, S. (Ed.). *Populism and Markets: The Dilemma of Latin America*. Grupo Editorial Norma. Bogotá. 2009
- _____. "A long Decline: from Independence to the Washington Consensus". In: EDWARDS, S. (Ed.). *Populism and Markets: The Dilemma of Latin America*. Grupo Editorial Norma. Bogotá. 2009
- _____. "The Washington Consensus and the recurrence of the crisis, 1989-2002". In: EDWARDS, S. (Ed.). *Populism and Markets: The Dilemma of Latin America*. Grupo Editorial Norma. Bogotá. 2009
- FONTAINE T, Andrew John. *Independent Central Bank: The Pursuit of Stability*. Pontificia Universidad Católica de Chile. Research Associate. Center for Public Studies.
- GARRETON, Manuel Antonio. *Michelle Bachelet's government and Chilean Politic. ¿End of political cycle?*. 2010. Available on: http://www.manuelantoniogarreon.cl/documentos/2010/gobierno_bachelet_es.pdf
- GERVASONI, Carlos. *Political crisis política and financial crisis in the Aliances' government in Argentina (1999-2001)*. 2010. Available On: <http://repositories.lib.utexas.edu/bitstream/handle/2152/4090/gervasoni.pdf?sequence=2>
- GÓMEZ ARRUBLA, Fabio. *History of the Bank of the Republic*. Bank of the Republic. Bogotá. 1983

GUTIÉRREZ, Ricardo Raúl. *Argentine crisis at the end of milenio. A teaching for Political Economy. Department of economie.* UNS. Ausgut, 2003. Available on: http://www.aaep.org.ar/espa/anales/PDF_03/Gutierrez.pdf

HAUSSMAN, Ricardo. "Impact of Public Finances on Distribution". In: INTERAMERICAN DEVELOPMENT BANK. *Adjustment Policies and Poverty: False Dilemmas, Real Problems.* Ed. José Nuñez del Arco. Washington, DC. 1995.

JIMÉNEZ, Felipe. 2007. Available on: <http://felixjimenez.blogspot.com/2007/05/por-quel-per-sigue-creciendo.html>. Consulted on 21/08/10.

KALMANOVITZ, Salomón. *Central bank independence and democracy in Latin America.* Paper prepared for the Colloque "Mondialisation économique des sociétés et gouvernement: l'Amérique latine, a laboraotire?." Organisé par le GREITD, l'IRD et les Universités de Paris (CRI-IEDES), Paris June 2000.

KRUGMAN, Paul. *Returning to the big economic depression.* Editorial Norma. Colección Vitral. Bogotá. 1999.

_____. *Economía Política internacional.* Mac Graw Hill. 1997.

Laclau, E. "Populism: Can you Tell us the Name?". In: PANIZZA, F. (Comp.). *Populism as a Mirror of Democracy.* Fondo de Cultura Económica de Argentina. Buenos Aires. 2009

LÓPEZ, Margarita. "The Venezuelan Caracazo of 1989: Popular Protest and Institutional Weakness". In: *Journal of Latinoamerican studies.* 2003.

LOWNES, J. "Foundational violence of political hegemony, conservative populism of George Wallace". In: PANIZZA, F. (Comp.). *Populism as a Mirror of Democracy.* Fondo de Cultura Económica de Argentina. Buenos Aires. 2009.

MACHINEA, Jose Luis. *Latin America: Return to growth in this decade?* CEPAL. 2004

MANKIW, N. Gregory. *Principles of Economy.* Second edition. Mac Graw Hill. Translation by Esther Rabasco Espartiz and Luis Toharía Cortés. Madrid. 2003

MARCHESI, Giancarlo. *The Evolution of Economic and Social Policy in Latin America: A Comparative View.* The University of Texas at Austin. Institute of Latin American Studies. Center for Latin American Social Policy (CLASPO). Researcher Visiting. Perú. February, 2004.

MORA and ARAUJO, Manuel. "From Perón to Menem. A History of Peronismo". In: BORÓN, Atilio, et al. *Peronismo and Menemismo. Populism in Argentina.* El cielo por asalto. Buenos Aires. 1995.

MOUFFE, C. "The End of Politics and the Challenge to Right-Wing Populism". In: PANIZZA, F. (Comp.). *Populism as a Mirror of Democracy.* Fondo de Cultura Económica de Argentina. Buenos Aires. 2009.

PANIZZA, Francisco. (Comp.). *Populism as a Mirror of Democracy.* Fondo de Cultura Económica de Argentina. Buenos Aires. 2009.

Paramio, Ludolf. "Left turn and the return of populism". In: *Revista Nueva Sociedad.* No. 205.

PRESIDENCY OF THE REPUBLIC. Website www.presidencia.gov.co

PINTO OCAMPO, Maria Teresa. *Between Repression and Conciliation: the Growers in Chapare and Putumayo. Final Report of the Contest: Social Movements and New Conflicts in Latin America and the Caribbean.* Regional Scholarship Program CLACSO. 2004. Available at: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/2002/mov/pinto.pdf>

REYES, O. "Skinhead Conservatism: a Populist Project Failed". In: PANIZZA, F. (Comp.). *Populism as a Mirror of Democracy.* Fondo de

Cultura Económica de Argentina. Buenos Aires. 2009.

RODRÍGUEZ, F. R. "An Empty Revolution: The Unfulfilled Promises of Hugo Chávez.". In: *Foreign Affairs*. 2008.

SANTISO, J. *From the good Revolutionary "good liberal? About a strange Latin American chameleon*. Paper presented at the Congress Science Po / The College of Mexico. Of the old populism of modern populism. Translation: Carmen Chalamanch. Mexico. 1999.

URRUTIA, Miguel. *Independent Central Bank and Democracy*. Published in: Journal of Economics National University of Colombia Faculty of Economics Volume XVI Semester 1997.

VELÁSQUEZ VARGAS, A, et al. "Public Safety and Public Expenditure: Reflections on the Colombian Case". In: *Latin America Today Magazine*. Vol 50. 2008. University of Salamanca, Spain. Available <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=30810929003>

VILAS M., Carlos. «Neoliberalism Populisms Recycled or Dry?. The Myth of Populism in Latin America". In: *Political Sociology Journal*. Curitiba. June. 2004.

WALKER, Ignacio "Democracy and Populism in Latin America." In: *Kellogg Institute for International Studies*. Working Paper. 2009.

BAJO EL LENTE DEL CINE POLÍTICO: LA IMAGEN PROBLEMATIZADORA*

César Oliveros Aya**

*A Jorge David, Carlos Andrés,
Luis Alejandro y David Nicolás;*

En nuestro caso, las palabras no han sido necesarias

Fecha de recepción: 29 de Octubre de 2010

Fecha de aceptación: 30 de Noviembre de 2010

Artículo Resultado de Proyecto de
Investigación.

Resumen

El presente artículo plantea algunas reflexiones sobre la vigencia del cine político como instrumento globalizador para la comunicación de visiones sociales, políticas y jurídicas que, lentamente, han ido desplazando el punto de vista hegemónico de los Estados Unidos. En consecuencia, la narrativa visual ha ido recuperando nuevos públicos, nuevos escenarios y nuevas formas de manifestarse, con lo cual, a través del cine, cada nación puede reflejar su propia historia y así, iniciar el camino para exorcizar las secuelas de sus dolores y miedos.

Palabras clave

Política, Cine, Derecho.

* Resultado de la investigación terminada dentro de la Maestría en Docencia e Investigación Universitaria de la Universidad Sergio Arboleda y culminada en el año 2008.

** Abogado de la Universidad Libre, Magíster y Especialista en Docencia e Investigación Universitaria, Candidato a Magíster en Derecho Administrativo. Docente de la Universidad Militar Nueva Granada, en el área de Derecho Público. Experto en Lenguaje Cinematográfico, Guión e Historia del Cine. cesar.oliveros@unimilitar.edu.co; oliverosaya@yahoo.es

UNDER THE LENS OF POLITICAL FILM: THE IMAGE PROBLEM

Abstract

This paper explained some reflections about the validity of political cinema as means of globalization for the communication of social, political and legal visions to replace the hegemonic interpretation of the United States respect to world. Then, actually the visual narrative have new audiences, new stages and new displays for show the history of each nation and lead to exorcize the consequences of his pains and fears.

Keywords

Politics, Cinema, Law.

INTRODUCCIÓN

Desde finales de los años noventa la importancia del cine como recurso didáctico para la formación ha ido cobrando mayor connotación en la medida en que permite visualizar referencias teóricas en contextos semi – prácticos¹. Abordar las diferentes temáticas con base en una narración fílmica permite que el ejercicio de la enseñanza y el aprendizaje sea más dinámico y enriquecedor, a la vez que procura la formulación de problemas de estudio ante la posibilidad de interactuar desde la óptica del discente.

Es innegable que

“las actuales generaciones de estudiantes vinculados a ciencias y disciplinas se forjan en un aprendizaje audiovisual. La imagen en movimiento ha llegado a formar parte de todo ejercicio académico, ora como referencia, ora como pre-texto, lo que ha conllevado a construir nuevas propuestas metodológicas de enseñanza y adecuar los presupuestos de la Hermenéutica a esta novedosa forma de apprehender

¹ Ámbitos educativos que permiten combinar la teoría y actividades experienciales en el marco del aprendizaje significativo.

*el conocimiento*²; en consecuencia, huelga redefinir la visión formalista de las ciencias sociales hacia un enfoque interdisciplinar coadyuvante al propósito de la formación integral.

En ese orden de ideas, el presente escrito toma como ejemplo de la dinámica enunciada, el valor académico del llamado “cine político”³ para demostrar las incidencias temáticas que pueden explorarse a partir de áreas como el Derecho Constitucional y la Política.

Por consiguiente, se definirá el alcance de dicho género fílmico, las tendencias clásicas y contemporáneas frente a la constante actualización de visiones coyunturales acorde con el devenir histórico a lo largo y ancho del mundo, para culminar con un breve recorrido por la cinematografía colombiana sobre el particular.

1. PROBLEMA

¿Cuál es el panorama filmográfico del cine político para aproximar su contenido semiótico al Derecho Constitucional?

2. METODOLOGÍA

La investigación que da origen al presente artículo, se forjó a partir de la concurrencia de diversos métodos. En primer lugar, se fundamentó en la investigación socio jurídica, de carácter descriptivo, comparativo y explicativo, para centrarse en el método analítico – deductivo e histórico. El método descriptivo y explicativo fue necesario para cimentar la claridad en lo que concierne al cine político como género cinematográfico y el rol del derecho constitucional

como punto de partida de la formación jurídica. El método comparativo permitió correlacionar derecho y cine como ejes centrales de una nueva forma didáctica para la enseñanza y aprendizaje del primero. El método analítico – deductivo y el histórico posibilitaron la revisión del material fílmico en contraste con las hermenéuticas y argumentativas en torno a las perspectivas de la pretensión política de los realizadores, en función del momento histórico sobre el cual recaen sus consignas, así como la información complementaria de la bibliografía utilizada.

2.1 El sustrato significante del cine político

Para muchos el cine es mero pasatiempo, un espacio que propicia la posibilidad de ausentarse de la realidad e imaginar otros entornos, mundos diferentes, nuevos lugares e historias que se ven como ajenas. Para otros, el cine es algo más que esa visión sesgada e individualizadora, es un arte que denota oportunidad de conocimiento y de reflexión sobre el entorno a partir de narraciones contadas con la seguridad analítica de quien percibe las cosas como espectador, sin temor a involucrarse en los avatares que horadan en la psicología de los personajes.

Desde otra perspectiva, el cine también puede ser pre – texto de comprensión para hallar el significado de los saberes, para intentar aproximarlos a un marco de realidad a partir de la ficción. En este sentido reside la gran utilidad académica del arte como hermenéutica de la realidad y será, pues, la noción que acompañará los propósitos del presente escrito.

No en vano se afirma que

*“el cine, narración en imágenes de una historia, se sustenta en la visión mediatizada por la cámara. El ojo, la cámara y el cerebro como una trilogía indisoluble que otorga sentido a la narración”*⁴.

² OLIVEROS AYA, César. “Prolegómenos a la hermenéutica del cine como pre-texto para el estudio y el análisis de temas jurídicos”. En: ÁNGEL ÁLVAREZ, Jaime Alberto, et al. *Problemas de la filosofía del Derecho, la política y la argumentación jurídica*. Universidad Libre. Facultad de Filosofía. Facultad de Derecho. Bogotá. 2010. p. 671

³ Género fílmico que aborda asuntos como poder y gobierno en el contexto de un estado en particular, generalmente referenciando una situación histórica verídica.

⁴ VIGO, Jorge. “La memoria y el cine político”. En: *Asterion XXI, Revista Cultural*. Disponible en: <http://www.asterionxxi.com.ar/numero3/memoriaycinepolitico.htm>

2.1.1 El cine político: entre la historia y la propaganda

Cuando dicho arte aborda la memoria de los pueblos, sus gravitaciones en el marco de la Historia, hablamos de cine político; “*el que se encarga de dar cuenta del goce de recordar a través de las imágenes*”⁵, hasta el punto que los propios realizadores de dicho género se estiman como artistas y, simultáneamente, historiadores.

Con tal enfoque, bien puede argüirse que, desde sus inicios, el cine no ha estado marginado de la influencia política⁶

*“y esta se ha manifestado desde diversas posturas que atienden al desarrollo de la propia industria, a la utilización del cine como vehículo propagandístico y a la actuación de algunos gobiernos en la protección de su propia cinematografía”*⁷.

Por lo tanto, debe aclararse que

*“depende de qué industria se trate para que su alcance social sea mayor o menor, pues según se trate de películas estadounidenses, alemanas, italianas, francesas, soviéticas o españolas, por poner algunos ejemplos, así será el control que se ejerza sobre una determinada producción”*⁸.

Pero es en el campo de lo propagandístico donde se hace visible la influencia de las productoras y el control de la información contenida en los filmes políticos⁹; por ello, en la Unión Soviética, una vez culminada la revolución de octubre de 1917, el rol del director como realizador cambia en la medida en que se supedita al espíritu socialista, pues el cine

queda dependiendo directamente de la subvención del estado¹⁰; en Alemania a partir de los años 20, empieza a perfilarse como bastión del régimen nazi, como sucedió con la filmografía de Leni Riefenstahl¹¹.

Por otra parte, el cine estadounidense ha sabido explorar y explotar sus narraciones de corte político hacia la entronización y, por qué no, mundialización del ideario nacionalista que los ha caracterizado desde los años veinte y con mayor realce, en las postrimerías de la segunda guerra mundial¹².

Lo cierto es que existe una pluralidad de visiones que desde el cine han contribuido a la formación histórica de los pueblos; realizadores de diversas nacionalidades, como es el caso de Fernando Solanas en Argentina, Costa -Gavras en Grecia, Chris Marker en Francia, entre otros, han presentado sus propias perspectivas para demostrar que difícilmente se pueden negar las cualidades sociológicas y políticas del séptimo arte hasta el punto que el análisis filmico, esto es, su estructura, su relato y constructo semiótico, permite

*“descubrir con bastante precisión las tendencias implícitas de la sociedad que la produce, la sociedad en donde actúa, dada su condición de producto cultural, como uno de sus indicadores sociales privilegiados”*¹³.

Dentro de la historia del cine muchas han sido las producciones que se han vinculado

⁵ Ibid.

⁶ Téngase como ejemplo *L'affaire Dreyfuss* (1899) de Georges Méliés, *El nacimiento de una nación* (1914), de David W. Griffith o *Napoleón*, de Abel Gance.

⁷ GARCÍA FERNÁNDEZ, Emilio C. “Perfiles del cine político”. En: *Cine y Letras*. 5 de noviembre de 2008. Disponible en: <http://www.guzmanurrero.es/index.php/Cine/Cine-y-politica.-Perfiles-del-cine-politico.html>

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Directora de cine alemán “reclutada” por Hitler para dar difusión propagandística a la ideología nazi, tal como demuestran las películas *El triunfo de la voluntad* y *Olympia*.

¹² No deben olvidarse las implicaciones políticas de los realizadores frente a la “caza de brujas” del senador McCarthy y las vicisitudes de la Guerra Fría que han aportado temáticas variopintas para erigir el triunfalismo norteamericano al que se refiere Tom Elgenhardt en su libro *El fin de la cultura de la victoria*.

¹³ RAMONET, Ignacio. *La golosina visual*. Editorial Debate S.A., 1ª edición, España. 2001. p. 42

con posiciones políticas particulares o han abanderado una causa considerada por sus realizadores como justa, sin que por ello pueda afirmarse el acercamiento conciso a la verdad¹⁴.

Entre esas consideraciones tenemos en Rusia a Sergei Eisenstein y a Dziga Vertov. El primero, con filmes clásicos en la historia del cine como *La huelga (Stachka, 1924)*, *El acorazado Potemkin (Bronenosets Potiomkin, 1925)*, *Octubre (Oktyaber, 1927)*; el segundo, quien aporta “el desciframiento documental del mundo visible”¹⁵ y a través del llamado Cine – Ojo, empleando una técnica de realismo sin artificios, únicamente el contacto de la cámara con la realidad, expone su posición crítica del entorno, de donde surge *Tres cantos a Lenin (Tripesni o Lenine, 1934)*, obra que, en demasía, idealiza al líder¹⁶.

Véase cómo el cine documental de Chris Marker ha permitido visualizar un enfoque crítico que aún se mantiene vigente, en obras como

El fondo del aire es rojo (Le Fond de l’Air Est Rouge, 1977), “que recuerda diez años de acontecimientos revolucionarios en el mundo, resulta muy interesante, pues perturba la apacibilidad de las discusiones políticas académicas y, en la medida de su intervención, suscita el debate”¹⁷.

Este director pertenece a una generación de realizadores militantes que procura no cargar con los discursos del sistema y sus consabidos dogmas¹⁸; *contrario sensu*, emprende un cine más interiorizado otorgándole gran valor a la opinión, a la reflexión, transformando su propia

visión en reflejos poéticos con dimensiones críticas y cuestionadoras¹⁹; en consecuencia, nunca da cuenta de la propaganda de un sistema, mucho menos de un partido;

*“aprovecha la vacilación humana, la fragilidad de los gestos, para captar el progreso histórico. Se presenta como testigo implicado y su obra soporta, con reconocida elegancia, su soledad de cineasta de fondo”*²⁰.

De ahí que

*“un film político acostumbra a tener como principal y lícito objetivo denunciar un estado de cosas difícilmente soportable, a todas luces injusto”*²¹,

pero también es cierto que

*“todo régimen necesita de sus películas, toda idea política –por errónea o alocada que sea– debe ser refrendada mediante ese arte del siglo XX que parece ennoblecer causas rastreras y wagnerizar epopeyas de patio de colegio”*²².

En este orden de ideas, se aprecia cómo el cine ha ido cobrando importancia, siendo aglutinador de estructuras de pensamiento vinculadas al problema político de las naciones, buscando no sólo llamar la atención sino mover al convencimiento y/o a la persuasión en su discurso de imágenes frente a momentos coyunturales del devenir social, generalmente a partir de documentales, pero también apelando a la ficción, al cine animado y a las películas experimentales.

Para el crítico norteamericano Hayden White, el cine político podría denominarse “Historiofotía”, vocablo que da cuenta de

“la representación de la historia y de nuestras ideas políticas en torno a ella a través de imágenes visuales y de un discurso filmico. Desde esta mirada el cine político, sería el complemento ideal de la ‘historiografía’, y al respecto, debería ser tomado más en serio

¹⁴ De Pedro, Jorge Mauro. “Cine político: ¿la intención es lo que cuenta?”. En: *Revista digital Miradas de Cine*. Disponible en: http://www.miradas.net/0204/articulos/2004/0407_moore.html

¹⁵ RAMONET, Ignacio. *La golosina visual*. Ob. Cit. p. 143

¹⁶ De Pedro, Jorge Mauro. “Cine político: ¿la intención es lo que cuenta?”. Ob. Cit.

¹⁷ RAMONET, Ignacio. *La golosina visual*. Ob. Cit. p. 155.

¹⁸ *Ibíd.* p. 154.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ *Ibíd.* p. 155.

²¹ De Pedro, Jorge Mauro. “Cine político: ¿la intención es lo que cuenta?”. Ob. Cit.

²² *Ibíd.*

*su testimonio ahora que los historiadores tienen la oportunidad de utilizar imágenes ellos mismos*²³.

2.1.3 Apostillas históricas del cine político

Como se ha visto, en la década de los veinte las películas rusas se hallaban subordinadas a la causa revolucionaria, teniendo como propósito la educación política de las masas²⁴; igual tendencia siguió el cine proletario alemán de la República de Weimar, acicateado por los sindicatos y los partidos izquierdistas²⁵. De igual manera, en los años treinta, el cine francés aboga por buscar cambios sociales, en consonancia con el cine de Frank Capra que, en Estados Unidos, enfatizaba en los valores democráticos y las libertades cívicas²⁶.

Con las producciones italianas de la década del cincuenta y sesenta, se instaura en la escena filmica la corriente del neorrealismo²⁷ como vocera de la denuncia de la corrupción política, la influencia de la mafia y los problemas sociales reflejados en la delincuencia, la emigración, la falta de vivienda y los efectos de los sindicatos²⁸, vicisitudes coyunturales que permiten abonar con sobrada contundencia los cimientos del cine político en todo su esplendor desde los estados industrializados hasta los tercermundistas.

Pero serán los acontecimientos acaecidos en Francia en el mes de mayo del año 1968, los

que pergeñen la pasión política de la mano de directores como Jean Luc Godard, Alan Resnais, Jacques Rivette y Marin Karmitz, redefiniendo el género como una indagación en las luchas obreras con espíritu de vanguardia en el modo de narrar²⁹.

En este marco surge el greco francés Constantín Costa – Gavras, realizador emblemático del género cuyas obras *Z* (1969, sobre la dictadura militar en Grecia), *La confesión* (1970, el estalinismo checo), *Desaparecido* (1982, las desapariciones propiciadas por el régimen militar chileno), *La caja de música* (1990, los pecados y crímenes de guerra nazi), *Amén* (1997, la perversa injerencia ideológica del clero en la política) colocan el dedo en la llaga de situaciones que van desde el terrorismo de Estado - como se aprecia en *Estado de Sitio*, filmada en 1973-, hasta la confusión del hombre que enfrenta, sin comprenderlo totalmente, la paradoja del poder en calidad de preceptor de bienes a costa de males que lesionan los derechos hasta el punto de convertir su vivencia en supervivencia –como sucede en el argumento de *Arcadia*, filmada en 2005³⁰–.

En la actualidad, el cine político ha enfatizado en buscar la validez de los derechos humanos, soslayando la denuncia que, otrora, justificaba su sentido, yéndose por horadar en visiones

²³ FERNÁNDEZ PINEDA, Rafael. *Cine político: Enfoques, historia e ideologías*. Cancún, México. Disponible en: <http://revistaesperanza.com/cinepol1.htm>

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Tendencia filmica cuya característica primordial reside en representar la vivencia cotidiana entre el relato y el documental, generalmente con personas sin experiencia actoral en lugar de actores profesionales. Surge en Italia y entre los realizadores más destacados cabe mencionar a Luchino Visconti, Vittorio De Sica y Roberto Rosellini.

²⁸ FERNÁNDEZ PINEDA, Rafael. *Cine político: Enfoques, historia e ideologías*. Ob. Cit.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Bruno Davert es un alto ejecutivo de una fábrica de papel que lleva quince años dedicado a satisfacer las necesidades de los patronos y accionistas de la compañía. Debido a un proceso de reestructuración económica de la empresa, de la noche a la mañana es despedido junto con cientos de sus compañeros. En principio la medida no le preocupa; es joven (tiene cerca de cuarenta años), cuenta con una preparación excelente y cree que no tardará demasiado en encontrar otro puesto de un nivel similar. Tres años después, aún sin trabajo, sólo tiene en mente sobrevivir y preservar su propio bienestar material, y salvaguardar el futuro de su esposa e hijos. Con la ayuda de un arma decidirá pasar a la acción y comenzar a aniquilar a su competencia de una forma ordenada y lógica. Al mismo tiempo prepara el asalto a la Corporación Arcadia, el último obstáculo entre él y el puesto laboral que ansía; www.filmaffinity.com

específicas de realidades inmediatas³¹, pero aún mantiene una característica inescindible de su propósito cual es la de exigir, por parte del espectador, una postura definida con claros compromisos éticos a través de la empatía de los personajes que se abocan a pluralidad de situaciones en las cuales pululan el desprecio, la injusticia, la marginación y sustenta lo que para muchos realizadores y cinéfilos es un absurdo: el mensaje.

Así las cosas, no debe olvidarse que el cine en cualesquiera de sus géneros crea al espectador la ilusión de ser un testigo privilegiado de acontecimientos, ilusión derivada de los recovecos narrativos, los movimientos de cámara y los caprichos del montaje que, a la vez, le da estructura³²; a pesar que suele ubicarse entre el drama y el documental, no necesariamente son esas sus raíces y tampoco es propósito de este escrito profundizar en ellas. Para el experto, se trata de un cine que permite recrear la memoria como interpretación del pasado³³, por eso también se circunscribe a la pretensión de darle sentido a la historia a través del relato,

“desde esta perspectiva memoria y cine confluyen en el sujeto-ojo que interpreta y ve. Así, el cine político se constituye en reflexión estética sobre el pasado, la memoria surge como reflexión ideológica que produce la identificación con el espectador”³⁴,

de donde se colige que al recordar al margen del poder se crea una especie de contrapoder³⁵, intención del cine político en tanto extrae sentidos y define valores por medio de la semiótica y el discurso.

Por consiguiente, la identificación del público que recibe la visualidad fílmica es inevitable, constituyéndose en un acto de liberación individual o colectiva al apropiarse del discurso –o

incluso rechazarlo- al ubicarse en el espacio de la obra como sujeto vinculado al devenir del problema planteado.

De igual manera,

“el cine político restaura y reivindica la historia en el sujeto, le da la imagen que vincula pasado y memoria. Allí reside la diferencia con el discurso del poder que busca instaurar el olvido como argumento de la historia y se presenta como indiscutible”³⁶,

por tal razón revive la polémica contra las limitaciones e impacta con la imagen aderezada de lo contestatario y el soporte axiológico que la envuelve.

Sólo desde ese enfoque pueden comprenderse densas filmografías que reiteran las implicaciones del ser humano en calidad de actor social y constructor de futuro. Téngase a modo de ejemplo a Francesco Rosi, en Italia, con *Cristo se detuvo en Éboli*³⁷, acercándose a interpretar desde nociones bucólicas y localistas la fluctuación del pensamiento político belicista hacia los patrones de conducta de los ciudadanos comunes y corrientes; igualmente a Roberto Rosellini, con *Roma Ciudad Abierta* (1945)³⁸.

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ Basada en una novela autobiográfica de Carlo Levi, el destacado escritor y pintor, de ideas antifascistas que, acusado de conspirar contra el régimen de Mussolini en 1935, fue obligado a exiliarse en Éboli, un pueblecito del Sur de Italia. El gobierno pensaba que las ‘controvertidas’ ideas de Levi no calarían en la gente de esa pequeña comunidad rural. El efecto, en cambio, fue el contrario. La sabiduría popular y el espíritu de la gente de Éboli impactaron profundamente al escritor. Ver: <http://www.cine-clasico.com/foros/viewtopic.php?p=126594>

³⁸ La ciudad de Roma está ocupada por los nazis, y la Gestapo sólo piensa en apresar a Manfredo, miembro del Comité Nacional de Liberación. Cada vez más acorralado, recurre a su amigo Francesco para que le dé refugio en su casa de vecinos. Allí se encontrará con toda una serie de personajes cotidianos y anónimos, como Pina (la prometida de Francesco), su hijo Marcello o el cura Don Pietro, que día a día luchan por sobrevivir y son, a su manera, otro frente de la Resistencia. Ver: <http://asociacionforajidos.iespana.es/cinefilia/romaciudadabierta.htm>

³¹ FERNÁNDEZ PINEDA, Rafael. *Cine político: Enfoques, historia e ideologías.*

³² Vigo, Jorge. “La memoria y el cine político”. Ob. Cit.

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ *Ibíd.*

A su vez, Gillo Pontecorvo ha agregado *La batalla de Argel* (1965)³⁹ y *Queimada* (1969)⁴⁰ al enfoque político, destacándose la primera por un marcado realce del pensamiento antifascista y la segunda por tratarse de un denostado discurso contra el capitalismo, el colonialismo y la esclavitud.

También el impactante cine de Jean Vigo (1905 – 1934), que en un colectivo mínimo de películas supo plasmar la crítica del entorno francés de su época: *Apropósito de Niza* (1930)⁴¹, *Cero en conducta* (1933)⁴² y *L'Atalante* (1934)⁴³, se erige como referencia necesaria para situar las

circunvoluciones históricas del cine político en su rol de conciencia crítica del mundo.

De igual manera, Ken Loach cuyo estilo centrado en el realismo social por medio de temáticas socialistas con ideología trotskista, ha ido posicionando su particular mirada en obras de gran rigor crítico entre las que se destacan *La canción de Carla* (1996)⁴⁴ y *El viento que mece la cebada* (2006)⁴⁵.

La contemporaneidad del cine italiano bien puede traducir ese espíritu cuestionador y problematizante en la mítica Lina Wertmüller, con obras cargadas de sátira de las cuales vale la pena mencionar *Mimi metalúrgico herido en su honor* (1971)⁴⁶, *Amor y anarquía* (1973)⁴⁷,

³⁹ Película filmada en blanco y negro que retrata los orígenes, el desarrollo y el fin del enfrentamiento entre el Frente de Liberación Nacional (FLN) de Argelia y las autoridades coloniales francesas en la ciudad de Argel entre 1954 y 1957, con un rápido salto final que conduce hasta el momento de la independencia de Argelia en 1962. Para ello, sigue los pasos de uno de los más destacados activistas de la *casbah* de Argel, Omar Ali La Pointe, desde sus años de juventud en los que se gana la vida, hasta su muerte en septiembre de 1957, acorralado por las tropas paracaidistas francesas. Ver: www.cinearabe.es

⁴⁰ William Walker, agente inglés, es enviado a Queimada, isla imaginaria del Caribe, para fomentar una revuelta contra los portugueses. La acción de Walker no tiene como objetivo favorecer la conquista de la independencia, sino que al contrario, apunta a que Inglaterra pueda sustituir la potencia colonialista. Ver: www.filmaffinity.com

⁴¹ Especie de ensayo filmico de tono satírico que explora las desigualdades sociales de la Niza de los años 20, lanzando una feroz diatriba contra los veraneantes burgueses. Ver: www.decine21.com

⁴² Obra maestra donde Jean Vigo retrata sus recuerdos infantiles a través de la historia de cuatro jóvenes estudiantes franceses que, sujetos a un estricto régimen en su escuela, deciden rebelarse contra la institución. Filme prohibido en Francia en su estreno por su presunto mensaje antipatriótico. Ver: www.filmaffinity.com

⁴³ La joven esposa de un marinero está harta de su monótona vida sobre la barcaza "L'Atalante". Se deja atraer un día por los artificios de la vida de la ciudad, dejando a su marido en una profunda desesperación, sólo para regresar cruelmente decepcionada. La tranquila felicidad de sus vidas con Jules, el viejo marinero, continúa su curso. Ver: www.filmaffinity.com

⁴⁴ George es un conductor de autobús escocés de espíritu rebelde; Carla es una refugiada nicaragüense que acaba de llegar a Glasgow. Transcurre el año 87 y en Nicaragua la Contra prepara el asalto definitivo contra el Gobierno sandinista. La situación de su país, la familia y el amor que dejó atrás atormentan a Carla. George comprende que la única solución es acompañarla a Nicaragua y afrontar la dura realidad de la guerra y los sentimientos. Ver: www.filmaffinity.com

⁴⁵ En la Irlanda de principios de siglo, bajo el dominio del imperio británico, dos hermanos irlandeses, Damien (Cillian Murphy), que abandona su prometedora carrera de médico, y Teddy (Liam Cunningham), se alistan a la guerrilla creada para luchar contra las escuadras British Black y Tan, tropas británicas que habían sido enviadas para sofocar las aspiraciones independentistas de Irlanda en 1919. Ver: www.filmaffinity.com

⁴⁶ Mimi, tras perder su trabajo, deja a su mujer en su Sicilia natal y viaja solo a Turín a buscar trabajo. Allí se convierte en metalúrgico y amante de una comunista, Fiore. A su regreso a Sicilia descubre que su mujer va a tener un hijo de otro y prepara cuidadosamente su venganza contra el que lo ha hecho cornudo, seduciendo a su mujer. Ver: www.filmaffinity.com

⁴⁷ Película ambientada durante los años del fascismo. Un día un desconocido llega a un burdel romano. Salomé, prostituta y anarquista, lo presenta como su primo Tunin. En realidad, él es un campesino que ha llegado a Roma para matar a Benito Mussolini, pero su actitud política nunca es definida claramente. Además, él no parece identificarse con esas opiniones revolucionarias feroces con las que Salomé se presenta. En la atmósfera erótica y libre del burdel, Tunin espera el día del asesinato... Ver: www.filmhouse.com.mx

Pasqualino Siete bellezas (1975)⁴⁸; obras en las que la ideología feminista cobra especial importancia para caricaturizar la tradición y la mojigatería de la época.

En Estados Unidos, las producciones de Oliver Stone han explotado el modo narrativo filmico cuasi documental en la medida en que mezcla imágenes en color y en blanco y negro a efecto de generar la sensación de realidad, lo que permite al espectador diferenciar estilos de lenguaje narrativo de acuerdo con el momento temático del guión que desea destacarse; empero, ciertas visiones sesgadas del propio director interrumpen dicha intencionalidad, pues no puede evitar demostrar la antipatía que siente por algunos de los temas políticos que aborda. Así, destacan entre sus obras un grupo que tiene un patrón común consolidado, cual es la personificación de tres presidentes de la república: JFK (1991)⁴⁹, en donde no hace propiamente una representación del jefe de Estado y mantiene incólume su imagen popular, *Nixon* (1995)⁵⁰, en la que muestra a un presidente ago-

biado por el peso de las responsabilidades quien en una escena final se enfrenta a la fotografía de Kennedy con una frase demoledora: “*Te miran a ti, y ven lo que quieren ser; me miran a mí, y ven lo que son*”⁵¹; finalmente, *W* (2006)⁵², gracias a la cual se tildó a Stone de jugar con sus perspectivas electorales, pues la cinta se estrenó poco antes de las elecciones que dieron el triunfo a Barack Obama.

Similar destino corre Michael Moore con sus trabajos documentales de carácter progresista y en los cuales critica la globalización, la violencia armada, las políticas del gobierno de George W. Bush, etc., entre los que se cuentan *Bowling for Columbine* (2002), en el que hace un fuerte cuestionamiento sobre las armas en Estados Unidos y lo fácil que resulta portar una de ellas, *Fahrenheit 9/11* (2004), una suerte de crítica a las causas endógenas y exógenas de la improvisación gubernamental frente a la invasión de Irak; *Sicko* (2007), con la cual se va lanza en ristre contra el sistema de salud y las aseguradoras; y a punto de estrenarse, *Capitalismo: una historia de amor* (2009), realización en

“donde el cineasta hace un repaso a la historia económica de Estados Unidos desde que era pequeño, y se cumplía la abundancia que se nos ha vendido siempre sobre ese país, hasta la crisis actual”⁵³.

⁴⁸ En Nápoles, en los años 30, el taimado y oportunista Pasqualino intenta por todos los medios hacer carrera en la camorra, para alcanzar una posición de relieve dentro de su clan. Irónicamente apodado “Settebellezze” (siete bellezas), por sus hermanas tan feas, este pendenciero quiere rescatar su propio honor amenazando al hombre que ha obligado a prostituirse a una de ellas... Ver: www.filmaffinity.com

⁴⁹ Recreación del asesinato del presidente de los Estados Unidos John Fitzgerald Kennedy a raíz de las investigaciones del fiscal de Nueva Orleans Jim Garrison, el único que presentó cargos contra alguna persona por el magnicidio. Garrison, que entrevistó a numerosos testigos de Dallas y personas relacionadas con los hechos, mantuvo la tesis de que hubo una conspiración para asesinar al presidente, en la que podrían haber intervenido el FBI, la CIA y el propio vicepresidente Lyndon B. Janson. Ver: www.filmaffinity.com

⁵⁰ Richard Nixon fue uno de los presidentes más controvertidos de los EE.UU. Mientras que para unos representó todo lo peor de la democracia americana, a raíz del escándalo Watergate, para otros fue un sabio incomprendido que instauró una nueva era al calmar un mundo dividido por la Guerra Fría; dirigida por

Oliver Stone, la película enfatiza en las vicisitudes que rodearon la renuncia del mandatario. Ver: www.filmaffinity.com

⁵¹ Ver: <http://www.laoffoffcritica.com/criticas/cr20050327.html>; del 27 de marzo de 2005.

⁵² Biografía de George W. Bush (JoshBrolin) que aborda temas como la relación con su padre, el ex-presidente George H.W. Bush (James Cromwell), su juventud, su matrimonio con Laura (Elizabeth Banks), sus problemas con el alcohol, su conversión al cristianismo y su ascenso a la presidencia de los Estados Unidos, donde le acompañarán el vicepresidente Dick Cheney (Richard Dreyfuss), Colin Powell (Jeffrey Wright), el “cerebro” Karl Rove (Toby Jone) o Condoleezza Rice (Thandie Newton). Estrenada justo a tiempo para las elecciones norteamericanas que ganó Obama. Ver: www.filmaffinity.com

⁵³ Después del levantamiento minero sucedido en Marusia (Chile-1907), y el hallazgo del cadáver

En Latinoamérica, se destacan los nombres de Miguel Littín, director de *Las Actas de Marusia* (1976) y Fernando Solanas, con *La hora de los hornos* (1968), film eminentemente ideológico que busca involucrar al espectador en la militancia política frente a las atrocidades de la historia argentina y *Memorias de la desobediencia* (2004), en el cual se visibilizan los efectos de la corrupción en un país que arrastra el sufrimiento de una dictadura militar y un desplome económico a instancia del proceso de globalización.

2.2 Los nuevos mensajes para un mundo globalizado

Es abundante la filmografía que atañe al cine político en el mundo, cada Estado plantea en sus manifestaciones artísticas los temas que han incidido marcadamente en su historia, los que le definen e identifican ante el público. En este acápite se reseñarán los tópicos derivados de algunas obras de diferentes nacionalidades y el trasfondo conector con aspectos generales del derecho constitucional.

Se ha procurado seleccionar los estados que ofrecen una visión política específica desde su filmografía y su historia individual teniendo en cuenta la precisión de los contenidos narrativos sobre temáticas vinculadas a la identidad nacional.

Así las cosas, se detallan las siguientes semblanzas:

de un capataz de la mina inglesa Marusia Mining Co. -asesinado por un obrero-; se provoca el enfrentamiento entre patrones y empleados, y se desata una campaña de intimidación contra los mineros que se organizan para defender sus derechos. Ante la fortaleza del movimiento, la empresa pide la intervención del ejército; con lo que se origina una despiadada persecución que ha de servir como ejemplo para el resto del movimiento obrero. Aunque la represión logra debilitar el movimiento, uno de los líderes se encarga de difundir la lucha a otros sectores. Ver: <http://www.griterio.org/distro-2/peliculas/actas-de-marusia/>

2.2.1 Irán

En primer lugar, tómesese el significativo avance que ha representado el cine de un Estado oriental hasta el punto de generar empatía con el público de occidente. Se trata de Irán, donde directores como Hassan Yektapanah, Jafar Panahi, Majid Majidi y Abbas Kiarostami, han puesto en el ojo del mundo la realidad socio política de su entorno, con películas como *Djomeh*⁵⁴, *El círculo*⁵⁵, *Los niños del cielo*⁵⁶ y *El sabor de las cerezas*⁵⁷, respectivamente⁵⁸, convirtiéndose en un cine que se acercó a su gente tal como lo hizo el italiano en los años 40, al surgir

⁵⁴ Djomeh es un joven afgano que trabaja en una pequeña granja lechera en una zona remota de Irán. Con su corazón prendado de una chica de la región, Djomeh le pide a su patrón Mahmoud que le sirva de compañía para pedirle su mano. Un gesto intrépido que cruza todas las fronteras culturales y empuja a los dos hombres a meditar con ternura sobre las dificultades de la soledad y sobre la necesidad universal de ser amado. Ver: http://www.tvfrance-ntl.com/es/annuaire/forms/catalogue/ficheprogramme.php?fpg_id=17693

⁵⁵ *El círculo* cuenta tres historias diferentes, que en verdad tienen mucho en común. Son historias de mujeres que, a fuerza de coraje, deben encontrar la manera de sortear las burocracias, injusticias y desigualdades imperantes en un sistema que las trata como si fueran enemigas. A través de detalles cotidianos sobre las calles de Irán, la trama se va desarrollando al tiempo que cada una de las mujeres que protagonizan las tres partes de la película refleja simbólicamente un mundo social que le es trágicamente adverso. Ver: www.labutaca.com

⁵⁶ Un niño pierde los zapatos recién reparados de su pequeña hermana y temen que su padre se entere porque no puede darse el lujo de comprar unos nuevos. Comienzan compartiendo los zapatos del hermano mayor, pero quieren evitar a toda costa que el padre se dé cuenta y tienen que pensar en otro plan, el cual llega pronto: una carrera en la que el premio son unas zapatillas. Ver: www.terra.com.mx

⁵⁷ Un hombre de mediana edad, cansado y desesperado, busca la ayuda de alguien que le ayude a morir y emprende un viaje por las colinas de Teherán. Con él van cruzándose una serie de personajes de todas las clases sociales. Ver: http://www.salir.com/pelicula/el_sabor_de_las_cerezas.

⁵⁸ Chaparro Valderrama, Hugo. "Cine iraní: tradición y vanguardia". En: *Revista Kinetoscopio*. No. 58. 2001

la necesidad de hacer películas más realistas, incluyendo actores naturales para desarrollar una relación más directa con el público⁵⁹.

Este colectivo de filmes, enfatizan en la condición de los nacionales, sus vicisitudes e inclusión en una sociedad regida por estructuras administrativas rayanas en lo tiránico y en donde los derechos individuales son ambivalentes.

2.2.2 Canadá

Así mismo, las obras *My lost nigga' soul*, *Rude*, *The planet of Junior Brown*, *One heart broken into song* y *Love come down*, del realizador jamaiquino Clement Virgo⁶⁰, presentan la realidad de los negros en Canadá. El propio director aclara que un distintivo de los jamaiquinos es su tendencia a ser personas bulliciosas y si llega a haber problemas de rebelión en comunidades negras, sea en Londres o Canadá, casi siempre son iniciados por ellos. Las películas de este realizador enfatizan en el cuestionamiento de la identidad como aspecto ligado al concepto de patria.

2.2.3 España

Por otro lado, el cine español ha mantenido en sus historias el reflejo y las secuelas de la guerra civil, la dictadura de Franco y las implicaciones sociales del caso; su cine es, ora de rechazo, ora de reivindicación de la memoria, pero siempre con una postura que evoca la historia como el escenario que ha dado lugar a la evolución de idiosincrasias.

Entre sus películas, de corte político claro está, cabe destacar a *Mi adorado Juan*, una comedia entre tierna e incisiva contra la ética del trabajo⁶¹. La narración parte de las intenciones de un científico, el Dr. Palacios, etólogo y biólogo,

que se propone eliminar de los seres humanos la necesidad de dormir, ante lo cual Juan, el antiguo médico que deja la profesión para ejercer como benefactor ocasional, crea una especie de resistencia.

Juan es el modelo de un vanguardista que simboliza principios católicos mezclados con una suerte de anarquismo anticientífico. Con su rol, ubicado en un barrio, representa a la ciudad o la nación con ideologías aferradas a la tradición, el médico enfrenta el ímpetu de los cambios, lo que hace que en definitiva el film sea

“una obra cuestionadora de la propiedad, la familia burguesa, la razón científica, la ética del trabajo, la privación de sueño y algunas cosas más, rodada y estrenada en medio del franquismo”⁶².

De otro lado, la película *Huellas de luz*⁶³ se detiene en la vida de un pobre trabajador, simple y sin motivaciones; un personaje atado a un trabajo aburrido y sin mayores expectativas, sustentado en un sueldo mínimo. Ante esta existencia encuentra, representado en un hotel, una vida de lujos donde se hace patente el cumplimiento de muchos sueños: comer hasta la saciedad, divertirse con amigos y librarse de una autoridad materna asfixiante; de igual manera, halla el amor. Tales prebendas lo llevan a denigrar de sus orígenes e inventarse una biografía que anula su existencia previa; pero termina convencido de la abismal diferencia de clases y percatarse de la incidencia de una suerte de “supremacía moral” de la clase obrera de la cual forma parte, en contraste con la clase ociosa, discriminadora y cruel a la que ha venido, forzosamente, vinculándose.

Huellas de luz es una interesante reflexión de la influencia del poder en los estratos sociales y la forma de inclusión que cada ciudadano procura hallar para justificar sus relaciones con el entorno que le envuelve, amén de la crítica

⁵⁹ Ibid. p. 9.

⁶⁰ Bardwell, Paul, et al. “El planeta Clement Virgo”. En: *Revista Kinetoscopio*. No. 58. 2001.

⁶¹ MIHURA, Jerónimo. *Mi adorado Juan*. 1950. Disponible en: www.cinepolitico.blogspot.com. 2 de marzo de 2009.

⁶² Ibid.

⁶³ GIL, Rafael. *Huellas de luz*. 1942. Disponible en: www.cinepolitico.blogspot.com. 30 de agosto de 2008.

incisiva a los valores que pretende reflejar la democracia, pues al final de la película ocurre que ha prosperado un golpe de estado que cambia al gobierno, perdiéndose centenares de puestos de trabajo, arguyéndose luego que “*corrupción e inestabilidad, por tanto, son la caracterización principal de la democracia*”⁶⁴.

Otras obras resultan más directas en el tratamiento de la crítica política, como es el caso de *Suspense en comunismo*, una comedia que en clave de ironía cuestiona el papel de las ideologías⁶⁵, parodiando

“*el partidismo y la ingeniería utópica que trata desesperada e inútilmente de desalojar al hombre de sus lugares ‘naturales’: la amistad, la familia, la religión, la propiedad privada*”⁶⁶.

En otra perspectiva, el genial actor y director Fernando Fernán Gómez problematiza el tema de la eugenesia⁶⁷ a partir del pensamiento de izquierda libertaria del siglo XX y materializada en el antecedente histórico de Aurora Rodríguez Carballeira (1879 - 1955), progenitora de la malograda revolucionaria Hildegart (1914-1933), quien sustentaba las ideas de Margaret Sanger sobre planificación familiar con base en la esterilización de los genéticamente débiles⁶⁸. Hildegart fue solamente el pretexto utópico de su progenitora para posicionarla como una especie de mesías cuya labor consistía en eliminar la explotación política del proletariado y el abuso sexual por incidencia del machismo en la vida de la mujer burguesa. La chica llegó a

ser militante del partido socialista y abogada, promoviendo una educación sexual revolucionaria; más adelante, se hartó de dichos ideales, convirtiéndose en víctima de su propia madre, al no concretarse su objetivo maniqueísta⁶⁹.

No puede dejarse a un lado la filmografía de José Luis Cuerda, que aporta una visión jurídica al cuestionamiento de esos profundos dolores que ha dejado la guerra civil española inclusive en las generaciones actuales.

Cuerda irrumpe magistralmente en la escena fílmica con obras tan valiosas como *Amanece que no es poco* (1988)⁷⁰, *La lengua de las mariposas* (1999)⁷¹ y *Los girasoles ciegos* (2008)⁷², entre otras.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Teodoro es un joven ingeniero español que trabaja como profesor en la Universidad de Oklahoma y regresa a España para disfrutar de un año sabático. Descubre al llegar que Jimmy, su padre, ha matado a su madre. Para compensarle la pérdida y para poder realizar viajes de placer juntos, Jimmy le ha comprado una moto con sidecar a Teodoro. Padre e hijo llegan a un remoto pueblo de la montaña. El pueblo parece vacío pero en realidad es que todos los vecinos, menos el negro NgéNdomo, están en misa, como cada día del año. El cura se da tal maña con la liturgia que no hay fiel que quiera perderse el espectáculo. Jimmy y Teodoro van descubriendo las peculiaridades de pueblo y de sus habitantes y tienen ocasión de participar en las elecciones generales que se celebran cada año en las que se eligen, por rigurosa votación, los cargos de alcalde, cura, maestro, prostituta y seis adúlteras. Además de sus extraños habitantes el pueblo está ahora repleto de visitantes: un grupo de estudiantes de la Universidad norteamericana de Eaton, unos meteorólogos belgas, un grupo de disidentes de los Coros del Ejército Ruso, invasores camuflados del pueblo de arriba. Ver: www.filmaffinity.com

⁷¹ Este drama trata de un niño de siete años que vive en un pequeño pueblo de Galicia. En 1936, este niño empieza su vida escolar. Su maestro empieza entonces a abrirle la mente, le descubre las maravillas de la naturaleza y de la vida. Pero, el 18 de Julio las cosas cambian para el niño cuando la tragedia de la guerra civil invade su entorno. Ver: www.culturalianet.com

⁷² Galicia, años 40. Cada vez que Elena (Maribel Verdú) cierra la puerta de su casa, echa la llave de sus secretos. Al mismo tiempo que sortea los rigores de la posguerra, Elena levanta junto a su hijo Lorenzo (Roger Princep) una fachada de apariencia para ocultar la verdad sobre su familia: Elenita (Irene Escolar), la hija adolescente,

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ MANZANOS, Eduardo. *Suspense en comunismo*. 1956. Disponible en: www.cinopolitico.blogspot.com. Abril 4 de 2008.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Tendencia de carácter social que propugna por mejorar los rasgos hereditarios humanos a través de distintas formas de intervención tales como la fecundación in vitro, la ingeniería genética, el control de natalidad, la exploración fetal, etc.

⁶⁸ FERNÁN-GÓMEZ, Fernando. *Mi hija Hildegart*. 1977. Disponible en: www.cinopolitico.blogspot.com. 26 de marzo de 2008.

2.2.4 Israel

En otras latitudes como Israel, se destaca al director Udi Aloni, cuyo documental *Kashmir: viaje a la libertad* (2009), da cuenta de las circunstancias de represión política en Cachemira, destacando un mensaje pacifista:

*“seamos solidarios con los musulmanes, con los musulmanes no violentos de todo el mundo. Porque a veces me da la impresión de que a los judíos se nos utiliza para combatir el Islam. Pero, en mi opinión, los judíos y los musulmanes somos hermanos”*⁷³

y tomando como baza argumental la perspectiva de los seguidores del Frente de Liberación Jammu Kashmir, destaca una lucha pacífica por la libertad de un lugar en que las culturas y las religiones deberían convivir en armonía⁷⁴.

Otra obra israelí, intitulada *El Árbol de Lima* (2009), película de Eran Riklis, ambientada en Cisjordania –lugar en confrontación política, religiosa y territorial entre Jordania e Israel-, cuenta la historia de Salma, una viuda de 45 años de edad quien cuida de su herencia familiar sustentada en un cultivo de limones y se enfrenta a los caprichos de un nuevo vecino: el Ministro de Defensa israelí cuando, por seguridad el ejército dispone quitar el limonar. A partir de esta sutil metáfora, se enmarca la ausencia de una resolución pacífica para el conflicto que desde antaño sostiene la región; cada personaje refleja la intolerancia de sus pueblos, siempre al borde de la colisión; no obstante,

“lo que pretende Riklis aquí es mostrarnos (sic); sin embargo, que en esta región de conflictos, no todo se

se ha fugado embarazada con su novio Lalo (Martín Rivas), un joven que lleva meses en las listas de la policía; y Ricardo (Javier Cámara), su marido, vive oculto en un hueco practicado en el dormitorio matrimonial. Por si fuera poco, la aparición de Salvador (Raúl Arévalo), un diácono con dudas sobre su inminente sacerdocio, complicará más las cosas. Ver: www.filmaffinity.com

⁷³ KRÄMER, Klaus. *Rebelde e independiente: cine político – social en Berlín*. 10 de febrero de 2009. Disponible en: www.dw-world.de/dw/article/04017265,00.html

⁷⁴ *Ibid.*

*resuelve con extremos, sino que también hay cabida a las salidas de hecho a través del derecho”*⁷⁵.

2.2.5 Alemania

Así mismo, el documental de la alemana Helga Reidemeister, *Mi corazón ve el mundo de color negro, un amor en Kabul* (2009), se detiene en el sueño de una pareja por vivir junta y que debe afrontar múltiples obstáculos para conseguirlo, en un Afganistán que sufre los rigores de la tradición religiosa;

*“ambos representan la parte progresista de la sociedad. Son personas abiertas, cariñosas, que creen en los cambios. Quieren decidir ellas mismas su destino y no vivir bajo la imposición de las normas tribales o familiares, ni de los viejos rituales”*⁷⁶,

aduce la realizadora. En la historia se entrecruzan los postulados jurídicos de un derecho de familia que entiende a la mujer como un bien del hombre y los avatares que rodean el mundo de los talibanes.

En ese estilo sutil que remarca a modo de parábolas el trasfondo de todo un dolor histórico – contemporáneo y, por qué no, la proyectividad sociológica de los pueblos, debe mencionarse la oscarizada *La vida de los otros* (2007), de Florian Henckel Von Donnesmark. Una joya fílmica que parte mostrando la figura de un capitán de la policía, cuyo servilismo sugerente le permite, incluso, aplicar torturas en nombre de la Stasi, y concretamente, en el espionaje que realiza a un escritor, pero convencido de estar obrando correctamente⁷⁷. La película se mueve entre un difuso aire documental y el drama de la persecución conculcadora del derecho a la intimidad.

⁷⁵ Ver: RÍOS, Sandra M. Disponible en: <http://www.cinevistablog.com/el-arbol-de-lima-etz-limon-resena/#more-1346>. 14 de julio de 2009

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ GONZÁLEZ – VEGA, Gabriel. *La vida de los otros es cine político*. 28 de agosto de 2007. Disponible en: <http://resonoco.nireblog.com/post/2007/08/28/la-vida-de-los-otros-es-cine-politico>

Pero será en el descubrimiento, tal vez doloroso, que este personaje hace sobre la falacia institucional en la que mal o bien se ha formado, cuando halla su propio desafío:

“resulta que, como siempre, los mandamases no se tragan sus propias mentiras, y retuercen las normas para satisfacer sus intereses particulares (...) Enfrentado a la corrupción, este capitán íntegro pero ingenuamente malvado, que sacrificaba todo a cambio de un oscuro paraíso terrenal -el de un supuesto socialismo-, replantea su dignidad y su honradez y da una vuelta de tuerca a su conducta estricta”, hallando igualmente que “los otros, el pueblo doblegado al estalinismo real, son perseguidos de mil formas, y se defienden como pueden. Cada uno muestra mayor o menor fortaleza, según el caso, pero casi todos sucumben”⁷⁸.

Tal premisa recuerda la trama de *Mefisto*(1981), de István Szabó, cuando la culpa abre el camino de la redención, en un entorno político muy cercano al panorama de *El tambor de hojalata* (1979), de Volker Schlöndorff y permite que el escritor, como sobreviviente, descubra en lo azaroso de la vida el insólito sacrificio de un rival escondido en las sombras pero convertido en salvador desde su propia forma de concebir lo justo⁷⁹.

El final muestra el sentido paradójico de la inversión de roles políticos cuando un sistema totalitario sucumbe y es modificado o, en el mejor de los casos, destruido.

2.2.6 Italia

Desde otra óptica, el cine italiano –sobre todo el de los años 60 y 70- intervino en la escena de lo político, cuestionando los escándalos de la democracia italiana de la mano de directores como Francesco Rosi⁸⁰, con *Manos sobre la ciudad* (1963), abordando la corrupción

en Nápoles; *El caso Mattei*(1972), respecto a los intereses oscuros que se movieron en la desaparición del empresario petrolífero Enrico Mattei; *Excelentísimos cadáveres* (1976), sobre una serie de asesinatos de magistrados con claras implicaciones políticas; *Salvatore Giuliano* (1962), en torno al bandido oriundo de Sicilia y su extraña muerte. De igual forma, la obra de Damiano Damiani con obras como *El día de la lechuza* (1968), respecto a la mafia italiana⁸¹.

No obstante,

“en los años 80, años de ciénaga política convertida en apariencia de estabilidad con los pentapartidos encabezados por el socialista Bettino Craxi gracias al apoyo de una Democracia Cristiana roída ya por la podredumbre, aquel tipo de cine desapareció⁸²; rescatándose apenas a Giuseppe Ferrara con El caso Moro –atreviéndose a contar el secuestro y asesinato de un líder reconocido en la política italiana y Centro giorni a Palermo sobre “los poco más de tres meses que el general Carlo Alberto Dalla Chiesa sobrevivió como super prefecto antimafia antes de caer abatido por unos sicarios en una calle de Palermo”⁸².

En los noventa, realizadores como Nanni Moretti expone un cine con ambivalencias ideológicas en las postrimerías del comunismo⁸³, donde se valoran títulos como *Palombella Rossa* (1989) que, a través de un ficticio encuentro deportivo, presenta los rezagos intelectuales del Partido Comunista para ubicarse en alguna clase de ideología, sin importar cuál; *Caro diario* (1993)⁸⁴,

archive/2008/12/24/renace-el-cine-pol-tico-italiano.aspx

⁸¹ Ibíd.

⁸² Ibíd.

⁸³ D’Ascia, Luca, “Bella” Italia: problemas sociales y políticos en el cine italiano de los 90”. En: *Revista Kinetoscopio*. No. 58. 2001. p. 63

⁸⁴ Vida y opiniones de Nanni Moretti, filmadas por él mismo con su indiscreta cámara y repartidas en tres episodios: «En mi Vespa», «Islas» y «Médicos». En el primero de ellos, el cineasta se acerca a la cotidianidad de Roma durante el mes de agosto, y ofrece una nueva mirada a la capital italiana a través de su recorrido en moto. En el segundo, visita a

⁷⁸ Ibíd.

⁷⁹ Ibíd.

⁸⁰ MASSAGUÉ, Rosa. *Renace el cine político*. 24 de diciembre de 2008. Disponible en: <http://www.elperiodico.com/BLOGS/blogs/rosamassague/>

con un estilo un poco más intimista y *El Caimán* (2006)⁸⁵.

En los últimos años, cabe destacar una especie de resurgimiento del cine político en Italia, “*aquel género cinematográfico dedicado a explicar lo que no se investiga en las comisarías, ni se juzga en los tribunales, ni se debate en las cámaras parlamentarias ni se publica en toda su amplitud en los medios*”⁸⁶, de la mano de Michele Placido, con *Romanzo Criminale* (2005), acerca de la alianza entre una banda de criminales y el servicio secreto, basada en una novela del juez Giancarlo de Castaldo⁸⁷ y la excelente *Gomorra*(2008), dirigida por Matteo Garrone, basada en la novela de Roberto Saviano, sobre la incidencia de la Camorra en Nápoles.

2.2.7 Sudáfrica

De las películas más recientes a destacar en la cartelera mundial, vale la pena mencionar a *District 9* (2009), del sudafricano Neill Blomkamp, que a pesar de ubicarse en el género de la ciencia ficción, trata un tema muy político: el *apartheid*, esta vez con un argumento que se propone llegar a las nuevas generaciones. En esta película, los discriminados son los integrantes de

una raza extraterrestre cuya morfología tiene rasgos cercanos a camarones gigantes –no en vano los llaman “prawns” (langostinos)- y que en los años 80 su nave queda “encallada” en los cielos de Johannesburgo, siendo relegados a un suburbio improvisado: el sector 9.

El mismo director ha explicado que el hecho de contextualizar el filme en Sudáfrica obedece a que allí

*“siempre fueron evidentes las diferencias y el dominio que la minoría blanca ejercía sobre los negros -explica-. Pero, mientras filmábamos, en 2007, se produjo una reacción contra los inmigrantes ilegales. Y eran la gente de los barrios más empobrecidos quienes pedían matar a los ilegales”*⁸⁸.

El argumento narra cómo un funcionario del gobierno es comisionado para notificar a los alienígenas de su desplazamiento a un sector mucho más deprimido, a petición de la ciudadanía y es, a partir de dicha premisa, como se desata una serie de eventos que incluyen una transformación genética del ser humano para convertirse en miembro de esa raza que desprecia; una interesante alegoría a la frase de “ponerse en los zapatos del otro”, que entraña un mensaje más allá de las aparentes formas de las pasiones que desencadenan actos de violencia.

Y es respecto a la violencia explícita del filme, que el realizador comenta que no es sino un reflejo de la vida real sudafricana:

*“la aparición de cuerpos de seguridad privada, la tendencia de los sectores más ricos a amurallarse y protegerse del que vive afuera, lo que genera mayor violencia aún. Son todas señales de que Johannesburgo puede ser tomado como un buen ejemplo de lo que sucederá en el futuro en el mundo”*⁸⁹; incluso menciona el detalle de la comunicación como

Gerardo, un amigo que lleva once años viviendo en la isla de Lipari; juntos recorren otras ínsulas como Salina, Strómboli, Panarea y Alicudi. En el último capítulo el realizador rueda su propia quimioterapia y el recorrido por hospitales y especialistas incapaces de diagnosticarle la causa de unos insoportables picores. Ver: www.filmaffinity.com

⁸⁵ Bruno Bonomo es un fracasado productor italiano de películas clase B. Un día un cineasta le ofrece un guión llamado ‘El Caimán’, que fue rechazado por todos los productores a los que había sido presentado. Bruno se fascina con la historia del inescrupuloso Caimán sin darse cuenta que el guión está basado en el Primer Ministro italiano y magnate de los medios, Silvio Berlusconi, por lo que lo presenta a la RAI. A pesar de las dificultades que se le presentaran Bonomo hará todo por realizar el film e intentar por fin ser alguien en la cinematografía italiana. Ver: http://www.dvdclubcentro.com.ar/listgen.php?pagina=7&orden=wtitulo&id_gen=5

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ SLUSARCZUK, Eduardo. *Sector 9: casi nadie entiende a los grupos marginados*. Disponible en: <http://www.clarin.com/diario/2009/09/24/espectaculos/c-02004779.htm>

⁸⁹ *Ibid.*

elemento esencial de la trama: “en Sudáfrica hay once lenguas oficiales. Pero lo cierto es que el inglés prevalece como idioma hegemónico, en tanto todos, los alienígenas incluidos, lo entienden. En cambio, no todos los entienden a ellos, casi nadie entiende a los grupos marginados”⁹⁰.

2.2.8 Cuba

No podía faltar el cine cubano en este breve recorrido por algunos referentes del cine político, pues contiene una amalgama de títulos que pretenden significar, en diversos momentos de la historia, el trasegar de las consecuencias de la revolución.

A partir de dicha premisa,

“las primeras películas documentales trataban de los cambios realizados en el interior de la sociedad gracias a las leyes revolucionarias. Y después, con el cine de ficción, se abordaron temas directamente inherentes a la Revolución y al potencial revolucionario que existía en las diferentes formas expresivas de la cultura popular. Su intento era crear una identidad cultural cubana, una conciencia nacional”⁹¹.

Es así como cabe señalar la mayor parte de la filmografía del icónico Tomás Gutiérrez Alea: *La muerte de un burócrata* (1966)⁹², *Memoorias del subdesarrollo*(1968)⁹³, *Fresa y chocolate*

(1993)⁹⁴, *Las aventuras de Juan Quin Quin* (1967)⁹⁵, de Julio García Espinosa; *Lucía* (1968)⁹⁶, de Humberto Solás (1968), *La primera carga al machete*⁹⁷ (1969), de Manuel Octavio Gómez (1969); *Madagascar* (1994)⁹⁸, *La vida es silbar*

burguesía ha llevado la voz cantante, lo demuestra esta historia de razonamiento e ironía. Una historia personal que hubiera sido intrascendente de no ocurrir en los vertiginosos días de la revolución, cuando todas las contradicciones se pusieron al rojo vivo. La película entrega un monólogo interior con mirada a la calle, como es la novela homónima de Edmundo Desnoes. Ver: <http://www.filmaffinity.com/es/film330001.html>

⁹⁴ David (Vladimir Cruz) es un comunista convencido, con carnet del partido, que estudia sociología en la Universidad de la Habana. Diego (Jorge Perugorria) es un artista homosexual ahogado en la homofobia del régimen. A pesar de sus abismales diferencias, entre ambos surge una profunda amistad. Ver: <http://www.filmaffinity.com/es/film289912.html>

⁹⁵ Juan Quinquín es un campesino buscavidas que jamás se resigna a su suerte. Junto a su amigo Jachero, y a Teresa, su amada, se enfrenta al medio. El choque con las circunstancias y el deseo de cambiarlas, genera sus aventuras. Ver: <http://cinecuba.blogspot.com/2007/12/aventuras-de-juan-quin-qun-1967.html>

⁹⁶ A través de la historia de tres mujeres, se describen tres épocas claves en el desarrollo de la nacionalidad cubana y sus luchas de liberación. 1895- Una joven patriota de la aristocracia cubana es seducida por un agente español lo que permite que el ejército colonial descubra el campamento insurrecto. Ella enloquecida mata a su amante. 1933- Una joven de la pequeña burguesía se enamora de un luchador contra la tiranía de Machado y abandona a su familia para compartir sus ideales. La revolución es traicionada y su compañero muerto; Lucía queda sola en el camino. 196_ Una joven campesina se enfrenta a los celos del marido que no le permite trabajar y alfabetizarse, luego de su incorporación a la Revolución. Ver: <http://www.tipete.com/userpost/peliculas-series-y-tv-gratis/luc%C3%AD-humberto-sol%C3%A1s-1968-esp>)

⁹⁷ El machete, instrumento de trabajo fundamental en la época colonial, se convirtió en principal arma de guerra, decisiva y triunfante, durante las violentas luchas contra el dominio de España. Es una reconstrucción de los sucesos de la Guerra de los 10 años en Cuba a través de un tratamiento como de vieja crónica. Ver: <http://www.cinematocubana.com/Scripts/prodView.asp?idProduct=308>

⁹⁸ Cuba, años '90. Laura, profesora universitaria, ha perdido la capacidad de soñar. Su hija adolescente se mueve en un mundo fantástico. Su vida se convierte en una pesadilla. Las relaciones entre madre e hija, llenas de extrañezas, incomprensiones y acercamientos,

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Ricciarelli, Cecilia. “El cine cubano en búsqueda de su propia imagen”. En: *Revista Kinetoscopio*. No. 58. 2001. p. 35.

⁹² Un obrero ejemplar es enterrado con su carnet laboral en reconocimiento a sus méritos, pero su viuda no puede cobrar la pensión sin este documento. El sobrino del difunto vive alucinantes aventuras para recuperar el carnet de la tumba de su tío. “Un golpe de ataúd en tierra es algo perfectamente serio”, escribió Antonio Machado, y lo es siempre que el cadáver no arrastre consigo sus documentos de identidad en medio de un remolino burocrático, porque entonces se desata el absurdo. Esta película es una sátira social que disfruta denunciando un viejo mal, sus consecuencias y derivaciones, con el desenfado que caracteriza el humor criollo y caribeño. Ver: <http://www.filmaffinity.com/es/film391572.html>

⁹³ Que las contradicciones del burgués pueden reflejar como en un espejo las de la sociedad donde la

(1998)⁹⁹, ambas de Fernando Pérez; (1998), *La últimacena* (1976)¹⁰⁰, *Reina y rey* (1994)¹⁰¹, de Julio García Espinosa, entre muchas otras.

El cine cubano es resistente al tiempo, pese a que ha abordado desde diversas aristas la problemática que padece en el campo de lo político; para América Latina es el parámetro necesario del prospecto social filmico, situación paradójica y aleccionadora para otros países, como Colombia, donde las historias narradas son fugaces y se pierden en la memoria de corto plazo.

2.3 La ralentizada perspectiva colombiana

En Colombia, el cine político prácticamente no ha existido, sólo algunas películas que abordan de manera tangencial algunos temas políticos en virtud a que sobre el arte han incidido factores “como la censura, los radicalismos y los condicionamientos de un público con escasa educación y aun menos conciencia política”¹⁰².

se proyectan como una necesidad de preservar cada una su utopía. Ver: <http://www.cubacine.cu/ficcion/madagascar.html>

⁹⁹ Tres personas que no son felices se debaten entre el amor, el odio, las promesas, la verdad y los prejuicios. Historias que se entrelazan con la ciudad como testigo mudo de sus dilemas. Ver: <http://www.cubacine.cu/ficcion/lavidaessilbar.htm>

¹⁰⁰ En el siglo XVIII la aristocracia cubana se concebía a sí misma como patricia, aureolada por ejercer ‘un esclavismo benévolo’, aparentemente menos cruel que el de otros países cercanos. Un conde se tomó demasiado en serio ese predicado y sustituyó a Cristo para ‘humillarse ante sus siervos’ en una Semana Santa que le acarreo algunos quebraderos de cabeza y puso de estandarte las de los supuestos apóstoles, escogidos entre la dotación de su plantación cañera. Ver: <http://cinetrivia.com/criticas.php?idc=3869>

¹⁰¹ La historia de Reina es la lucha desgarradora que, a veces, tiene lugar entre lo que queremos ser y lo que nos vemos obligados a ser. Reina es una anciana que vive acompañada por su perro, llamado Rey, su única alegría. Un día regresan de Miami los antiguos dueños de la casa que habitan Reina y Rey. Ver: <http://www.cubacine.cu/ficcion/reinayrey.htm>

¹⁰² OSORIO, Oswaldo. *Cine político en Colombia, en busca del cuarto cine*. Disponible en: <http://www.cubacine.cu/ficcion/reinayrey.htm>. p. 12

Revisando la historiografía del caso, en 1915 apareció la primera película circunscrita al género, titulada *El drama del 15 de octubre* que recreaba el asesinato del general Rafael Uribe Uribe y suscitó un escándalo no por la estructura ideológica sino por razones éticas, pues los directores, los hermanos Di Domenico, contrataron por cinco mil pesos a los propios asesinos como protagonistas del filme¹⁰³.

Luego surgieron obras como *Rafael Uribe Uribe y el fin de las guerras civiles en Colombia*¹⁰⁴, dirigida por Pedro Vásquez y, treinta años más tarde, la primera película que abordó el tema de la violencia, *Ésta fue mi vereda* (G. Canal Ramírez, 1959)¹⁰⁵.

Posteriormente, aparecen *Raíces de piedra* (1961) y *Pasado meridiano* (1967) de José María Arzuaga, *El hermano de Caín* (1962), de Mario López y *El río de las tumbas* (1964), de Julio Luzardo, que refieren críticas abiertas a la asunción de la violencia como fenómeno inserto en la vida colombiana. En este punto, huelga aclarar que no es un cine abiertamente político, sino social en el que

“son fundamentales conceptos como los de grupo, colectividad y valores sociales, es un cine que hace referencia a una realidad más concreta, la de la gente, sus posibilidades y su situación; el cine político, en cambio, alude a un objeto más abstracto: los juegos del poder y la lucha de éste con la sociedad. El cine social casi siempre es de crítica y está a un paso de la crítica política”¹⁰⁶.

Así, llega la época funesta de FOCINE que manejó un criterio absurdo de censura en el cual las películas no podían tratar temas abiertamente críticos frente a las estructuras de

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ *Ibíd.*, citando a ÁLVAREZ, Luis Alberto. *Nueva Historia de Colombia, “Historia del cine colombiano”*. Editorial Planeta. Bogotá. 1989

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ *Ibíd.* p. 21.

poder político, y a finales de los años 60 hasta mediados de la década del 70, el cine se debate en dos frentes: “*un cine en la línea de lo político y social realizado con miras a exhibirse comercialmente... y un cine marginal que permite una libertad total de contenidos*”¹⁰⁷; en el primer criterio se ubican filmes como *Aquileo Venganza* (1967) de Ciro Durán, *Bajo tierra* (1967) de Santiago García y el documental *Camilo, el cura guerrillero* (1974) de Francisco Norden, que intentan satisfacer los intereses del público y, a la vez, no generar polémica de censura. En el segundo criterio, los argumentos se centraron en la crítica y la denuncia, con obras como *Camilo Torres* (1967) de Diego León Giraldo; *Un día yo pregunté* (1970) de Julia Álvarez; *Asalto* (1969), *Colombia 70* (1970) y *Qué es la democracia* (1971) de Carlos Álvarez¹⁰⁸.

En otro frente, con un cine de gran contenido antropológico y sociológico, aparecen *Planas* (1970) y *Chircales* (1972) de Jorge Silva y Marta Rodríguez y desde Cali, Luis Ospina y Carlos Mayolo con *Oiga vea* (1972)¹⁰⁹, un cine que se atrevió a cuestionar, a criticar de frente la realidad social; tales años han sido los mejores para el séptimo arte en Colombia, no solamente porque presentó material de excelente calidad argumental sino porque se estableció una interacción con la sociedad y el espectador permitió que el colombiano se acercara a su realidad, soslayando el espectáculo por el análisis... pero dicho empuje sólo duró una década.

De manera progresiva, se fue generando un cine más de corte comercial e incluso con contenidos poco críticos –en una suerte de connivencia con intereses industriales–, como sucedió con filmes al estilo de *El candidato* (1977) de Mario Mitriotti, *Mamagay* (1978) de Jorge Gaitán y *El patas* (1978) de Pepe Sánchez¹¹⁰, y entrando

a la década de los 80, la creación de FOCINE dio al traste con todo intento de un cine de calidad; en ese sentido, pese a la generosidad de la entidad en la incentivación del arte filmico, se disparó la producción de películas que a la postre resultaron ser obras intrascendentes¹¹¹, en detrimento de joyas como *Canaguaro* (1981) del chileno Dunav Kuzmanich, que llegó a definir con claridad y sensibilidad la realidad de la violencia¹¹²; además, la presión sobre FOCINE ocasionó que otras obras de Kuzmanich fueran censuradas: *La agonía del difunto* (1981), cuyo tema central era la tenencia de tierras en el Estado colombiano, *Ajuste de cuentas* (1983), en torno a la relación de la mafia con la política, *El día de las mercedes* (1985), nuevamente sobre la violencia y *Mariposas S.A.* (1986) que aborda tangencialmente una crítica a la iglesia católica¹¹³.

Así las cosas, con el ánimo de no comprometerse con el tratamiento de temas censurables, fueron apareciendo películas de poco significado en el trasfondo cinematográfico. Pese a ello, la obra *Cóndores no entierran todos los días* (1984) de Francisco Norden termina erigiéndose como la única destacable en materia política hasta el momento, un filme inestable en cuanto a que debió cuestionar la política colombiana y la caprichosa incidencia de los partidos políticos, pero que opta por centrarse en la figura de León María Lozano, alias El Cóndor, como único responsable de los crímenes que se detallan en la historia. Al menos es una película que sirve como motivación para analizar el cruento período de los enfrentamientos entre liberales y conservadores.

¹⁰⁷ Ibid. p. 22, citando a MARTÍNEZ PARDO, Hernando. *Cine. “Panorámica del cine colombiano 1958 – 1982”*. No. 9, junio – agosto de 1982.

¹⁰⁸ Ibid. p. 23.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Auténticos desaguisados como *La virgen y el fotógrafo* (1981) de Luis Alfredo Sánchez y *Pura sangre* (1982), de Luis Ospina, que se conformaban con recrear el estilo melodramático del cine mexicano.

¹¹² Muchos la consideran la mejor película del cine político colombiano.

¹¹³ Ibid.

Luego, otra obra tímida pero interesante como referente, *María Cano* (1989) de Camila Lobo-guerrero, que pudo dar más de sí pero con un difuso manejo político bajo el signo condicionante de la censura; aunada a algunos filmes de Sergio Cabrera como *Técnicas de Duelo* (1988), que a partir de una disputa entre el maestro de escuela y el carnicero de un pueblo, se relata la génesis de la violencia a partir de algunos trazos ideológicos, y *Golpe de estadio* (1998), en un relato inverosímil y cómico que intenta condensar los matices idiosincráticos colombianos en torno al conflicto interno desde la perspectiva de la Policía y la guerrilla en un escenario de calma chicha alrededor de un partido de fútbol.

Otras obras, más recientes, como son *Edipo Alcalde* (1996) de Jorge Alí Triana y *La toma de la embajada* (2000) de Ciro Durán, dan ciertos “brochazos” a la compleja situación del país pero naufragan en un enfoque verdaderamente crítico y reflexivo, pues resulta innegable que en Colombia todo lo que pueda decirse a través de medios de comunicación para enrostrar las falacias del poder, se queda en la mera intención, so pena de provocar que se piense más allá de lo debido...

Colombia aún no se acerca, ni por asomo siquiera, a un cine político; continúa moviéndose entre el melodrama facilista y la chabacanería que pergeña por doquier los insulsos matices de una memoria a corto plazo, en la cual las imágenes no dan ni siquiera un espejismo. Triste realidad en la que por ahora, habrá que conformarse con tolerar o, aún más difícil, soportar las redundantes –y absolutamente nada originales- narraciones en función de la “santísima trinidad argumental” de los narcos, los sicarios y las prostitutas (dizque los temas de actualidad que el público quiere ver) y que provoca solamente risas agrídulces en una nación adiestrada y atrapada entre las telenovelas y los *realities*.

CONCLUSIONES

La experiencia filmica, como espectador, es eminentemente solitaria, pues es la gran pantalla el submundo que hace las veces de una realidad transitoria donde cada cual interpreta el alcance de los sucesos que desfilan a veinticuatro fotogramas por segundo y genera la ilusión del movimiento. En ese ámbito la narración visual puede ser pasatiempo, entretenimiento o trascender hacia la reflexión, la crítica y el cuestionamiento. Nada como el cine político para lograr estos efectos, un referente de la historia y, aún más, de la memoria de los pueblos y las naciones para dar a conocer al mundo los escenarios coyunturales de su entorno contextual.

Cuando el cine logra impactar el pensamiento, trasciende y se convierte en un pre-texto susceptible de racionalizarse en una suerte de enfoque casuístico de temas muchas veces abordados desde lo meramente teórico.

Por esa razón, el género fílmico analizado en este artículo problematiza e invita a forjar pensamiento crítico acorde con el devenir de las sociedades, lo colectivo y lo individual centrado en el juego del poder que las cimenta. En tal sentido, el Derecho permea los argumentos narrativos perfilándose como el catalizador de desafueros políticos y sociales, en procura de hallar niveles de ponderación para hacer menos distante el reconocimiento de la propia condición humana.

Los ejemplos que se han revisado someramente en líneas precedentes permiten demostrar la ya no tan inconcebible posibilidad de aportes hermenéuticos para la comprensión de las ciencias sociales en tanto conocimiento vinculante de la realidad, lo cual genera nuevos puntos de vista en aras de la formulación de problemas y su correspondiente estudio metodológico desde la academia.

Así, la connivencia entre Cine y Derecho se hace evidente, empezando por acercar la

imagen fílmica a los prospectos generales básicos de la dignidad humana, con lo cual todo cine político resulta ser un cine jurídico desde la visión estructural del derecho constitucional. De la misma forma como la formación jurídica necesita asimilar en primera medida los tópicos de la política, la filosofía y la sociología, así mismo la consonancia entre el arte y la ciencia hallan su entronque axiológico frente a los derroteros que sigue el perfil del profesional humanista que, de contera, entraña la funcionalidad del Abogado.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, Luis Alberto. *Nueva Historia de Colombia, "Historia del cine colombiano"*. Editorial Planeta. Bogotá. 1989
- ÁNGEL ÁLVAREZ, Jaime Alberto y Otros. *Problemas de la filosofía del Derecho, la política y la argumentación jurídica*, Universidad Libre, Facultad de Filosofía, Facultad de Derecho, Bogotá, 2010.
- Bardwell, Paul, et al. "El planeta Clement Virgo". En: *Revista Kinetoscopio*. No. 58. 2001
- Chaparro Valderrama, Hugo. "Cine iraní: tradición y vanguardia". En: *Revista Kinetoscopio*. No. 58. 2001
- D'Ascia, Luca, "Bella" Italia: problemas sociales y políticos en el cine italiano de los 90". En: *Revista Kinetoscopio*. No. 58. 2001. p. 63
- De Pedro, Jorge Mauro. "Cine político: ¿la intención es lo que cuenta?". En: *Revista digital Miradas de Cine*. Disponible en: http://www.miradas.net/0204/articulos/2004/0407_moore.html
- FERNÁN-GÓMEZ, Fernando. *Mi hija Hildegart*. 1977. Disponible en: www.cinepolitico.blospot.com. 26 de marzo de 2008
- FERNÁNDEZ PINEDA, Rafael. *Cine político: Enfoques, historia e ideologías*. Cancún, México. Disponible en: <http://revistaesperanza.com/cinepoll.htm>
- GARCÍA FERNÁNDEZ, Emilio C. "Perfiles del cine político". En: *Cine y Letras*. 5 de noviembre de 2008. Disponible en: <http://www.guzmanurrero.es/index.php/Cine/Cine-y-politica.-Perfiles-del-cine-politico.html>
- GIL, Rafael. *Huellas de luz*. 1942. Disponible en: www.cinepolitico.blospot.com. 30 de agosto de 2008
- GONZÁLEZ – VEGA, Gabriel. *La vida de los otros es cine político*. 28 de agosto de 2007. Disponible en:
<http://resonancia.blog.com/post/2007/08/28/la-vida-de-los-otros-es-cine-politico>
<http://asociacionforajidos.iespana.es/cinefilia/romaciudadabierta.htm>
<http://cinecuba.blogspot.com/2007/12/aventuras-de-juan-quin-qun-1967.html>
<http://cinetrivia.com/criticas.php?idc=3869>
- KRÄMER, Klaus. *Rebelde e independiente: cine político – social en Berlín*. 10 de febrero de 2009. Disponible en: www.dw-world.de/dw/article/04017265,00.html
- MANZANOS, Eduardo. *Suspense en comunismo*. 1956. Disponible en: www.cinepolitico.blospot.com. Abril 4 de 2008
- MARTÍNEZ PARDO, Hernando. *Cine. "Panorámica del cine colombiano 1958 – 1982"*. No. 9, junio – agosto de 1982.
- MASSAGUÉ, Rosa. *Renace el cine político*. 24 de diciembre de 2008. Disponible en: <http://www.elperiodico.com/BLOGS/blogs/rosamassague/archive/2008/12/24/renace-el-cine-politico-italiano.aspx>
- MIHURA, Jerónimo. *Mi adorado Juan*. 1950. Disponible en: www.cinepolitico.blospot.com. 2 de marzo de 2009
- OLIVEROS AYA, César. "Prolegómenos a la hermenéutica del cine como pre-texto para el estudio y el análisis de temas jurídicos". En: ÁNGEL ÁLVAREZ, Jaime Alberto, et al.

Problemas de la filosofía del Derecho, la política y la argumentación jurídica. Universidad Libre. Facultad de Filosofía. Facultad de Derecho. Bogotá. 2010

OSORIO, Oswaldo. *Cine político en Colombia, en busca del cuarto cine*. Disponible en: <http://www.cubacine.cu/ficcion/reinayrey.htm>

RAMONET, Ignacio. *La golosina visual*. Editorial Debate S.A., 1ª edición, España. 2001

RICCIARELLI, Cecilia. "El cine cubano en búsqueda de su propia imagen". En: *Revista Kinetoscopio*. No. 58. 2001

RÍOS, Sandra M. Disponible en: <http://www.cinevistablog.com/el-arbol-de-lima-etz-limon-resena/#more-1346>. 14 de julio de 2009

RIVERA, Juan Antonio. *Lo que Sócrates diría a Woody Allen: cine y filosofía*. Espasa Calpe. Madrid. 2003

SLUSARCZUK, Eduardo. *Sector 9: casi nadie entiende a los grupos marginados*. Disponible en: <http://www.clarin.com/diario/2009/09/24/espectaculos/c-02004779.htm>

VIGO, Jorge. "La memoria y el cine político". En: *Asterion XXI, Revista Cultural*. Disponible en: <http://www.asterionxxi.com.ar/numero3/memoriaycinopolitico.htm>

www.cinearabe.es

www.cine-clasico.com/foros/viewtopic.php?p=126594

www.cinematotecacubana.com/Scripts/ProdView.asp?idProduct=308

www.cubacine.cu/ficcion

www.culturalianet.com

www.decine21.com

www.dvdclubcentro.com.ar/listgen.php?pagina=7&orden=wtitulo&id_gen=5

www.filmaffinity.com

www.filmhouse.com.mx

www.griterio.org/distro-2/peliculas/actas-de-marusia/

www.labutaca.com

www.laoffoffcritica.com/criticas/cr20050327.html

www.salir.com/pelicula/el_sabor_de_las_cerezas

www.terra.com.mx

www.tipete.com/userpost/peliculas-series-y-tv-gratis/luc%C3%AD-humberto-sol%C3%A1s-1968-esp

www.tvfrance-ntl.com/es/annuaire/forms/catalogue/ficheprogramme.php?fpq_id=17693

HISTORIA DE LA POLICÍA Y DEL EJERCICIO DEL CONTROL SOCIAL EN COLOMBIA*

Dayana Becerra**

Fecha de recepción: 8 de Octubre de 2010

Fecha de aceptación: 30 de Noviembre de 2010

Artículo Resultado de Proyecto de
Investigación.

Resumen

El presente trabajo es una exploración histórica crítica de la institución policial en su función de control social en Colombia hasta el periodo histórico conocido como la regeneración. Para tal efecto, se han estudiado tanto los textos legales, como la realidad social, atinentes a la Policía, entendida en sus dos acepciones: función y estructura institucional. De dicho análisis se constata una gran paradoja: mientras que la mayoría de las competencias asignadas eran de tipo administrativo, dichas atribuciones permitieron una omnipresencia de la Policía como ente de control social más allá de lo estrictamente penal.

Palabras clave

Función policial, competencias administrativas, divergencia, control social, control penal.

HISTORY OF THE POLICE AND THE PRACTICE OF SOCIAL CONTROL IN COLOMBIA

Abstract

This work is a critical historical exploration of the police in their role of social control in Colombia to the historical period known as regeneration. To this end, we have studied both legal texts and social realities pertaining to the Police understood in two senses: its role and institutional structure. From this analysis finds a paradox: while most of its powers were administrative, powers allowed police omnipresent as social watchdog beyond strictly criminal.

Key words

Police function, administrative powers, divergence, social control, crime control.

INTRODUCCIÓN

La policía como función y estructura ha sido moldeada por una gran producción normativa y por la interacción social propia de cada momento histórico. De esta manera, se puede formular la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuáles han sido las construcciones normativas fundamentales y los hechos sociales de mayor relevancia en la evolución de la Policía como dispositivo de control social?

La importancia del tema propuesto en esta investigación radica en que el estudio de la historia policial Colombiana ha sido abordada desde una perspectiva eminentemente cronológica y de forma parcial en el tiempo; empero, no existe una autentica historia que vincule el estudio de las normas y demás medidas de control social conforme a los acontecimientos sociales. Para el logro de lo expuesto, se empleó el método histórico por constituir un cuestionamiento referente a la trayectoria y manifestaciones de la Policía, igualmente se empleo el método lógico, en cuanto a que el análisis de la realidad

* El presente artículo surge como un avance de la investigación titulada: "De la divergencia penal y del control social en Colombia: 1880-1980". Línea de investigación: Derecho penal, perteneciente al Grupo Derecho Público de la Universidad Militar Nueva Granada. (Categoría B Colciencias 2010 – 2011).

** Joven investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada en Convenio con Colciencias, en la línea de investigación Derecho penal, perteneciente al Grupo Derecho Público. Abogada Magna Cum Laude de la Universidad Militar Nueva Granada. dayana.becerra@unimilitar.edu.co.

histórica implica el estudio del contexto legal, social, político y económico.

1. PRIMERAS MANIFESTACIONES DE LA FUNCIÓN POLICIAL

La Policía como organización profesional y especializada que hoy se conoce, tardó en configurarse como tal, por lo cual inicialmente se estudiarán las primeras manifestaciones que se presentaron en el territorio colombiano y que influyeron en la consolidación de dicha institución. No obstante, dichos antecedentes se caracterizaron por abarcar funciones que modernamente no se encuentran asignadas a la Policía, fusionando competencias meramente administrativas, políticas, económicas y judiciales contrarias a la función de policía especializada que en la actualidad se le asigna el mantenimiento del orden y la seguridad a través del ejercicio legítimo de la fuerza.

En efecto, una de las primeras manifestaciones de la función policial en la época colonial, se dio con la institución de los cabildos, los cuales desempeñaron funciones civiles, criminales y policiales¹. Las funciones desempeñadas por los cabildos aglutinaron todas las necesidades estructurales de la administración en las nacientes ciudades americanas, sin que se asignara a las instituciones competencias claras o delimitadas. Posteriormente en 1580 se presentó la figura de los alguaciles², primitiva organización de policía en la que puede observarse un perjudicial aglutinamiento de actividades

administrativas y policiales, pero en la que sin embargo, es de desatacar la subordinación de los alguaciles al Gobernador, lo que sin duda, constituyó un importante hito en la organización policial, pues, el ejercicio de dicha función debía encontrarse comandada por una autoridad diferente a la que directamente ejecuta las tareas asignadas.

Más tarde, alrededor del año 1791, se intenta establecer un nuevo orden policial, bajo el gobierno del Virrey Espeleta, quien en asocio de un grupo de “ciudadanos ilustres”, fundó la denominada Junta de Policía de Santa Fé, encargada de velar por el orden urbano de la Villa del Virreinato. Los agentes por medio de los cuales dicha Junta ejercía la vigilancia, se denominaban serenos, y sus principales funciones consistían en dar las horas a gritos y cambiar la mecha a los faroles³. La mencionada Junta se organizó de manera muy semejante a la estructura policial existente en España. El cuerpo de serenos carecía de elementos trascendentales para la conformación de un cuerpo policial plenamente estructurado, tales como proporcionar a sus agentes un entrenamiento profesional, o ilustrarlos acerca de los procedimientos para la aprehensión de delincuentes, e inclusive dotarlos con vestimentas uniformes. Estas carencias, aunadas a que la principal tarea fue la de anunciar las horas, la cual no constituía una función primordial para la sociedad, generó que el ejercicio de sus funciones realmente no constituyera una herramienta clara para la persecución de la delincuencia y el ejercicio del control social.

¹ Los cabildos se conformaban por doce regidores y dos alcaldes que y las funciones civiles, criminales y policiales aglutinaban el mantenimiento del aseo público, la mejora de las poblaciones, la vigilancia de la salubridad pública, el amojonamiento de caminos, la conservación de bosques, el suministro de agua a la población, la expedición de aranceles para el ejercicio de las artes u oficios y la administración de las marcas para el ganado. HENAO, Jesús, et al. *Historia de Colombia*. Voluntad. Bogotá. 1967. p. 169.

² AGUILERA, Miguel. *Historia extensa de Colombia*. Lerner. Bogotá. 1965. v. 14. p. 21.

³ Los alguaciles se encontraban facultados para aprehender y encarcelar a los malhechores sorprendidos en la ejecución de delitos y conducirlos para su juzgamiento ante el Tribunal de la Real Audiencia. También debían vigilar el porte de armas de fuego, la fabricación y comercialización de pólvora. AFANADOR RUIZ, Rafael. *Acciones de Policía en Cundinamarca*. Tesis (Doctor en derecho). Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas. Bogotá. 1943. p. 4, 5.

Además de las funciones asignadas inicialmente por el Virrey Espeleta, posteriormente el Virrey Pedro Mendieta “*preocupado por el progreso urbano, dictó algunas disposiciones sobre aseo y alumbrado, enlucimiento de las fachadas de las casas y recogida de mendigos*”⁴. Con estas disposiciones se observa que la primitiva Policía colonial fue saturada con funciones netamente administrativas, que desnaturalizaron la función de mantenimiento del orden en relación con la seguridad ciudadana.

La historia de la función policial en la época colonial se caracteriza por abarcar todo tipo de funciones; no obstante, debe decirse que dicha maximización de la policía no es un invento de los Virreinos de la Nueva Granada, ya que en Europa para esta época “*todo es reglamentado policialmente: desde la forma de los sombreros al nivel de combustible de los faroles nocturnos pasando por la cochura del pan y la importación de libros, la Policía, ya que no es omnipotente, es al menos omnipresente*”⁵. Este criterio aplicado con similitud no generó gran provecho, debido a que las falencias administrativas no pudieron ser suplidas con una escasa e inexperta Policía, a la cual le asignaron por la vía legal variadas y amplias funciones, que en la práctica no se ejecutaban.

Desde la creación de la Gran Colombia, la posterior configuración de la Nueva Granada y de la Confederación Neogranadina, existieron en el territorio nacional, numerosos intentos de organización de la Policía; sin embargo, estos no perduraron en el tiempo y se caracterizaron por pequeñas modificaciones aleatorias y desorganizadas. A continuación se verán algunos intentos de establecimiento de diferentes cuerpos policiales en el naciente Estado.

En la Constitución de Cundinamarca de 1811, predomina el carácter militar de las tropas dada

la necesidad de defensa del naciente Estado. No obstante, se crea para los casos comunes una Policía interior⁶. Pese a que la Constitución en mención no perduró, por lo cual su ejecución no fue plena, con ella se generó un importante aporte al establecer una institución diferente a la milicia nacional, que se encargaba del mantenimiento del orden interno.

Posteriormente, se promulga en Santafé de Bogotá, el Acta de Federación de las Provincias Unidas de Nueva Granada de 1811, en la cual se contempla las funciones de Policía para la naciente República, y en consecuencia las constituciones provinciales, al igual que la federal, regulan lo relacionado con la función policial, con un marcado carácter administrativo. Una muestra de la organización federal de la función policial, se observa en la Constitución del Estado de Cartagena de Indias de 1812⁷ y en el mismo sentido la Constitución de Cundinamarca de 1812, establece como forma de organización policial las milicias urbanas⁸.

La función policial entendida como aquella que procura el mantenimiento del orden interno,

⁴ Ibid. p. 6.

⁵ NIETO, Alejandro. “Algunas precisiones sobre el concepto de Policía”. En: *Revista de la Administración Pública*. No. 81. Barcelona. 1976. p. 45.

⁶ La policía interior se componía de tropas veteranas, proporcionales a su población y a los ingresos del erario público, para reforzar las tropas de milicias. Colombia. Colegio Constituyente y Electoral. “Constitución de Cundinamarca de 1811 (4, abril, 1811)”. En: URIBE VARGAS, Diego. *Las constituciones de Colombia*. Cultura Hispánica. Madrid. 1977. v. 1. p. 212.

⁷ En la constitución federal de Cartagena se organiza lo concerniente a la Fuerza Armada, y como una sección de esta se instituye una Policía interior, para el mantenimiento del orden y la seguridad interior, compuesta por tropas veteranas. REPÚBLICA DE CARTAGENA DE INDIAS. CONVENCION GENERAL. *Constitución del Estado de Cartagena de Indias de 1812*. Biblioteca Digital de la Universidad Nacional de Colombia. [Base de datos en línea]. [consultado 15 ago. 2010]. Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/193/3/344_-4_Capi_4.pdf>

⁸ La constitución de Cundinamarca de 1812, se revisa la Constitución de este Estado expedida en 1811 y en lo referente a la Policía solo se menciona, que existiría una milicia urbana. HORST, Dippel. *Constituciones del mundo de de finales del siglo XVIII hasta mediados del siglo XIX*. Walter de Gruyter. Frankfurt. 2009. p. 502.

puede abarcar numerosos aspectos estructurales de un Estado, por lo cual en las primeras manifestaciones policiales estas se aunaban con el deber de prestar servicios de alumbrado público, aseo, embellecer espacios públicos e inclusive de velar por el cumplimiento de las buenas costumbres. En consecuencia, a continuación se analizarán las primeras manifestaciones, en las que a la institución policial se le asignaban tareas netamente administrativas, que se apartan de la función de mantenimiento del orden interno.

En primera medida la mencionada Acta de Federación de las Provincias Unidas de Nueva Granada, reservó a las provincias el manejo de ciertos asuntos, tales como la administración de la Policía⁹. Sin embargo, posteriormente la Ley 8 de 1821, relativa a la organización y régimen político de los Departamentos, Provincias y Cantones de la República, establece las autoridades administrativas que tienen a su cargo la dirección de la institución policial en los Cantones, y los Cabildos¹⁰. Es evidente que en esta legislación se aglutinan en las autoridades de cantones y cabildos, variedad de funciones,

desde la salubridad y comodidad, hasta la protección de las personas y de la propiedad, por lo cual la efectividad de dichas asignaciones no se verificó, al carecer de un cuerpo de hombres con una misión clara y delimitada.

En el mismo sentido, la Ley 11 de 1825 sobre la organización y régimen político y económico de los departamentos y provincias de la República, establece en primer lugar quiénes eran los funcionarios encargados de la administración de la República¹¹. En consecuencia, a los intendentes y gobernadores se les asignaron las funciones de velar por “*la tranquilidad general del buen orden, de la seguridad de las personas y bienes de los habitantes, de la ejecución de las leyes y órdenes del poder ejecutivo, y de todo lo que pertenece a la Policía y prosperidad del departamento*”¹². Por su parte a los Alcaldes municipales, también se les otorgó facultades de dirección del cuerpo policial en las villas y ciudades¹³. La multiplicidad de funciones asignadas tanto a intendentes como a gobernadores y alcaldes fomentó la existencia de cuerpos policiales en diferentes niveles territoriales y adicionalmente al cuerpo de Policía municipal le asignó funciones administrativas y no de ejecución directa.

En el mismo sentido el Decreto 2 de 1827, autoriza al ejecutivo para nombrar un Jefe de Policía encargado de la seguridad, aseo, ornato y salubridad de la capital y de sus alrededores. En cumplimiento de dicha autorización, el

⁹ De las Provincias Unidas de Nueva Granada, hacía parte las Provincias de Antioquia, Cartagena, Neiva, Pamplona y Tunja. NUEVA GRANADA. CONVENCION DE LAS PROVINCIAS UNIDAS DE NUEVA GRANADA. *Acta de la Federación de las Provincias Unidas de Nueva Granada de 1811*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. [Base de datos en línea]. [consultado 10 jul. 2010]. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/89145173211214929532457/p0000001.htm#I_0_>

¹⁰ En los Cantones el juez político era el jefe del cantón y se le encomendaba el cuidado del orden, la tranquilidad pública, la seguridad de las personas, los bienes de los habitantes y el cumplimiento de la Constitución y de las leyes; y a los cabildos se les había asignado las funciones de Policía de salubridad, aseo y comodidad, así como de auxiliar a los jueces en todo lo relativo a la seguridad de las personas, bienes de los vecinos y a la conservación del orden público. COLOMBIA. CONGRESO GENERAL DE COLOMBIA. “Ley 8 (11, octubre, 1821)”. En: *Gaceta de Colombia*. Villa del Rosario de Cúcuta. No. 150. Art. 5 y 47.

¹¹ Los dirigentes de la República en los departamentos estaba encargado a los Intendentes, el de las provincias correspondía a los Gobernadores, el de los cantones a los Municipales y el de las parroquias a los Parroquiales. REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 11 (11, marzo, 1825). No. 179 a 182. Art. 1.

¹² Ibid. Art. 3.

¹³ Los Alcaldes nombraban a los Comisarios, para que ejercieran funciones policiales, como la aprensión de delinquentes, vigilancia del tráfico de los mercados, conservación de las fuentes públicas, reglamentación de pesas y medidas, mantenimiento a las calles y embellecimiento de los parajes públicos. Ibid. Art. 86, 88.

ejecutivo ejercido para la época por Simón Bolívar, estableció una subordinación directa de los Alcaldes tanto municipales como parroquiales y de los Comisarios, a los Jefes de Policía¹⁴.

Posteriormente la Constitución de 1832, otorgó a las Cámaras de Provincia la facultad de organizar diversos asuntos, entre ellos la policía interior, la cual debía ser sufragada con sus propias rentas¹⁵. Vale la pena destacar que esta Constitución de manera novedosa concede la dirección de la institución policial a un cuerpo colegiado, con funciones legislativas y no como tradicionalmente había ocurrido de otorgarle dicha regencia a un órgano administrativo; empero, esta singularidad no puede considerarse acertada, ya que las funciones netamente policiales, deben poder alinderarse de las facultades administrativas y ser ejercidas por un cuerpo especializado sin la facultad de legislar y administrar política o económicamente un Estado o nivel territorial.

Adicionalmente a la fusión de competencias administrativas y policiales, anteriormente vistas, a la institución se le endilgó constantemente la persecución de los fenómenos sociales de delincuencia y mendicidad, reprochados y etiquetados socialmente, razón por la cual buscan combatirse con la persecución indiscriminada. Es el caso de la mencionada ley 11 de 1825, en la que los Jefes Municipales no

podían permitir los cuestores de limosna en los cantones, sin expresa licencia del intendente y a los “vagos y mal entretenidos” se les ordenaba destinarlos al servicio de las armas, o de la Policía del lugar, con ración y sin sueldo¹⁶. Esta medida generó en primer lugar una persecución indiscriminada de los “vagos y mendigos” causando gran desprestigio, falta de autoridad y anti profesionalismo en la institución Policial.

En el mismo sentido, dada la grave situación social y para contrarrestar los números hurtos, se expidió la Ley 60 de 1826, la cual buscó disminuir los constantes ataques contra la propiedad y estableció un “*procedimiento sumario y extremadamente severo contra vagos, poniendo en vigencia la singularidad, autorizada antes por la ley de 1825, de que dichos vagos fueran destinados por vía de corrección al servicio de las armas en el ejército o al de Policía*”¹⁷. Las disposiciones contenidas en esta ley y especialmente las relacionadas con los vagos o mendigos, muy similares a las establecidas en 1825, desprofesionalizaban y menoscababan el cuerpo policial al establecer el ingreso a dicho cuerpo como castigo a los vagos, quienes socialmente eran reprochados y con lo cual la institución era mal vista.

La Ley 6 de 1836 estableció nuevamente algunos procedimientos en contra de los vagos o mendigos, constituyendo un listado de quienes poseían dicha calidad, y pretendiendo con ello contrarrestar la latente problemática social, que exigía a la Policía emprender la persecución en contra de quienes detentaran esta calidad, sin que se requiriera haber cometido algún ilícito, ya que esta conducta por si sola era considerada delictiva¹⁸. Posteriormente la Ley 13 de 1842 buscó reformar algunos aspectos referidos a

¹⁴ La nueva subordinación altera la jerarquía dispuesta por la Ley 11 de 1825, por cuanto las autoridades administrativas se encontraban supeditadas a un cuerpo operativo y los Jefes de Policía se encontraban insubordinados a cualquier mando que determinara lineamientos a los cuales debieran obedecer o entregar resultados de sus actividades. REPÚBLICA DE COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2 (14, enero, 1827). Gaceta de la Nueva Granada. 1827. No. 14493. Art. 3.

¹⁵ NUEVA GRANADA. CONVENCION CONSTITUYENTE. *Constitución Política de 1832*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. [Base de datos en línea]. [consultado 13 jul. 2010]. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/68051622439248617422202/p0000001.htm#I_1_>

¹⁶ Ibid. Art. 61.

¹⁷ CASTAÑO CASTILLO, Álvaro. *La Policía: Su origen y su destino*. Cachuar. Bogotá. 1947. p. 38.

¹⁸ NUEVA GRANADA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley (10, Abril, 1836). Gaceta de la Nueva Granada. No. 237.

la vagancia ya regulados en leyes anteriores, autorizando a los Jefes de Policía dictar una resolución correccional 24 horas después de comparecer ante ellos los reos de vagancia¹⁹. Con esta ley los Jefes de Policía no solo estaban facultados para hacer cumplir la ley, sino para actuar como jueces, ya que para la época, la vagancia constituyó no solo una conducta reprochada socialmente, sino un delito fuertemente perseguido por las autoridades.

Otro aspecto muy cuestionado respecto a la organización policial, lo constituye la delimitación entre las fuerzas armadas o militares y las funciones de Policía. Dentro de sus primeros intentos de deslinde se encuentra lo dispuesto en la Constitución del Estado de Cartagena de Indias de 1812, que estableció una policía interior, encargada de velar por el mantenimiento del orden y seguridad interior, compuesta por tropas veteranas²⁰. Dichas tropas veteranas se diferenciaban de las milicias porque estas tenían a su cargo la defensa del Estado de todo ataque contra su existencia, mientras que aquellas velaban por el mantenimiento del orden interno.

No obstante lo anterior, también se han presentado numerosas legislaciones en las que la división entre Ejército y Policía, no era notable, tal y como se observa con la Constitución de 1830, la cual establece que a la Fuerza Armada le concierne “*defender la independencia y libertad de la República, mantener el orden público y sostener el cumplimiento de las leyes*”²¹. La Constitución solo establece una división clara entre Ejército y

Armada, mientras que la Policía no se alindera de estas instituciones. Dada la poca claridad referente a las diferencias entre Fuerza Pública y Policía, la ausencia de normas precisas en cuanto a las atribuciones que poseía la Policía, la ausencia de subordinación y las reprochables calidades de los agentes del orden, se hizo necesario en el año 1829 establecer un alindamiento entre las instituciones policial y militar, a través de la Circular número 15 expedida por la Secretaría de Estado²².

La Constitución de 1843, deja las funciones policiales inmersas en la Fuerza Armada, estableciendo como objetivo principal “*defender la independencia y dignidad de la República, contra toda fuerza o agresión exterior, y mantener el orden constitucional y legal en el interior; obrando siempre bajo la dependencia y dirección del Poder Ejecutivo*”²³. El ordenamiento superior nuevamente acopla en una sola institución las funciones de defensa y mantenimiento del orden interno, sin preocuparse por establecer en el rango constitucional una institución policial. En el año 1858, el Código Militar mantiene a la Policía anegada en la Fuerza Pública, disponiendo que ésta se regiría por un Código que respondería a criterios militares. Posteriormente en el año 1860 el Decreto 99 dividió el cuerpo policial en una sección civil y otra militar²⁴, lo cual debe considerarse como un nuevo desacierto, que influyó en desnaturalización del carácter civil de la institución y en que se diluyeran sus funciones junto con las del ejército en la denominada Policía Militar.

¹⁹ CASTAÑO CASTILLO, Álvaro. Op. Cit. p. 51.

²⁰ REPÚBLICA DE CARTAGENA DE INDIAS. CONVENCION GENERAL. *Constitución del Estado de Cartagena de Indias de 1812*. Op. Cit.

²¹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO CONSTITUYENTE. *Constitución Política de 1830*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. [Base de datos en línea]. [consultado 15 jul. 2010]. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02438310870243941976613/p0000001.htm#I_1_>

²² CASTAÑO CASTILLO, Álvaro. Op. Cit. p. 42.

²³ NUEVA GRANADA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Constitución de la República de 1843*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. [Base de datos en línea]. [consultado 15 jul. 2010]. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12615091946708273098435/p0000001.htm#I_1_> Art. 153.

²⁴ CONFEDERACIÓN GRANADINA SECRETARÍA DE GOBIERNO Y GUERRA. Decreto (19, junio, 1860). Gaceta Oficial. No 2531.

Asociada a la constante inclusión de funciones policiales en las Fuerzas Militares y la asignación de competencias militares a la Policía, también se establece una discusión en torno a la división territorial de la institución policial. Muestra de ello es la segunda Recopilación Granadina o Ley 8 de 1841, que dividió la Policía en general y especial, la primera se regía por la legislación nacional y la segunda por las ordenanzas de las Cámaras Provinciales. Del mismo modo se escindió la Policía en urbana y rural, teniendo la primera “*por objeto el buen orden y gobierno de las poblaciones y el arreglo de las personas y de las cosas entre sí, y con las autoridades públicas consideradas en general; el objeto de la segunda, es la seguridad, arreglo y buen gobierno de la industria agrícola en todos sus ramos*”²⁵. Esta ley es de gran trascendencia en la historia policial, ya que estableció una jerarquía mucho más clara para la institución, otorgando la dirección Nacional al Presidente de la República, a los Gobernadores en sus respectivas provincias, a los jefes políticos en los cantones, y a los alcaldes en los distritos parroquiales, quiénes a su vez eran jefes de Policía en sus respectivas secciones²⁶. Del mismo modo se estableció para cada provincia un cuerpo de Policía “*compuesto, a lo más de sesenta comisarios bajo las inmediatas órdenes de los inspectores y estos de los Jefes de Policía*”²⁷.

Con esta ley se buscó establecer mayor orden en varios aspectos estructurales de la institución, en primer lugar se estableció una jerarquía para el cumplimiento de los deberes encomendados a la institución. Dicha jerarquía se manifestó primordialmente en razón de la asignación salarial, ya que los emblemas y distinciones no eran notables, debido a que el cuerpo policial

no utilizaba uniforme.²⁸ En segundo lugar se trataron de delimitar las funciones de la institución policial, que se encontraban subordinadas a las órdenes de los jefes de Policía²⁹.

Posteriormente se encuentra un nuevo intento de dividir la institución policial, mediante la Ley 56 de 1881, que creó un cuerpo policial para la capital de la República, y el Decreto 246 de 1881, que estableció la Policía para Cundinamarca³⁰. El fenómeno de la regionalización de institución policial, se desarrolla ampliamente para la época, estableciendo cuerpos policiales para las diferentes provincias, dentro de los cuales se destaca el de Popayán con sede en Caloto, el de Panamá, el de Ambalema y el de Bogotá³¹. Vale la pena destacar que dicha

²⁸ El monto de la asignación, dependía de que la labor policial se desempeñara a pie o montado en caballo. La asignación de los Inspectores de Policía a pie era de \$16,00 y montados era de \$25,00, en el mismo entendido, los Comisarios de Policía, a pie tenían una asignación de \$12,00 mientras que si se encontraban montados esta era de \$18,00. Ibid. Art. 14.

²⁹ Las principales funciones de los Jefes de policía consistían en escoltar a los reos, perseguir y aprender a las personas halladas en fragante delito, recorrer las plazas, calles y salidas públicas en el día y en la noche, aprehender los instrumentos de los delitos, impedir y perseguir los robos, incendios, asesinatos, riñas y peleas, juegos prohibidos, bullicios, desórdenes, informar a las autoridades de la existencia de vagos u ociosos, y otras funciones referentes a la tranquilidad, orden, seguridad y salubridad pública, la decencia y las buenas costumbres.

³⁰ Esta ley fijó el pie de fuerza en 4.000 hombres, por “ser tierra de paz”, estableció que la dirección de la Policía estaba a cargo de un Prefecto General, y creó la secciones de vigilancia y aseo, y de celaduría de las vías públicas, y dispuso que sus agente debían impedir todo ataque de las garantías individuales que violen la moral pública. CONFEDERACIÓN GRANADINA. CONGRESO DE LA NUEVA GRANADA. Ley 56 (4, agosto, 1881). Por la cual se fija el pie de fuerza para el año económico de 1881 a 1882. no. 5091. Art. 3.

³¹ Los decretos mediante los cuales se establece la policía para Caloto, Panamá, Ambalema y Bogotá, se encuentran en la Gaceta de la Nueva Granada. Números 692, 665 y 730, respectivamente. NUEVA GRANADA. DESPACHO DE LO INTERIOR. Decreto (27, septiembre, 1846). Gaceta de la Nueva Granada. No. 824.

²⁵ NUEVA GRANADA. CONGRESO DE LA NUEVA GRANADA. Ley 8 (23, Mayo, 1841). Gaceta de la Nueva Granada. No. 506. Art. 2

²⁶ Ibid. Art. 10.

²⁷ Ibid. Art. 11.

desnacionalización de la Policía surge como consecuencia de la “*expansión capitalista que se inicia con el auge del tabaco como artículo de exportación predominante*”³² y como consecuencia de ello el ejecutivo dispone de la institución como instrumento de los empleados de rentas para la persecución del contrabando, en las diferentes regiones, con lo cual se fomenta la desnaturalización de la institución y su regionalización.

Los anteriores antecedentes de configuración de la Policía se caracterizaron por la asignación de funciones en forma desorganizada, típica de la legislación de la época Republicana, con pocas excepciones que generaron avances respecto de la jerarquía policial y la implementación de uniformes, sin avanzar en otros campos. No obstante lo anterior, históricamente se ha concebido como fecha de creación del cuerpo de Policía, el año de 1890, pero vale la pena aclarar que en dicha época se buscó la profesionalización y modernización de dicha institución, pues esta existía con anterioridad, desde la época Colonial y en la época Republicana existió muy prolija legislación que en la mayoría de los casos no se concretó en la realidad, quedándose en la mera hoja de papel y siendo escasamente efectiva.

Las primeras concepciones de Policía, como se mencionó anteriormente, incluían todo tipo de funciones que el gobierno debía ejecutar; sin embargo, en estas primeras manifestaciones de la función policial, se evidencia como prioridad el ejercicio del control social en todas las esferas de desarrollo de los individuos, al punto que la vigilancia se ejercía con el fin de cumplir todas las disposiciones internas del Estado, coartando la libertad personal y sin considerar que gran parte del cumplimiento de la legislación no requiere de la coacción policial. Esta concepción implicó un Estado Policía, que se encargaba de perseguir no solo las conductas divergentes penalmente sino aquellas

³² GUILLÉN MARTÍNEZ, Fernando. *El poder Político en Colombia* 4º Ed. Planeta. Bogotá. 2006. p. 305.

consideradas desviadas no solo por la ley penal sino por la sociedad y adicionalmente vigilar el desarrollo de las actividades cotidianas para efectuar el control social.

2. CONFIGURACIÓN UNA INSTITUCIÓN POLICIAL

La necesidad de conformar un cuerpo organizado de Policía, se constata en la grave crisis social que hacia la época vivía el país, tal y como lo relata el historiador Mario Aguilera Peña, cuando afirma que al finalizar los años de 1880 y durante la década de 1890 una idea predominante en la prensa y en los informes tanto gobernistas como de oposición fue la de que se vivía una grave crisis social por el efecto de la carestía y los salarios bajos. En Bogotá, la cobertura del problema era mayúscula, adicionalmente a la crisis social el final de siglo se distingue, del mismo modo, por la mayor presencia de movimientos de protesta urbana de variado origen y procedencia social; unas protestas respondían a los conflictos de la política nacional, otras provenían de sectores sociales definidos que demostraban su rechazo frente a situaciones de su interés³³.

No obstante la asignación de funciones de policía a variadas instituciones y diferentes estructuras policiales con anterioridad a 1890, es en este año en el que se buscó organizar y configurar un cuerpo policial profesionalizado, para lo cual se expidió la Ley 23, “*Por la cual se conceden varias autorizaciones y se fija la cuantía de un sueldo*”. El propósito fundamental de esta ley no consistía en la creación de un cuerpo policial, sin impartir mayor trascendencia a la dicha partida, ya que en la norma se concedían recursos al Gobierno Nacional para diversos asuntos³⁴.

³³ AGUILERA PEÑA, Mario. *Insurgencia urbana en Bogotá*. Instituto Colombiano de Cultura. Bogotá. 1997. p. 80.

³⁴ Dentro de los recursos asignados mediante la Ley 23 de 1890 se encuentran algunos destinados a la construcción de un edificio de aduanas en la ciudad

Para el establecimiento, organización y funcionamiento del cuerpo de Policía, se asignaron \$300.000, incluidos en el presupuesto de la vigencia económica de 1891 y 1892. Esta ley también autorizó al Gobierno Nacional, para “contratar en los Estados Unidos ó en Europa, por conducto de un Empleado Diplomático ó Consular de la República, una ó más personas competentes que bajo su dirección organicen el referido Cuerpo de Policía y accionen convenientemente á sus miembros”³⁵. De la ejecución de la ley 23 de 1890, se encarga al comisario francés Juan María Marcelino Gilibert, quien por parte del “Ministerio del Interior de Francia, a solicitud del encargado de negocios de Colombia, Gonzalo Mallarino, lo selecciona por sus méritos y conocimiento de castellano para viajar a Colombia a reorganizar la Policía de Bogotá”³⁶. El comisario francés en ejercicio de su encargo, se ocupó de la preparación de la normatividad por la cual se regulaba la Policía Nacional, como un cuerpo técnico y profesional.

En consecuencia, para estos efectos se expidió el Decreto 1000 de 1891, el cual estableció que el Ministerio de Gobierno organizaría un cuerpo de Policía de carácter Nacional que tendría como función primordial encargarse de los servicios del orden y seguridad de la Capital de la República, bajo la dirección del profesor contratado en Francia³⁷. Es de destacar que pese a que con la Ley 23 de 1890 se buscó establecer un cuerpo policial de carácter Nacional,

lo que realmente se dio fue la creación de una policía para la ciudad de Bogotá, con lo cual de manera inmediata no se generó mayor avance, ya que como se observó en el aparte de antecedentes ya habían existido policías locales e inclusive algunas fueron instauradas exclusivamente para la capital. No obstante lo anterior, los mayores aportes que se generaron consistieron en la vinculación y dependencia de esta institución al Gobierno Nacional, la orden de eliminar las policías departamentales, municipales y el cuerpo de serenos, pese a que estos no fueran reemplazados inmediatamente por una Policía Nacional ya que se autorizó realizar “convenios” con las municipalidades.

La finalidad de la institución policial avizorada mediante este decreto, consistía primordialmente en la conservación de la tranquilidad social, y sumada a esta se encontraban funciones como brindar auxilio a las autoridades nacionales, departamentales y municipales, proteger a las personas y a las propiedades, mantener la moralidad pública, el aseo, y ornato de la población, prevenir la comisión de delitos y perseguir a los delincuentes. En esta normatividad también se establecieron los requisitos para ser “empleado del cuerpo de policía” y se organizó una escala jerárquica del personal que integraba la institución. La necesidad de una reglamentación detallada de las funciones de la nueva Policía Nacional, era evidente por lo cual mediante Decreto del 12 de diciembre de 1891, se delimitaron los parámetros bajo los cuales debía operar el organismo y con ello evitar vacíos normativos que restringieran o permitieran la extralimitación de sus agentes.

Establecido el marco legal y realizado el entrenamiento a los nuevos integrantes, la institución policial entra en funcionamiento en enero de 1892, fecha que muchos historiadores toman como surgimiento de la Institución policial en nuestro medio, pero como bien se ha visto, desde la época colonial existieron algunos intentos de creación y regulación de dicha entidad, aunque solo hasta la fecha se pudieron

de Barranquilla, la asignación de un salario anual de 2.400 pesos al administrador de salinas de Cumaral y Upin y la reparación de una lancha a vapor destinada a resguardar Puerto Colombia por un valor máximo de 15.000 pesos. COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 23 (23, octubre, 1890). Diario Oficial. Bogotá. 1890. No. 8221.

³⁵ Ibid. Art. 4.

³⁶ AGUILERA PEÑA, Mario. “Repaso de historia: Una institución que cumple cien años: Marcelino Gilibert, Primer director de la Policía Nacional”. En: *Revista Credencial de Historia*. No. 23. Bogotá. 1991. p. 2.

³⁷ COLOMBIA. MINISTERIO DE GOBIERNO. Decreto 1000 (5, noviembre, 1891). Por el cual se organiza un cuerpo de Policía Nacional. Diario oficial. Bogotá. 1891. No. 8609.

concretar y ejecutar bajo un claro dominio jerárquico, lo que le imprimió disciplina al cumplimiento de las funciones encomendadas.

El mayor avance de esta nueva institución se presenta en entender la policía, como aquella que garantiza la seguridad y la tranquilidad, tratando de independizarla de la concepción según la cual toda actividad que evita peligros es actividad policial, con la cual se confunden diferentes competencias administrativas, económicas, políticas y judiciales, con la institución. No obstante dicha concepción no permite la plena división de todos los asuntos de la administración interior, pero si circunscribe la policía a los asuntos que involucran la preservación del orden interno, debido a que esta

“no puede separarse, por el objeto de la administración, cabe aislarla, pensando que solo es policial una determinada forma del actuar administrativo: la que limita los derechos individuales”³⁸.

La urgencia de configuración de una institución policial que diera orden a la grave situación de la ciudad, se evidencia en los años inmediatamente anteriores a su configuración, en los cuales la ciudadanía no apreciaba la eficacia y utilidad de la labor desempeñada por los rudimentarios agentes o serenos, muestra de ello lo es la siguiente nota de prensa:

“En la calle de las Águilas, junto al número 164, se está construyendo una casa para lo cual se han armado andamios que tienen poca elevación que no es menester ser de alta talla, para romperse contra ellos las narices en noches oscuras. Pues bien: en este sitio no se ha puesto la luz que las disposiciones de Policía prescriben. Avisamos a quien corresponda; porque creemos que la seguridad á que deben atender las autoridades no consiste tan solo en estorbar que se nos hagan ataques personales ni en poner presos á los agresores, sino también en evitar á los individuos ó alejarles, en el público, toda causa que pueda poner en peligro su vida”³⁹.

³⁸ NIETO, Alejandro. Op. Cit. p. 70.

³⁹ SEGURIDAD. En: El Sol. Bogotá. (22, octubre, 1887). C. 1.

Además de las anteriores funciones, el anterior cuerpo de policía o serenos, ejercía múltiples tareas, como las de socorrer a los ciudadanos en incendios, inundaciones y demás desastres naturales. Un evento que da cuenta de tal labor ocurrió

“A las 2 y 35 p.m., del día 4 del presente, se incendió la casa de la Sra. Bernardina Santa María de Restrepo (...), pero gracias al oportuno auxilio de algunos miembros del Cuerpo de Policía y de varios caballeros vecinos, pudo pronto dominarse el fuego”⁴⁰.

La primitiva organización, la combinación de funciones de la institución policial y la grave situación de orden público, en que la delincuencia común y el desorden social hostigaba a la ciudad de Bogotá, hacían posible que noticias como la siguiente fueran de muy común aparición en los periódicos nacionales:

“La manzana formada por las calles 12 y 13 y carreras 15 y 16, entre la Casa de Letras y el Camellón de San Victorino fue visitada en la noche del jueves de esta semana por una cuadrilla de ladrones, que alarmaron á los vecinos y pusieron en movimiento á los numerosos serenos que rondaban”⁴¹.

En la ciudad de Medellín los desórdenes sociales, no mitigaban al igual que en los demás rincones del país, tal y como lo relata el principal periódico de esta ciudad:

“El domingo último fue herido de muerte Mario Antonio Burgos en la fracción de Robledo, de este distrito. Casi no hay número de El Espectador en que no tengamos que registrar con pena algún homicidio”⁴².

En razón a lo anterior, la poca efectividad del cuerpo de serenos era evidente, por lo cual previamente a la configuración de la Policía

⁴⁰ INCENDIO. En: El Sol. Bogotá. (8, julio, 1887). C. 2.

⁴¹ NOTICIAS VARIAS. En: El Sol. Bogotá. (12, junio, 1887). C. 1.

⁴² HOMICIDIO. En: El Espectador. Medellín. (22, febrero, 1889). C. 3.

Nacional, se buscaron tomar otras medidas con el fin de contrarrestar el caos social que atravesaba el país. Una de estas medidas consistió en dar mayor publicidad a normas de orden público, para lo cual se expidió el Decreto 15 de 1887, en consideración a que existían muchas prescripciones de Policía, que no se cumplían por no ser suficientemente conocidas⁴³: Las disposiciones a las cuales hacía mención este decreto, se caracterizaron por fusionar todo tipo de funciones que consistían en impedir, prohibir o restringir conductas como las excavaciones sin permiso de los jefes de Policía, cabalgar en las calles de la población, ubicar en las aceras animales, objetos o fardos, transportar cadáveres descubiertos, vender sin receta médica sustancias venenosas o nocivas para la salud y maltratar a los animales.

Así mismo, a los policiales se les imponían deberes como los de solicitar permisos para construcción, de tomar precauciones al transportar animales feroces, venenosos o dañinos, mantener limpios y pintados los frentes de casas y tiendas, todo lo anterior so pena de multa y en los casos más graves de arresto. Del mismo modo se facultó a la Policía para cerrar establecimientos en donde se vendieran licores embriagantes desde las 9:30 de la noche y de vigilar las pesas de las plazas de mercado. Es innegable que la poca efectividad del anterior cuerpo policial se debe fundamentalmente a que en primer lugar sus hombres carecían de instrucción y en segundo lugar a que a estos se les endilgaron demasiadas funciones, que con la poca ilustración les era imposible desempeñar.

Posteriormente y ya configurada la nueva institución, se buscó dar publicidad a las normas de Policía, de forma tal que fueran de buen recibo en la ciudadanía, por lo cual se fundó la Revista de la Policía Nacional. Las razones primordiales

⁴³ COLOMBIA. MINISTERIO DE GOBIERNO. Decreto 15 (27, julio, 1887). Por el cual se dan a conocer ciertas disposiciones importantes del código de Policía. Diario Oficial. Bogotá. 1887. No. 7118.

de la implementación, obedecieron a que en la época se hacía necesaria la fundación del mencionado órgano de publicidad, tanto para que el público y las autoridades de la República se informaran de la organización, movimientos, marcha, reglamentos, estadísticas, de la Policía Nacional, como para que los agentes y demás empleados de ella se mantengan al corriente de los asuntos⁴⁴.

La naciente institución, surge especialmente para mitigar los graves desordenes sociales, por lo que el desconocimiento de las disposiciones de policía no fue una de sus mayores luchas, ya que la protesta de los artesanos de 1893, "*puso a prueba la reciente reorganización del cuerpo policial, [que] mostró la impopularidad de la institución, su debilidad numérica y de armamento y las limitaciones de la pretendida labor de controlar la ciudad y sus habitantes*"⁴⁵. Con este evento el desprestigio de la policía causado por el abuso en el ejercicio de la fuerza por parte de sus agentes, fue mayúsculo, al contrarrestar a la multitud de artesanos que protestaban frente al periódico Colombia Cristiana, el cual había publicado el artículo titulado "La mendicidad", en el que se denigraba la profesión de artesano y se les endilgaba los problemas económicos de la Nación. El mal manejo de esta protesta conllevó a un levantamiento popular en toda la ciudad, incluyendo saqueos al comercio, comisarías de policía, juzgados, instalaciones gubernamentales, y fugas de prisioneros⁴⁶.

La inexperiencia del cuerpo policial para afrontar graves desordenes no les permitió controlar la situación y contribuyó a agravar la

⁴⁴ BOGOTÁ. DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA. Decreto 15 (14, marzo, 1912). Por el cual se funda la revista de la Policía Nacional. Diario Oficial. Bogotá. 1912. No. 14544.

⁴⁵ AGUILERA PEÑA, Mario. *Insurgencia urbana en Bogotá*. Op. cit. p. 192.

⁴⁶ VILLANUEVA MARTÍNEZ, Orlando, et al. *Biófilo Panclasta el eterno prisionero: Aventuras y desventuras de un anarquista colombiano*. Proyecto Cultural Alas de Xué. Bogotá. 1992. p. 2.

protesta, motivo por el cual el gobierno expidió el 16 de enero de 1893 un decreto mediante el cual se declara transitoriamente la capital de la República en estado de sitio, prohibiendo la reunión pública de cinco o más ciudadanos y restringiendo la libertad de imprenta de cualquier tipo de información⁴⁷. Adicionalmente, el gobierno dicta el decreto 450 de 1893, por el cual aumenta el cuerpo de policía; sin embargo, este no entró en vigencia debido a restricciones en el presupuesto⁴⁸.

Posteriormente a los desordenes de 1893, se puede observar cierta experiencia del cuerpo de policía en el manejo de la seguridad y preservación del orden en la ciudad, lo que da cuenta la frustrada conspiración de artesanos para apresar al vicepresidente Caro, la cual se logró infiltrando a uno de los miembros del movimiento artesanal. En el mismo sentido en enero de 1895 se frustró un nuevo desorden en la capital, pese a que en otros lugares del país esta revuelta liderada por los movimientos políticos liberales no fuera contrarrestada⁴⁹. No obstante esta frustrada guerra civil en la capital de la República, para algunos no constituyó un gran desafío, debido a que no existía un interés generalizado en su desarrollo y fue considerada “*un mero ensayo, que apenas duró tres meses, quizás porque el país atravesaba la bonanza cafetera, algunos de los principales instigadores del conflicto eran liberales con intereses cafeteros*”⁵⁰.

La imposibilidad del cuerpo de policía para contrarrestar plenamente los mencionados

desordenes políticos, se debe en primer lugar a la magnitud de las revueltas, en segundo lugar a que el corto pero ajetreado desarrollo que la organización tuvo en la capital, no se dio en todo el territorio Nacional, y en tercer lugar a que la reestructuración de la institución fue desarrollada bajo el gobierno conservador de Rafael Reyes, lo cual fue considerado por los opositores liberales como un instrumento de lucha partidista, opresor de los ciudadanos, perseguidor de mendigos, con poca aceptación popular, por lo que podía ser blanco de protesta, objeto de dismantelación y lucha. Así las cosas, la institución policial configurada en 1890, afronta otra grave crisis con la renuncia del comisario Francés que instauró las bases para su organización y profesionalización. Esta renuncia se motivó en el escaso número de agentes, del cual disponía el director General y tuvo como detonante el asalto a una joyería Bogotana⁵¹.

Posteriormente, la institución policial debió asumir una de las más graves guerras civiles de la historia, “la Guerra de los Mil Días”, la cual se pronunció con mayor intensidad y motivada por las mismas causas de la restringida guerra civil de 1895. Esta última guerra civil del siglo XIX, se originó por la disputa partidista ante “*la negativa del Senado a aprobar la ley de elecciones, que los liberales Uribistas consideraban garantía indispensable para la pureza del sufragio (...) los liberales de Uribe Uribe llegaron a la conclusión de que por el camino de las urnas jamás tendrían acceso al poder*”⁵². Esta guerra generó en el campo político la desestructuración partidista colombiana y su culminación no significó “*un cambio en los fundamentos del orden político dominante, la guerra tampoco había implicado una modificación en las condiciones de producción y reproducción del capital*

⁴⁷ DECRETO. En: Diario de Cundinamarca. Bogotá. (21, enero, 1893). C. 2.

⁴⁸ COLOMBIA. MINISTERIO DE GOBIERNO. Decreto 450 (14, febrero, 1893). Diario Oficial. Bogotá. 1912. No. 9075.

⁴⁹ AGUILERA PEÑA, Mario. *Repaso de historia: Una institución que cumple cien años: Marcelino Gilibert, Primer director de la Policía Nacional*. Op. cit. p. 3.

⁵⁰ SAFFORD, Frank, et al. *Colombia país fragmentado, sociedad dividida: Su historia*. Norma. Bogotá. 2002. p. 471.

⁵¹ AGUILERA PEÑA, Mario. *Repaso de historia: Una institución que cumple cien años: Marcelino Gilibert, Primer director de la Policía Nacional*. Op. cit. p. 4.

⁵² SANTOS MOLANO, Enrique. “La guerra de los mil días”. En: *Revista Credencial de Historia*. No. 173. 2004; p. 3.

*cultural (el analfabetismo, el control de la Iglesia de los centros de enseñanza)*⁵³.

La policía en la Guerra de los Mil Días, perdió en gran medida su carácter civil ya que mediante decreto del Presidente de la República, se dispuso que durante el tiempo que el orden público permaneciera alterado, esta se encontraría adscrita al Ministerio de Guerra⁵⁴. En consecuencia, con la alteración del orden público la policía tuvo que desempeñar además de sus funciones, las relacionadas con la prestación del servicio militar, por lo cual el presidente en respaldo a la institución que constituía su fuerza armada, ordena un sobresueldo del 25%⁵⁵. Corolario de lo anterior el gobierno tuvo que solicitar un crédito, en razón a que el número de agentes ascendía de mil quinientos, y los sobresueldos y demás gastos derivados de la guerra civil hacían críticas las finanzas públicas⁵⁶.

La institución policial fue instrumento para que los dirigentes liberales y conservadores se mataran con gesto mecánico, estúpido, rabioso, sometidos a un impulso de odio impersonal, generando que desaparecieran en la hoguera bélica cien mil hombres y setenta y cinco millones de pesos, la atroz batalla de Palonegro, absurda mezcla de valor individual y de ciega torpeza combativa, que sirvió de bárbaro ejemplo sociológico sobre el verdadero marco de las

viejas armazones⁵⁷. Pese a que la instrumentalización guerrerrista y la militarización del cuerpo policial, respaldaba y hacia dominar las fuerzas conservadoras, y se creía que esta estrategia debía mantenerse, sin razón alguna se modificó la dependencia de la institución al Ministerio de Guerra, para posteriormente encontrarse subordinada a la Jefatura Civil y Militar de Cundinamarca⁵⁸. No obstante solo trascurrieron unos pocos meses en trasladarse su filiación al Ministerio de Gobierno y suprimir el carácter militar que caracterizaba a la institución al encontrarse subordinada en primera medida a los mencionados Ministerio de Guerra y Jefatura Civil y Militar de Cundinamarca⁵⁹.

Muestra de que los desordenes sociales impidieron al Gobierno Nacional avizorar, una estructura clara de mantenimiento del orden y la seguridad a través del cuerpo policial, lo es en primera medida la creación de una Guardia Civil para la ciudad de Bogotá, alterna a la Policía Nacional y a la cual se le otorgó principalmente la función de salvaguardia del Palacio Presidencial, debido entre otras razones, a que un ataque o expulsión del presidente podría significar el fin de la guerra y la derrota de la fuerza política conservadora⁶⁰. En segunda medida la Policía Nacional fue dividida en una Guardia Civil y en una Guardia Nacional⁶¹, disposición

⁵³ URREGO, Miguel Ángel. *Intelectuales, Estado y Nación en Colombia: De la Guerra de los Mil Días a la Constitución de 1991*. Siglo del hombre. Bogotá. 2002. p. 37.

⁵⁴ COLOMBIA. MINISTERIO DE GOBIERNO. Decreto 512 (2, noviembre, 1899). Por el cual se adscribe al Ministerio de Guerra a la Policía Nacional. Diario Oficial. Bogotá. 1899. No. 11130.

⁵⁵ COLOMBIA. PODER EJECUTIVO. Decreto (27, enero, 1900). Por el cual se asigna un sobresueldo a la Policía Nacional. Diario Oficial. Bogotá. 1900. No. 11201.

⁵⁶ COLOMBIA. PODER EJECUTIVO. Decreto 219 (28, noviembre, 1900). Por el cual se abre un crédito adicional al presupuesto de gastos de la vigencia 1899 a 1900 para atender los gastos de la Policía Nacional. Diario Oficial. Bogotá. 1900. No. 11370.

⁵⁷ GUILLÉN MARTÍNEZ, Fernando. Op. cit. p. 405.

⁵⁸ COLOMBIA. MINISTERIO DE GOBIERNO. Decreto 988 (14, agosto, 1901). Por el cual se adscribe la Policía Nacional a la Jefatura Civil y Militar de Cundinamarca. Diario Oficial. Bogotá. 1901. No. 11540.

⁵⁹ COLOMBIA. MINISTERIO DE GOBIERNO. Decreto 1064 (12, septiembre, 1901). Por el cual se pasa la Policía Nacional al Ministerio de Gobierno. Diario Oficial. Bogotá. 1901. No. 11555.

⁶⁰ COLOMBIA. PODER EJECUTIVO. Decreto 1380 (25, septiembre, 1902). Por el cual se organiza un cuerpo de Policía denominado Guardia Civil de la ciudad de Bogotá. Diario Oficial. Bogotá. 1902. No. 11739.

⁶¹ COLOMBIA. PODER EJECUTIVO. Decreto 1475 (8, octubre, 1902). Por el cual se reforma el artículo

desacertaba que fomentó la polarización e inestabilidad de la institución, en gran medida no por la situación de guerra civil, sino por las numerosas, variadas e inclusive contradictorias disposiciones relacionadas con la institución policial.

Finalizada en noviembre de 1902 la sangrienta Guerra civil de los Mil Días, en el panorama nacional se observaba que la institución policial la integraba una gran cantidad de hombres incorporados de manera apresurada y sin que mediaran procesos serios de selección o entrenamiento, razón por lo cual el mantenimiento al interior de sus filas, podría generar efectos financieros aun más negativos para el país. En consecuencia la escindida Guardia Civil fue declarada insubsistente, empero para evitar problemas de orden público derivados de esta decisión, se indemnizó a sus miembros con dos meses de salario⁶². En el mismo sentido, e inexplicablemente en razón a la mala situación económica del país, los miembros de la Policía que lograron mantenerse en ella fueron favorecidos con un sobresueldo del cincuenta por ciento⁶³.

La policía posteriormente a la Guerra de los Mil Días es objeto de disposiciones legales que modifican varios aspectos de su composición, forjando contradicciones al otorgarle una subordinación militar, unas competencias netamente administrativas y otras excesivamente represivas: en primer lugar su adscripción pasa nuevamente a ser del Ministerio de Guerra y con ello se le otorga un notable carácter

militar⁶⁴, en segundo lugar se le otorgan funciones administrativas como la de encargarse de la ejecución de obras públicas con los dineros recaudados por concepto de multas⁶⁵ y como si lo anterior fuera poco, en tercer lugar se le asigna el deber de velar por el cumplimiento del restrictivo decreto de “Alta Policía” con el cual se pretende prevenir la turbación del orden público, castigando con arresto a los ciudadanos que anunciaran la proximidad de la guerra y acusaran al gobierno que con la cooperación de sus agentes se proponían entregar al país a la dominación del partido liberal⁶⁶.

Este decreto restringió la libertad de expresión y censuró la prensa Nacional, utilizando como instrumento de represión a los agentes de policía, quienes eran considerados como una amenaza para los ciudadanos, ya que se encontraban facultados para alegar una conspiración o amenaza contra el Gobierno, en forma subjetiva. Los medios de comunicación fueron restringidos, al contar con una “*prensa amordazada, con la correspondencia postal y telegráfica sujeta a inexorable censura, [por lo cual] era imposible que los pueblos o ciudadanos rompieran el sepulcral silencio para emitir la más inocente opinión contra los actos oficiales*”⁶⁷.

Solo un par de años luego de la expedición del coartador decreto de “Alta Policía”, se establece paralelamente a la Policía Nacional una Gendarmería Nacional, la cual poseía

del Decreto número 1880 de fecha 16 de Septiembre del corriente año. Diario Oficial. Bogotá. 1902. No. 11745.

⁶² COLOMBIA. MINISTERIO DE GOBIERNO. Decreto 1856 (5, enero, 1903). Por el cual se nombran los empleados de la 8ª División de la Guardia Civil de Bogotá. Diario Oficial. Bogotá. 1903. No. 11785.

⁶³ COLOMBIA. MINISTERIO DE GOBIERNO. Decreto 575 (3, junio, 1903). Por el cual se aumentan los sueldos de los empleados y Agentes del cuerpo de Policía Nacional. Diario Oficial. Bogotá. 1903. No. 11852.

⁶⁴ COLOMBIA. MINISTERIO DE GOBIERNO. Decreto 743 (3, septiembre, 1904). Por el cual se adscribe la Policía Nacional al Ministerio de Guerra. Diario Oficial. Bogotá. 1904. No. 12160.

⁶⁵ COLOMBIA. MINISTERIO DE GOBIERNO. Decreto 854 bis (25, octubre, 1904). Por el cual se reforma el del número 743, de 8 de septiembre del presente año, sobre Policía Nacional. Diario Oficial. Bogotá. 1904. No. 12198.

⁶⁶ COLOMBIA. MINISTERIO DE GUERRA. Decreto 948 (14, diciembre, 1904). Sobre Alta Policía Nacional que previene la turbación del orden público. Diario Oficial. Bogotá. 1904. No. 12235.

⁶⁷ GUERRA, Jose. *Estudios Históricos*. Biblioteca Popular de Cultura Colombiana. Bogotá. 1962. p. 244.

funciones semejantes a las de la preexistente institución policial. La nueva Gendarmería sufre varias modificaciones en cuanto a su subordinación, pues inicialmente se adscribió al Ministerio de Guerra, pero posteriormente mediante Resolución No. 19 de 1907, esta se adscribe a las Gobernaciones e Intendencias. No obstante lo anterior, a través del Decreto 946 de 1908, retorna su dirección y mando al Ministerio de Guerra; y como si las anteriores modificaciones legislativas no generaran suficiente inestabilidad en la naciente institución, en el año 1909, esta Gendarmería se incorporó a los ejércitos de la República mediante decreto 288 de marzo de 1909, para unos en unos pocos meses después desaparecer ya inmersa en el Ejército, por mandato del Decreto 591 de 1909.

La figura de la Gendarmería, bifurcó la Policía Nacional, sin una razón de ser clara, ya que no existía la necesidad de crear una institución paralela para el ejercicio de funciones similares, así mismo las numerosas modificaciones legales en su corta existencia generaron en primer lugar su regionalización, al adscribirla a las Gobernaciones e Intendencias; en segundo lugar no se conoció con claridad su carácter policial o militar, predominando este último, razón por la cual terminó desapareciendo al interior del Ejército Nacional. Posteriormente en 1910, la Policía Nacional, se adscribe nuevamente al Ministerio de Gobierno, con lo cual se abre camino a que recobre su carácter civil, dejando atrás la Gendarmería Nacional, como su brazo militarizado.

Esta tendencia a dividir la institución policial en ramas relacionadas con diferentes asuntos de la administración o en diferentes niveles territoriales, corresponde a la antigua concepción según la cual toda aquella actividad del ejecutivo se ejercía a través de la policía, y por lo tanto puede afirmarse que “la pluralidad de policías es una herencia de la primitiva identificación entre Policía y Gobierno”⁶⁸

⁶⁸ NIETO, Alejandro. Op. Cit. p. 66.

En los años subsiguientes la Policía Nacional, se introduce en una etapa de perfeccionamiento institucional, lo que puede observarse en primera medida con la reestructuración de la Oficina de Instrucción Criminal, encargada a nivel nacional de investigar preliminarmente las conductas delictivas, promoviendo el ejercicio del control penal, en forma organizada, especializada y con funciones delimitadas⁶⁹. Para estos asuntos de Policía Judicial, en aras de garantizar un debido proceso y la doble instancia, se estableció que el Prefecto Provincial era el superior jerárquico que conocía los recursos de apelación de dichas “providencias” de policía, proferidas por la Oficina Central de Investigación Criminal⁷⁰.

En el mismo sentido la institución busca avanzar, capacitando a sus agentes, para lo cual se instituye la Escuela de preparación y selección de personal, mediante el Decreto 32 del 4 de marzo de 1912, expedido por la Dirección General de la Policía Nacional⁷¹. Los mencionados intereses de profesionalización no solo incluían a los hombres que integraban la institución, sino que también se buscó el dominio de diferentes aéreas, en que la Policía debía garantizar la seguridad de los ciudadanos, como ocurrió con el establecimiento de una policía marítima, que se encargaba de verificar el cumplimiento de las medidas de seguridad de los buques y con ello proteger a los viajeros en su vida y bienes⁷².

⁶⁹ COLOMBIA. MINISTERIO DE GOBIERNO. Decreto 1171 (22, diciembre, 1911). Por el cual se reorganiza la oficina de Instrucción de la Policía Nacional. Diario Oficial. Bogotá. 1912. No. 14493.

⁷⁰ COLOMBIA. MINISTERIO DE GOBIERNO. Resolución 7 (25, enero, 1912). Sobre recursos en asuntos de policía. Diario Oficial. Bogotá. 1912. No. 14502.

⁷¹ COLOMBIA. MINISTERIO DE GOBIERNO. Decreto 32 (31, enero, 1912). Por el cual se establece y organiza la escuela de preparación y selección de personal de la Policía Nacional. Diario Oficial. Bogotá. 1912. No. 14507.

⁷² COLOMBIA. MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS. Decreto 21 (10, enero, 1912). Por el

La anterior evolución de la Policía permite establecer como esta institución a través del devenir histórico ejerce en primera medida un “control social formal”⁷³, ya que como organización oficial busca vigilar las conductas reprochadas socialmente, sin embargo con su evolución y la limitación de su omnipresencia en todos los asuntos del individuo, esta evoluciona para ejercer un control penal, es decir aquel que persigue de acuerdo a los lineamientos políticos de la administración de justicia, las conductas consideradas divergentes. Por consiguiente la Policía reacciona ante la divergencia para ejercer un control penal, ya que

“sin reacción la conducta divergente no adquiere una connotación penal, (...) debe considerarse que la pretensión del control penal de someter la criminalidad, repercute sobre la divergencia variando sus características, lo que a su vez lleva a una continua modificación de la reacción penal, (...) aquí debe considerarse que tanto la divergencia como el control se han visto alterados por las transformaciones históricas y sociales”⁷⁴.

En consecuencia, las constantes modificaciones de las características de la divergencia de acuerdo al momento histórico, generan la adecuación del control penal ejercido por la institución policial, es decir que la tratada evolución de la policía se debe en gran medida a las transformaciones en torno a la divergencia, evidenciadas históricamente junto con

los lineamientos administrativos que el Estado establece a través de la legislación analizada.

CONCLUSIONES

Del análisis del desarrollo de la Policía se puede concluir que en sus remotos antecedentes coloniales y en los primeros albores Republicanos, esta abarcó numerosas funciones que el ejecutivo debía ejercer. Habitualmente se buscó designar como policía todo lo referente con la administración interior del Estado, por lo cual se trató de regular normativamente una serie de actividades y materias, que prometían tranquilidad a la ciudadanía y que posteriormente desencadenó en la consolidación de una estructura asistemática, al servicio de gobiernos represivos, que pretendían regular todos los campos de interacción social.

Con el desarrollo posterior de la institución se buscó limitar los diversos asuntos endilgados a la Policía, sin embargo se ha observado que muchas de estas modificaciones no obedecen a una política de Estado, sino que se encuentran orientadas por intereses gubernamentales y por situaciones sociales acordes con cada momento histórico. En consecuencia, la Policía se aleja de la función de suministrar felicidad en todos los campos a los ciudadanos y se introduce en los primeros episodios de insurrecciones, guerras civiles y desordenes sociales como instrumento del poder gubernamental, destinada a ejercer un control social para mantener el estado de las cosas y en consecuencia disuadir la divergencia.

Es notorio que el enfoque que se le otorgó a la policía de procurar el orden y la seguridad interior, no surge como resultado de una adecuación normativa o en torno a una discusión teórica de lo que debiera entenderse por policía, sino como consecuencia de la realidad social, por lo que esta se enfoca en velar por el mantenimiento de la tranquilidad en lo relacionado con la seguridad. No obstante no se puede afirmar

cual se dictan algunas disposiciones sobre Policía Marítima. Diario Oficial. Bogotá. 1912. No. 4489

⁷³ Estos controles sociales formales actúan mediante las llamadas instancias oficiales (gobierno, policía, justicia, ejecución penal, etc.), o lo que en el lenguaje Marxista clásico se conoce como el aparato del Estado, las cuales tienen la misión de salvaguardar el orden poniendo en práctica ciertas actividades violentas, con las cuales se actúa directamente sobre el comportamiento humano, reprimiéndolo. BERGALLI, Roberto. *Crítica a la criminología*. Temis. Bogotá. 1982. p. 231.

⁷⁴ SILVA GARCÍA, Germán. *De la desviación a la divergencia: introducción a la teoría sociológica del delito*. El otro Derecho. No. 29. ILSA. Bogotá. 2003. p. 39.

que en la época estudiada se haya excluido por completo la presencia de funciones administrativas políticas o económicas en el cuerpo policial; sin embargo, estas se han tratado de decantar, pasando a su vez de un control policial a la divergencia menos social, por un control penal, es decir que aquel, restringe las conductas reprochadas socialmente y que por lo tanto involucran muchos aspectos de desarrollo de los individuos, mientras que este, persigue las conductas tipificadas penalmente como delitos, debido entre otros fenómenos, a que la ley debe prohibir únicamente los actos perjudiciales para la sociedad, sin involucrarse en la regulación de la vida de los individuos.

Conforme a lo anterior, se hace necesario evolucionar a un concepto más unitario de la policía, que haga frente a los peligros relacionados con el orden y la seguridad, yendo más allá del concepto orgánico en el que la policía ejecuta determinadas funciones administrativas, y con ello se permite limitar la intromisión del Estado en los asuntos más subjetivos, que realmente no debe perseguir a través de sus instituciones, puesto que este control social lo ejerce la comunidad por medios no formales como la familia, la religión o la moral. En consecuencia la policía debe configurarse como un mecanismo de control penal, que para lograr con éxito debe encontrarse plenamente delimitado y regulado, para no generar abusos. Sin embargo no debe dejarse de lado la perspectiva según la cual lo que caracteriza a la policía no es el objetivo establecido legalmente sino su forma de actuar, la cual debe ser guiada con total respeto de los derecho y garantías legales.

Ante la necesidad de delimitar las funciones policiales, surge el dilema de asignación de muchas de sus funciones a organismos administrativos, que con el desarrollo histórico van a ser asignados a organizaciones como bomberos, o dependencias estatales como Ministerios o en entidades que en los diferentes niveles territoriales van a desarrollar las secretarías,

de salud, medio ambiente, o demás dependencias que desarrollarían variadas atribuciones que tradicionalmente habían sido asignadas a la Policía. Empero se debe proceder con mucho cuidado en este aspecto, ya que se pueden asignar competencias intrínsecas a la institución policial que en manos de otros entes administrativos podría generar una debilitación de la Policía y un exceso de poder en instituciones no preparadas para maniobrar tales atribuciones.

Finalmente, contrarrestar un Estado Policía es benéfico para la sociedad pues restringe la intromisión de la institución en los asuntos sobre los cuales puede ser ejercido un control social, no obstante esta delimitación no puede ser ejercida sin límite alguno pues implicaría un poder desmedido en entidades que generalmente son objeto de un menor control Estatal. Por lo tanto, restringir las funciones policiales a aquellas relacionadas con el mantenimiento de la seguridad y el ejercicio del control penal, entendido este como aquel que vela por la ejecución de la ley a través del ejercicio de la coerción, permite mayor efectividad policial, siempre y cuando sus atribuciones se encuentren subordinadas al mandato de la ley, sin olvidar que la ejecución de las normas policiales que contrarrestan la divergencia penal, no exponen plenamente los rasgos de una policía, pues a esta la caracteriza más la forma de proceder de sus agentes que los lineamientos legales bajo los cuales se supone debe proceder.

BIBLIOGRAFÍA

AFANADOR RUÍZ, Rafael. *Acciones de Policía en Cundinamarca*. Tesis (Doctor en derecho). Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas. Bogotá. 1943.

AGUILERA PEÑA, Mario. *Insurgencia urbana en Bogotá*. Instituto Colombiano de Cultura. Bogotá. 1997.

_____. “Repaso de historia: Una institución que cumple cien años: Marcelino Gilibert, Primer director de la Policía Nacional”. En: *Revista Credencial de Historia*. No. 23. Bogotá. 1991.

AGUILERA, Miguel. *Historia extensa de Colombia*. Lerner. Bogotá. 1965.

BERGALLI, Roberto. *Crítica a la criminología*. Temis. Bogotá. 1982.

BOGOTÁ. DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA. Decreto 15 (14, marzo, 1912). Por el cual se funda la revista de la Policía Nacional. Diario Oficial. Bogotá. 1912. No. 14544.

CASTAÑO CASTILLO. Álvaro. *La Policía: Su origen y su destino*. Cahur. Bogotá. 1947.

COLOMBIA. COLEGIO CONSTITUYENTE Y ELECTORAL. “Constitución de Cundinamarca de 1811 (4, abril, 1811)”. En: URIBE VARGAS, Diego. *Las constituciones de Colombia*. Madrid. Cultura Hispánica. 1977. v. 1.

COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 23 (23, octubre, 1890). Diario Oficial. Bogotá. 1890. No. 8221.

COLOMBIA. CONGRESO GENERAL DE COLOMBIA. Ley 8 (11, octubre, 1821). Gaceta de Colombia. Villa del Rosario de Cúcuta. No. 150.

COLOMBIA. MINISTERIO DE GOBIERNO. Decreto 575 (3, junio, 1903). Por el cual se aumentan los sueldos de los empleados y Agentes del cuerpo de Policía Nacional. Diario Oficial. Bogotá. 1903. No. 11852

_____. Decreto 743 (3, septiembre, 1904). Por el cual se adscribe la Policía Nacional al Ministerio de Guerra. Diario Oficial. Bogotá. 1904. No. 12160.

_____. Decreto 854 bis (25, octubre, 1904). Por el cual se reforma el del número 743, de 8 de septiembre del presente año, sobre Policía Nacional. Diario Oficial. Bogotá. 1904. No. 12198.

_____. Decreto 1000 (5, noviembre, 1891). Por el cual se organiza un cuerpo de Policía Nacional. Diario oficial. Bogotá. 1891. No. 8609.

_____. Decreto 1064 (12, septiembre, 1901). Por el cual se pasa la Policía Nacional al Ministerio de Gobierno. Diario Oficial. Bogotá. 1901. No. 11555.

_____. Decreto 1171 (22, diciembre, 1911). Por el cual se reorganiza la oficina de Instrucción de la Policía Nacional. Diario Oficial. Bogotá. 1912. No. 14493.

_____. Decreto 15 (27, julio, 1887). Por el cual se dan a conocer ciertas disposiciones importantes del código de Policía. Diario Oficial. Bogotá. 1887. No. 7118.

_____. Decreto 1856 (5, enero, 1903). Por el cual se nombran los empleados de la 8ª División de la Guardia Civil de Bogotá. Diario Oficial. Bogotá. 1903. No. 11785.

_____. Decreto 32 (31, enero, 1912). Por el cual se establece y organiza la escuela de preparación y selección de personal de la Policía Nacional. Diario Oficial. Bogotá. 1912. No. 14507.

_____. Decreto 450 (14, febrero, 1893). Diario Oficial. Bogotá. 1912. No. 9075.

_____. Decreto 512 (2, noviembre, 1899). Por el cual se adscribe al Ministerio de Guerra a la Policía Nacional. Diario Oficial. Bogotá. 1899. No. 11130.

_____. Decreto 988 (14, agosto, 1901). Por el cual se adscribe la Policía Nacional a la Jefatura Civil y Militar de Cundinamarca. Diario Oficial. Bogotá. 1901. No. 11540.

_____. Resolución 7 (25, enero, 1912). Sobre recursos en asuntos de policía. Diario Oficial. Bogotá. 1912. No. 14502.

COLOMBIA. MINISTERIO DE GUERRA. Decreto 948 (14, diciembre, 1904). Sobre Alta Policía Nacional que previene la turbación del

orden público. Diario Oficial. Bogotá. 1904. No. 12235.

COLOMBIA. MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS. Decreto 21 (10, enero, 1912). Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre Policía Marítima. Diario Oficial. Bogotá. 1912. No. 4489.

COLOMBIA. PODER EJECUTIVO. Decreto (27, enero, 1900). Por el cual se asigna un sobresueldo a la Policía Nacional. Diario Oficial. Bogotá. 1900. No. 11201.

_____. Decreto 1380 (25, septiembre, 1902). Por el cual se organiza un cuerpo de Policía denominado Guardia Civil de la ciudad de Bogotá. Diario Oficial. Bogotá. 1902. No. 11739.

_____. Decreto 1475 (8, octubre, 1902). Por el cual se reforma el artículo del Decreto número 1880 de fecha 16 de Septiembre del corriente año. Diario Oficial. Bogotá. 1902. No. 11745.

_____. Decreto 219 (28, noviembre, 1900). Por el cual se abre un crédito adicional al presupuesto de gastos de la vigencia 1899 a 1900 para atender los gastos de la Policía Nacional. Diario Oficial. Bogotá. 1900. No. 11370.

CONFEDERACIÓN GRANADINA SECRETARÍA DE GOBIERNO Y GUERRA. Decreto (19, junio, 1860). Gaceta Oficial. No 2531.

CONFEDERACIÓN GRANADINA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 56 (4, agosto, 1881). Por la cual se fija el pie de fuerza para el año económico de 1881 a 1882. No. 5091.

DECRETO. En: Diario de Cundinamarca. Bogotá. (21, enero, 1893). C. 2.

GUERRA, Jose. *Estudios Históricos*. Biblioteca Popular de Cultura Colombiana. Bogotá. 1962

GUILLÉN MARTÍNEZ, Fernando. *El poder Político en Colombia*. 4° Ed. Planeta. Bogotá. 2006.

HENAO, Jesús, et al. *Historia de Colombia*. Voluntad. Bogotá. 1967.

HOMICIDIO. En: El Espectador. Medellín. (22, febrero, 1889). C. 3.

HORST, Dippel. *Constituciones del mundo de de finales del siglo XVIII hasta mediados del siglo XIX*. Walter de Gruyter. Frankfurt. 2009.

INCENDIO. En: El Sol. Bogotá. (8, julio, 1887). C. 2.

Nieto, Alejandro. "Algunas precisiones sobre el concepto de Policía". En: *Revista de la Administración Pública*. No. 81. Barcelona. 1976.

NOTICIAS VARIAS. En: El Sol. Bogotá. (12, junio, 1887). C. 1.

NUEVA GRANADA. CONGRESO DE LA NUEVA GRANADA. Ley 8 (23, Mayo, 1841). Gaceta de la Nueva Granada. No. 506.

_____. *Constitución de la República de 1843*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. [Base de datos en línea]. [Consultado 15 jul. 2010]. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12615091946708273098435/p0000001.htm#I_1_>

NUEVA GRANADA. CONVENCION CONSTITUYENTE. *Constitución Política de 1832*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. [Base de datos en línea]. [Consultado 13 jul. 2010]. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/68051622439248617422202/p0000001.htm#I_1_>

NUEVA GRANADA. CONVENCION DE LAS PROVINCIAS UNIDAS DE NUEVA GRANADA. *Acta de la Federación de las Provincias Unidas de Nueva Granada de 1811*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. [Base de datos en línea]. [Consultado 10 jul. 2010]. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/89145173211214929532457/p0000001.htm#I_0_>

NUEVA GRANADA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley (10, Abril, 1836). Gaceta de la Nueva Granada. No. 237.

NUEVA GRANADA. DESPACHO DE LO INTERIOR. Decreto (2, marzo, 1845). Gaceta de la Nueva Granada. No. 730.

_____. Decreto (23, junio, 1844). Gaceta de la Nueva Granada. No. 692.

_____. Decreto (27, septiembre, 1846). Gaceta de la Nueva Granada. No. 824.

_____. Decreto (4, febrero, 1844). Gaceta de la Nueva Granada. No. 665.

REPÚBLICA DE CARTAGENA DE INDIAS. CONVENCION GENERAL. *Constitución del Estado de Cartagena de Indias de 1812*. Biblioteca Digital de la Universidad Nacional de Colombia. [Base de datos en línea]. [Consultado 15 ago. 2010]. Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/193/3/344_-_4_Capi_4.pdf>

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO CONSTITUYENTE. *Constitución Política de 1830*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. [Base de datos en línea]. [Consultado 15 jul. 2010]. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02438310870243941976613/p0000001.htm#I_1_>

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 11 (11, marzo, 1825). No. 179 a 182.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2 (14, enero, 1827). Gaceta de la Nueva Granada. 1827. No. 14493.

SAFFORD, Frank, et al. *Colombia país fragmentado, sociedad dividida: Su historia*. Norma. Bogotá. 2002.

SANTOS MOLANO, Enrique. "La guerra de los mil días". En: *Revista Credencial de Historia*. No. 173. 2004.

SEGURIDAD. En: *El Sol*. Bogotá. (22, octubre, 1887). C. 1.

SILVA GARCÍA, Germán. *De la desviación a la divergencia: introducción a la teoría sociológica del delito*. *El otro Derecho*. No. 29. ILSA. Bogotá. 2003.

URREGO, Miguel Ángel. *Intelectuales, Estado y Nación en Colombia: De la Guerra de los Mil Días a la Constitución de 1991*. Siglo del hombre. Bogotá. 2002.

VILLANUEVA MARTÍNEZ, Orlando, et al. *Biófilo Panclasta el eterno prisionero: Aventuras y desventuras de un anarquista colombiano*. Proyecto Cultural Alas de Xué. Bogotá. 1992.

**APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS
DE LA OIT EN MATERIA DE
DERECHO DE ASOCIACIÓN
SINDICAL Y NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN LAS DECISIONES
DE LOS JUECES LABORALES EN
COLOMBIA***

**Francisco Rafael Ostau De Lafont
De Leon****

Leidy Angela Niño Chavarro***

Fecha de Recepción: 11 de Octubre de 2010

Fecha de Aceptación: 30 de noviembre de 2010

Artículo Resultado de Proyecto de
Investigación.

Resumen

Este informe de investigación analiza algunas decisiones de la Corte constitucional colombiana en materia de organización sindical y negociación colectiva. A través de la metodología de casos, se hará la aplicación de las decisiones de la Corte Constitucional por parte de los jueces laborales en aplicación directa de los Convenios de la OIT No. 87, 98, 154 y 135.

* El presente Artículo es producto de la investigación sobre el impacto de la OIT en la legislación laboral Colombiana realizado dentro del grupo de investigación Protección Social y conflicto en la línea de investigación “Impacto de la OIT en la legislación laboral colombiana” adscrito al centro de investigaciones socio jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre y avalado por Colciencias.

** Doctor en Derecho de las Universidades Javeriana, Rosario y Externado de Colombia y Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, de la Universidad Externado de Colombia. Director del grupo de investigación Protección Social y conflicto. paco_syares@yahoo.es

*** Abogada especializada en Derecho Laboral y Seguridad Social integrante del grupo de investigación Protección Social y conflicto. angie_nomore@yahoo.es

Palabras clave

Convenios OIT, Bloque de Constitucionalidad, Jurisprudencia, Derecho de asociación sindical, Libertad sindical, Negociación colectiva, Operadores judiciales.

**IMPLEMENTATION OF ILO
CONVENTIONS ON RIGHTS OF
ASSOCIATION AND COLLECTIVE
BARGAINING ASSOCIATION IN THE
DECISIONS OF THE JUDGES LABOR
IN COLOMBIA LAW**

Abstract

This research report reviews some decisions of the Colombian Constitutional Court on union organizing and collective bargaining. Through the case method it poses potential of judicial decisions in application of ILO conventions (87, 98, 154 and 135)

Key - words

ILO Conventions, Constitutional Block, Case - Right of Union Association, Freedom Association, Collective Bargaining, Legal Operator.

INTRODUCCIÓN

El grupo de investigación de Protección Social y Conflicto - línea de investigación “Impacto de la OIT en la legislación laboral colombiana”, ha analizado los efectos de las decisiones de la Corte Constitucional (entre los años 2000 y 2010) en materia de organización sindical y negociación colectiva, a partir de los nuevos estudios laborales con énfasis en la sociología jurídica y en la sociología del trabajo que se han venido impulsando en los últimos años a través de elementos teóricos y prácticos (metodología de casos). Su aplicación permitiría generar una teoría que explique algunos fenómenos concretos a partir de casos representativos desde dos momentos. El primero, el análisis de la Corte Constitucional con la problemática de la aplicación de la teoría del Bloque

de Constitucionalidad para la aplicación de los Convenios Internacionales de la OIT; y el segundo, a partir de la utilización del método de casos para analizar las situaciones en los cuales los operadores judiciales colombianos tendrán que aplicar en forma directa, los Convenios internacionales de la OIT.

Al estudiar el impacto de los Convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia en las decisiones de los operadores judiciales, ¿pueden los operadores judiciales en Colombia aplicar en forma directa los Convenios 87 y 98 de la OIT, en los casos que se plantean en el presente informe?

Para la consecución de la respuesta a la anterior pregunta, la metodología empleada en el presente documento es el método del caso como herramienta de investigación en las ciencias sociales que permite realizar un análisis sobre la base de realidades que son conceptualizadas en el campo teórico. Esta metodología permite en forma teórica, dar herramientas argumentativas a los operadores judiciales para la decisión de casos concretos y reales, dentro de los lineamientos de las ciencias sociales contemporáneas¹ para establecer argumentos para la toma de decisión a través de la ficción del caso². Igualmente se utilizarán los instrumentos documentales a partir de las diferentes jurisprudencias de la Corte Constitucional que serán analizadas desde la lectura de la sociología jurídica.

Los resultados de la presente investigación demuestran que los operadores judiciales tendrán la competencia de resolver la conflictividad surgida al interior de las organizaciones sindicales y tendrán que tener en cuenta los criterios de la Organización Internacional del Trabajo a través de sus organismos de control

para poder argumentar la solución de esta conflictividad, situación que será manifestada con mayor claridad en el estudio de caso³.

1. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENIOS DE OIT

La Constitución Política Colombiana ha establecido en su Artículo 53 que “*los Convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna*”⁴. Colombia ha ratificado 60 Convenios, de los cuales 54 se encuentran en vigor y 6 están denunciados. La Corte Constitucional ha construido algunos elementos dentro de la teoría del bloque de constitucionalidad⁵ (sustentado en el Preámbulo y los Artículos 1, 5, 9, 39, 53, 56, 93⁶, 94, 102 y 214 de la Carta Política) desde dos

³ URRUTIA MONTOYA, Miguel, et al. *Derechos Sindicales y Desarrollo*. Universidad de los Andes. Bogotá. 2010. Esta obra no comparte el criterio expuesto, por cuanto proponen una reforma laboral para adaptar la legislación colombiana a las normas de la OIT en cuanto a la declaración de huelga por parte de las Federaciones y Confederaciones, permitir el derecho de huelga en los servicios públicos no esenciales y permitir la negociación colectiva en el sector público. En cuanto a estos temas, el grupo de protección social y conflicto considera que no es necesario producir una reforma ya que los Convenios 87 y 98 de la OIT son aplicables directamente en todos los aspectos relacionados con la negociación colectiva en materia de huelga de federaciones y confederaciones. Hay suficientes criterios de los organismos de control sobre los derechos de huelga en los servicios públicos esenciales y no esenciales (comité de libertas sindical, Notas: derecho de federaciones y confederaciones 730 y 731; derecho de huelga en los servicios esenciales y no esenciales 581 a 584; de la comisión de normas notas 136 a 179).

⁴ CAVELIER, Germán. *Régimen Jurídico de los Tratados Internacionales en Colombia*. Legis. Bogotá. 2000. 3 Ed. p. 249.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias: C-401/05, C-1001/05, C-047/06, A.V. C-394/07, C-228/09, C-307/09. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-568/99, reiterado en Sentencia C-567/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y Sentencia C-038/04 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria.

¹ FEYERBEND, Paul K. *For and Against Method*. The University of Chicago Press. Chicago. 1999.

² WATKINS, John. “Methodological Individualism and Social Tendencies”. En: BOYD, Richard, et al (Ed). *The philosophy of science*. The MIT Press. Cambridge. 1991. p. 733.

lecturas. En *stricto sensu*⁷ se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional que se reducen al texto de la constitución propiamente dicho y a los tratados internacionales que consagran derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción. En *lato sensu*⁸, el bloque de constitucionalidad está compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para efectuar el control de constitucionalidad, es decir, la constitución, los tratados internacionales (Artículo 93 de la Carta), las leyes orgánicas y en algunas ocasiones las leyes estatutarias.

Para la Corte Constitucional, todos los Convenios internacionales sobre derechos humanos son parte del bloque de constitucionalidad. En materia de Convenios internacionales sobre el mundo del trabajo, la Corte ha decidido de manera expresa incluir algunos de los Convenios ratificados o no por Colombia, en el bloque de constitucionalidad, siendo estos, parte de la Constitución Nacional.

La Corte Constitucional ha considerado que los Convenios 87 y 98 de la OIT son parte del bloque de constitucionalidad en estricto sentido. Así, cualquier disposición del Código Sustantivo del Trabajo relativa a la organización sindical y la negociación colectiva que sea contraria a los Convenios de la OIT, serán disposiciones inconstitucionales, sea por vía directa en aplicación del control de constitucionalidad (Acción Pública de Inconstitucionalidad) por la Corte Constitucional o, por aplicación de la vía de excepción de inconstitucionalidad⁹. En

caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales en virtud de lo establecido en el Artículo 4° de la Constitución Política. Cuando la autoridad judicial o el funcionario público estimen que las normas existentes sean contrarias a los preceptos constitucionales, pueden decidir su inconstitucionalidad con efectos interpartes por vía de excepción y negarse a su aplicación¹⁰.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha concluido que la excepción de inconstitucionalidad puede aplicarse de oficio y como consecuencia, su utilización

“no comporta un exceso en los límites materiales y personales del proceso en el cual ésta se verifica, como tampoco el desconocimiento del valor jerárquico normativo en que se estructura el ordenamiento jurídico. La aplicación oficiosa de la excepción de inconstitucionalidad no da origen, por este sólo hecho, a una vía de hecho judicial. La excepción de inconstitucionalidad no exige necesariamente que su aplicación haya sido solicitada por una de las partes dentro del proceso, en tanto que es una obligación del funcionario judicial declararla si la encuentra probada”¹¹.

La excepción de inconstitucionalidad no es un instrumento cuya competencia solo esté en cabeza de los jueces, porque puede ser aplicada por cualquier autoridad pública. Cualquier norma del ordenamiento jurídico, independientemente de su jerarquía, puede ser inaplicable si es contraria a la constitución, siendo éste el instrumento más eficiente para la defensa de la Carta¹².

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias: C-617/08, C-228/09, C-307/09. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias: C-401/05, C-1001/05, C-047/06, A.V. C-394/07, C-228/09, C-307/09, A.V. C-394/07 Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria

⁹ CHARRY URUEÑA, Juan Manuel. *La excepción de inconstitucionalidad*. Ediciones Jurídica Radar. Bogotá. 1994.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia: C-600/98. M.P. Dr. Jose Gregorio Hernandez Galindo. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias: T-808/07. M.P. Dra. Catalina Botero Marino. C-600/98; C-492/00. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Auto: 035/09. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria

Los Convenios Internacionales de la OIT N° 87, 95, 98, 100, 111¹³, 132¹⁴, 138, 151, 154, 169 y 182¹⁵ hacen parte del bloque de constitucionalidad por mandato expreso de la Corte Constitucional¹⁶ y como el estudio de caso en el presente informe se basará esencialmente en la aplicación directa de algunos de ellos, se establecerá a continuación unos criterios generales

El Convenio 87¹⁷ de la OIT sobre derecho de asociación ratificado por Colombia mediante la Ley 26 de 1976 relativo a la libertad sindical, consagra entre sus principios el derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes y afiliarse a las mismas, sin autorización previa; el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente a sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades, el de formular su programa de acción, sin injerencia de las autoridades públicas y el derecho a la negociación colectiva libre y voluntaria.

Este Convenio está destinado a proteger el libre ejercicio del derecho de asociación de las organizaciones de empleadores y trabajadores frente a las autoridades públicas¹⁸.

El Convenio 98 ratificado mediante la Ley 27 de 1976 y el Convenio 154 ratificado mediante la Ley 524 de 1999 junto con su recomendación 163 de 1981, sobre el fomento de la negociación colectiva, establecen como principio general que ninguna persona debe ser objeto de discriminación en el empleo a causa de su actividad o de su afiliación sindical legítimas, siendo esta protección particularmente necesaria para los dirigentes sindicales. Estipula que la protección contra los actos de discriminación antisindical debe ser efectiva, debiendo la legislación contener disposiciones que protejan de manera suficiente y consagrar la existencia de procedimientos capaces de garantizar que las quejas sean examinadas con prontitud, imparcialidad, economía y eficacia.

Estos Convenios predicán la total independencia de las organizaciones de trabajadores de los empleadores y sus organizaciones en el ejercicio de sus actividades y viceversa. El Convenio 154¹⁹ desarrolla como eje principal el fomento de la negociación colectiva que comprende todas aquellas negociaciones que tienen lugar entre empleadores o sus organizaciones y las organizaciones de trabajadores con el fin de fijar las condiciones de trabajo y empleo y/o regular las relaciones entre empleadores y trabajadores y/o regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores. El objetivo de este Convenio es estimular una negociación colectiva libre y voluntaria entre partes que representan organizaciones libres e

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia: T-1266 de 2008 Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia: C-035 de 2005. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias: C-567/00, T-1303/01, C-035/05, S.P.V. C-177/05, C-465/08, C-466/08, C-617/08. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia: C-465 de 2008. M.P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria. La Corte ha establecido que el Convenio 87 de la OIT forma parte del bloque de constitucionalidad, lo cual significa que sus normas constituyen un parámetro para el juicio de constitucionalidad de las normas legales. El Convenio 87, y los demás Convenios de la OIT referidos al derecho de asociación sindical y a la libertad sindical que forman parte del bloque de constitucionalidad, constituyen un parámetro complementario del Artículo 39 de la Constitución.

¹⁷ VON POTOBOSKY, Geraldo. "Freedom of association: The impact of Convention No. 87 and ILO action". En: *International Labour Review: Special Issue: Labour Rights. Human Rights. Volume 137, Number 2 1998/2.*

¹⁸ ODERO, Alberto, et al. *Ilo Law on Freedom of Association: Standards and procederes.* International Labour Office. Geneva. 1995.

¹⁹ GLASSNER, Vera, et al. *Negotiating the crisis? collective bargaining in Europe during the economic downturn.* International Labour Office. Geneva. 2010

informadas²⁰. En el mismo sentido, se ha producido el Convenio 135 y la recomendación 143 de 1971 sobre los representantes de los trabajadores, incluido el despido por razón de su condición de representante²¹.

2. COMENTARIOS DEL COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL Y LA COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES

El comité de Libertad sindical²² y la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y recomendaciones²³ han establecido criterios y principios de los Convenios 87 y 98 que son guía obligatoria²⁴ en su aplicación. Este órgano de control confronta las situaciones de hecho que se le presentan con las normas internas de los Estados, frente a las normas internacionales

aplicables según los Tratados ratificados por los Estados involucrados (en este caso, la constitución de la OIT y los Convenios sobre libertad sindical)²⁵; luego, formula recomendaciones y las somete al Consejo de Administración, que emite recomendaciones de carácter vinculante según las normas que rigen la organización²⁶. Colombia está obligada, por ser Estado parte del Tratado Constitutivo de la OIT, a acatar las recomendaciones del Consejo de Administración²⁷.

Xavier Beaudonnet²⁸ indica que los comentarios o pronunciamientos de los órganos de control internacional en el caso de la OIT son guía en la interpretación y aplicación de los Convenios²⁹. Estos comentarios y recomendaciones son interpretaciones con valor jurídico a partir de ser una lectura respaldada por la constitución de la OIT válida hasta tanto no se acuda a la Corte Internacional de Justicia a fin de obtener una interpretación definitiva y de una aplicación de buena fe de los tratados internacionales³⁰. El análisis que hacen los organismos

²⁰ GERNIGON, Bernard, et al. *Collective Bargaining: Ilo Standards And The Principles Of The Supervisory Bodies*. International Labour Office. Geneva. 2000

²¹ POLITAKIS, George P. (Ed). *Protecting Labour Rights as Human Rights: Present and Future of International Supervision*. Proceedings of the international colloquium on the 80th anniversary of the ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. Geneva. 24-25 November 2006.

²² INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. Fifth (revised) edition. Geneva. 2006.

²³ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Freedom of Association and Collective Bargaining: General Survey of the Reports on the Freedom of Association and the Right to Organize Convention (No. 87), 1948 and the Right to Organize and Collective Bargaining Convention (No. 98)*. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. 81st Session. 1994. Report III. Part 4A. Geneva. 1994.

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia: C-465 de 2008. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria. "Las decisiones del Comité de Libertad Sindical no son recomendaciones en sí mismas, sino principios orientadores de la interpretación de los Convenios de la OIT".

²⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT por Tribunales Nacionales E Internacionales En América Latina: Una Recopilación de Casos*. Programa Para Promover El Convenio No. 169 de la OIT (PRO 169). Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Ginebra. 2009.

²⁶ RODGERS, Ferry, et al. *The International Labour Organization and the quest for social justice, 1919-2009*. International Labour Organization. Geneva. 2009.

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia: 568/99. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria

²⁸ BEAUDONNET, Xavier. *International labour law and domestic law Subtitle: Training manual for judges, lawyers and legal educators*. OIT. Turin. 2009. p. 92.

²⁹ INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *International Labour Conference, 77th Session 1990. Report III (Parts 1, 2 and 3): Information and Reports on the Application of Conventions and Recommendations. Summary of Reports (Articles 19, 22 and 35 of the Constitution)*. International Labour Office. Geneva. 1990.

³⁰ *Ibid.* p. 93 y 94.

de control sobre los Convenios 87 y 98 de la OIT, así como la conformación de principios e interpretaciones y recomendaciones sobre la aplicación en términos generales o en términos particulares son de carácter obligatorio en su aplicación³¹ por los operadores jurídicos mientras no haya un pronunciamiento contrario de la Corte Internacional de Justicia.

El anterior criterio está avalado por la propia constitución de la OIT, por la Convención de Viena y por las decisiones de la Corte Constitucional que se han mencionado. Caso contrario, sería generar una libre interpretación de los Convenios que no pueden ser comparados a una ley interna y dada su naturaleza, la interpretación de sus órganos de control son parte integral de los Convenios y por lo tanto, de carácter obligatoria. Es así como el derecho de huelga que no aparece en ninguno de los dos Convenios, surge de la interpretación de los organismos de control sobre el Artículo 3° del Convenio 87³² (El comité de Libertad Sindical es un organismo tripartito).

La Corte Constitucional ha reiterado, siguiendo los lineamientos de la Carta de la OIT, que las recomendaciones no son normas creadoras de obligaciones internacionales, sino directrices, guías o lineamientos que deben seguir los

Estados Partes en busca de condiciones dignas en el ámbito laboral de sus países³³, pero en algunas ocasiones las recomendaciones que emiten los órganos de Control sí son vinculantes³⁴.

Los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (Artículo 93, Constitución Política) por lo que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar los tratados constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer e interpretar su alcance y el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales³⁵ (en el caso de los Convenios 87 y 98 de la OIT precisamente desarrolla el ejercicio del derecho de asociación sindical).

Todo tratado de derechos humanos ratificados por Colombia, que se refiera a derechos constitucionales, tiene rango constitucional y hace parte del bloque de constitucionalidad para determinar el alcance y contenido de los derechos constitucionales³⁶, por ello, si las normas sobre derecho de asociación sindical y negociación colectiva del Código Sustantivo del Trabajo, son contradictorias con los Convenios 87 y 98 de la OIT, estos Convenios se aplicarían de forma directa sobre el mismo Código.

La contradicción jurídica entre la Constitución Política, los Convenios 87 y 98 de la OIT y el Código Sustantivo del Trabajo (Decretos 2663 y 3743 de 1950 adoptados por la Ley 141 de 1961 como legislación permanente), es por la

³¹ SERVAIS, Jean-Michel. *International labour law*. Kluwer Law International B.V. The Netherlands. 2009. p. 71.

³² Esta posición en contraria a lo expresado por RAMÍREZ, Fany en su obra: Cartilla guía Utilización NIT en decisiones judiciales: Proyecto Promoción de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo - OIT. OIT. Bogotá. 2010. p 28, y Molina Monsalve, Carlos Ernesto. "La Utilización del Derecho Internacional por los jueces colombianos, en la solución de litigios laborales". En: VIII Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. VIII Américas Regional Congress of Labor and Social Security Laws. XXVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Memorias. Cartagena de Indias. Mayo 25 al 28 de 2010, que consideran que las recomendaciones de los organismos de control sobre los Convenios 87 y 98 de la OIT no son de carácter obligatorio para operadores judiciales sino como fuentes interpretativas.

³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias: T-568/99. M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-200/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias: C-010/00. M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1319/01 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia: C-038/04 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria

existencia de dos modelos jurídicos de organización sindical y de negociación colectiva. El modelo del código se caracterizaba por ser un modelo interventor de las estructuras orgánicas y funcionales de las organizaciones sindicales, creando un control de aplicación obligatoria como fue el caso de la Resolución 4ª de 1952 que establecía la obligatoriedad de acogerse a la proforma de los estatutos sindicales. Este Código establecía un control de reconocimiento jurídico y una intervención por parte del ejecutivo en la solución de los conflictos colectivos por medio de Tribunales de arbitramento obligatorios, creando formalismos en la negociación colectiva y en la declaratoria de ilegalidad o legalidad de los ceses de actividades. Este modelo desde el año 1991 con la expedición de la Constitución Política, comenzó a ser transformado por la Corte Constitucional en las decisiones de declaratoria de inconstitucionalidad o de constitucionalidad condicionada en algunos casos, para llegar a establecer el nuevo modelo jurídico sindical colombiano y de negociación colectiva a partir del Convenio 87 y 98 de la OIT, que tienen como característica el de ser un modelo autónomo a partir de la voluntad de las partes.

3. DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS DE OIT EN MATERIA DE DERECHO LABORAL COLECTIVO³⁷

La sentencia C 465/08³⁸ declaró la exequibilidad del Artículo 370 del Código Sustantivo

del Trabajo entendiendo que el depósito de la modificación de los estatutos sindicales cumple exclusivamente funciones de publicidad, sin que ello autorice al Ministerio de la protección social para realizar un control previo sobre el contenido de la reforma. La comunicación de los cambios aprobados por un sindicato en su junta directiva ante el Ministerio equivale al depósito de una información ante él, por lo que la administración no puede negarse a inscribir a los miembros de la junta directiva que han sido nombrados con el cumplimiento de los requisitos exigidos por que constituiría una injerencia indebida de la administración en la vida interna de las organizaciones sindicales. La Corte Constitucional ha señalado que en caso de conflictividad interna de una organización sindical sobre estatutos sindicales o nombramiento de representantes de trabajadores, debe acudir a la justicia laboral para que sea quien decida sobre el asunto.

La Sentencia C - 858/08³⁹ de la Corte Constitucional con fundamento en el Artículo 3º del Convenio 87 de la OIT en el cual las organizaciones sindicales establecerán sus planes de acción en defensa de los intereses de sus afiliados de conformidad con el Artículo 10º del mismo Convenio, ha señalado varios tipos de huelga como defensa de sus intereses. En esta decisión, la Corte Constitucional declara exequible el Artículo 429 literal e) en la expresión “con fines económico y profesionales propuestas a sus patronos” y “cuando persiga fines distintos de los profesionales o económicos” contenida en el literal b) del Artículo 450 de la misma norma, en el entendido de que tales fines no excluyen la huelga atinente a la expresión de posiciones sobre políticas sociales, económicos o sectoriales que incidan directamente en el ejercicio de la correspondiente actividad, ocupación, oficio o profesión.

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias: SU-342/95, C-096/93, C-593/93, C-009/94, C-110/94, C-473/94, C-548/94, C-085/95, C-450/95, C-075/97, C-432/96, C-542/97, C-271/99, C-385/00, C-569/00, C-1491/00, C-201/02, C-063/08, C-567/00, C-797/00, C-1050/01, C-449/05, C-1188/05, C-311/07, C-349/09, C-674/08, C-280/07, C-695/08, C-734/08, C-466/08, C-467/08, C-621/08, C-627/08, C-672/08, C-674/08, C-732/08, C-465/08, C-466/08 y C-1234/05. Disponible en: www.corteconstitucionalidad.gov.co

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia: C-465/08. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia: C-858/08. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria

La Corte Constitucional ha aplicado los Convenios 87 y 98 de la OIT en algunos casos en forma directa⁴⁰ para resolver la inconstitucionalidad o no de una norma del Código Sustantivo del Trabajo, en otros casos, los ha utilizado para interpretar o desarrollar principios utilizándolos como argumentos para la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas del Código.

En los casos planteados en este documento se aplican de manera directa los Convenios 87 y 98 de la OIT y las recomendaciones de los órganos de control en preferencia a las normas del Código Sustantivo del Trabajo.

4. METODOLOGÍA DE CASOS

HOJA CASO Núm. 1: Ejercicio del derecho de asociación sindical. Aplicación del Artículo 2° del Convenio 87 de la OIT en forma directa frente a la conformación de un sindicato compuesto por trabajadores con contrato de trabajo, contrato de prestación de servicios y contratos de trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que prestan su servicio en una misma empresa.

CASO: En una empresa X, un grupo de personas compuesto por 15 trabajadores con contrato de prestación de servicios⁴¹, 15 personas que prestan sus servicios a través de una cooperativa de trabajo asociado⁴² (no

vinculados laboralmente en la empresa) y 15 trabajadores con contrato de trabajo fundan una organización sindical. En sus estatutos sindicales establecen que pueden ser afiliados a su organización, cualquier persona natural que preste sus servicios en la empresa X. Fundada la organización sindical, el Ministerio de la Protección social procede a realizar la inscripción de conformidad con el Artículo 365 del Código Sustantivo del Trabajo y la Sentencia C 465/08.

Frente esta situación, se solicita ante la Jurisdicción laboral la nulidad del estatuto sindical en relación con la cláusula de los afiliados y como consecuencia, la cancelación del registro sindical de la nueva organización sindical por no reunir el número mínimo de afiliados con fundamento en los Artículos 12, 353, 356 y 359 del Código Sustantivo del Trabajo.

REFERENTES NORMATIVOS PARA LA DECISIÓN DEL OPERADOR JUDICIAL. Constitucionales. Artículos 1, 5, 9, 39, 53, 56, 93⁴³, 94, 102 y 214 de la Constitución Política.

y recomendaciones en el año 2008 en su informe recomienda “la Comisión pide al Gobierno [de Colombia] que tome las medidas necesarias para garantizar explícitamente que todos los trabajadores sin distinción, incluidos los trabajadores de las cooperativas y de otras figuras contractuales, independientemente de la existencia de un vínculo laboral, pueden gozar de las garantías del Convenio”. Así mismo, el Comité de Libertad Sindical de la OIT en tratándose del Caso 2051 de Colombia pide al Gobierno que vele por garantizar que la figura de las cooperativas de trabajo asociado no se utilice para encubrir la realidad de la empresa y auténticas relaciones de trabajo con la finalidad de perjudicar a las organizaciones sindicales o a sus afiliados. Sin embargo, el concepto emitido por el Ministerio de la Protección Social en la ofician Jurídica y de apoyo legislativo el 24 de Julio de 2008, en contra de la OIT, ha señalado que “los asociados a una cooperativa no pueden ejercer el derecho de negociación colectiva ni votar la huelga, entre otras cosas por cuanto l ser el asociado a la vez dueño de la empresa, no existe posibilidad legal de presentar un pliego de peticiones”. En el 2009 en la 88° reunión, la comisión nuevamente pide al gobierno de Colombia se analice la situación de los trabajadores de las cooperativas asociadas sobre el derecho de sindicalización.

⁴⁰ La Corte Constitucional ha aplicado de manera directa los Convenios de la OIT. Al respecto véase: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia: C-381/00. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-739/02. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria. Igualmente pueden ejercer el derecho de asociación sindical todos los trabajadores en una empresa, ya sean contratistas independientes, intermediarios, trabajadores ocasionales o transitorios, trabajadores con contrato de trabajo a domicilio, teletrabajadores, trabajadores remitidos por agencia de colocación de empleo o trabajadores en misión, trabajadores de outsourcing.

⁴² Sobre el caso de los trabajadores cooperativos, la Comisión de expertos en aplicación de Convenios

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia: T-568/99. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria

Legales. Ley 26 DE 1976 por medio de la cual se ratifica el Convenio 87, Ley 27 de 1976 por medio de la cual se ratifica el Convenio 97 en su Artículo 1° de la OIT, Código Sustantivo del trabajo, Artículo 353, 356 y Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social Artículos 2° y 13. Ley 79/88 decreto 468/90 y Decretos 4588/06 y Ley 1233/08. **Jurisprudencia nacional aplicable:** Sentencias C465/08, T 1328/01, C 211/00, T 445/06, C 154/96, C-674/08⁴⁴. Decisiones del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de expertos en aplicación de Convenios y recomendaciones. Recomendación 169 de la OIT y la Declaración de principios de 1968 de la OIT. **Otras leyes internacionales.** La Declaración Universal de los Derechos Humanos Artículos 20.1 y 23.4, Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre Artículo XXII, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Artículo 22.1, 22.2, y 22.3; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Artículos 8 a) y d) ratificado mediante la Ley 74 de 1968; Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos sociales y culturales (Protocolo de San Salvador); Convención americana de derechos humanos Artículo 16.1, 16.2 y 16.3 ratificado mediante la Ley 16 1972.

ANÁLISIS DEL OPERADOR JUDICIAL.

Inicialmente el operador judicial laboral deberá analizar su competencia para anular una cláusula de un estatuto sindical contradictorio de la Constitución Nacional y las leyes para ordenar

toria. Dicho pronunciamiento ha sido reiterado por la Corte en Sentencias C-567/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y C-038/04 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁴⁴ “Es bueno recordar que entre la libertad sindical y la democracia existe una dependencia mutua que, incluso, puede verse como una relación circular; pues es evidente que sólo en Estados democráticos puede garantizarse la verdadera eficacia del derecho a constituir organizaciones sindicales para la defensa de los derechos comunes de un oficio o profesión y que el ejercicio del derecho a la libertad sindical contribuye a afianzar y consolidar la democracia en una sociedad”. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria

la cancelación del registro sindical. El Artículo 2° del Código Procesal Laboral modificado por la Ley 712/01 dispone que los jueces laborales son competentes del análisis de los estatutos sindicales porque el ejercicio del derecho de asociación sindical está vinculado al mundo del trabajo (no necesariamente a la formalidad de vinculación por contrato de trabajo sino también por otro tipo de vinculación que determine una actividad laboral en la empresa). Cualquier conflictividad que se origine de la actividad laboral debe ser solucionada ante la jurisdicción especial laboral, de conformidad con la decisión de la Corte Constitucional. El juez laboral decidirá la legalidad o ilegalidad de los estatutos sindicales. Si los estatutos son ilegales por permitir la afiliación de trabajadores no vinculados laboralmente a la empresa mediante contrato de trabajo, ordenará, la cancelación del registro sindical. Es necesario resaltar que el operador judicial deberá tramitar este asunto por el proceso ordinario laboral y no por aplicación del Artículo 380 del Código Sustantivo del Trabajo sobre disolución, liquidación y cancelación de la inscripción del registro sindical que se debe usar exclusivamente para las violaciones de las prohibiciones del sindicato del Artículo 379 del Código como una sanción determinada judicialmente.

Frente a la legalidad o ilegalidad de las cláusulas del estatuto sindical se debe tener en cuenta que el Artículo 2° del Convenio 87⁴⁵ de la OIT ratificado por Colombia mediante la Ley 26 de 1976, establece que “los trabajadores y los empleadores sin ninguna distinción y sin autorización previa tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes así como el de afiliarse a éstas con la condición de observar los estatutos de las mismas”. El Artículo 3° establece que “las organizaciones

⁴⁵ Dunning, Harold. “The origins of Convention No. 87 on freedom of association and the right to organize”. En: *INTERNATIONAL LABOUR REVIEW. Special Issue: Labour Rights, Human Rights*. Volume 137. Number 2. 1998/2

de trabajadores y empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente a sus representantes, el de organizar sus actividades y el de formular su programa de acción. Las autoridades públicas deberán de abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”

Al respecto el Comité de Libertad sindical en sus notas 216, 209, 254, 255, 258, 260, 261, 262, 263⁴⁶ interpretando el Artículo 2 del Convenio 87 de la OIT reitera el derecho que tienen todos los trabajadores, sin ninguna distinción, de constituir libremente las organizaciones que estimen convenientes y de afiliarse a las mismas. La Comisión Expertos en aplicación de Convenios y recomendaciones⁴⁷ de la OIT en sus notas 45 y 46, ha interpretado como principio general que todos los trabajadores sin importar su forma de vinculación pueden ejercer el derecho de asociación sindical.

No obstante la aplicación directa del Artículo 2 del Convenio 87 de la OIT, en necesario resaltar que el Artículo 39 de la Constitución Nacional así como los Artículos 353 y 356 del C.S.T. no establecen como condición para el ejercicio del derecho de asociación sindical estar vinculado mediante contrato de trabajo en una Empresa

A lo anterior, el operador judicial se encuentra ante la situación de que las normas sustantivas del trabajo han establecido que las organizaciones sindicales son organizaciones de trabajadores, utilizando este término para las personas naturales vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo, siendo normas

contrarias al Convenio 87 de la OIT. A este efecto, pueden ejercer el derecho de asociación sindical todos los trabajadores en una empresa, ya sean contratistas independientes, intermediarios, trabajadores ocasionales o transitorios, trabajadores con contrato de trabajo a domicilio, teletrabajadores, trabajadores remitidos por agencia de colocación de empleo o trabajadores en misión y trabajadores de outsourcing.

En el caso planteado, el operador debe darle preferencia al Convenio de la OIT frente a las normas del Código y declarar los estatutos sindicales de la organización sindical conformes a lo consagrado en la Constitución, las leyes y el bloque de constitucionalidad.

HOJA DE CASO Núm. 2⁴⁸: Conflictividad interna sindical. Aplicación del Artículo 3° del Convenio 87 de la OIT en forma directa frente a la autonomía de las organizaciones sindicales en la redacción de los estatutos sindicales.

CASO: Un grupo de trabajadores funda una organización sindical y establece en sus estatutos sindicales lo siguiente: “el periodo de la junta directiva será de 10 años y será designada por el presidente de la organización sindical”. En una organización sindical hay cambio en su junta directiva y los nombramientos se producen, contrariando los estatutos sindicales. Los trabajadores acuden ante el operador judicial por que la organización sindical ha nombrado dos juntas directivas y existe duda acerca de la legalidad de algunas de ellas, contrariando los estatutos sindicales.

Algunos trabajadores solicitan ante el juez laboral la nulidad de las cláusulas de los estatutos sindicales por contradecir el Artículo 391 del Código Sustantivo del Trabajo sobre la elección

⁴⁶ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. Ob. Cit.

⁴⁷ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Freedom of Association and Collective Bargaining: General Survey of the Reports on the Freedom of Association and the Right to Organize Convention (No. 87). Ob. Cit.

⁴⁸ Téngase en cuenta todos los elementos utilizados sobre competencia y la aplicación directa del Convenio 87 y 98 de la OIT para los casos que a continuación se plantean.

de la junta directiva de conformidad con la sentencia C 466/08. Esta sentencia declara inexecutable la norma “en papeleta escrita y aplicando el sistema de cociente electoral”, por lo tanto, la organización sindical debe aplicar algún sistema de elección democrática, esto es, con la participación de sus afiliados y los periodos de los representantes sindicales estarán de conformidad con este principio.

REFERENTES NORMATIVOS PARA LA DECISIÓN DEL OPERADOR JUDICIAL.

Constitucionales: Artículos 1, 5, 9, 39, 53, 56, 93⁴⁹, 94, 102 y 214 de la Constitución. **Legales:** Ley 26 de 1976 por medio de la cual se ratifica el Convenio 87 de la OIT, Artículo 3°. **Jurisprudencia Nacional Aplicable.** Sentencia C-466/08, C-674/08. Decisiones del comité de libertad sindical y comisión de expertos. Recomendación 169 de la OIT, la declaración de principios de 1968 de la OIT.

Análisis del Operador Judicial. Una vez analizada la competencia del operador judicial⁵⁰, el Convenio 87 de la OIT en su Artículo 3°, se permite a las organizaciones de trabajadores y empleadores constituir las organizaciones que estimen convenientes y el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos dentro del principio de democracia sindical. Al respecto, el comité de libertad sindical en sus notas 369 a 383⁵¹ y la comisión de expertos en aplicación

de Convenios y recomendaciones⁵², han establecido que las organizaciones sindicales gozan de plena autonomía para redactar sus estatutos sindicales y son libres de elegir a sus representantes. Adicionalmente, estas representaciones deben ser designadas de conformidad con el principio de democracia sindical, donde pueden participar todos los afiliados. Un periodo de diez años es contrario al principio de democracia sindical, sin que esto se oponga a la posibilidad de la reelección de los representantes de los trabajadores de conformidad con sus estatutos. El operador judicial aplicará directamente el principio de democracia sindical consagrado como elemento esencial del Convenio 87 de la OIT desarrollado en las notas 30 y siguientes del comité de libertad sindical donde se insiste en que el sistema democrático es fundamental para el ejercicio de los derechos sindicales.

El operador judicial deberá analizar si las elecciones se produjeron de conformidad con los estatutos sindicales, aplicando las notas 440 al 453 del comité de libertad sindical⁵³ y las notas 112 a la 121⁵⁴ de la comisión de expertos en aplicación de Convenios y recomendaciones, en la cual se recomienda que la decisión debe estar rodeada de la garantía del derecho de defensa y objetividad a fin que se preserve el derecho de los trabajadores a elegir libremente a sus representantes conforme lo dispuesto en el Artículo 3° del Convenio 87 de la OIT. Con fundamento en el Artículo 39 de la Constitución Política

⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia: T-568/99. Dicho pronunciamiento ha sido reiterado por la Corte en Sentencias C-567/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y C-038/04 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria

⁵⁰ Son sujetos procesales activos para poner en conocimiento de los operadores jurídicos la conflictividad interna (estatutos sindicales, elecciones de representantes sindicales), los trabajadores afiliados al sindicato y no los empleadores o trabajadores no afiliados al sindicato.

⁵¹ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. Ob. Cit.

⁵² INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Freedom of Association and Collective Bargaining: General Survey of the Reports on the Freedom of Association and the Right to Organize Convention (No. 87). Ob. Cit

⁵³ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. Ob. Cit.

⁵⁴ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Freedom of Association and Collective Bargaining: General Survey of the Reports on the Freedom of Association and the Right to Organize Convention (No. 87). Ob. Cit.

el operador deberá decretar la nulidad de las cláusulas de los estatutos por ser violatorias del Artículo 3° del Convenio 87.

HOJA DE CASO Núm. 3: Garantía del Fuero Sindical.

CASO: Un trabajador que presta su servicio en la empresa X por medio de un contrato de prestación de servicios es presidente de la junta directiva de la organización sindical de esa empresa. La empresa X da por terminado el contrato de prestación de servicios antes de su vencimiento por la actividad sindical con el argumento de que el trabajador no puede gozar de fuero sindical por no ser trabajador vinculado directamente con la empresa. El trabajador acude ante el operador judicial en la acción de reintegro de acción sindical.

REFERENTES NORMATIVOS PARA LA DECISIÓN DEL OPERADOR JUDICIAL.

Constitucionales: ARTÍCULOS 1, 5, 9, 39, 53, 56, 93⁵⁵, 94, 102 y 214 de la Constitución.

Legales: Convenio 87, 98 y 135 de la OIT. Artículos 406 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo

ANÁLISIS DEL OPERADOR JUDICIAL:

En este caso, ¿Puede o no ejercer el derecho de asociación sindical un trabajador vinculado a una empresa mediante contrato de prestación de servicios? De conformidad con el Artículo 2° del Convenio 87 de la OIT, todos los trabajadores sin ninguna distinción pueden ejercer el derecho de asociación sindical. Al respecto, el Comité de Libertad Sindical en sus notas 262, 785, 799, 804 y siguientes⁵⁶ y la comisión de expertos en aplicación de Convenios y

recomendaciones⁵⁷, reitera que los trabajadores sin distinción por su manera de vinculación pueden formar y hacer parte de las organizaciones sindicales de conformidad con el Artículo 2 del Convenio 87 de la OIT.

El Convenio 135 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores que también es parte del bloque de constitucionalidad establece en su Artículo 1° que

“Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor”⁵⁸.

Igualmente, la recomendación No. 143 sobre los representantes de los trabajadores en su aparte 3° numeral 5 establece que:

“Los representantes de los trabajadores en la empresa deberían gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales representantes, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor”⁵⁹.

⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia: T-568/99. Dicho pronunciamiento ha sido reiterado por la Corte en Sentencias C-567/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y C-038/04 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria

⁵⁶ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. Ob. Cit.

⁵⁷ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Freedom of Association and Collective Bargaining: General Survey of the Reports on the Freedom of Association and the Right to Organize Convention (No. 87). Ob. Cit.

⁵⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. C135 Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971. Disponible en: www.ilo.org/ilolex/spanish/comvidisp1.htm

⁵⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. R143 Recomendación sobre los representantes de los trabajadores. 1971. Disponible en: www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm

El Artículo 1° del Convenio 98 de la OIT reitera que “*los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo*”⁶⁰, aplicando en el caso planteado de manera directa la estabilidad laboral del trabajador frente al empleador que le presta sus servicios. La aplicación del Artículo 406 y 407 del Código Sustantivo del Trabajo al establecer en su literal C) que los miembros de la junta directiva y sub directiva de todo sindicato en un número de diez están amparados por fuero sindical, por lo tanto, no podrán ser desvinculados sin que previamente un juez laboral califique la justa causa correspondiente.

Las estipulaciones de los Artículos 405, 406 y 407 del Código Sustantivo del Trabajo sobre fuero sindical, no establecen que dicha garantía sea exclusiva para los trabajadores con contrato de trabajo, sino por el contrario, son para todos los trabajadores como lo establece la Constitución Nacional en su Artículo 39 cuando reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión. El operador jurídico en aplicación directa de los Convenios de la OIT ordenará el reintegro y el pago de los salarios dejados de percibir.

CONCLUSIONES

El grupo de investigación de protección social y conflicto ha concluido que por los efectos producidos por las decisiones de la Corte Constitucional con fundamento en la Constitución de 1991, en lo relacionado con el mundo de las organizaciones sindicales y la negociación colectiva en Colombia:

Primero: a la fecha (año 2010) es competencia de la jurisdicción laboral resolver la conflictividad que se presente al interior de las organizaciones sindicales como estatutos sindicales, reformas, nombramientos de junta Directiva. Su argumentación legal será a partir del Convenio 87 de la OIT y los comentarios de sus organismos de control.

Segundo: el ejercicio del derecho de asociación sindical en Colombia, de conformidad con el Artículo 1 del Convenio 87 de la OIT, puede ser ejercido dentro de los términos del derecho de asociación positivo, es decir, por todo el mundo del trabajo en Colombia (entiéndase mundo del trabajo todas las personas que ejercen un trabajo subordinado o no, formal o informal, independiente, por contrato de prestación de servicio, vinculado por cooperativas asociativas de trabajo, etc.).

Tercero: la conflictividad relacionada con la negociación colectiva y el ejercicio del derecho de huelga frente a su legalidad o ilegalidad, igualmente sigue siendo competencia de los jueces laborales (Ley 1210 de 2008), sin embargo, los criterios sobre el ejercicio del derecho de huelga, esto es, criterios sobre los servicios públicos esenciales, huelga de pliego de peticiones, huelga de no pago de las obligaciones laborales, o huelga de solidaridad, se decidirán de conformidad con los Convenios 87, 98 151, 135 y 154 de la OIT, y a los comentarios de los organismos de control de la OIT.

Finalmente, se reitera que no es necesario establecer reglamentaciones o producir nuevas normas en estas materias por la aplicación directa de los Convenios 87 y 98 de la OIT en la solución de los conflictos jurídicos en estos asuntos. Basta que los operadores conozcan, profundicen la aplicabilidad de los Convenios 87 y 98 de la OIT y las decisiones de los organismos de control para actuar de conformidad con estos criterios en la toma de decisiones, bien sea por las decisiones de la Corte Constitucional en

⁶⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. C98 Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. 1949. Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>

las declaraciones de inconstitucionalidad en algunos casos, o en la declaratoria de constitucionalidad condicionada en otros, o aplicando la excepción de inconstitucionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCAND Sébastien, et al. *Sociología de la empresa, Del Marco Histórico a las Dinámicas internas*. Siglo del Hombre editores. Bogotá. 2010.
- ARCHILA NEIRA, Mauricio. *Idas y venidas Vueltas y Revueltas, Protestas sociales en Colombia, 1858-1990*. CINEP. Bogotá. 2003.
- BEAUDONNET, Xavier. *International labour law and domestic law Subtitle: Training manual for judges, lawyers and legal educators*. OIT. Turin. 2009.
- BERNARDO BATIZ, Jorge Alonso, et al. *Los derechos humanos y los retos del nuevo milenio*. Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores. México. 2000.
- CASTILLO, Juan José. *La Soledad del Trabajador Globalizado. Memoria, Presente y Futuro*. Editorial Catarata. Madrid. 2008.
- CHARRY URUEÑA, Juan Manuel. *La excepción de inconstitucionalidad*. Ediciones Jurídica Radar. Bogotá. 1994.
- CAVELIER, Germán. *Régimen Jurídico de los Tratados Internacionales en Colombia*. Legis. Bogotá. 2000.
- CUELLAR, María Mercedes. *Los Sindicatos y la Asignación del Ingreso en Colombia, Un Siglo de Historia Laboral*. Asobancario. Ediciones Uniandes. Bogotá. 2009.
- CUESTA, Laura. *Impacto de los sindicatos en Colombia: ¿Mayores salarios y más desigualdad?* Documento CEDE 2005-45 ISSN 1657-7191 (Edición electrónica). 2005.
- CORREA HENAO, Magdalena. *Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008.
- CORTE CONSTITUCIONAL. www.corte-constitucional.gov.co/relatoria
- DELGADO SALAZAR, Ricardo. *Acción Colectiva y Sujetos Sociales, Análisis de los Marcos de Justificación Éticos-Políticos de las Organizaciones Sociales de Mujeres, Jóvenes y Trabajadores*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2009.
- DUNNING, Harold. "The origins of Convention No. 87 on freedom of association and the right to organize". En: *INTERNATIONAL LABOUR REVIEW. Special Issue: Labour Rights, Human Rights*. Volume 137. Number 2. 1998/2.
- FEYERBEND, Paul K. *For and Against Method*. The University of Chicago Press. Chicago. 1999.
- GLASSNER, Vera, et al. *Negotiating the crisis? collective bargaining in Europe during the economic downturn*. International Labour Office. Geneva. 2010.
- GERNIGON, Bernard, et al. *Collective Bargaining: Ilo Standards And The Principles Of The Supervisory Bodies*. International Labour Office. Geneva. 2000.
- GONZÁLEZ HERAZO, Edgardo Rafael. *La Difícil Libertad Sindical y Las Relaciones de Conflicto en Colombia, Estudio de Derecho Comparado*. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. 2010.
- Homenaje al Doctor LÓPEZ GUERRA, Guillermo. *Evolución y Tendencias de las Relaciones Laborales en Colombia*. Colegio de Abogados del Trabajo. 2006.
- INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *International Labour Conference, 77th Session 1990. Report III (Parts 1, 2 and 3): Information and Reports on the Application of Conventions and Recommendations. Summary of Reports (Articles 19, 22 and 35 of the Constitution)*. International Labour Office. Geneva. 1990.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of*

Association Committee of the Governing Body of the ILO. Fifth (revised) edition. Geneva. 2006.

_____. *Freedom of Association and Collective Bargaining: General Survey of the Reports on the Freedom of Association and the Right to Organize Convention (No. 87), 1948 and the Right to Organize and Collective Bargaining Convention (No. 98)*. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. 81st Session. 1994. Report III. Part 4A. Geneva. 1994.

LEAL BUITRAGO, Francisco. *Discurso y razón: Una historia de las ciencias sociales en Colombia*. Ediciones Uniandes. Facultad de ciencias sociales. Fundación Social. Tercer Mundo Editores. Bogotá. 2000.

LÓPEZ CASTAÑO, Hugo. *Ensayos sobre Economía Laboral Colombiana*. Carlos Valencia Editores. Bogotá. 1996.

MEDINA CASTILLO, José Enrique. *Crisis de la Sociedad Salarial y Reparto del Trabajo*. Editorial Comares. Granada. 1999.

MELANO MATIZ, Jorge, et al. *Administración de los Conflictos Laborales, La negociación Colectiva en Colombia y la Región Andina, Colombia*. Editorial Legis. Bogotá. 2004.

MOLINA MONSALVE, Carlos Ernesto. "La Utilización del Derecho Internacional por los jueces colombianos, en la solución de litigios laborales". En: *VIII Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. VIII Américas Regional Congress of Labor and Social Security Laws. XXVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Memorias. Cartagena de Indias. Mayo 25 al 28 de 2010.

NOEL, André, et al. *Discurso sindical, compromiso de la política pública de derechos humanos en Colombia*. Ediciones Aurora. Bogotá. 2006.

ODERO, Alberto, et al. *Ilo Law on Freedom of Association: Standards and procederes*. International Labour Office. Geneva. 1995.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT por Tribunales Nacionales E Internacionales En América Latina: Una Recopilación de Casos*. Programa Para Promover El Convenio No. 169 de la OIT (PRO 169). Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Ginebra. 2009.

_____. C135 Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971. Disponible en: www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm

_____. R143 Recomendación sobre los representantes de los trabajadores. 1971. Disponible en: www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm

_____. C98 Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. 1949. Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>

OSTAU DE LAFONT, Francisco. *El fin del modelo jurídico sindical*, Tesis para optar al título de Dr. en Sociología Jurídica de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009.

PÉREZ GARCÍA, Miguel. *El servicio temporal y otras formas de contratación*. Editorial Carrera 7. Bogotá. 2009.

POOLE, Michael. *Teorías del Sindicalismo una sociología de las relaciones industriales*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España. Madrid. 1991.

POLITAKIS, George P. (Ed). *Protecting Labour Rights as Human Rights: Present and Future of International Supervision*. Proceedings of the international colloquium on the 80th anniversary of the ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. Geneva. 24-25 November 2006.

RAMÍREZ, Fanny en su obra: *Cartilla guía Utilización NIT en decisiones judiciales: Proyecto Promoción de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo - OIT*. OIT. Bogotá. 2010.

- RODGERS, Gerry, et al. *The International Labour Organization and the quest for social justice, 1919-2009*. International Labour Organization. Geneva. 2009.
- SÁNCHEZ ÁNGEL, Ricardo. *¡Huelga!, Lucha de la Clase Trabajadora en Colombia, 1975-1981*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2009.
- SANTOS, Miguel, et al. "Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Análisis económico de la negociación colectiva en España. Una propuesta metodológica". En: *Informes y Estudios Relaciones Laborales*. No. 83. Ministerio de trabajo y asuntos sociales de España. Madrid. 2007.
- SERVAIS, Jean-Michel. *International labour law*. Kluwer Law International B.V. The Netherlands. 2009.
- SILVA ROMERO, Marcel. "Bloque de Constitucionalidad". En: *El derecho procesal laboral*. XXVI. Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Universidad Libre. 2005.
- TABOADA IBARRA, Eunice L. *Hacia una Nueva Teoría de la Empresa, Elementos desde la Economía Institucional Contemporánea*. Ediciones Eón. México. 2007.
- TARELLO, Giovanni. *Teorías e Ideologías en el Derechos Sindical, La experiencias italiana después de la Constitución*. Editorial Comares. Granada. 2002.
- URRUTIA MONTOYA, Miguel, et al. *Derechos Sindicales y Desarrollo*. Universidad de los Andes. Bogotá. 2010.
- VALDÉS, Fernando. "Libertad de Asociación y Empresarios en los Países de la Unión". En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. No. 71. 2006.
- VALDEOLIVAS GARCIA, Yolanda. *Antisindicalidad y Relaciones de Trabajo (un estudio de la conducta antisindical en la empresa)*. Editorial Universidad de Madrid. Madrid. 1994.
- VÁSQUEZ SANIN, José Luciano. *Situación de los derechos de los trabajadores en Colombia: Violencia, impunidad y violación a los derechos laborales y sindicales*. Escuela Nacional Sindical. Medellín. 2009.
- VON POTOBSKY, Geraldo. "Freedom of association: The impact of Convention No. 87 and ILO action". En: *International Labour Review: Special Issue: Labour Rights*. Human Rights. Volume 137, Number 2 1998/2.
- WATKINS, John. "Methodological Individualism and Social Tendencies". BOYD, Richard, et al (Ed). *The philosophy of science*. The MIT Press. Cambridge. 1991.

EL SINDICATO Y SUS RETOS ANTE LAS TRANSFORMACIONES ECONÓMICAS Y SOCIALES

Rodrigo Vargas Ávila*

Fecha de Recepción: 15 de octubre de 2010

Fecha de Aceptación: 30 de noviembre de 2010

Artículo de Reflexión

Resumen

En este ensayo se analizan los principales retos que, como consecuencia de las transformaciones económicas y sociales, enfrenta el sindicato en la actualidad y algunas respuestas que podrían implementarse tendientes a la superación de la crisis por la que atraviesan.

Palabras clave

Sindicato, Trabajo, Globalización, Terciarización, Flexibilización.

THE UNION AND ITS CHALLENGES BEFORE THE ECONOMIC AND SOCIAL TRANSFORMATIONS

Abstract

In this paper will be analyzed the main challenges, as a result of the economic and social transformations, facing the Union in the current events and some answers that could be

implemented aimed at overcoming the crisis by the crossing.

Key words

Trade Union, Work, Globalization, Outsourcing, Easing

INTRODUCCIÓN

En este ensayo me propongo analizar los principales retos que, como consecuencia de las transformaciones económicas y sociales, enfrenta el sindicato en la actualidad y algunas respuestas que podrían implementarse tendientes a la superación de la crisis por la que atraviesan.

Los cambios se producen en tres escenarios: en el sistema económico, en el que la globalización¹ definida como la

“transición del mundo hacia un nuevo sistema tecnológico, organizado en torno a la electrónica, la informática, la robótica y la biotecnología. (...) de cual emerge una sociedad articulada por el conocimiento. La especificidad de esta mutación radica en una cada vez más estrecha conexión entre avance científico-tecnológico y su aplicación a la esfera de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. (...) el actual proceso ha comenzado a modificar los parámetros cruciales de la sociedad: la división y organización del trabajo, la socialización

* Abogado Especializado en Instituciones Jurídico Familiares de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia; Docente de la misma Universidad; Jefe del Área de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada; Profesor de Derecho Procesal y Probatorio en esta última universidad; investigador en las áreas del Derecho Procesal, Probatorio y Derecho Privado; conferencista; miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal; exmagistrado auxiliar del Consejo de Estado. Actualmente candidato a Maestría de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. rodrigo.vargas@unimilitar.edu.co; rva91@hotmail.com

¹ “La crisis, que todos afirmamos como “global”, ha provocado un efecto aparentemente contradictorio al estimular mecanismos diversos de defensa individual o de grupo, de colectivos de menor ámbito que el global. Seguramente a ello ha contribuido la ausencia, o la sensación de ausencia, de respuestas eficaces globales y solidarias. En todos los foros se considera la crisis como uno de los efectos de la globalización, pero las respuestas han significado (al menos en el ámbito sindical, aunque creo que no sólo en éste), la intensificación de aspectos corporativos en todos los niveles de producción y organización, lo que no deja de expresar un sentimiento de desconfianza respecto a soluciones globales, dando paso al “sálvese quien pueda”. Boix, Isidor. “Construyendo el sindicalismo global”. En: *Revista La Factoría*. Número 9. Cataluña. p. 1.

*primaria y la educación, la estructura de la familia y la comunidad, el funcionamiento de las empresas y los mercados, las comunicaciones y los intercambios, las formas de participación y la política, y las propias maneras de representarnos el mundo*².

Y la terciarización de la economía³, que consiste en que la población ocupada en el sector terciario (servicios) pasa a ser más numerosa que la del sector secundario (industria), y además, que la forma de trabajo propia de este sector se difunde por todos los demás, *terciarizándolos*.

Desde un enfoque económico se explica la *terciarización* a partir de la existencia de tres sectores:

El sector *primario* lo forman las actividades extractivas o productivas de recursos naturales: agricultura, ganadería, forestación, minería, pesca, etc.

El sector *secundario* es el que transforma los recursos naturales, o sea la industria y la construcción.

El sector *terciario* es una especie de bolsón en el que están todas las actividades comerciales y de servicios, desde las finanzas al comercio minorista, desde el transporte a las actividades jurídicas, pasando por los servicios gubernamentales, los servicios sociales (salud, educación...), a las personas (peluquerías, cines, etc.), etc.

Por ello se expresa que en las economías actuales a escala planetaria se observa un proceso

de terciarización de la economía, lo cual trae como consecuencias el cambio de las relaciones entre sectores económicos y su contribución en la producción nacional.

*La terciarización se refiere al "... crecimiento del peso económico del sector servicios. Es una tendencia del capitalismo contemporáneo que las actividades de servicios cada vez ocupan una proporción mayor de la población económicamente activa y realizan un porcentaje creciente del Producto (o sea de la producción de bienes y servicios). Cuando eso ocurre la economía de un país se "terciariza"..."*⁴.

De otra manera, hay un crecimiento continuo del sector servicios, hasta situarse por encima del 60% del empleo total de esa economía y en cifras similares de aportación al PIB, para posteriormente tender a crecer más lentamente, lo cual muestra que la ocupación de la población en el sector servicios, pasa a ser más numerosa que la del sector industria, difundiéndose por todos los demás, constituyendo las principales transformaciones; en la empresa, que ha cambiado su configuración y se organiza a manera de red; y en el trabajo, que ahora es un universo heterogéneo y ha modificado profundamente su organización. Todos estos cambios requieren adaptaciones profundas del sindicato como sujeto político y como sujeto contratante de las relaciones de trabajo⁵.

² BRUNNER, José Joaquín. *Globalización Cultural y Posmodernidad*. FCE. Santiago. 1998. p. 69

³ "Uno de los patrones de cambio observados en la economía colombiana en la segunda mitad del siglo XX es el crecimiento en la participación de las actividades terciarias en el PIB. Este fenómeno se ha llamado terciarización y ha sido común tanto en países desarrollados como en aquellos en vía de desarrollo. En estos últimos, se pueden identificar una terciarización genuina, en la cual los servicios mejoran la competitividad sistémica de la economía, y una terciarización espuria, en donde los servicios tienen poco impacto en la competitividad del resto de la economía". BONET, Jaime. *La terciarización de las estructuras económicas regionales en Colombia*. Banco de la República – CEER. Bogotá. 2006. p. 3.

⁴ STOLOVICH, Luis. *La Tercerización. ¿Con qué se come?*. Disponible en: <http://www.clacso.org>. [Citado: 13/12/2010].

⁵ "El sindicalismo está comprometido en una carrera de velocidad para adaptarse a una sociedad cuyos cambios rápidos y profundos amenazan su existencia. Hay que añadir a ello la crisis financiera y económica que golpea al mundo entero. Todo esto hace indispensable que nos interroguemos de nuevo y adaptemos permanentemente nuestro sindicalismo confederado a fin de que sea efectivamente portador de sus valores. Es ineludible tener en cuenta las situaciones individuales. La palabra individual liberada es fuente de emancipación. Pero si sólo es expresión de intereses particulares, puede resultar contraproducente porque pone en juego la solidaridad. Es preciso, pues, impulsar de nuevo una democracia social que parta de los individuos y sea productora del interés general". Grignard, Marcel. "El sindicalismo

El mundo contemporáneo asiste no sólo a un nuevo orden económico mundial que se resume en el término globalización, sino también a una revolución tecnológica y a una crisis de los paradigmas para interpretar la realidad. En lo que respecta al ámbito laboral, hoy tenemos un tipo de empresa muy diferente a la fábrica modelo del siglo XX; un tipo de trabajador diferente al obrero, empleado o profesional que iniciaba su carrera laboral pensando en la estabilidad y la movilidad ascendente, y una normativa laboral que está siendo desbordada por la inestabilidad, la flexibilización de la empresa y del empleo y por la cultura y la ideología de empleadores y trabajadores.

En este desbordamiento de la normativa laboral hay cada vez más trabajadores, hombres y mujeres, calificados y no calificados y aun profesionales y técnicos que caen en la desprotección social, porque “no caben” en la normativa laboral, pero tampoco son capaces de insertarse individualmente en los mecanismos de mercado que les son adjudicados como vías de inserción individual.

Al debilitarse la idea de lo “colectivo” y las formas de expresión y de organización colectiva, los mecanismos clásicos y la institucionalidad laboral que estaban asociados a la sociedad industrial se muestran cada vez más débiles e ineficaces para cumplir con algunos mandatos de equidad y justicia social.

En América Latina este proceso de desestructuración se produce sobre institucionalidades secularmente débiles: sociedades que nunca llegaron a ser plenamente industriales y Estados que nunca llegaron a ser de Bienestar, pero que en ciertos momentos y ciclos históricos aspiraron a un modelo de desarrollo económico, social y político más integrador que excluyente, más democrático que autoritario.

El enigma del siglo XXI es saber si el desarrollo económico, la democracia y la equidad son compatibles o si, por el contrario, los supuestos mandatos de la competitividad económica van a acentuar las tendencias negativas sobre los trabajadores, generando un núcleo reducido de personas plena y felizmente integradas al mundo globalizado y grandes mayorías desposeídas, inseguras e infelices que sostienen sobre sus hombros los índices de crecimiento económico⁶.

La estructura de la economía en Colombia presenta una tendencia hacia la terciarización, esto es, que si se observa la dinámica del producto según su composición sectorial, se observa como sectores agrupados en los servicios, tal es el caso del comercio y del sector financiero, así como los servicios comunales o gubernamentales, alcanzan más del 60% de la actividad económica. Por lo tanto, no es aventurado decir que el país va orientando sus esfuerzos hacia una economía de servicios, dejando de lado de manera explícita, la construcción de una base productiva que genere un volumen apreciable del valor agregado y que contribuya a la generación de empleo productivo y al mejoramiento del nivel de vida de la población.

Por otra parte, el panorama en América Latina y el Caribe, no es sustancialmente diferente. Así, en el plano laboral y social, los resultados de las reformas del decenio del noventa fueron poco alentadoras.

“El producto por trabajador creció a un ritmo muy bajo (0,21 por ciento anual entre 1990 y 2005), al tiempo que se observó un incremento del desempleo y del empleo informal. En algunos países (los casos más notables fueron los de Argentina, Colombia y Perú) se efectuaron reformas que flexibilizaron la contratación y el despido y, en muchos casos, se abandonaron mecanismos solidarios de la protección social tanto en relación con las pensiones como con la salud y la protección contra accidentes

en un momento crucial. ¡atreverse al cambio!” En: *Revista La Factoría*. Número 45. 2010. p. 2.

⁶ ESPINOZA, Malva. *Trabajo decente y protección social*. Oficina Internacional del Trabajo. Santiago. 2003

y enfermedades profesionales, sin que aumentase correlativamente la cobertura del sistema. Se produjo un debilitamiento de algunas de las instituciones de relaciones laborales, en particular de la negociación colectiva (en términos de cobertura y de contenido) y de los medios tradicionales de solución de conflictos, medios que resultaron insuficientes y fueron cuestionados por ineficaces.

El argumento que justificó estos procesos estribaba en que todas estas instituciones laborales constituían elementos de «rigidez» que debían eliminarse para poder crear empleo formal. Sin embargo, luego de un decenio, la experiencia de varios países ha mostrado que pese a estas reformas no se logró no sólo incrementar el empleo formal, sino que, además, se produjo un incremento del desempleo y del sector informal, y se acentuó el fenómeno de la precarización de los empleos, asociada a la inseguridad de los ingresos, menor protección social, mayor rotación laboral, etcétera. Se ha argumentado ciertamente que estos malos resultados se deben a que las reformas no fueron completadas y se quedaron a mitad de camino. Sin embargo, no disponemos de indicio alguno de que mayor dosis de reformas de este tipo hubiera mejorado la situación. Por el contrario, la experiencia reciente hace pensar que quizás podrían haberla empeorado aún más”⁷.

En cuanto al comportamiento del mercado laboral, es claro que la proporción en que aumenta el producto, es superior al crecimiento de los puestos de trabajo a término indefinido y más grave aún, se evidencia un aumento del trabajo temporal después de la recesión de los años 98 y 99⁸.

Lo anterior indica que la recuperación de la actividad económica del país se ha dado a costa del deterioro del empleo y que son los ingresos salariales los que se han resentido en los últimos años. De igual forma, se mantienen

altos índices de subempleo que refuerzan la interpretación de un crecimiento económico con salarios de mala calidad o en términos de la OIT, con poco aporte al *trabajo decente* que

“resume las aspiraciones de las personas en su vida laboral, aspiraciones en relación a oportunidades e ingresos; derechos, voz y reconocimiento; estabilidad familiar y desarrollo personal; justicia e igualdad de género. Las diversas dimensiones del trabajo decente son pilares de la paz en las comunidades y en la sociedad.

El trabajo decente refleja las preocupaciones de gobiernos, trabajadores y empleadores, que dan a la OIT su singular identidad tripartita. Puede ser sintetizado en cuatro objetivos estratégicos: principios y derechos fundamentales en el trabajo y normas laborales internacionales; oportunidades de empleo e ingresos; protección y seguridad social; y diálogo social y tripartismo. Estos objetivos tienen validez para todos los trabajadores, mujeres y hombres, en la economía formal e informal, en trabajos asalariados o autónomos; en el campo, industria y oficina; en sus casas o en la comunidad”⁹.

En dicho sentido, pocas instituciones han vivido con el dramatismo que lo ha hecho el sindicato, las transformaciones económicas y sociales de los últimos años. Aunque por su propia naturaleza, el sindicato vive en el cambio social, del que es sin duda protagonista, el despertar del sueño keynesiano¹⁰-fordista¹¹ que supuso la

⁹ OIT. 1999. p. 4-5

¹⁰ “Dentro de las teorías Keynesianas la política de pleno empleo era uno de los indiscutibles tópicos centrales. El gasto público, la protección de los mercados nacionales y su regulación eran absolutamente necesarios para dar empleo e incrementar la capacidad adquisitiva de los ciudadanos lo que generaría una mayor demanda y obviamente una mayor producción de bienes y servicios. Los sindicatos obtenían mayores salarios y a nivel macro planteaban reivindicaciones que conllevaran al fortalecimiento del bienestar de los trabajadores”. SILVA ROMERO, Marcel. *Tendencias contemporáneas de las convenciones colectivas y pactos sociales. En El derecho laboral que hereda el milenio*. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de derecho. Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá. 1999. p. 169

¹¹ “Los sindicatos significaron, históricamente, la expresión de una cosmovisión total y global de un grupo social diferenciado

⁷ SOMAVIA, Juan. *Trabajo decente en las Américas*. Oficina Internacional del Trabajo: Informe del director. XVI Reunión Regional Americana. Brasil, mayo 2001. p. 11

⁸ *La coyuntura laboral y sindical 2006- 2007 en cifras*. Escuela Nacional Sindical (ENS). 2007. p. 4

crisis económica de los setenta y la progresiva e inevitable asimilación de los cambios políticos, económicos, sociales y culturales que desde entonces se han sucedido, han forzado al movimiento sindical -como a otros agentes sociales y políticos, pero si cabe con mayor intensidad-, a revisar su patrimonio ideológico-cultural y a cambiar sus estructuras y estrategias.

Al respecto señala la OIT como

“[i]ndividualmente, los trabajadores carecen de poder. Su sindicación es lo que puede modificar esa situación. Los sindicatos son una vía mediante la cual los trabajadores pueden mejorar sus condiciones de vida y de trabajo y las de la sociedad en su conjunto. Esta es la razón por la que las organizaciones sindicales son vehículos de desarrollo. Son un medio por el que los trabajadores carentes de

que expresaba - a través de esta representación - su identidad y autonomía. (...).

El taylorismo fordismo multiplica el aprendizaje de roles productivos de naturaleza simple y relativamente heterogénea. El aprendizaje de los mismos se hace en el puesto de trabajo, comandado por la empresa. Cada vez más, el trabajo se constituye en una actividad dirigida al mundo físico, que lo trata como un objeto al que hay que manipular para la obtención de alguna meta. El trabajo deja de ser una actividad que tiene sentido por sí misma para ser una actividad instrumental. Las relaciones con el mundo material se organizan de un modo utilitario. La racionalidad de estas relaciones instrumentales con el mundo material tiende a recortar los saberes productivos y las relaciones de interacción de los trabajadores y a favorecer el surgimiento de vínculos alienantes y destructores de su identidad y autonomía.

Simultáneamente, se ha producido el reconocimiento y la integración social de los asalariados como grupo diferenciado. Las instituciones que los representan se encuentran ante una actividad productiva que tiene dificultades en construir identidad y autonomía de clase y ante una sociedad que ya ha integrado socialmente al asalariado.

*Los vínculos de identidad y pertenencia que se generaban entre las representaciones y los miembros de los grupos profesionales por el contenido del trabajo que ejercían y por el tipo de relaciones sociales e interacciones que establecían se debilitan para fortalecerse los instrumentales, aquellos que dicen más respecto de la utilidad de esta representación que de su capacidad de generar identidad o pertenencia”. Catalano, Ana María. “La crisis de representación en los sindicatos. Del esencialismo de clase a la acción comunicativa”. En: *Nueva Sociedad*. Número 124. Marzo-abril. 1993. p. 2-3.*

poder individualmente se convierten en actores en la sociedad capaces de luchar en pos de la justicia social en la economía globalizada y de la erradicación de la pobreza en todo el mundo”¹².

Son muchos los desafíos que el sindicato ha afrontado y va a tener que afrontar, pero el protagonismo político, económico y social que ha adquirido, si éste persiste en su capacidad de adaptación, puede sacarlo adelante¹³. Dos aspectos merecen destacarse al respecto; el primero, el notorio y constante descenso de la afiliación sindical que se ha presentado en los últimos años¹⁴, tal descenso ha venido acompañado de una pérdida del poder sindical, primero porque la cobertura de la negociación colectiva ha disminuido¹⁵, y segundo porque el papel político del sindicato en el establecimiento de políticas,

¹² OIT, Oficina Internacional del Trabajo. *El papel de los sindicatos en la economía globalizada y la lucha contra la pobreza. Documento informativo*. Coloquio internacional de trabajadores. Ginebra. 2005. p. 37

¹³ “[esta] tesis unívoca del debilitamiento sindical no explica realmente la variedad de las situaciones observadas sobre el terreno. La globalización ejerce sin duda efectos significativos sobre los sindicatos en los ámbitos del centro de trabajo, de la región, del sector, de la profesión o del país. Una tesis alternativa, la que mantiene este artículo, señala que el impacto real de la globalización varía según la capacidad que tengan los sindicatos de movilizar sus recursos de poder. Puesto que los límites de su poder están sufriendo una mutación en este nuevo contexto globalizado, el actor sindical debe volver sobre sus fuentes de poder con el fin de actualizarlas y renovarlas”. LEVESQUE, Christian, et al. *El poder sindical en la economía mundial*. Manu Robles-Arangiz Instituta. Bilbao. 2004. p. 3.

¹⁴ Entre 2002 y 2009 al menos a 236 organizaciones se les negó registro sindical.

- La tasa de sindicalización en Colombia es del 4,2 % del total de ocupados a diciembre de 2009.

- Hay 53.000 sindicalizados menos con respecto al 2002. Pasando en 2002 de 863.338 afiliados a 810.114 en el año 2010, datos que contradicen los informados por el gobierno y la ANDI que no cuentan con un sistema que procese esta información. Fuente: Escuela Nacional Sindical (ENS). 2010

¹⁵ En los 8 años de gobierno de Uribe la negociación de convenciones colectivas disminuyó. Entre 2001–2002 se negociaron 447 convenciones por año; y entre 2008 y 2009 se negociaron sólo 307, lo que representa una disminución del 31.2%.

en la reforma de los mercados de trabajo y en la reforma de los sistemas de bienestar, ha sido en general, con diversos grados de intensidad dependiendo de los países¹⁶ y de la materia abordada, poco constante en los últimos años, en Colombia, por ejemplo, los trabajadores y organizaciones sociales no tienen asiento en ninguno de los organismos centrales que toman decisiones teóricamente concertadas en materia de política económica y social. La disminución en la tasa de sindicalización¹⁷, en

efecto, ha mermado la capacidad representativa del sindicato, y su capacidad de influencia política, por lo menos durante el pasado período de gobierno de Uribe Vélez¹⁸.

En el año 2007 y en comparación con el 2005, disminuyó el número de convenciones colectivas mientras los pactos colectivos, figura en general impuesta por los empleadores, crecieron de manera sustancial. En el período 1996-1997, 462.641 personas se beneficiaron de la negociación colectiva; en el período 2006-2007, 176.948 se beneficiaron, lo que evidencia una significativa caída en la negociación colectiva y su cobertura, 285.693 beneficiarios perdieron sus garantías convencionales, aproximadamente un 62% de los beneficiarios de hace una década hoy están desprotegidos¹⁹.

- Con respecto a la cantidad de trabajadores y trabajadoras que se benefician de algún convenio colectivo de trabajo, en los dos primeros años de este decenio se beneficiaron 176.140 promedio año.

- En los últimos dos años se beneficiaron 124.200 en promedio, lo que significa una reducción del 29.48%. Fuente: Escuela Nacional Sindical (ENS). 2010.

En el período comprendido entre los años 1994 y 2007, el número de convenciones colectivas de trabajo ha disminuido de manera notoria. En efecto, mientras para el año 1994 se negociaron 496 convenciones colectivas, para el año 2007 se suscribieron apenas 254. En términos porcentuales esto significa una disminución del 60.71% al 54.86%. Fuente: Escuela Nacional Sindical (ENS). 2008.

¹⁶ “Quizás el impulso más alentador para el movimiento sindical, después de muchos años a la defensiva, derive del surgimiento en varios países de gobiernos progresistas elegidos por su discurso antineoliberal. Algunos de ellos incluso contaron con el apoyo decisivo del movimiento sindical. Aunque la nueva coyuntura política latinoamericana no cambiará automáticamente la difícil posición del sindicalismo, sí puede ayudar a oxigenarlo en algunos aspectos. Por ejemplo, a través de una valoración distinta y de la aceptación del sindicalismo como un socio para aplicar políticas progresistas, mediante una mejora de la legislación laboral y del respeto a las normas laborales y la libertad de organización. Una experiencia interesante es la de Uruguay, donde las recientes reformas al marco laboral permitieron y estimularon un fuerte crecimiento de la tasa de sindicalización”. Wachendorfer, Achim. “¿Hacia una nueva arquitectura sindical en América latina?”. En: *Revista Nueva Sociedad*. Número 21. Septiembre – octubre de 2007. p. 36.

¹⁷ “El interrogante que se plantea expresa una inquietud generalizada en el movimiento sindical de América Latina; el descenso, matizado pero severo, de las tasas de sindicalización en todo el continente, advertido en los últimos lustros al tiempo que se producía un acentuado proceso de desindustrialización y de expansión del sector informal de la economía, constituyó el primer dato sólido que daba

soporte a la inquietud creciente. Al término de la década de los ochenta los factores de inquietud aparecen mucho más claros en términos no sólo de cobertura organizativa sino del deterioro de las conquistas sociales que de ordinario están asociadas a la presencia y acción del sindicalismo: el salario y la negociación colectiva”. Sandoval M., Luis. “Sindicalismo y sectores informales”. En: *Revista Nueva Sociedad*. Número 110. Noviembre – diciembre de 1990. p. 140-151.

¹⁸ “La política gubernamental de limitar la creación de sindicatos y su libre funcionamiento. Durante los cerca de seis años del gobierno Uribe Vélez se ha negado el registro de 236 nuevas organizaciones sindicales por parte del Ministerio de la Protección Social, lo que traduce que al menos 7.080 trabajadores en el país perdieron la posibilidad de sindicalizarse. Adicionalmente, se negaron 239 inscripciones de juntas directivas, subdirectivas y comités seccionales municipales, con lo cual, por actos administrativos, se menoscabó la organización sindical”. En “La coyuntura laboral y sindical. hechos y cifras más relevantes 2007 – 2008”. Fuente: Escuela Nacional Sindical (ENS). 2008. Sistema de información laboral y sindical “SISLAB”. Medellín. p. 5.

¹⁹ “El último reporte sobre el tema publicado por la Escuela Nacional Sindical señala que en 2002 se contaba con 863.338 afiliados y en el año 2010 con 810.114 afiliados, lo que significa un decrecimiento del 6,1% en la afiliación sindical (53.224 afiliados)”. Fuente: Central Unitaria de Trabajadores (CUT), et al.: *Informe para la 99 Conferencia Internacional del Trabajo*. Bogotá. 2010. p. 21.

La situación anterior se puede contrastar con el papel político que deben cumplir los sindicatos. En efecto, la

“labor organizativa de los sindicatos constituye un esfuerzo clave con miras a la erradicación de la pobreza. Cuanto más organizados están los trabajadores, mejor pueden decidir su propio destino, al lograr comprender cabalmente su situación económica y política. Dado que las redes sindicales se extienden desde la base compuesta por los afiliados hasta el plano internacional, se tienen en cuenta las inquietudes de muy diversos grupos sociales. Los sindicatos se crearon para defender los derechos económicos y políticos de sus miembros, sus familias y la sociedad en su conjunto. En aras de una defensa eficaz de los intereses de los trabajadores, es esencial que existan sindicatos sólidos, independientes y representativos. Al agruparse en sindicatos, los trabajadores pobres pueden liberarse de las actitudes de marginación y derrotismo; pueden pasar de ser víctimas de la explotación a ser actores capaces de hacer progresar sus propios intereses”²⁰.

El sindicalismo debe ser capaz de denunciar, de indignarse, de proponer, de negociar y de ejecutar sus experiencias.

Otro aspecto, no menos importante, tiene relación con la situación de los procesos de integración regional, en el que las organizaciones sindicales pueden adoptar dos posiciones. La primera es oponerse al proceso e intentar frenar cualquier eventual acuerdo. La segunda consiste en analizar el tema, fijar una postura y formular un planteamiento estratégico; es decir, participar del proceso de negociación e influir en su desarrollo.

En tres casos (las negociaciones de la UE con América Central, la CAN y el MERCOSUR), las organizaciones sindicales se han inclinado por la segunda alternativa. En general, se ha partido de una mirada crítica, pero con

el propósito de incidir en la negociación. El objetivo es alcanzar un posicionamiento y una acción sindical común a ambos lados del Atlántico. Para avanzar en ello, es conveniente preguntarse cómo debe ser enfocada la acción sindical, qué temas deben discutirse y con quiénes habría que hacerlo.

¿Cómo enfocar la acción sindical? Si las organizaciones sindicales pretenden generar algún tipo de influencia en el desarrollo de los procesos de integración y de negociación entre los bloques latinoamericanos y la UE, es necesario que actúen en forma conjunta, como región. No existe, al menos, alguna posibilidad, de conseguir resultados si cada central sindical nacional -suponiendo que las diferentes centrales de cada país se pongan de acuerdo- actúa en forma independiente. El interlocutor sindical debe ser regional y debe actuar con una sola voz²¹.

Evitar la competencia entre sectores y entre países y actuar en conjunto es fundamental. En ese sentido, frente a las desventajas que implican estos procesos para el sindicalismo, la constitución y el fortalecimiento de sujetos regionales que se presentan como tales y negocian desde esa perspectiva es una posible ventaja. Y en esto no hay excusas: avanzar en este objetivo solo depende del propio movimiento sindical, de su inteligencia, su madurez y su espíritu de unidad. La fragmentación, nacional o regional, solo contribuiría a que los procesos de integración y negociación con otros bloques no reflejen los intereses y las propuestas de los trabajadores.

La estrategia del movimiento sindical es avanzar en ese camino de convergencia regional. En las tres subregiones existen organismos sindicales que agrupan a las centrales de los países miembros de cada bloque. Naturalmente, ellos están vinculados a los procesos de integración

²⁰ El papel de los sindicatos en la economía globalizada y la lucha contra la pobreza. Trabajo citado. p. 39.

²¹ PADRÓN CURRAO, Álvaro. “Los acuerdos de asociación entre América Latina y la Unión Europea: el papel del movimiento sindical”. En: *Revista Nueva Sociedad*. Número 211. Septiembre – octubre de 2007. p. 90 y s.s.

regional, por lo que la composición y las líneas de acción de estos actores sindicales se vinculan estrechamente a la marcha de cada bloque regional. Sin embargo, en todos los casos se observa que no existe una dependencia institucional ni un reflejo automático, que estos organismos sindicales regionales no son una copia exacta de las estructuras de cada uno de los tres bloques.

1. LAS TRANSFORMACIONES SOCIO-ECONÓMICAS: RETOS PARA EL CAMBIO

El sindicato nace en el siglo XIX en la industria²², para representar el trabajo en la fábrica y tutelar los intereses de un sujeto social típico: el trabajador manual, de sexo masculino, que trabajaba en la fábrica su entera jornada de trabajo a cambio de una retribución con la que se mantiene y mantiene a su familia, esto es, el trabajador común de la producción de masa. La identidad cultural y política del sindicato se forja en este contexto. La función del sindicato en este sentido ha sido la de conseguir, mediante sus instrumentos habituales de actuación -fundamentalmente, la negociación colectiva y la huelga-, sucesivas mejoras en las condiciones de trabajo y de vida de la clase trabajadora.

²² “En esta etapa, el sindicato era concebido sobre todo como instrumento de resistencia del oficio en la compraventa de la fuerza de trabajo, en la lucha por mejores condiciones de trabajo y en el mantenimiento del monopolio del oficio; de esta manera, también era visto como reproductor de la cultura del oficio (Mallet, 1978). Todo esto en un período de la producción capitalista en el que se mezclaban procesos manufactureros con otros maquinísticos, pero en los que el control capitalista sobre el tiempo de producción era limitado. Por otro lado, no habían surgido los sistemas de relaciones industriales, los sindicatos eran ilegales y, en general, no existían el derecho laboral, las instituciones de conciliación de los conflictos entre el capital y el trabajo, ni la seguridad social (Aglietta, 1978). Por ello su forma principal de lucha no fue la negociación colectiva sino la huelga de hecho y la insurrección”. DE LA GARZA TOLEDO, Enrique. *Alternativas sindicales en América Latina*. Escuela Nacional Sindical. Documento número 53. Medellín. 2004. pp. 6 y s.s.

Pues bien, las transformaciones económicas y sociales acaecidas y las que están en curso, han modificado profundamente ese escenario natural del sindicato, obligándole a repensar y reformular sus estrategias y mecanismos de acción, su estructura y funcionamiento, su relación con los poderes públicos, con los empresarios, y con los propios trabajadores²³. Como es apenas natural, las transformaciones son múltiples y de diversa índole, pudiéndose agrupar en función del escenario en el que se verifican de tres formas: aquellas que afectan al sistema económico en su conjunto, las que afectan a la forma y organización de la empresa, y las que se refieren al trabajo mismo, a su nueva composición y a sus nuevos sistemas de organización.

1.1 El sindicato frente a los cambios económicos

El primer desafío con el que se encuentran los sindicatos es un desafío general, porque interesa por igual a los Estados, a las empresas y a los ciudadanos: es la globalización. La extensión planetaria del dominio del mercado, la creación de un mercado de envergadura mundial afecta, desde luego, en primer lugar, a las empresas que quedan ahora sometidas a una concurrencia

²³ “...conviene también señalar otro argumento actual en defensa de los sindicatos. Se refiere a la concepción del sindicato como una organización que puede servir para reducir los costes de transacción y las fricciones dentro del sistema productivo. Los sindicatos no sólo hacen huelgas. También sirven como cauce de expresión de los trabajadores y para resolver con rapidez, a través de procedimientos estandarizados, los conflictos cotidianos. Pueden disminuir también los costes de información, tanto para los trabajadores como para los empresarios (y reducir de este modo los costes de contratación y formación). Todo esto significa que la acción sindical puede lograr un aumento, sobre todo a largo plazo, de la productividad marginal de la mano de obra, y que este aumento se traduzca en un aumento de la demanda de trabajo. Este argumento encierra probablemente una gran verdad empírica. Pero este efecto positivo es muy difícil de medir empíricamente; aunque no por ello debe pensarse que tenga poca importancia”. ALBA, Alfonso. *Teoría económica y análisis empírico de los sindicatos*. Ministerio del trabajo y seguridad social. España. 1992. p. 441.

global y deben organizar la producción de bienes y servicios a escala planetaria, pero en no menor medida interesa a los trabajadores y a sus organizaciones representativas por cuanto la globalización prefigura una nueva división internacional del trabajo y obliga al sindicato a pensar a escala global y a internacionalizarse. En muchos sectores productivos, sobre todo en el sector servicios (transportes, comunicaciones, energía, banca, etc.), tanto la propiedad como la gestión empresarial misma, trascienden claramente las dimensiones nacionales.

Se observa que:

*"[e]n el escenario de la globalización de la economía, a la región latinoamericana se le presentan notables desafíos. En la búsqueda de nuevos modelos de desarrollo económico, las propuestas de libre comercio e integración, se exhiben ante la mayoría de estos países, como opciones de altas complejidades. Frente al dilema de la pobreza, el desempleo, la flexibilización y desregulación de los mercados laborales, la inequidad y la vulnerabilidad de las instituciones; este continente concurre a un proceso con más desventajas de lo que suele imaginarse. Una agenda laboral que acompañe al proceso de libre comercio o integración adquiere en el presente un carácter prioritario. Los beneficios que puedan derivarse de los modelos integradores de las economías latinoamericanas, están condicionados al tratamiento que se le otorga al tema laboral"*²⁴.

El desarrollo de los mercados²⁵ financieros, la introducción masiva de las tecnologías de

la información y de las telecomunicaciones, el abaratamiento de los costos de transporte y de las comunicaciones han hecho factible un espectacular aumento de la movilidad del capital, y como consecuencia de ello, el que los procesos de deslocalización y relocalización productiva, a nivel regional y mundial, se multipliquen. Estos procesos afectan, en primer término, a las industrias de trabajo intensivas, respecto de las cuales los costos de producción, específicamente el costo de la mano de obra, son un factor determinante de la competitividad.

Con todo,

"[l]os analistas del movimiento social parecen coincidir en la apreciación de que la imposición generalizada del modelo neoliberal a partir de los años 80 del siglo pasado impactó sobre los trabajadores latinoamericanos bajo la forma de una nueva división internacional del trabajo, caracterizada por una menor demanda de materias primas y productos primarios acompañada del mayor interés del capital por el dominio del agua, el gas, el petróleo y los biocombustibles. El abandono de los esfuerzos de industrialización ha aumentado la brecha tecnológica y rebajado por tanto la capacidad competitiva de nuestros países. La mano de obra barata se torna cada vez menos importante para atraer inversiones y hay un aumento desmedido de la deuda externa en la región. Para golpear más el futuro de estos países, la educación superior viene siendo sometida al esquema empresarial transnacional de las grandes corporaciones. Los sectores decisivos más golpeados por el cambio se relacionan con el enclave exportador, la industria y los trabajadores públicos. La privatización de

mercado, el dismantelamiento de los derechos nacionales no permite en modo alguno que surja «el orden espontáneo del mercado», sino que se limita a socavar los cimientos institucionales de los mercados, pues no existe una economía de mercado, sino una diversidad de dispositivos jurídicos que instituyen diferentes tipos de mercado: diferentes por la índole de los productos y servicios intercambiados, y, asimismo, por las historias y las culturas jurídicas respectivas". Supiot, Alain. "Perspectiva jurídica de la crisis económica de 2008". En: *Revista internacional del trabajo*. Volumen 129. Número 2. 2010. p. 167 y s.s.

²⁴ Mendoza, Carolina, et al. "Libre comercio e integración ¿dónde queda lo laboral?". En: *Gaceta Laboral*. V. 12. Número 3. Maracaibo. 2006. p. 2 y 3.

²⁵ "Lo mismo sucede con los mercados monetarios, cuya desregulación se ha llevado a cabo de manera sistemática y cuyos efectos devastadores sólo ahora empezamos a sentir. Privadas de esos pilares, las normas del libre cambio pierden su anclaje en la diversidad de las poblaciones, los territorios y los productos. Podemos seguir durante cierto tiempo actuando como si el trabajo, la tierra o la moneda existiesen con independencia de los trabajadores, los medios naturales o la economía real, pero esas ficciones acaban forzosamente por derrumbarse, alcanzadas por el principio de realidad. Contrariamente a la fe ingenua de quienes adoran al

*empresas ha provocado la reducción del aparato industrial y del mismo Estado. Asistimos a una desenfrenada reducción del trabajo formal y progresivamente desaparecen el contrato colectivo y la estabilidad laboral*²⁶.

La concurrencia entre territorios para atraer inversiones, para evitar o albergar deslocalizaciones, son habituales actualmente y, en este proceso, las actitudes del sindicato a la hora de hacer frente al fenómeno, de implicarse o desentenderse de la lógica empresarial, están siendo ya elementos estratégicos de primer orden. Los requerimientos que para el sindicato la globalización comporta son numerosos, pues obliga al sindicato a pensar globalmente, a asumir el hecho de la globalización a la hora de establecer reivindicaciones y estrategias, a emprender reformas estructurales que le permitan actuar eficazmente a nivel global²⁷.

²⁶ DELGADO, Álvaro. *Luces y sombras del sindicalismo colombiano. Invitación a un debate posible*. FESCOL. Bogotá. 2008. p. 3.

²⁷ “La globalización no ha traído la prosperidad homogénea del mundo, por el contrario, los estándares laborales han ido hacia la baja aun en países desarrollados; tampoco las crisis económicas y financieras han sido abolidas con el libre mercado, por ende el problema del desempleo sigue latente. Teóricamente, la tesis del conflicto estructurado no ha sido rebatida, y la concepción de desarticulación de mundos de vida ignora que en el pasado tampoco existió una sociedad totalmente articulada, sobre todo en el siglo XIX, y que la desarticulación y la rearticulación parciales pueden ser una característica a más largo plazo de las sociedades de lo que suponen aquellas tesis (Hyman, 1996). En fin, que las prácticas sociales también pueden ser articuladoras más que concebir la articulación como condición dada”. DE LA GARZA TOLEDO, Enrique. *Alternativas sindicales en América Latina*. Ob. Cit. p. 20.

“No son sólo las nociones de persona y de responsabilidad las que se hallan vaciadas de su contenido en el «mercado total». El propio derecho (al igual que la religión, las ideas o las artes) está considerado en él como un producto que compite a escala del mundo, donde tiene lugar la selección natural de los ordenamientos jurídicos más complacientes con el propósito de acumular ganancias financieras. (...) La representación jurídica del mundo arraigada en esta tendencia es la de un «mercado de productos legislativos» que brinda a los individuos libres plena capacidad de

En el período actual el sindicato no puede aspirar a incrementar simplemente las condiciones

acogerse a la legislación que más beneficiosa les sea. Para ayudar a los «consumidores de derecho» a escoger en ese «mercado de normas», el Banco Mundial publica todos los años, desde 2004, el «Doing Business», un informe en el que se valoran y comparan los derechos nacionales en función de su eficacia económica respectiva. Se funda en una base de datos cuantitativos cuya finalidad consiste en proporcionar «medidas objetivas» de la legislación de 178 países (a los que ahora llaman «economías»). Contiene, entre otras informaciones, indicadores cuantitativos de la «rigidez» de los derechos del trabajo de esos países. El informe Doing Business de 2005 contiene, por ejemplo, un capítulo sobre la contratación y el despido de trabajadores que calcula pormenorizadamente las trabas a la inversión impuestas en cada país por las normas del trabajo. La tabla comparativa de todos los derechos laborales del mundo se elabora en torno a los siguientes indicadores de la «rigidez del empleo»: dificultad de contratación; dificultad para alargar o disminuir la jornada de trabajo; dificultad del despido por motivos económicos y costo de la contratación y del despido. El lector habrá deducido fácilmente que los vocablos «dificultad» y «rigidez» designan las normas laborales y el de «costo» no alude a veces al dinero, sino a los derechos que protegen a los trabajadores. El índice de «rigidez del empleo» inflige puntos de penalización a los Estados que reconocen demasiados derechos a los trabajadores, por ejemplo, dar cobertura social a los asalariados a tiempo parcial; fijar salarios mínimos que el Banco Mundial considera demasiado elevados (por ejemplo, estima que es demasiado elevada la cantidad de 20 dólares estadounidenses al mes para los países africanos); limitar la jornada máxima a 66 horas por semana; la obligación de dar un preaviso de despido, o los planes de lucha contra la discriminación racial o sexual. La instauración de ese «mercado de productos legislativos» debe llevar a la eliminación gradual de los sistemas jurídicos que menos se prestan a satisfacer las expectativas financieras de los inversores. La competencia que se hacen las empresas bajo la égida de los mercados financieros no debería, pues, limitarse a la esfera económica, sino convertirse en el principio vertebrador de la esfera jurídica. La instauración de este mercado del derecho terminará por ser incompatible con el imperio de la ley, pues dar a cada cual la libertad de escoger el ordenamiento jurídico que le convenga es antinómico con la sujeción de todos al imperio de la ley. Ello también es antinómico con la democracia, cuyo campo se reduce mecánicamente en los países cuyas legislaciones sociolaborales, fiscales y ambientales son puestas a competir entre ellas a escala del planeta”. (...). Esta voluntad de despolitización ha llevado a que la mayoría de los economistas abandonen la tradición de «la economía política» incardinada en el campo de las humanidades por una «ciencia económica» que imita a las ciencias exactas...” Supiot, Alain. “Perspectiva jurídica de la crisis económica de 2008”. Ob. Cit. p. 170-171.

de vida o de trabajo por presión frente al Estado o por medio de la negociación colectiva, porque el sistema de relaciones industriales, así como el Estado en el que encontraba apoyo en términos de política económica y laboral, han cambiado²⁸. Hoy se enfrenta a un mundo en el que los Estados inducen la flexibilización²⁹ de los sistemas de relaciones industriales y los mercados laborales, en el que reducen las protecciones de la seguridad social, en el que los mercados abiertos implican para las empresas tener niveles superiores en productividad y calidad, en el que la globalización supone entre otras cosas el posible traslado rápido de capitales entre países en busca de mejores condiciones para las empresas, utilizando la fragmentación de los procesos productivos y la subcontratación. Se trata de la crisis de un tipo de sindicato circulatorio y de Estado³⁰.

Consecuencia natural de la integración de los mercados y de la gestión de los servicios es la internacionalización de los conflictos laborales. Los conflictos de trabajo aumentan notoriamente su dimensión internacional, forzando al sindicato a adaptarse al nuevo escenario. Comoquiera que la empresa o el grupo de empresas concibe y planifica sus actuaciones globalmente, los conflictos se plantean, ahora, a nivel internacional, lo que obliga al sindicato a reformular sus modos de actuación. El sindicato como sujeto que limita su ámbito de actuación a nivel estatal se ve desbordado por la nueva dimensión de los problemas y la dimensión internacional de los conflictos³¹.

La composición de la economía, la pérdida de peso de la industria en el conjunto del sistema a favor del sector servicios, la terciarización de la economía, es un segundo elemento de preocupación para el movimiento sindical. El

²⁸ “Los sindicatos son unos de los actores principales en la concertación social y el éxito de la misma depende, entre otros, de la mayor unidad y/o cohesión representativa de las organizaciones sindicales y de su capacidad de aceptar compromisos de esta índole. Vale la pena subrayar la paradoja de que la consagración del sindicalismo como interlocutor creíble en materia económica y social ocurra precisamente en un período de crisis del sindicalismo, de desafección de la “base” y de contestaciones en cuanto a su representatividad. De todos modos, la experiencia muestra que no siempre resulta fácil, tratándose de políticas de rigor, llegar a un acuerdo tripartito. Y la tendencia reciente a la descentralización, la flexibilización y la desregulación, plantea nuevos problemas para los sindicatos y pone en duda, en ciertos casos, la utilidad de la concertación social”. SPYROPOULOS, Georges. *El Sindicalismo frente a la crisis: Situación actual y perspectivas futuras*. CINTERFOR. Primera conferencia nacional del trabajo. Brasilia. 1994.

²⁹ El concepto sirve para muchas cosas, pero esencialmente, muestra la ruptura del principio de continuidad de la relación laboral, estableciendo en su lugar, el de la precariedad y atacando frontalmente la estabilidad en el empleo.

³⁰ “Los sindicatos no pueden limitarse estrictamente al ámbito ocupacional o laboral porque toda decisión política tiene consecuencias para los trabajadores, afecta sus salarios, prestaciones y condiciones laborales. El movimiento sindical ha mejorado sus condiciones de trabajo mediante la negociación colectiva pero es necesaria su participación en los órganos que

formulan políticas, económicas y sociales. Tal participación exige que los sindicatos dediquen atención a problemas de intereses generales, políticos en el más amplio sentido del término y que puedan manifestar públicamente sus opiniones acerca de la política económica y social del gobierno, puesto que su misión fundamental es asegurar el desarrollo del bienestar social y económico de todos los trabajadores y de la comunidad”. Suarez, Ernesto Rafael. “Participación en política de los sindicatos”. En: Rodríguez –Quito. Número 28. *Revista Trabajo y Derecho*. Bogotá. 1994. p. 10.

³¹ “Ante estos riesgos, los trabajadores buscan conectarse de manera directa al mercado internacional, renunciando a sus antiguas reivindicaciones, reconvirtiendo su tradición de lucha frente al capital, y aún más, transformando su sentido de clase para adecuarse a los conceptos de mercado y de globalización que exigen una nueva mentalidad. Se han generado así, importantes transformaciones en el mundo del trabajo, entre las que se destaca la fractura del movimiento sindical y de sus derechos laborales, entre los cuales sobresale la afectación del derecho de asociación a causa de los fuertes procesos de desregulación y flexibilización laboral que han dado al traste con el contrato de trabajo a término indefinido y han venido generalizando los contratos de trabajo a término fijo o las formas de contratación desprovistas de regulación laboral”. BEDOYA BEDOYA, María Rocio. *El derecho de asociación sindical frente a la globalización*. Universidad de Antioquia. Medellín. 2009. p. 42.

sindicato se ha hecho en la industria y su cultura es, principalmente, una cultura industrial³². Pero la industria no ha hecho más que perder peso en el conjunto de la economía y del empleo y presumiblemente tal será su evolución futura.

Una industria que será -lo está siendo ya- mucho más terciarizada que la actual, pues cada día necesita más servicios para llevar a cabo su propia actividad productiva, tanto servicios tradicionales como avanzados.

La terciarización de la economía está transformando sustancialmente la forma del conflicto laboral y colocando al sindicato ante una realidad comprometida. La terciarización económica es la del conflicto mismo en un doble sentido: se produce, en primer lugar, una deslocalización del conflicto hacia el sector terciario, donde éste, por su repercusión pública, se revela más eficaz que en la industria; en segundo lugar,

en parte como consecuencia de la terciarización de la economía y en parte por los cambios que de ella han derivado para la propia morfología de conflicto, terceros, es decir, consumidores y usuarios, se ven comprometidos en el conflicto y utilizados como rehenes en las viejas y nuevas formas de acción colectiva. El conflicto es hoy más eficaz en la medida en la que a su lesividad económica añade una lesividad social, en tanto afecta a la ciudadanía y adquiere dimensión pública. Se trata, con todo, de un arma de doble filo, pues lo que resulta para la acción colectiva un instrumento de poder, puede serlo también de deslegitimación social. No obstante, es evidente que garantizar la solidaridad ante este conflicto terciario resulta, para el sindicato, más complejo y difícil porque la nueva forma del conflicto, es un nuevo factor que alimenta el pluralismo social.

Para Offe, el fin de la centralidad del trabajo como espacio estructurante de la sociedad se define a partir de dos grandes transformaciones. En primer lugar, el cambio en la estructura de la economía hacia el sector terciario en menoscabo del industrial y, en especial, de las ocupaciones: más cuellos blancos que azules; diferencias entre pequeñas y grandes empresas, y extensión de las ocupaciones no manuales en detrimento de las manuales, todo esto dentro de los procesos productivos y en los mercados de trabajo. En segundo lugar, el otro argumento, más teórico, remite a la fragmentación de los mundos de vida de los trabajadores, en particular entre el mundo del trabajo y el de la familia, el tiempo libre y el consumo; se trataría también de la pérdida de importancia del mundo del trabajo en la conformación de identidades y subjetividades. Es decir, la anulación de capacidades transformadoras amplias de los trabajadores, o de sujetos que tengan su centro en el trabajo, parte de la heterogeneidad de los obreros y, de manera más profunda, de la fragmentación de sus mundos de vida; esto último se convertirá en los posmodernos en obstáculo absoluto para la conformación de identidades

³² “El movimiento sindical latinoamericano seguirá de esta forma atrapado entre los parámetros de la crisis económica y las políticas de ajuste, combinado con los intentos de los factores de poder de acortar sus espacios de acción.

*El peso de estos factores negativos que recaen sobre el movimiento sindical se asocia con una serie de retos de tal envergadura y actualidad que no permiten ninguna postergación. Ahora bien, si el movimiento sindical no logra confrontarse de manera efectiva y positiva a estos retos podría significar su segura marginación en un futuro no lejano. Uno de estos retos está relacionado con la búsqueda de soluciones concretas y prácticas para ver de qué manera el movimiento sindical logra construir una relación con el sector informal. Dentro de esta tarea, el movimiento sindical deberá repensar su concepción acerca del trabajo. Hasta hoy la preocupación casi exclusiva del sindicalismo ha sido el trabajo asalariado dentro de un esquema clásico cuyo eje es el obrero industrial, con el consiguiente criterio de que las demás formas de trabajo constituyen algo marginal. Pero si el movimiento sindical aspira a mantenerse como uno de los ejes de la sociedad civil deberá buscar nuevas definiciones y conceptos más amplios acerca del mundo y las relaciones de trabajo. Así en algunos países latinoamericanos, sobre todo en la región andina, donde existe una larga tradición de trabajo informal, ya se han realizado diversas e interesantes experiencias respecto a formas de comunicación eficaces entre grupos informales y organizaciones sindicales”. Wachendorfer, Achim. “Sindicalismo latinoamericano, un futuro incierto”. En: *Revista Nueva Sociedad*. Número 110. Noviembre - diciembre de 1990. p. 80-91.*

amplias, no sólo de los obreros sino de todo sujeto social³³.

1.1 El sindicato y los nuevos modelos de empresa

La segunda influencia para el sindicato está constituida por la transformación del modelo de empresa. Si el modelo fordista³⁴, a imagen y semejanza del cual se organizó el sindicato, era la gran empresa industrial, en la que se forjaba la conciencia de clase, los intensos procesos de reestructuración de los años ochenta y noventa han puesto en entredicho la viabilidad de la misma y han dado carta de naturaleza a una empresa organizada en forma de red, que mediante el uso de nuevas tecnologías y el recurso intensivo del outssourcing ha alcanzado niveles de productividad y demostrado gran capacidad de adaptación a los requerimientos del mercado³⁵.

Las estructuras productivas se organizan de forma más flexible. El cambio opera en doble

sentido: de una parte, la estructura empresarial se fragmenta sustituyendo la gran empresa, por una serie de empresas menores con las que se establecen intensas relaciones de colaboración económica; de otra, se ajusta la estructura productiva y de servicios de la empresa a aquellos segmentos del ciclo productivo en los que puede aportarse alto valor añadido externalizando los demás.

En definitiva, tras un siglo básicamente caracterizado por una organización industrial basada en la integración vertical de la producción, las estrategias actuales se dirigen a desintegrar los procesos productivos, distribuyendo cada una de sus fases entre unidades empresariales menores y sustituyendo en la medida de lo posible el trabajo subordinado por redes contractuales de naturaleza mercantil.

Ese cambio en el modelo de empresa, en la medida en que supone la desintegración de la comunidad de trabajo, tiene importantes repercusiones sindicales. La división de la gran empresa que ha sido el ámbito natural de arraigo y desarrollo del sindicato, aquél en el que la formación de lo colectivo -la identificación de intereses comunes-, ha sido más visible y se ha hecho más factible. La sustitución de la gran empresa por numerosas y pequeñas nuevas empresas, supone para el sindicato el cambio de un escenario en el que su actuación ha sido relativamente fácil y exitosa por otro, el de la pequeña empresa, lleno de dificultades, en el que le ha sido siempre difícil penetrar. La pequeña empresa ha sido un terreno poco propicio para el sindicato, pues cuando en la empresa no se alcanza un determinado nivel de sindicalización, lo que suele ocurrir en ella, el empresario ignora al sindicato y se niega a negociar con él, prefiriendo la interlocución directa con el trabajador.

El nuevo modelo, de otra parte, en la medida en la que desintegra la comunidad de trabajo y cambia lo homogéneo por lo heterogéneo, enfrenta al sindicato a la diversidad y a la

³³ OFFE, C. *Disorganized capitalismo*. Polity Press. Cambridge. 1985.

³⁴ “Tanto la empresa Taylorista como la Fordista se caracterizaban por la unidad estratégica y la concentración productiva. Todos los procesos productivos, y a menudo también la distribución de la producción, respondían a un mando único, y dentro de una misma empresa el colectivo laboral tendía a estar subordinado a un empleador único”. Bronstein, Arturo. “Retos actuales del Derecho del Trabajo”. En: *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. Número 2. Enero – Junio de 2006. p. 4.

³⁵ “Además, idealmente, el fordismo implica el control sistemático, por parte de una misma empresa, de todas las fases de acumulación, desde la producción de materias primas hasta el mercadeo [Siegel, 1988, 5]. Esta compleja división técnica del trabajo a veces se asocia a una división regional compleja dentro de o entre espacios económicos nacionales. (...) De hecho, los somete a su propia lógica, pues el predominio de la producción en serie significa que, en virtud de su impacto sobre la productividad y el crecimiento de la productividad, ésta es la principal fuente de dinamismo en una empresa o sector, y que se organizarán otros procesos y actividades para apoyarla, mejorarla o complementarla”. JESSOP, Bob. *Crisis del Estado de bienestar. Hacia una nueva teoría del Estado y sus consecuencias sociales*. Siglo del hombre. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 1999. p. 21.

necesidad de componer un amplio espectro de intereses, si no siempre dispares, sí muy variados (territoriales, sectoriales, empresariales, etc.). La gran empresa favorecía la uniformización, los tratamientos normativos igualatorios, el convenio general; la nueva realidad empresarial favorece exactamente lo contrario, los tratamientos diversificados y la pluralidad de instrumentos de regulación. El reto para el sindicato es el de ser capaz de conciliar todos estos intereses crecientemente divergentes y llegar a una síntesis que permita representarlos adecuadamente³⁶.

1.3 El sindicato y los nuevos trabajos

El desempleo masivo ha sido para el sindicato, como para la sociedad entera, un gran desafío. La fuerza del sindicato está estrechamente ligada al nivel de ocupación y durante décadas ha tenido que enfrentarse con niveles de desempleo generalizados y considerablemente

altos. Con carácter general, su fuerza mengua cuando disminuye la demanda de trabajo y viceversa. Ocurre, sin embargo, que cuando el mercado de trabajo ha recobrado el pulso los trabajos demandados no responden al parámetro Taylor-fordista y ello redundo, de nuevo, en dificultades para la acción sindical³⁷.

En efecto, frente a la homogeneidad del trabajo fordista, que facilitaba al sindicato la tarea de representar todo el universo del trabajo, la heterogeneidad del trabajo postfordista dificulta tales cometidos. El universo del trabajo es ahora mucho más rico del que era y el sindicato hoy debe representar a trabajadores sometidos a estatutos jurídicos muy diversos y con intereses muy plurales: trabajadores contratados a jornada completa y por tiempo indeterminado; trabajadores contratados a tiempo determinado, bien por la propia empresa o a través de una empresa de trabajo temporal, incluso por mediación de cooperativas de trabajo; trabajadores temporales sujetos a un contrato formativo; trabajadores de empresas contratistas (prestadoras de servicios o no); trabajadores autónomos con intensa dependencia económica, socios trabajadores, desempleados, etc. La segmentación del trabajo que resulta de esta variedad hace decididamente de éste una realidad menos compacta y uniforme de lo que lo era en el pasado, dificultando consiguientemente la tarea de representación de intereses del sindicato. El sindicato está ahora llamado

³⁶ “La apertura económica también pone en riesgo la posibilidad de autodeterminación de las naciones, obligadas a abrir sus fronteras sin ninguna contraprestación, más allá de inscribirse a las leyes del mercado, de ser competitivas. Este riesgo se convierte en amenaza, ante la ausencia de un proyecto político nacional que lo encause en condiciones distintas en el escenario de la competencia global.

Ante estos riesgos, los trabajadores buscan conectarse de manera directa al mercado internacional, renunciando a sus antiguas reivindicaciones, reconvirtiendo su tradición de lucha frente al capital, y aún más, transformando su sentido de clase para adecuarse a los conceptos de mercado y de globalización que exigen una nueva mentalidad. Se han generado así, importantes transformaciones en el mundo del trabajo, entre las que se destaca la fractura del movimiento sindical y de sus derechos laborales, entre los cuales sobresale la afectación del derecho de asociación a causa de los fuertes procesos de desregulación y flexibilización laboral que han dado al traste con el contrato de trabajo a término indefinido y han venido generalizando los contratos de trabajo a término fijo o las formas de contratación desprovistas de regulación laboral”. El Derecho de asociación sindical frente a la globalización. BEDOYA BEDOYA, María Rocío. *El derecho de asociación sindical frente a la globalización*. Universidad de Antioquia. Medellín. 2009. Ob. Cit. p. 42.

³⁷ Se trataría en palabras de JESSOP de una transición al postfordismo, entendido como *modo de regulación*, en el cual se “*introducen innovaciones y flexibilidades en ellado de lademanda en cada una de las áreas de regulación. (...) Así, la relación postfordista puede implicar una recomposición fundamental del trabajador colectivo (con una tendencia hacia lapolarización entre trabajadores calificados polivalentes y trabajadores no calificados, en contraste con latendencia fordista hacia la homogeneización en torno del trabajador masivo'semicalificado)*”; *la organización de los mercados de trabajo internos y externos alrededor de diferentes formas de flexibilidad (funciones y habilidades, etc.); elpaso a la negociación colectiva a nivel de empresas o de plantas; y nuevas formas de salario social*”. JESSOP, Bob. *Crisis del Estado de bienestar. Hacia una nueva teoría del Estado y sus consecuencias sociales*. Ob. Cit. p. 47.

a articular y a conciliar toda esa diversidad de intereses.

Los cambios en la empresa y en los sistemas de organización del trabajo abundan en la misma dirección, es decir, la diversificación de situaciones e intereses y la revalorización de las aportaciones y aspiraciones individuales. Así, la nueva empresa flexible, los nuevos modos de producción, están modificando profundamente los contenidos del trabajo y exigiendo competencias y actitudes distintas en los trabajadores.

El trabajo cambia porque las profesiones ahora requeridas son las profesiones del saber que ejercen funciones más amplias, ricas y polivalentes, porque se fomenta el trabajo en grupo, porque se reduce la dependencia organizativa y jerárquica y porque se valora crecientemente la capacidad del trabajador de iniciativa, de adaptación a los cambios y de implicación en el proyecto empresarial. La exigencia empresarial de calidad total pasa necesariamente por un grado de implicación en la empresa del trabajador distinto del que era habitual en el taylor-fordismo, se requiere ahora un trabajador proactivo que comprometa su inteligencia al servicio del proyecto empresarial y eso exige intensos cambios en las relaciones de trabajo³⁸.

Cambios que nuevamente están afectando a todos los sujetos de las relaciones de trabajo y, desde luego, al sindicato³⁹. De una parte, la nueva organización del trabajo en la empresa demanda actitudes sindicales más cooperativas y participativas, que como es obvio, requiere cambios en la cultura sindical y, probablemente, cambios institucionales que la favorezcan y hagan factible; de otra, el protagonismo que la nueva organización del trabajo otorga al

trabajador individual debe hacer al sindicato más sensible a las aspiraciones e intereses individuales, *so pena* de que el trabajador opte por un sindicato de grupo, o por preferir la interlocución empresarial directa. El sindicato ya no puede ser el paladín del igualitarismo, señaladamente del retributivo, porque debe representar intereses muy diversos -muchos de ellos individuales- que sólo desde la asunción de la diversidad pueden verse satisfechos⁴⁰.

El sindicato no va a poder, como lo ha hecho en el pasado, dificultar las disparidades salariales porque hoy los diferenciales de productividad han aumentado y los trabajadores cualificados conocen las oportunidades de empleo que les ofrece el mercado. Ello va a llevarle tutelar de otra forma. Las nuevas tutelas deben ser menos igualitarias y responder mejor a la diversidad del trabajo. El sindicato se enfrenta a la doble grave exigencia de promover el desarrollo y las aspiraciones de los profesionales del saber e impedir la degradación de las condiciones de empleo y trabajo de los trabajadores ejecutores.

2. EL PAPEL DEL SINDICATO ANTE EL NUEVO ESCENARIO

Las principales funciones que el sindicato desempeña en una sociedad democrática⁴¹,

³⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago. "Tendencias contemporáneas del derecho del trabajo". En: SILVA ROMERO, Marcel (Comp.). *El derecho laboral que hereda el milenio*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 1999. p. 35-36.

³⁹ *Ibid.* p. 34.

⁴⁰ Bajo esta caracterización los sindicatos para los empresarios tienen un papel de "interlocutores sensibilizados con las necesidades de la empresa, partícipes de la idea de la confluencia de intereses, dispuestos a gestionar con el empresario las políticas de personal y partidarios de la idea del consenso y del conflicto expreso como una patología del sistema como alternativa a una oposición reivindicativa basada en la expresión del conflicto mediante la huelga u otros medios de presión colectiva". *Ibid.* p. 35-36.

⁴¹ "Si bien son conceptos diferentes, la democracia y la libertad están estrechamente relacionadas y junto con los derechos humanos constituyen un todo indivisible de cualidades que requiere la sociedad contemporánea para un mejor funcionamiento. Entre el conjunto de libertades, la libertad sindical ocupa un lugar preponderante. Su ausencia o incumplimiento dificulta el funcionamiento del sistema político y pone en peligro

fundamentalmente son dos: i) En primer lugar, el sindicato tutela, como es obvio, los intereses de los trabajadores en la empresa, los representa frente al empresario o empresarios con el objetivo de mejorar sus condiciones de vida y trabajo; ii) En segundo lugar, el sindicato es un sujeto político que actúa ante los poderes públicos en defensa de los trabajadores a los que representa y que participa con ello, en el espacio de concurrencia que caracteriza a las sociedades pluralistas, en la definición del bien público. A este último papel se refiere, en nuestra Constitución Política, el Artículo 39 al señalar que “los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del estado”. Al primero aluden los Artículos 56 y 55 superiores, cuando reconocen los derechos de huelga y negociación colectiva⁴².

la gobernabilidad y la paz social”. OIT. Panorama laboral 2007 – América Latina y el Caribe –. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. 2007. p. 30

⁴² “Dentro de su moderno contexto jurídico, la huelga que es explicada como un derecho individual de génesis colectiva, es reconocida dentro de nuestra Constitución como uno de los derechos fundamentales de libertad, enraizado en los soportes de los derechos sociales.

El derecho constitucional de huelga ha mostrado así, frente al progreso y el cambio, su carácter de instrumento de los grupos intermedios de los trabajadores, actores de la contienda jurídica destinada a integrar y corregir la actividad parlamentaria y gubernamental, orientada a conseguir la efectiva participación de los obreros en las organizaciones económica, social y política del Estado. Debe asimilarse, por lo mismo, que las luchas sociales van ligadas a una estrategia institucional coherente, que libere al movimiento obrero de su tradicional indiferencia hacia el orden jurídico vigente, ajustado esencialmente a los intereses de las oligarquías.

Sólo así se podrá reivindicar el prestigio de la vida democrática que sobre la plataforma de la organización republicana, hasta hoy sobre todo entre nosotros, tan sólo ha manifestado su vulnerabilidad, atrasos e insuficiencias. Dentro de nuestro sistema, y en el marco del derecho comparado, es ostensible la línea asumida incluso por la judicatura, de conferir a la huelga el carácter e importancia de todos los derechos constitucionales, tendencia que a nuestro juicio no podrá contener la oligocracia ni el nuevo liberalismo”. Santos Azuela, Héctor. “El Derecho Constitucional de Huelga y el Estado Desertor”. En: *Boletín Mexicano*

Por virtud del principio de libertad sindical se reconocen, entre otros, el derecho de trabajadores y empleadores sin distinción a constituir organizaciones y afiliarse a ellas, el derecho de las organizaciones de trabajadores y de empleadores de redactar sus estatutos y reglamentos y elegir libremente sus representantes, constituir federaciones y confederaciones y afiliarse a las mismas. De la misma manera, la libertad sindical conlleva el ejercicio de la acción sindical que se traduce en el derecho de las organizaciones a establecer libremente sus actividades y a formular su programa de acción para la defensa de intereses económicos y sociales que les son propios mediante todos los medios lícitos como el derecho de huelga, el cual hace parte del derecho general a la protesta y el derecho de negociación colectiva.

Con todo, las organizaciones sindicales coinciden en reconocer la crisis del movimiento sindical, especialmente en países donde el sindicalismo ha sido reivindicativo como en Colombia y ha sido fuertemente golpeado por la globalización económica y por las estrategias empresariales de flexibilidad y desregulación laboral, afectando los derechos de asociación y negociación colectivas; esto se expresa en una baja tasa de sindicalización, una casi inexistente negociación colectiva y múltiples obstáculos jurídicos y materiales para el ejercicio de las libertades sindicales⁴³.

2.1 El sindicato como sujeto político

Como sujeto político⁴⁴ el sindicato ha venido desempeñando dos funciones principales: En primer lugar, la de negociar con las orga-

de Derecho Comparado. Nueva serie año XXX. Número 89. México. Mayo-agosto, 1997.

⁴³ BEDOYA BEDOYA, María Rocío. *El derecho de asociación sindical frente a la globalización*. Ob. Cit. p. 47.

⁴⁴ BAYLOS, Antonio. *Democracia política y sistema sindical: reflexiones sobre la autonomía del sindicato*. Universidad de Castilla – La Mancha. 1999. p. 3-8.

nizaciones empresariales y con los gobiernos las principales reformas de carácter social, a saber: las relativas al mercado de trabajo y a los sistemas de bienestar⁴⁵. En segundo lugar, la de establecer, junto con las organizaciones empresariales, a menudo con soporte gubernamental, pactos de rentas, destinados a garantizar la estabilidad de salarios y precios y el poder adquisitivo de las retribuciones de los trabajadores.

En dicho sentido, el sindicato no es sólo una organización que representa al trabajo asalariado como agente económico a través de la contratación colectiva de la fuerza de trabajo, sino un actor social, que expresa la identidad social de los trabajadores en su conjunto y que se relaciona, por tanto, con el resto de los actores que interactúan en el sistema de relaciones laborales. De esta manera, analizar las relaciones que existen entre el sistema democrático y el sindicalismo permite señalar tres orientaciones básicas: i) como una relación de necesidad, puesto que la democracia política es un elemento connatural a la propia existencia del sindicato: sin democracia no hay acción sindical; ii) a la inversa, en la esencia de la democracia se inserta la actuación autónoma del sindicato: sin libre actuación del sindicalismo no hay democracia política. Lo que, por último, iii) lleva a plantear si se puede proyectar un cierto paralelismo entre la autonomía de la política y la autonomía sindical como elementos fundantes del sistema democrático, o lo que es lo mismo, cómo concebir el rol político del sindicato como elemento necesario de la democracia, no subordinado en su actuación a una predeterminación por lo político del marco de referencia global en el que se inserta su proyecto de transformación de la sociedad.

La primera cuestión que relaciona la democracia con el sindicato, tiene como génesis

⁴⁵ GOUGH, Ian. *Economía política del Estado del bienestar*. Blume. Primera edición Española. Madrid. 1982. p. 251 y s.s.

comprender que en el origen y naturaleza del sindicato está inscrito un doble movimiento, antiautoritario y democrático, el cual actúa simultáneamente y da sentido a esta forma social. En efecto, históricamente es aceptado que se incorporó a los objetivos de la acción sindical un elemento directamente político, la construcción y defensa de las libertades públicas y la extensión de los derechos ciudadanos que configuran el eje central de los sistemas políticos democráticos.

En Colombia, el movimiento sindical ha sido un elemento principal en la lucha por la democracia, que perseguido sigue siendo la organización de mayor convocatoria en el país y ha demostrado con la victoria frente al referendo de Uribe que existe una fuerza social desconocida en los grandes medios de comunicación pero viviente en muchos corazones colombianos⁴⁶ y, por lo mismo, se ha convertido en objetivo privilegiado del autoritarismo social de nuestra época.

La democracia es la condición de existencia del sindicato; en la Constitución se consagran tres tendencias diferentes para el tratamiento normativo y práctico que reciba el trabajo. Bajo la primera o teoría del conflicto, los sindicatos, el derecho de negociación colectiva y el derecho de huelga como elementos esenciales de la libertad sindical –entendido como derecho humano fundamental– tienen garantías en la Constitución pero dejando al legislador la expedición del respectivo estatuto del trabajo, sin que este cometido se haya materializado; la huelga es un método de lucha de los trabajadores; por la segunda o teoría del solidarismo, el Artículo 333⁴⁷ de la Constitución ordena al

⁴⁶ SILVA ROMERO, Marcel. *Proyección de un siglo de Derecho Laboral Colectivo en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2005. p. 384.

⁴⁷ Al consagrarse en este artículo como principios: 1) la actividad económica y la iniciativa privada; 2) la libre competencia económica; 3) la prohibición de obstruir o restringir la libertad económica y en el artículo 336 que, 4) enajenará o liquidará las empresas

estado fortalecer las organizaciones solidarias que parten del criterio central de inexistencia de contraposición de intereses entre los propietarios de las empresas y los trabajadores, sino que sus intereses son unos mismos y es en su conjunto como deben organizarse para desarrollar la nación. Sin embargo, esta corriente solidarista en la práctica comprende el trabajo asociado, que ha minado el derecho laboral, específicamente en el derecho de asociación y la huelga. Por la tercera o teoría de la concertación, la Constitución señala la existencia de contradicciones entre los empleadores y los trabajadores pero que a nivel macro tienen intereses comunes, dando paso así a la constitucionalidad de los acuerdos tripartitos, donde se acuerdan políticas globales y se permite el desarrollo del conflicto en cada empresa, pero dentro de las orientaciones generales de los pactos. Los Artículos 60 concernientes al acceso democrático a la propiedad y concertación en el inciso segundo del Artículo 56 alcanzan su máxima expresión allí⁴⁸.

Con todo, el sindicato es una formación que denota un pluralismo social que se ubica al lado de lo político, para configurarse ambos como elementos básicos de esa construcción compleja llamada Estado Social. El pluralismo social implica el reconocimiento de una esfera de autonomía que se traduce en la capacidad de dotarse de una propia estructura organizativa, dictar sus propias reglas de autotutela y ejercer una importante capacidad normativa sobre

las relaciones laborales en un amplio sentido. Tal hecho político se traduce en términos jurídicos mediante el reconocimiento por el ordenamiento de esta posición institucional del sindicato y de su capacidad normativa y de solución de las controversias en las que está presente el interés del grupo social. A este hecho se vincula la determinación por el sistema jurídico de las reglas de selección y de fijación de interlocutores a través de la noción de la representatividad sindical y la tutela jurisdiccional de su dinámica. El sindicato se configura, desde esta perspectiva, como una instancia de emancipación y de participación en un proceso de igualdad social.

Desde la diferencia entre la igualdad formal entre las personas y la constatación de una desigualdad material basada fundamentalmente en la explotación del trabajo asalariado y en la libertad de empresa en un mercado competitivo, se asume en los textos constitucionales el compromiso de que los poderes públicos actúen nivelando paulatinamente esta desigualdad económica y social en una perspectiva de reformas graduales y progresivas. Es ciertamente un compromiso asignado a los poderes públicos, pero a cuyo objetivo se asocian formaciones sociales como el sindicato.

El sindicato, en cuanto representante de los intereses económicos de los trabajadores, resulta ser un elemento clave para el sistema democrático. Es decir que no hay democracia política sin la autonomía de formaciones sociales y lo que ello significa en referencia a la acción de representación y tutela de los intereses de los trabajadores en su conjunto, en cuanto miembros de un grupo social determinado. No existe, por tanto, democracia política plena sin que en ella se instalen los sindicatos como agregaciones de intereses jurídicamente preeminentes y políticamente relevantes que se configuran como instancias de emancipación social. Claro que esto coloca el tema de

monopolísticas cuando no sean eficientes, se levanto un gran obstáculo en contra del principio de libertad sindical. En efecto, el artículo 336 solamente señala que se respeten los derechos adquiridos, pero no las convenciones colectivas. Como consecuencia, resulta desprotegida la convención colectiva y los acuerdos entre empresas y sindicatos, manifestaciones del derecho de asociación; prima en estas materias el fin que el constituyente en el citado artículo le otorgó a las empresas como base del desarrollo.

⁴⁸ SILVA ROMERO, Marcel. *Proyección de un siglo de Derecho Laboral Colectivo en Colombia*. Ob. Cit. p. 266.

reflexión en un campo mas concreto, el de la posible convergencia entre lo sindical y lo político en una perspectiva de cambio social y de transformación del sistema económico y social en un sentido emancipatorio.

En esta nueva realidad, el sindicato que quiere expresar la identidad social de los ciudadanos cualificados por una situación de desigualdad económica y social, y que con su actuación pretende nivelar progresivamente hasta hacerla desaparecer ese desequilibrio social y de poder, tiene un proyecto autónomo de sociedad y de las reformas del sistema que se deben emprender, en una adecuada combinación entre objetivos a largo y a medio plazo⁴⁹.

Es un proyecto general, porque afecta a la ciudadanía social entendida en un sentido lo más amplio posible, y reúne ante todo dos notas caracterizadoras de extraordinario relieve: autonomía respecto del proyecto político de sociedad que sostiene el partido político, lo que implica posiblemente amplias zonas de coincidencia, pero que no excluye la posibilidad de disenso puntual o de fondo con el programa del partido, que conduzca a una relación conflictiva, e independencia del proyecto sindical respecto de los procesos de representación política y sus avatares, en el doble sentido de no subordinar el programa de reformas al éxito electoral de las formaciones políticas más homogéneas ideológicamente con el enfoque sindical, ni de poner a disposición de la labor de oposición política la fuerza erosionante del gobierno que puede catalizar la acción reivindicativa sindical.

El sindicato deviene en verdadero sujeto político⁵⁰, que debe negociar con el poder político

su propio proyecto de sociedad, si bien intenta realizarlo con sus propios medios: negociación colectiva, huelga, autotutela de intereses en variadas formas, manifestaciones, información, participación institucional, etc. Ello hace que se amplíe necesariamente su campo de acción, que ahora se extiende a la concertación social de las políticas económicas y sociales, a la negociación política con el poder público de las líneas de actuación y de reforma de la sociedad y del Estado. De esta manera, es una necesidad del sistema sindical así constituido la emanación de reglas para determinar la interlocución en este nivel de la generalidad, del ámbito de la contratación de las medidas públicas en materia económica y social, en el sentido de impedir la arbitrariedad en la selección de los interlocutores sociales, limitando en consecuencia la libertad de elección, por el poder público o empresario, del sindicato con el que negociar en esos espacios. Este es el sentido de las reglas sobre la representatividad sindical, que inciden, respetándolo, sobre un fenómeno de pluralidad sindical, exigiendo un umbral de implantación social que es verificable de manera objetiva.

En síntesis, la autonomía del proyecto sindical así esbozada, necesita asimismo, determinadas condiciones para poder arraigarse en la práctica. La más clara, desde el punto de vista de los trabajadores, es la de la unidad de acción sindical, que presupone la incorporación de este elemento de generalidad y de representatividad tendencialmente global del conjunto de la ciudadanía social de un país determinado. Al menos este es un dato que resulta evidente desde la experiencia histórica colombiana⁵¹.

⁴⁹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "Libertad sindical y rol institucional de los sindicatos: anotaciones a dos décadas de vigencia del texto constitucional". En: *Revista de Derecho Social* No. 8. 1999. p. 35 y s.s.

⁵⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *El sindicato como sujeto político. Estudios de derecho del trabajo en*

memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón. Tecnos. Madrid. 1980. p. 555.

⁵¹ SILVA ROMERO, Marcel. *Proyección de un siglo de Derecho Laboral Colectivo en Colombia*. Ob. Cit.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBA, Alfonso. *Teoría económica y análisis empírico de los sindicatos*. Ministerio del trabajo y seguridad social. España. 1992. p. 441
- BAYLOS, Antonio. *Democracia política y sistema sindical: reflexiones sobre la autonomía del sindicato*. Universidad de Castilla – La Mancha. 1999.
- BEDOYA BEDOYA, María Rocio. *El derecho de asociación sindical frente a la globalización*. Universidad de Antioquia. Medellín. 2009.
- BOIX, Isidor. “Construyendo el sindicalismo global”. En: *Revista La Factoría*. Número 9. Cataluña.
- BONET, Jaime. *La terciarización de las estructuras económicas regionales en Colombia*. Banco de la República – CEER. Bogotá. 2006.
- BRONSTEIN, Arturo. “Retos actuales del Derecho del Trabajo”. En: *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. Número 2. Enero – Junio de 2006.
- BRUNNER, José Joaquín. *Globalización Cultural y Posmodernidad*. FCE. Santiago. 1998.
- CATALANO, Ana María. “La crisis de representación en los sindicatos. Del esencialismo de clase a la acción comunicativa”. En: *Nueva Sociedad*. Número 124. Marzo-abril. 1993.
- Central Unitaria de Trabajadores (CUT), et al.: *Informe para la 99 Conferencia Internacional del Trabajo*. Bogotá. 2010.
- DE LA GARZA TOLEDO, Enrique. *Alternativas sindicales en América latina*. Escuela Nacional Sindical. Documento número 53. Medellín. 2004.
- DELGADO, Álvaro. *Luces y sombras del sindicalismo colombiano. Invitación a un debate posible*. FESCOL. Bogotá. 2008
- Escuela Nacional Sindical (ENS). 2010.
- _____. 2008
- _____. *La coyuntura laboral y sindical 2006-2007 en cifras*. 2007.
- ESPINOZA, Malva. *Trabajo decente y protección social*. Oficina Internacional del Trabajo. Santiago. 2003.
- GONZÁLEZ Ortega, Santiago. “Tendencias contemporáneas del derecho del trabajo”. En: SILVA ROMERO, Marcel (Comp.). *El derecho laboral que hereda el milenio*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 1999.
- GOUGH, Ian. *Economía política del Estado del bienestar*. Blume. Primera edición Española. Madrid. 1982.
- GRIGNARD, Marcel. “El sindicalismo en un momento crucial. ¡atreverse al cambio!” En: *Revista La Factoría*. Número 45. 2010.
- JESSOP, Bob. *Crisis del Estado de bienestar. Hacia una nueva teoría del Estado y sus consecuencias sociales*. Siglo del hombre. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 1999.
- LEVESQUE, Christian, et al. *El poder sindical en la economía mundial*. Manu Robles-Arangiz Institutua. Bilbao. 2004.
- MENDOZA, Carolina, et al. “Libre comercio e integración ¿dónde queda lo laboral?”. En: *Gaceta Laboral*. V. 12. Número 3. Maracaibo. 2006.
- OFFE, C. *Disorganized capitalismo*. Polity Press. Cambridge. 1985.
- OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Panorama laboral 2007 – América Latina y el Caribe –. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. 2007.
- _____. *El papel de los sindicatos en la economía globalizada y la lucha contra la pobreza. Documento informativo*. Coloquio internacional de trabajadores. Ginebra. 2005.
- _____. 1999.
- PADRÓN CURRAO, Álvaro. “Los acuerdos de asociación entre América Latina y la Unión

Europea: el papel del movimiento sindical”. En: *Revista Nueva Sociedad*. Número 211. Septiembre – octubre de 2007.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *El sindicato como sujeto político. Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*. Tecnos. Madrid. 1980.

SANDOVAL M., Luís. “Sindicalismo y sectores informales”. En: *Revista Nueva Sociedad*. Número 110. Noviembre – diciembre de 1990.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Libertad sindical y rol institucional de los sindicatos: anotaciones a dos décadas de vigencia del texto constitucional”. En: *Revista de Derecho Social* No. 8. 1999.

SANTOS AZUELA, Héctor. “El Derecho Constitucional de Huelga y el Estado Desertor”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie año XXX. Número 89. México. Mayo-agosto, 1997.

SILVA ROMERO, Marcel. *Proyección de un siglo de Derecho Laboral Colectivo en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2005.

_____. *Tendencias contemporáneas de las convenciones colectivas y pactos sociales. En El derecho laboral que hereda el milenio*. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de derecho. Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá. 1999.

Sistema de información laboral y sindical “SISLAB”. La coyuntura laboral y sindical.

Hechos y cifras más relevantes 2007 – 2008. Medellín. 2008.

SOMAVIA, Juan. *Trabajo decente en las Américas*. Oficina Internacional del Trabajo: Informe del director. XVI Reunión Regional Americana. Brasil, mayo 2001.

SPYROPOULOS, Georges. *El Sindicalismo frente a la crisis: Situación actual y perspectivas futuras*. CINTERFOR. Primera conferencia nacional del trabajo. Brasilia. 1994.

STOLOVICH, Luis. *La Tercerización. ¿Con qué se come?* Disponible en: <http://www.clacso.org>. [Citado: 13/12/2010].

SUÁREZ, Ernesto Rafael. “Participación en política de los sindicatos”. En: *Rodríguez – Quito. Número 28. Revista Trabajo y Derecho*. Bogotá. 1994.

SUPIOT, Alain. “Perspectiva jurídica de la crisis económica de 2008”. En: *Revista internacional del trabajo*. Volumen 129. Número 2. 2010.

WACHENDORFER, Achim. “¿Hacia una nueva arquitectura sindical en América latina?”. En: *Revista Nueva Sociedad*. Número 21. Septiembre – octubre de 2007.

_____. “Sindicalismo latinoamericano, un futuro incierto”. En: *Revista Nueva Sociedad*. Número 110. Noviembre – diciembre de 1990.

CONSTITUTIONAL COURTS AND ECONOMIC POLICIES THE COLOMBIAN CASE*

Javier Franco**

Pablo Medrano***

Fecha de Recepción: 11 de Octubre de 2010

Fecha de Aceptación: 30 de noviembre de 2010

Artículo Resultado de Proyecto de
Investigación.

Abstract

This article shows the different positions about the debate between law and economy, especially, the competence, legitimacy and convenience of constitutional courts intervention in the making of economic policies. To do it, Firstly, we present the general context of the evolution of constitutional law, that is to say, the growing importance and power of constitutional courts in the contemporary democratic societies. Secondly, we focus in Colombian case, for that reason, (i) we explain why the Colombian case is relevant for our research, (ii) we describe the Colombian constitutional law background, (iii) we present the main effects of the Colombian Constitutional Court decisions in the Colombian economy as well as the criticism about the Constitutional Court's activity, (iv) we emphasize in the role of Colombian

Constitutional Court in defining health policy. Thirdly, we summarize the main arguments for and against the intervention of Colombian Constitutional Court in the making of economic policies in general, and the Colombian health policy in particular. Finally, we expose some final conclusions.

Key words

Constitutional law, Colombian Constitutional Court, economic policies, judicial activism.

TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y POLÍTICAS ECONÓMICAS CASO COLOMBIANO

Resumen

Este artículo muestra las diferentes posiciones sobre el debate entre el derecho y economía, especialmente la competencia, legitimidad y comodidad de los tribunales constitucionales, intervención en la adopción de políticas económicas. En primer lugar, presentamos el contexto general de la evolución del derecho constitucional, es decir, la importancia creciente y el poder de los tribunales constitucionales en el actual contexto de las sociedades democráticas. En segundo lugar, nos concentramos en el caso Colombiano; por esta razón, (i) nos explicamos por qué el caso colombiano es pertinente para nuestra investigación, (ii) describimos los antecedentes del derecho constitucional colombiano, (iii) presentamos los efectos principales de la Corte Constitucional Colombiana y sus decisiones en la economía Colombiana, así como las críticas sobre la actividad del Tribunal Constitucional, y (iv) hacemos hincapié en la función de la Corte Constitucional Colombiana para definir la política sanitaria. En tercer lugar, resumimos los principales argumentos en pro y contra la intervención de la Corte Constitucional Colombiana en la adopción de políticas económicas en general, y la política sanitaria en particular. Por último, exponemos algunas conclusiones finales.

* This article is a product of a research at the Law School at Universidad Libre (Bogotá), called "The Social Security in Colombia: an Analysis from Law and Economics".

** LLB from the Universidad Libre (Bogotá) and B.A in Sociology from the Universidad Nacional de Colombia. Master in Law and Economics from Universidad Externado de Colombia and Master in Comparative Law of the Université of Paris 1 (Panthéon- Sorbonne). Professor of the Law School at Universidad Libre. jfranco@gmail.com

*** Lawyer specialized in Constitutional law from Universidad Nacional de Colombia. pabloemedrano@gmail.com

Palabras clave

Derecho Constitucional, Corte Constitucional Colombiana, Políticas económicas, Activismo Judicial.

**INTRODUCTION:
HYPOTHESIS AND METHODOLOGY**

This article pretends to bring a possible answer to this question: It is advisable that Constitutional Courts interfere in the making of Economic Policy? This is a issue that many countries, especially developing countries, have been facing currently. The debate about this issue has risen in the last decades because of the new role of constitutional courts in the contemporary societies.

Our hypothesis is that there is a relationship between judicial activism and economic growth; an unlimited judicial activism can be produce economic disequilibrium as well as a complex situation of protection of human rights. It happens because judges do not consider the economic consequences of their decisions.

In our research we used a methodology that combines a compilation of background information as well as comparative method. First at all, we collected all the papers (books, magazines, newspapers) about our research problem, then, we selected the most relevant information. Secondly, we looked for representative cases into the Colombian Constitutional Court jurisprudence and selected four representative cases (Case of mortgage debtors (case of UPAC), Case of forcedly displaced population, Case of prisoners and the case of the right to health).

Thirdly, we looked at some countries that have faced the same debates about the Constitutional Courts interference in the Economic Policy Making. Finally, after this comparative law exercise, we analyzed the information and suggested an answer for our research question.

1. THE POWER OF CONSTITUTIONAL COURTS

Constitutional Court annulling reform package would ruin economy. It was a headline in a Turkish newspaper that represents the importance of Constitutional Courts in a contemporary society. Last month, one of the most important news in Turkey was the anxiously waiting for the Constitutional Court's ruling about a reform package proposed by Turkish government¹.

The experts had predicted that if the Constitutional Court annuls one or more articles of the package, this would cause great financial damage. For instance, the Court's decision can scare foreign investors and produce an economic crisis. That is why, businessman, investors and citizens centered their attention on the Justices of the Turkish Constitutional Court. Some Turkish could not understand why the Constitutional Court can be change the economic future of their country.

Just like Turkish, citizens of many countries have been asking the same questions about the competence, legitimacy and convenience of constitutional courts intervention in the making of economic policies. The fact is that indeed, in the last decades has developed a tendency to give more power to courts in order to control the other branches: the legislative and executive.

This tendency has been developing in concordance with other controversial tendency: the theory of social rights and their justiciability. That is why; democratic countries have been incorporating in their constitutions bill of rights that include social, economical and cultural rights (also known as second and third generation rights). To enforce this kind of rights,

¹ BAYSAL, Ercan, et al. Constitutional Court annulling reform package would ruin economy, Today's Zaman (newspaper). Available at: [http://www.todayszaman.com/tz-web/news-215148-constitutional-court-annulling-reform-package-would-ruin-economy.html\(06-08-2010](http://www.todayszaman.com/tz-web/news-215148-constitutional-court-annulling-reform-package-would-ruin-economy.html(06-08-2010)

constitutions provide to citizens several sorts of legal actions.

In this context, constitutional courts have been empowered by constitutions. What this means is that constitutional courts have more powers than before to interfere in economic, social and politics issues. This has stimulated a lot of clashes between the branches, especially between judicial and legislative branches. This situation produced a new way to see the classical principle of separation of powers. According to Cooter:

“A conventional formula distinguishes among the legislative, executive and judicial branches of government. By convention, law should be made by the legislature, enforced by the executive, and interpreted by the courts. Reality is much more complicated than this simple formula. Each of three branches of government performs all three activities, although not to an equal extent”².

There is a vigorously debate about the implications of the expansion on judicial power and the effects of this power, particularly in countries where the democracy has not been totally consolidated.

“Judicial optimists draw on the experience of polities that a successful transition to democracy, such as South Africa and Germany, to argue that judicial review has an important democratic pay-off by strengthening constitutions. Judicial pessimists, on the other hand, draw on the experience of older, consolidated democracies, such as United States, to argue that empowering courts weakens citizen’s attachment to constitutions and undermines the ability of legislatures to solve pressing problems”³.

² Cooter, Robert. *The Strategic Constitution*. Princeton University Press. New Jersey. 2002. p. 173.

³ Schor, Miguel. “An Essay on the Emergence of Constitutional Courts: The Cases of Mexico and Colombia”. In: *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 16. No. 1. 2008. Suffolk University Law School Research Paper No. 08-31. Available at: [http://ssrn.com/abstract=1134183\(03-08-2010\)](http://ssrn.com/abstract=1134183(03-08-2010)). p. 3.

In conclusion, unlike before, the Constitutional Courts have a relevant role in a democratic society. Thus, besides the traditional role of interpreting law the courts have the power to interference in the making of public policies. The constitutional courts can interference in the making of public policies by annulling laws as well as by interpreting those in a specific way in order to enforce social rights in some cases.

2. THE COLOMBIAN CASE: ENFORCING RIGHTS BY JUDICIAL ACTIVISM

In the first section of this paper, we presented the general context of the evolution of constitutional law, that is to say, the new roles of constitutional court in a democratic society. Now, in this section we will present the impact of these tendencies in the Colombian legal system. First, it is important to say why Colombian as well as countries in process to be a consolidated democracy, can be interesting object of study, then, we will to set out the Colombian constitutional law background, third, we will to present the main effects of the Colombian Constitutional Court decisions in the Colombian economy as well as the criticism about the Constitutional Court’s activity, finally, we will to emphasize in the role of Colombian Constitutional Court in defining health policy

2.1 Relevance of legal debates from countries that are on the way to the consolidation of the democracy

Sometimes scholars refuse to study the experience of the developing world because there is a belief that new democracies or countries in process to be a democratic society should to copy the best practices of consolidated democracies, such as United States of America or Germany⁴. The problem of this point of view is that important theories as well as legal and political debates about the way towards a

⁴ *Ibíd.*

consolidated democracy are ignored, even by some scholars from countries in process to be a strong democratic society, who just try to imitated foreign ideas without a critical insertion process.

It is obvious that there are centers of knowledge that have a great influence in the legal theory, however, on the way from these centers to reception sites, sometimes legal theories can change, their meaning can be modified by scholars from reception sites. These transmutations of ideas should not be dismissed only because there are not totally original ideas. The relationship between “production sites” of judicial theory and “reception sites” is developed at greater length by the professor Diego López⁵.

In the Colombian case, the 1991 Constitution was the product of a great constitutional experimentation, this Constitution created a Welfare State, changed the power structure, incorporated a wide bill of rights composed of civil and political rights, as well as social, economic, cultural, and collective rights, created a new and powerful constitutional watch guard: The Colombian Constitutional Court, and last but not least, the Constitution enjoins the State to protect and fulfill the principles and rights in the bill of rights⁶ The Colombian case is thus worth studying.

2.2 Colombian Constitutional context

In this section we will expose briefly the main aspects of Colombian constitutional context, to start, we will talk about the powers of the Colombian Constitutional Court, then, we will show some possible causes of Court activism.

The 1991 Constitution created two constitutional citizen actions which determine

the Constitutional Court's forms of jurisdiction: abstract and concrete control of constitutionality. The first one is the *public action of unconstitutionality* by virtue of which any citizen can demand the Court that a law or decree be declared unconstitutional, without him or her being a lawyer or having any particular interest in the issue, as opposed to other legal systems that require either or both of these conditions.

The *tutela action* is the other constitutional action contained in the 1991 Colombian Constitution, by virtue of which any person may directly request any judge to protect his or her fundamental rights when they are being violated by a state agent or an individual which the person is subordinated, and when there is no other legal action that can be used to prevent the right violation from continuing.

As with the *public action of unconstitutionality*, citizens do not need to be a lawyer to file a *tutela action*. Judges are obliged to give priority to *tutela actions*, which are thus decided within ten days.

2.3 Judicial activism

The next point is the sources or causes of Constitutional Court activism. There is not a consensus about it; however, we propose to classify the possible sources of judicial activism in Colombia in four kinds: legal, ideological, factual and political sources, in other words: (i) constitutional competences of Colombia Constitutional Court as well as open texture of the constitution; (ii) new ideology about the judicial role; (iii) usurpation of competences by Constitutional Court and; (iv) inefficiency of the legislative and executive as well as the political parties and social movements.

The 1991 Constitution gives to Court institutional and legal elements in order to enforcement the values, principles and right contained in the

⁵ LÓPEZ, Diego. *Teoría Impura del Derecho, la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis. Bogotá. 2008.

⁶ Article 2, COLOMBIAN CONSTITUTION.

Constitution, such a *tutela action* and the *public action of unconstitutionality*, which as we saw earlier, some academics think that these new powers can be explain the judicial activism, nevertheless, the Constitutional Court “*has interpreted these competences in a generous way*”⁷, for example, the Court interpreted that its competence to decide upon the constitutionality of a law includes not only its power to either maintain it in the legal order by declaring its constitutionality or annul it but also its power to declare it *conditionally constitutional*, by maintaining it in the legal order and offering the only constitutional interpretation the text can be given⁸.

For this way, the Court has modified some laws. It has been possible because of the open texture of the constitution allows judges to interpret the constitution in an unlimited way⁹.

On the other hand, some academics think that the source of the judicial activism is not the constitutional text. They argue that we should to look at the new particular set of ideas about the judicial role. That is why, “*activism is a function of the ideas held by judges about their institutional role*”¹⁰. The judges believe that they have the major role in a democratic society; they think that should to impulse the social change, for example, protecting social rights.

The new Constitution encourages the judges to interpret the law in a special way. When judges are applying a law in a specific case, they must remember the values and principles of the Welfare State, if the solution given by the law is

“*unfair*”, the judges can refuse to apply this law and instead, to apply directly the constitutional values, principles and fundamental right in order to solve the case “*fairly*”.

As opposed to this position, there are a group of Colombian academics who think that the source of the judicial activism is the wrong interpretation of the Constitution by the Constitutional Court. They argue that the creation of the theory about the “new law” or “anti-formalism” is just an invention that allows dangerous judicial discretion. Undoubtedly, When the Justices of the Constitutional Court modify the main sense of a law by interpretation, they are creating law, as a matter of fact, the court has not interpreted reasonably the law, the Court has ignore the law¹¹ something inadmissible in a Roman-Germany legal system where the positive law (writing into a collection codified) is the main source to decide cases.

Finally, some scholars consider that the problem is the inefficiency of the legislative and executive as well as the political parties and social movements, according to Uprimny:

*“This activism has also been stimulated by two structural political factors: the crisis in political representation and the weakness of social movements and opposition parties in Colombia. Because Colombia generalized disenchantment with politics, certain social groups have demanded solutions from constitutional jurisdiction to problems that should be debated and overcome by means of democratic process in the first place”*¹².

⁷ Ibid.

⁸ Case C-112/00.

⁹ CARRASQUILLA, Alberto. “Economía y Constitución: hacia un enfoque estratégico”. En: *Revista de Derecho Público*. No. 12. Universidad de los Andes. Bogotá. 2001. p. 22.

¹⁰ NUNES, Rodrigo. Ideational Origins of Progressive Judicial Activism: The Colombian Constitutional Court and the Right to Health. APSA 2009 Toronto Meeting Paper. 2009. Available at: [http://ssrn.com/abstract=1449536\(07-08-2010\)](http://ssrn.com/abstract=1449536(07-08-2010)). p. 3.

¹¹ TAMAYO, Javier. “La Corte Constitucional y la nueva interpretación del derecho”. En: MOLINA BERTANCUR, Carlos Mario (Comp.). *Corte Constitucional y Economía*. Universidad de Medellín. Medellín. 2010. p. 101.

¹² UPRIMNY, Rodrigo. The Judicial Protection of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates. 2006. Available at: [http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=2&id_publicacion=361\(04-07-2010\)](http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=2&id_publicacion=361(04-07-2010)). p. 6.

2.4 Controversial decisions and their economic consequences

In this section we will analyze three controversial cases that generated strong criticism against the Colombian Constitutional Court because of their economic consequences. These cases are: (i) the case of mortgage debtors (case of UPAC); (ii) the case of forcedly displaced population; (iii) the case of prisoners.

In the next section of this article we will focus in another interesting case: the case of the right to health. All these decisions have implied significant budgetary costs.

2.4.1 The case of mortgage debtors

There was a financial system called UPAC (Unity of constant acquisitive power), in 1997 Colombia went into a deep recession that sent into crisis a lot of debtors, approximately 800.000 debtors who had taken loans to buy their homes with the UPAC system. In 1999, about 200.000 debtors and their families were on the verge of losing their homes.

They asked the government for a reform of the financial system, even some of them implemented civil disobedience strategies in order to refuse to continue paying their mortgages or to hand their homes over the banks. However, they never received an answer from the Congress or the President.

Finally, debtors decided to launch constitutionality actions against the norms that regulated the UPAC system, the *public action of unconstitutionality* and the *tutela action*, mentioned above. In 1999, the Constitutional Court pronounced three decisions on the matter¹³ which protected and relieved mortgage debtors.

In these decisions the Constitutional Court ordered to tying the UPAC system to inflation, forbidding the addition of owed interests to

capital debt and the recalculation of mortgages. Furthermore, the Constitutional Court, ordered to Congress to pass a new law on housing financing that allows to Colombians enjoy their fundamental rights to have a home and live with dignity.

These decisions were severely criticized by economist as well as politics and lawyers. The criticisms can be classify in two groups: first, criticisms that attack the competence of the Constitutional Court to make this kind of decisions, and second, criticisms that attack the Court decisions because of their economic consequences.

The main criticism was the violation of the principle of separation of powers. Some scholars argued that the Constitutional Court had encroached upon the powers of Congress¹⁴. These scholars think that these kinds of issues should to be debated by the Congress and Government because they are legitimated to make decisions about country's economic policy because that is what they were elected for. On the contrary, the justices of the Constitutional Court are not legitimated to interference in the making of economic policies¹⁵.

On the other hand, the Court decision was also criticized because of its economic consequences. Economist argued that the addition of owed interests to capital debt allow that people who have low ingress get a loan with low periodical payment fees, therefore, forbidding the addition of owed interests to capital debt and the recalculation of mortgages restricted the access of poor people to home loans¹⁶.

¹⁴ NÚÑEZ, Antonio José. *Manifiesto por una justicia constitucional responsable*. Legis. Bogotá. 2005. p. 32.

¹⁵ KALMANOVITZ, Salomón. *Ensayos sobre la Banca Central en Colombia*. Editorial Norma. Bogotá. 2003.

¹⁶ CLAVIJO, Sergio. "Fallos y fallas económicas de las altas cortes: El caso de Colombia 1991-2000". En: *Revista de Derecho Público*. No. 12. Universidad de los Andes. Bogotá. 2001. p. 43-49.

¹³ Cases: C-383/99 C-700/99 and C-747/99.

2.4.2 The case of forcibly displaced population

The Colombian armed conflict has generated an enormous number of forcibly displaced population who are forced to leave their homes and to migrate to cities and urban centers with no sources of subsistence. This situation configures a truly humanitarian tragedy.

In 2004, many forcibly displaced persons started filing *tutela actions*, they asked to government for protection of their fundamental rights, especially the right to human dignity and housing. In this year, the Constitutional Court decided to declare the existence of an “unconstitutional state of things”; this meant that the Court declared that government has been systematically violating forcibly displaced persons rights¹⁷.

In this historic decision, the Court ordered the national authorities to reformulated and clarify the strategies in order to attend the basis needs of forcibly displaced population.

This decision generated the disapproval of many scholars who criticized the Court because of its use of the concrete control of constitutionality to give general orders to national authorities.

In fact, as we saw earlier, in Colombian legal system there are two kinds of constitutional controls: the abstract control (*public action of unconstitutionality*) and the concrete control (*tutela action*). The *public action of unconstitutionality* has erga omnes effects, that is, the judge decision is mandatory to everybody. In these cases, the Court has to decide if a law is constitutional or not.

As opposed to abstract control, the *tutela action* has an *inter partes* effects, that is, the judge only can give concrete orders to persons who are party in the judicial process. In this case, forcibly displaced persons filed *tutela actions*, (concrete

control); however, Constitutional Court gave general orders to national authorities.

2.4.3 The case of prisoners

In this case several prisoners filed *tutela actions* against the state’s penitentiary authorities. The prisoner was claiming that their constitutional rights to life, dignity and health were being violated by the state as a consequence of the over-crowdedness and precarious circumstances of the prisons they were in.

As the case of forcibly displaced population the Constitutional Court declared the existence of an “unconstitutional state of things”. Consequently, the Court ordered to Ministry of Justice to build more prisons, modernize the already existing prisons and hire more security guards for them.

In this case as well as the case of forcibly displaced population and the case of mortgage debtors, the Constitutional Court conditioned the priorities and orientation of the governmental strategies in these sectors. Thus, questions about the competence, legitimacy and convenience of Court decisions have been arising.

2.5 Health policy and Constitutional Courts

The intervention by the constitutional courts in a wide range of issues, including those involving social and economic rights, such as the right to health, has generated a debate about the competence and legitimacy of the judiciary in entering areas which have for long been perceived as belonging property within the domain of the legislative and executive¹⁸.

In the case of the right to health, the debate has a particularity: the relationship between it and

¹⁷ Case T-025/04.

¹⁸ MURALIDHAR, S. *Implementation of Court orders in the area of Economic, Social and Cultural Rights: an overview of the experience of the Indian Judiciary*. IELRC working paper. 2002. p. 4.

the right to life. This particularity generates the inclusion of moral reasoning besides to legal, political and economic arguments in the debate, for that reason, some people who disagree with the justiciability of social and economic rights consider that in the case of the right of health can be convenient moderate degrees of justiciability.

On the other hand, some scholars consider that in the debate about the justiciability of the right to health, moral reasoning should be out of the question. To illustrate this position, we will quote a passage of a dialogue between William Shatner and Rush Limbaugh¹⁹ that took place on a recent episode of the television talk show “Raw Nerve” in the United States, we read this passage in an article wrote by Uwe E. Reinhardt who is an economics professor at Princeton University.

“Shatner: Here’s my premise, and you agree with it or not. If you have money, you are going to get health care. If you don’t have money, it’s more difficult.

Limbaugh: If you have money you’re going to get a house on the beach. If you don’t have money, you’re going to live in a bungalow somewhere.

Shatner: Right, but we’re talking about health care.

Limbaugh: What’s the difference?

Shatner: The difference is we’re talking about health care, not a house or a bungalow.

Limbaugh: “No. No. You’re assuming that there is some morally superior aspect to health care than there is to a house

Shatner: No, I’m not moral at all. I want to keep the subject, for the moment, on the health care thing”²⁰.

Focusing in Colombian case again, we will describe in a few words the Colombian healthcare

system as well as its problems, then, we will present a landmark decision about right to health in Colombia, the Constitutional Court decision number T-760/08.

2.6 Colombian healthcare system (Law 100)

In 1993, the Colombian government makes a major healthcare reform inspired by neoliberal ideas. The Law 100 created a competitive surrogate model which used public and private insurers as surrogates to purchase health care for insured patients.

This system also established a two-tier system of benefits: (i) the contributory regime for those formally employed, and (ii) the subsidized regime that includes approximately one-half of the benefits in the contributory regime. Every regime has a list of medicines and treatment that the patients can access (in Spanish Plan Obligatorio de salud – POS).

This system has been widely criticized by patients. Inefficiency and poor quality are the main problems of the system, for that reason, patients increasingly turned to the courts to secure treatments and services²¹.

Between 1999 and 2005, the Colombian Human Rights Ombudsman Office calculates that 328.191 *tutelas actions* were presented relating to the right to health; approximately 80% of those cases were granted. In addition, between 1999 and 2005, approximately 89% of surgeries, 93% of the treatments and 84% of the procedures that were petitioned for using *tutela action* were already included in the contributory (Plan obligatorio de salud POS) or subsidized regimen (Plan obligatorio de salud del régimen subsidiado POSS).

¹⁹ Rush Limbaugh is a famous radio host in the United States, conservative political commentator, and an influential opinion leader in conservative politics and Conservatism in the United States.

²⁰ Uwe E. Reinhardt.

²¹ YAMIN, Alicia, et al. The role of courts in defining health policy: the case of the Colombian Constitutional Court. Available at: http://www.law.harvard.edu/programs/hrp/documents/Yamin_Parra_working_paper.pdf (06-08-2010). p. 2.

TUTELAS ACTIONS FILED

2006 – 2008

Year	2006		2007		2008		Total	
	number	%	number	%	number	%	number	%
Right								
Health	96.229	37,6	107.238	37,8	142.957	41,5	346.424	39,2
Right to Petition	99.819	39,0	103.844	36,6	113.224	32,9	316.887	35,8
Life	86.320	33,7	91.251	32,2	88.621	25,7	266.192	30,1
Social Rights	68.033	26,6	57.594	20,3	77.268	22,4	202.895	22,9
Due Process	40.270	15,7	44.364	15,6	42.281	12,3	126.915	14,4

Source: Colombian Human Rights Ombudsman Office

These statistics show “a health system with little capacity for internal regulation, where judicial recourse has become a form of escape valve”²².

From 2006 to 2008, the number of *tutelas actions* has been increasing significantly as this chart shows:

2.7 The case of the right to health: a landmark decision

The Constitutional Colombian Court has applied the *conexity* theory to enforce social right, thus, social rights can be protected through *tutela action* when those are connected with fundamental rights, for instance, the right to health in some cases is strongly connected with the right to life, for example, when the patient’s life is at risk, in this cases the right to health can be enforce by the judges.

In 2008, the Constitutional Colombian Court handed down a landmark decision²³. In this decision, the Court ordered a restructuring of the country’s health care system. This decision came as the culmination of a wave of litigation to enforce the right to health, as we saw earlier.

The Court ordered to unify the benefits plans (POS and POSS), first for children and later for

adults, in the latter case progressively and taking into account financial sustainability, as well as the epidemiological profile of the population. The Court also called upon the government to adopt deliberate measures to progressively realize universal coverage by 2010.

In addition, the Constitutional Court ordered to National Commission for Health Regulation to immediately and on an annual basis comprehensively update the benefits included in the POS and POSS through a process that includes direct and effective participation of the medical community and the users of the health system.

3. COLOMBIAN CONSTITUTIONAL COURT IN THE MAKING OF ECONOMIC POLICY

In this section of the article, we will summarize the main arguments for and against the intervention of Colombian Constitutional Court in the making of economic policies.

First at all, the violation of the principle of separation of powers is the main argument against the intervention of Constitutional Court in the making of economic policies. According to this perspective, Constitutional Court does not have the competence to make decision about a country’s economic model; this competence is exclusively of the Congress in coordination

²² Ibidem.

²³ Case T-760/08.

with the government²⁴. For that reason, whenever the Court interferes in economic issues, it violates the principle of separation of powers²⁵.

On the other hand, in spite of not having a democratic origin as the congress or the government, the Constitutional Court exercises an essential democratic role: the defense of the minorities rights²⁶. That is why, in a society democracy is necessary an impartial judge who protect the minorities against the power of the majorities.

However, some scholars think that this protective role can generate a macroeconomic disequilibrium that affects the economic growth, for example, the case of mortgage debtors²⁷. For that reason, the terrible economic consequences can be justify the not intervention of Constitutional Court in the making of economic policies.

According to this perspective, the economic consequences should to limit the judicial activism. Radical scholars, such as, Arango²⁸ consider that the judges must to enforce the rights, even the social and economic rights, and do not pay attention about the possible economic consequences of their decisions.

In the middle of these theories, some people argue that judicial activism is Convenient only if it respects the principle of separation of

powers and the judges pay attention about the possible economic consequences of their decisions. For example, justice Cepeda²⁹ argue that in the last years the Constitutional Court has considered the economic consequences of its decisions, for that reason, the Court has handed down conditionally sentences.

CONCLUSIONS

Democracy, economic equality and economic growth are important objectives in contemporary societies; however, sometimes it can be difficult to satisfy at the same time these objectives, especially, in developing countries.

With the constitutionalization of social rights, the judges face difficult dilemmas when they are deciding cases, especially cases of social and economic rights, such as the right to health. For one side, the judges have the pressure of the person who asks for protection to his fundamental rights, on the other side, judges have the pressure of people who are ready to accuse them to violate the principle of separation of powers and produce macroeconomic disequilibrium.

This problematic situation was described by Frank Michelman in the following way:

“By constitutionalizing social rights, the argument often has run, you force the judiciary to a hapless choice between usurpation and abdication, from which there is no escape without embarrassment or discredit. One way, it is said, lies the judicial choice to issue positive enforcement orders in a pretentious, inexpert, probably vain but nevertheless resented attempt to reshuffle the most basic resource-management priorities of the public house-hold against prevailing political will. The other way lies the judicial choice to debase dangerously the entire currency of rights and the rule of law by openly ceding to executive and parliamentary bodies an unreviewable

²⁴ AMAYA, Carlos. “Corte Constitucional y Economía: análisis de fallos y propuesta para el caso colombiano”. En: *Revista de Derecho Público*. No. 12. Universidad de los Andes. Bogotá. 2001.

²⁵ CLAVIJO, Sergio. “Fallos y fallas económicas de las altas cortes: El caso de Colombia 1991-2000”. Ob. Cit.

²⁶ UPRIMNY, Rodrigo. *The Judicial Protection of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates*. Ob. Cit. p.17.

²⁷ KALMANOVITZ, Salomón. *Ensayos sobre la Banca Central en Colombia*. Ob. Cit. p. 151.

²⁸ ARANGO, Rodolfo. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004. p. 180.

²⁹ CEPEDA, Manuel José. *Polémicas Constitucionales*. Legis. Bogotá. 2005.

privilege of indefinite postponement of a declared constitutional right"³⁰.

The Constitutional Courts activism is not an exclusive Colombian issue, there are a lot of countries where the debate between about the competence, legitimacy and convenience of constitutional courts intervention in the making of economic policies has took place³¹, also, there are a variety of answers for this issue and we should learn about that.

As a final conclusion, we believe that judicial activism is advisable only if it respects the principle of separation of powers and the judges pay attention about the possible economic consequences of their decisions. In economic issues the priorities change from time to time, and this may also require changes in the economic policies, if the Constitutional Court ties the hands of the policy-makers will make it difficult to adjust policies to meet changing conditions. It is obviously that the Congress and the Government have been inefficient in their constitutional roles of enforce rights, such as the right to health, however, the question is: legislative and executive inefficient justify Constitutional Court activism?

REFERENCES

- ALVIAR, Helena. "¿Quién paga o debe pagar por los costos del estado social de derecho?" En: *Revista de Derecho Público*. No. 22. Universidad de los Andes. Bogotá. Febrero de 2009.
- AMAYA, Carlos. "Corte Constitucional y Economía: análisis de fallos y propuesta para el caso colombiano". En: *Revista de Derecho*
- _____. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004.
- ARBELÁEZ, Mónica. *Derecho a la salud en Colombia. El acceso a los servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud*. Centro de Investigación y Educación Popular – CINEP. Bogotá. 2006.
- BAYSAL, Ercan, et al. *Constitutional Court annulling reform package would ruin economy, Today's Zaman (newspaper)*. Available at: <http://www.todayszaman.com/tz-web/news-215148-constitutional-court-annulling-reform-package-would-ruin-economy.html> (06-08-2010).
- Carrasquilla, Alberto. "Economía y Constitución: hacía un enfoque estratégico". En: *Revista de Derecho Público*. No. 12. Universidad de los Andes. Bogotá. 2001.
- CEPEDA, Manuel José. *Polémicas Constitucionales*. Legis. Bogotá. 2005.
- CLAVIJO, Sergio. "Fallos y fallas económicas de las altas cortes: El caso de Colombia 1991-2000". En: *Revista de Derecho Público*. No. 12. Universidad de los Andes. Bogotá. 2001.
- COLOMBIAN CONSTITUTION 1991.
- COLON-RIOS, Joel I. *Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia*. 2007. Available at: [http://ssrn.com/abstract=1621930\(05/08/2010\)](http://ssrn.com/abstract=1621930(05/08/2010))
- CONSTITUTIONAL COURT. Case C-112/00. _____ . Case C-747/99.
- ³⁰ MICHELMAN, Frank. Socioeconomic rights in constitutional law: explaining America away. Available at: [http://lapa.princeton.edu/uploads/michelman_paper.pdf\(04-08-2010\)](http://lapa.princeton.edu/uploads/michelman_paper.pdf(04-08-2010)). p. 22.
- ³¹ Mubangizi, John. "The Constitutional Protection of Socio-Economic Rights in selected African countries: a comparative evaluation". In: *African Journal of Legal Studies*. The African Law Institute. 2006.

_____. Case C-700/99.

_____. Case: C-383/99.

_____. Case T-760/08.

_____. Case T-025/04.

COOTER, Robert. *The Strategic Constitution*. Princeton University Press. New Jersey. 2002.

CRAWFORD, Colin. *Social and Cultural Protection and Environmental Justice: Lessons of the Colombian Model*. December 3, 2008. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1517936> (30/07/2010).

Eslava, Luis. "Constitutionalization of Rights in Colombia: Establishing a Ground for Meaningful Comparisons". En: *Revista Derecho del Estado*. Vol. 22. 2009.

FALEIROS – GUERRA – SILVA. *Risk or Benefit? Expenditures with Medicines Demanded by Judicial Decisions against Brazilian National Public Health System (SUS) and the Risk of Damage to Patients by Medicines Interactions iHEA 2007 6th World Congress: Explorations in Health Economics Paper*. 2007. Available at: <http://ssrn.com/abstract=993225>(04/08/2010)

FORBATH, William. *Realizing a Constitutional Social Right - Cultural Transformation, Deep Institutional Reform, and the Roles of Advocacy and Adjudication*. U of Texas Law. Public Law Research Paper No. 149. 2002. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1292879>(08/08/2010)

GUARNIZO – BOTERO – VILLEGAS. *Tutela contra sentencias*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DE JUSTICIA). Bogotá. 2006.

GUARNIZO, Diana, et al. *El derecho a la salud*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DEJUSTICIA). Bogotá. 2008

GUTIÉRREZ, Andrés. "Tendencia actual del amparo en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de

la Corte Constitucional". En: *Revista Derecho del Estado*. No. 24. 2010.

JO DESHA, Lucas. "Constitutional Law and Economic Liberty". En: *Journal of Law and Economics*. Vol. 11. No. 1 (Apr. 1968). Available at: <http://www.jstor.org/stable/724968>(02/08/2010)

KALMANOVITZ, Salomón. *Ensayos sobre la Banca Central en Colombia*. Editorial Norma. Bogotá. 2003.

LEWIS, Hope. *Realizing Economic, Social and Cultural Rights: Communities, Courts, and the Academy*. Northeastern University School of Law Research Paper No. 03-2006. Available at: <http://www.northeastern.edu/law/library/research/databases1.paper03/2006html>(01/06/2010)

LÓPEZ, Diego. *Teoría Impura del Derecho, la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis. Bogotá. 2008.

MICHELMAN, Frank. *Socioeconomic rights in constitutional law: explaining America away*. Available at: http://lapa.princeton.edu/uploads/michelman_paper.pdf(04-08-2010)

MUBANGIZI, John. "The Constitutional Protection of Socio-Economic Rights in selected African countries: a comparative evaluation". In: *African Journal of Legal Studies*. The African Law Institute. 2006

MURALIDHAR, S. *Implementation of Court orders in the area of Economic, Social and Cultural Rights: an overview of the experience of the Indian Judiciary*. IELRC working paper. 2002

NUNES, Rodrigo. *Ideational Origins of Progressive Judicial Activism: The Colombian Constitutional Court and the Right to Health*. APSA 2009 Toronto Meeting Paper. 2009. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1449536>(07-08-2010)

NÚÑEZ, Antonio José. *Manifiesto por una justicia constitucional responsable*. Legis. Bogotá. 2005

Rábago, Miguel. "Justicia Constitucional y Economía: Le experiencia mexicana con especial énfasis en la expropiación". En: MOLINA BETANCUR, Carlos Mario (Comp.). *Corte Constitucional y Economía*. Universidad de Medellín. Medellín. 2010.

REINHARDT, Uwe. *Is Health Care Special?* The New York Times. Available at: [http://economix.blogs.nytimes.com/2010/08/06/is-health-care-special/?hp\(06-08-2010\)](http://economix.blogs.nytimes.com/2010/08/06/is-health-care-special/?hp(06-08-2010))

REY, Fernando. "Justicia Constitucional y Economía: La experiencia española". En: MOLINA BETANCUR, Carlos Mario (Comp.). *Corte Constitucional y Economía*. Universidad de Medellín. Medellín. 2010.

RODRÍGUEZ, César, et al. *Los Derechos Sociales en Serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DEJUSTICIA) Bogotá. 2008 .

_____. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DEJUSTICIA). Bogotá. 2006.

_____. *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DEJUSTICIA). Bogotá. 2010.

_____. *Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DEJUSTICIA). Bogotá. 2005.

ROZO, Eduardo. "Control y Jurisprudencia Constitucional en Italia: Breve comentario".

En: MOLINA BETANCUR, Carlos Mario (Comp.). *Corte Constitucional y Economía*. Universidad de Medellín. Medellín. 2010.

SCHOR, Miguel. "An Essay on the Emergence of Constitutional Courts: The Cases of Mexico and Colombia". In: *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 16. No. 1. 2008. Suffolk University Law School Research Paper No. 08-31. Available at: [http://ssrn.com/abstract=1134183\(03-08-2010\)](http://ssrn.com/abstract=1134183(03-08-2010))

TAMAYO, Javier. "La Corte Constitucional y la nueva interpretación del derecho". En: MOLINA BETANCUR, Carlos Mario (Comp.). *Corte Constitucional y Economía*. Universidad de Medellín. Medellín. 2010

UPRIMNY, Rodrigo. "Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía". En: UPRIMNY, Rodrigo, et al. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Norma. Bogotá. 2006.

_____. *The Judicial Protection of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates*. 2006. Available at: [http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=2&id_publicacion=361\(04-07-2010\)](http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=2&id_publicacion=361(04-07-2010))

VAN AAKEN, Anne. *How to Do Constitutional Law and Economics: A Methodological Proposal*. 2008. U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2008-04. Available at: [http://ssrn.com/abstract=1103815\(02/08/2010\)](http://ssrn.com/abstract=1103815(02/08/2010))

YAMIN, Alicia, et al. *The role of courts in defining health policy: the case of the Colombian Constitutional Court*. Available at: http://www.law.harvard.edu/programs/hrp/documents/Yamin_Parra_working_paper.pdf (06-08-2010)

**BIOCOMBUSTIBLES
EN SURAMÉRICA:
REFERENTES NORMATIVOS
Y LEGISLACIÓN ACTUAL***

Andrea Carolina Pérez Forero**

Fecha de Recepción: 29 de Octubre de 2010

Fecha de Aceptación: 19 de noviembre de 2010

Artículo Resultado de Proyecto de
Investigación.

Resumen

El acercamiento que se ofrece en el presente estudio muestra un panorama global acerca de la situación normativa precedente y actual en materia de biocombustibles de cinco países suramericanos: Brasil, Colombia, Argentina, Chile y Venezuela, por ser estos los que en la actualidad tienen una representación más significativa frente al tema.

Dicho estudio se realiza desde una perspectiva jurídica, dado que es del marco legal de cada país que esta nueva alternativa energética tiene cabida y aplicación. Para ello se acude a algunos referentes normativos que sirven de sustento a la normativa vigente con la que se concluye.

Palabras clave

Biocombustibles, energías alternativas, seguridad energética, normas, leyes.

* Este artículo es resultado de la investigación denominada: Biocombustibles: ¿Un nuevo sector estratégico para la seguridad energética Suramericana?, dirigida por la abogada y docente investigadora Dra. Dilia Paola Gómez Patino. Línea de investigación: Responsabilidad del estado perteneciente al Grupo de Derecho Público de la Universidad Militar Nueva Granada (Categoría B Colciencias 2010 - 2011).

** Abogada Magna Cum Laude de la Universidad Militar Nueva Granada, Joven Investigadora de la misma Universidad en convenio con Colciencias, en la línea de investigación de Responsabilidad del estado perteneciente al Grupo de Derecho Público andrea.perez@unimilitar.edu.co

**BIOFUELS IN SOUTH AMERICA:
NORMATIVE REFERENCES AND
LEGISLATION CURRENT**

Abstract

The approach offered in this study an overview about previous and current legal situation regarding biofuels from five South American countries: Brazil, Colombia, Argentina, Chile and Venezuela, that currently has significant representation.

This study was done from a legal perspective, since from each country's legal framework that these new energy alternatives have application and implementation. For this we turn to some normative references that sustain the current regulations with which it is concluded.

Key words

Biofuels, alternative energy, energy security, standards, laws.

INTRODUCCIÓN

Una de las grandes preocupaciones por las que atraviesa el mundo moderno gira en torno a la viabilidad de que cada país pueda establecerse como un Estado autosuficiente y por tanto independiente en materia energética, esto incluyendo tanto a aquellos países caracterizados por no tener amplias fuentes proveedoras de hidrocarburos como a aquellos países ricos en petróleo caracterizados por ser siempre quienes suministran y disponen de este valioso recurso; y es que se estima que ha sido tan intensa la explotación de petróleo durante tanto tiempo, que al cabo de tan sólo algunos años este importante recurso se extinguirá de nuestro planeta¹, lo que resultaría ser un gravísimo problema ya que la mayoría de fuentes combustibles y de energía funcionan a partir de derivados del petróleo y en algunos casos

¹ RAMÍREZ VILLEGAS, Jaime. "Escasez o agotamiento del petróleo". En: *Revista Economía Informa*. N° 359. Ago. 2009. p. 125 -137.

de otros hidrocarburos, de los que como ya se señaló, por su constante empleo se prevé su pronta escasez.

Es por esto precisamente que la industria de los distintos países ha iniciado la búsqueda de otras alternativas de energía, que además de abastecer las necesidades energéticas de su propio país, sirvan para consolidar junto con la ayuda de más países de una misma región la tan anhelada “seguridad energética”, que garantiza el cubrimiento de la demanda nacional de energía no solo en el presente sino también hacia un futuro.

Han sido muchas las alternativas que a fin de ser una posible solución se han planteado en torno al tema, desde la energía eólica, “*que basa la producción de energía en la explotación de hidrógeno, convirtiendo la energía del viento en energía mecánica*”²; hasta la energía solar, que se obtiene “*mediante dos tipos de procesos de absorción con paneles solares*”³; pasando también por el estudio de la energía hidráulica, que es “*otro ejemplo de energía limpia y renovable, que se obtiene de la cinética del agua producida por la gravedad a partir de la construcción de represas en los ríos que presentan desniveles en la caída del agua*”⁴, entre otras. Sin embargo, llama la atención dentro de estas múltiples opciones, la producción de energía a partir del uso de biomasa es decir, a partir del uso de “*los biocombustibles*”⁵, por

el notable impacto que tras su aparición han generado en los diferentes ámbitos (social, jurídico, económico) del orden nacional e internacional y en general, por el destacado papel que durante esta última década han tenido en los distintos países del mundo quienes ya se interesan no solo en su uso, sino también en su producción. Es por ello precisamente que puede decirse que el gran interrogante que cobija el problema de investigación planteado se remite a preguntar ¿Qué tan evolucionada está la legislación en materia de biocombustibles a nivel suramericano? Pues el contestar a este interrogante nos dará a conocer de paso, el tratamiento que a esta nueva fuente de energía se le ha dado en la región.

A fin de resolver la pregunta problema, se emplea un método de investigación de carácter lógico jurídico, que comprende el análisis y la interpretación de lo investigado a nivel normativo en cada país en materia de biocombustibles. Por lo que inicialmente se parte de la información recopilada, para luego entrar a clasificarla y luego interpretarla, determinando (especialmente en el caso de las normas) su ámbito de aplicación y alcance.

La importancia de la presente investigación, radica no sólo en la novedad del tema en cuestión, dado que la actual “era” energética marca su entrada con el fuerte posicionamiento de esta alternativa basada en los biocombustibles; sino también en el marcado enfoque jurídico con el que la misma se proyecta, puesto que lo que se propone es un consolidado de las principales normas y leyes con las que ya los diferentes Estados justifican y dan aplicación a la producción y uso de los mismos. Lo que hace de esta, una investigación que además de útil resulta necesaria, en la medida de que indica la incidencia o repercusión que la legislación regulatoria del sector energético, más específicamente del sector biocombustibles tiene en cada país.

² TECNOLÓGICO DE ESTUDIOS SUPERIORES DE ECATEPEC. *Libro de ciencia y tecnología* N° 2. México. 2009. p. 337.

³ CASTAÑEDA RODRÍGUEZ, Martha Cecilia. *Biocombustibles*. Voluntad. Bogotá. 2009. p. 96.

⁴ *Ibíd.* p. 18.

⁵ Resulta importante en este punto entrar a definirlos diciendo que son estos combustibles de origen biológico, obtenidos de manera renovable a partir de restos orgánicos; su principal insumo es la biomasa proveniente de cultivos como caña de azúcar, maíz, sorgo, yuca y otros de los que tras su fermentación se obtiene el Etanol. También se obtiene a través del tratamiento de aceites provenientes de la palma africana, la soya, la higuera y otras plantas de las que se obtiene el Biodiesel.

El objetivo principal de la misma se remite a identificar la mayor parte del compilado normativo (derogado y vigente) con el que se ha regulado esta materia, ello como soporte a la hipótesis manejada, la cual indica que contrario a lo que se piensa, el tratamiento de los biocombustibles a nivel suramericano no data de una época reciente y que en consecuencia existen legislaciones muy desarrolladas dentro de la región, lo que garantiza el gran despliegue y evolución que los distintos estados han tenido en el tema.

Como uno de los objetivos específicos, se halla el determinar los parámetros por los que se rige en cada uno de los países suramericanos escogidos, el uso, producción y comercialización de los biocombustibles; por otra parte, el determinar que normativa implanta mayores incentivos a fin de promover la inversión en los bioenergéticos y que normativa por el contrario se haya lejana no solo de implantar prerrogativas sino también de establecer parámetros que direccionen el tratamiento que se le ha de dar a estos recursos.

Con base en lo anterior es que se pretende ofrecer un análisis en torno a la implementación legislativa que en materia de biocombustibles se ha desarrollado en los diferentes Estados; dicho análisis se alterna con el compilado de las principales leyes y normas que sustentan la mencionada implementación que con ocasión de esta nueva alternativa energética ha surgido en cada país, teniendo como limitante el estudio de las mismas a nivel de cinco países suramericanos, cuales son: Brasil, Colombia, Argentina, Chile y Venezuela, considerando que son estos los pioneros del tema en la región latinoamericana. No significa ello que sean estos los países más desarrollados a nivel legislativo en el tema, al contrario, es precisamente su disparidad normativa lo que llama la atención para la realización de este estudio.

1. BIOCOMBUSTIBLES, UNA APROXIMACIÓN A SU SITUACIÓN ACTUAL

Como ya se señaló, el mundo se enfrenta actualmente a una crisis que se deriva de la producción energética basada en hidrocarburos (principalmente en el petróleo), los cuales se están agotando, y las posibilidades que en torno a esta dificultad se ofrecen.

Se haya entonces como una posible solución, el empleo de los biocombustibles, generados a partir del uso de ciertos cultivos útiles también en la producción de alimentos. Ello condujo a que el tema de esta nueva alternativa energética, proveniente de la biomasa (materia prima de los biocombustibles, “dentro de sus componentes se hayan las sustancias orgánicas compuestas principalmente por carbono, hidrógeno y oxígeno”⁶) se empezara a considerar en cada uno de los países como una alternativa, para sopesar el uso del petróleo y de otros hidrocarburos de los que no todos los países gozan en gran cantidad, lo que los ha hecho dependientes de aquellas naciones que sí disponen de estos recursos en grandes proporciones, y que por tanto, prácticamente controlan el factor energético de sus estados.

A la par con esta solución se empiezan a derivar un sin número de posiciones que avalan y reprueban el uso y producción de los biocombustibles; aquéllos que presentan su aprobación sustentan su posición afirmando la favorabilidad ambiental que implica el uso de los mismo, pues considerando que provienen de fuentes renovables, puede decirse que resultan ser inagotables; así mismo gracias a la conveniente combustión que hacen sus componentes:

Etanol,

“denominado también bioetanol, alcohol etílico o alcohol carburante. Es un alcohol líquido de fórmula química C₂H₅OH, que se produce de la fermentación de cultivos agrícolas que contienen

⁶ Ibid. p. 21.

azúcares (caña de azúcar, remolacha), o aquellos que pueden convertirse en azúcares como los almidones (maíz, papas, etc.) ó de celulosa (madera). Es un combustible sustitutivo de la gasolina”⁷.

Y Biodiesel,

“denominado también biogasóleo o diester. Es un combustible renovable sustitutivo del diesel que proviene del procesamiento de aceites vegetales, tanto naturales como reciclados (soya, girasol, palma, etc.) y de grasas animales”⁸.

Se reduce considerablemente la producción de gases de efecto invernadero que contaminan la atmósfera; otro de sus beneficios, y tal vez uno de los más destacados (en el contexto de esta investigación), es que permiten a todos aquéllos que se interesen en su producción, establecer un alto grado de competitividad en torno a las tradicionales fuentes empleadas (como lo es el petróleo).

No obstante, no todo ha sido un lleno de beneplácitos; tantos beneficios se ven contrarrestados por las también importantes posturas de quienes no muestran un pleno consentimiento por el uso y producción de los biocombustibles, y para quienes ha sido más bien fácil presentar diversas críticas basadas principalmente en la posible afectación a la seguridad alimentaria, la cual se pondría en riesgo una vez la producción de ciertos cultivos empleados anteriormente solo para generar alimentos como el maíz, la colza, la canola, el sorgo, la yuca, la palma africana de la que se extrae el aceite comestible útil en margarinas y confitería; entre otros. Se disponga ahora para la producción de los biocombustibles, lo que a su vez conlleva a pensar que amplias porciones de bosques sean sustituidas por plantaciones

energéticas, que indudablemente provocan el agotamiento de la tierra.

En materia de biocombustibles y jurídicamente hablando, nuestra realidad suramericana nos ofrece importantes representantes: Brasil un país pionero a nivel latinoamericano y principal exponente mundial; Argentina con amplias expectativas a nivel normativo; Colombia el segundo país más importante en cuanto a producción y normatividad se trata; Chile, no tan desarrollado normativamente pero sí con grandes intereses en el tema y Venezuela, la gran potencia petrolera Suramericana destaca su interés desarrollando notables acuerdos y expectantes inversiones ahora también en materia de biocombustibles, y aunque dentro de los mencionados es el único país que no se destaca por ser pionero, es tomado por cuanto resulta de interés establecer si esta potencia petrolera latinoamericana tiene ahora el mismo nivel de desarrollo en materia de biocombustibles, por lo menos en lo que se plantea. Estos entre otros son los países que en la actualidad tienen una representación más significativa frente al tema en toda Suramérica, es por esto que es sobre ellos que se ha elegido hacer este estudio el cual será tomado desde una perspectiva jurídica, considerando que es partiendo de ella que estos tienen cabida y aplicación; dado que es justamente el marco legal de un país el que regula y autoriza el uso y producción de una nueva forma de producir energía como es el caso de los biocombustibles.

2. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN BRASIL

Inicialmente será el país Brasileño el que se tome como punto de partida de esta investigación, ello por cuánto precisamente ha sido Brasil el precursor en materia de Biocombustibles a nivel Latinoamericano, de hecho

“la producción de bioetanol se emprende en Brasil en la década de 1930 con los excedentes de la agroindustria de la caña de azúcar. Este sector representa actualmente el 1,6% del PIB Brasileño y tiene una

⁷ TREJO GARCÍA, Elma Del Carmen. *Estudio de derecho comparado y marco jurídico internacional sobre biocombustibles/bioenergéticos*. Centro de documentación, información y análisis; Cámara de Diputados LX Legislatura. México. 2007. p. 10.

⁸ *Ibid.* p. 9.

capacidad instalada de aproximadamente 18 mil millones de litros por año, la cual ocupa 6 millones de hectáreas de este país”⁹.

Pero este no es el único antecedente de los biocombustibles en este país; una referencia un poco más reciente del tratamiento que sobre el tema se ha dado se encuentra a partir de la segunda crisis mundial petrolera (entre los años 1970 y 1975), época en que Brasil con gran iniciativa dio paso al programa denominado PROALCOHOL el cual generó grandes expectativas, a tal punto que incluso actualmente *“las dimensiones de este lo configuran como el mayor programa de sustitución de productos derivados del petróleo del mundo”¹⁰.*

La implantación de dicho programa introdujo un nuevo concepto en el parque automotor del país cambiando la estructura productiva del mismo, la cual pasó de la producción de cultivos con fines alimentarios a la producción de cultivos con fines energéticos y combustibles; fue tal su proyección que se estimó que en la década comprendida entre los años 80 y 90 se presentaría una sustitución del 50% de la gasolina por alcohol, con lo que sus automóviles funcionarían prácticamente a base de bioetanol de caña. Ya desde entonces Brasil marcó la tendencia latinoamericana de hacer uso de los biocombustibles principalmente en la industria automotriz, como sustitutos de la gasolina.

Las constantes alzas en los precios del petróleo, hicieron que la opción de los biocombustibles se presentará aun en forma más atractiva, por cuanto lo que inicialmente fue solo un planteamiento se tornó como una viable realidad, en la que la caña de azúcar era la principal protagonista, pues a partir de ella era que se generaban grandes cantidades de Etanol, además que se

disponía de una considerable cantidad de destilerías que facilitarían su producción.

Puede decirse entonces que para aquel momento la industria brasilera había puesto ya por completo su interés en el desarrollo de esta nueva alternativa energética, por lo que a la par con dicho desarrollo se vio en la necesidad de implantar todo un marco legislativo que regulara no solo la producción y uso de los biocombustibles, sino también la comercialización de los mismos. Algunas de las normativas más importantes por lo que instituyeron son:

- Ley N° 737 de 1938, está ley impuesta casi a inicio del siglo XX, dispuso la obligatoriedad de la adición de alcohol a la gasolina¹¹.
- Ley N° 8.723 de 1993, dispuso la obligatoriedad de la mezcla de alcohol anhidro y gasolina¹².
- Decreto N° 3.546 de 2000, crea el Consejo Interministerial del Azúcar y del Alcohol (CIMA), para definir la política del sector¹³.

¹¹ Ley 737 de 1938 (Septiembre 23). Por la cual se declara obligatoria la adición de alcohol anhidro a la gasolina: La obligación atañe a los productores de gasolina, cualquiera sea el método o el proceso de fabricación de la misma, de adicionar alcohol anhidro de producción nacional.

¹² Ley 8723 de 1993 (Octubre 28). Dispone sobre la reducción de emisiones de gases contaminantes por vehículos automotores y da otras providencias. Establece la obligación de los fabricantes de vehículos automotores y de los fabricantes de combustibles, de tomar las medidas necesarias para reducir los niveles de monóxido de carbono, óxidos de nitrógeno, y otros elementos contaminantes, en aplicación de la política de Medio Ambiente. Fija los límites de emisiones y los plazos en que deben lograrse; fija un porcentaje obligatorio de adición de alcohol anhidro a gasolinas en todo el territorio nacional, Especialmente establece un porcentaje obligatorio de adición de alcohol etílico hidratado combustible o gasolina.

¹³ Decreto 3546 de 2000. Por el cual se crea el Consejo Interministerial del Azúcar y del Alcohol – CIMA. El CIMA tiene como objetivo deliberar sobre las políticas relacionadas con las actividades del azúcar y el alcohol, considerando especialmente la adecuada participación de los productos de la caña de azúcar en la matriz energética nacional; los mecanismos económicos necesarios para la autosustentación del sector

⁹ CENTRO ECUATORIANO DE DERECHO AMBIENTAL – CEDA. Memorias del Foro “Biocombustibles como energía alternativa: Una mirada hacia la región”. Quito. 2006. p. 12.

¹⁰ SHLOSSER, José Fernando, et al. “El programa de sustitución energética en Brasil”. En: *Agricultura -Revista agropecuaria*. N° 753. Mar. 1995. p. 300 – 304.

No obstante años más tarde surgió de manera repentina la contra crisis petrolera, generada tanto por el descubrimiento de más yacimientos petrolíferos por parte de PETROBRAS, como por la caída de los precios del petróleo y la evolución del mercado azucarero que incentivaba la participación de los productores de caña en el mercado mundial, en razón de la cotización del azúcar, lo que hacía constantemente un contrapeso al mercado del Etanol (ambos producidos por la misma materia prima); todo ello ocasiono un debilitamiento en las propuestas que suponían un avance en el sector “biocombustibles” y consecuentemente genero un freno a nivel legislativo, pues el Estado dejó de regular asuntos relacionados con el tema, no obstante las leyes anteriormente planteadas permanecieron vigentes.

Ya para la década inicial del 2000, y tras una exhaustiva revisión al programa, se produjo una apertura al mercado del etanol, lo que trajo radicales cambios y redujo el atractivo para producir e invertir en los biocombustibles, pues se perdió la confianza en la seguridad de su abastecimiento. No obstante dicho decaimiento no perduró por mucho tiempo y ya para la época comprendida entre los años 2002 y 2005 se retomó el interés en estos, especialmente en el bioetanol, dicho interés tendía nuevamente a la producción y uso de los biocombustibles con fines combustibles, ya que no solo reducían costos, en comparación con la gasolina, sino que también favorecían el medio ambiente, razón por la que se empezaron a producir vehículos flex fuel “*capaces de funcionar con etanol puro o con mezcla*”¹⁴. Y por la que se hizo necesario otra vez, entrar a legislar en esta materia. Se promulgan leyes como:

- Ley 11.097 de 2005, que Introduce el biodiesel en la matriz energética brasilera;

y el desarrollo científico y tecnológico. Además el CIMA tiene competencia para aprobar los programas de producción y uso del alcohol etílico combustible.

¹⁴ DELAUNAY, Dominique. *Los biocarburantes en Brasil. Parlamento Europeo*. Bruselas. 2007. p. 4.

reforma las leyes 9478 de 1997; 9847 de 1999 y 10636 de 2002¹⁵.

- Ley 11.116 de 2005, que establece el registro especial de productor o importador de biodiesel en la secretaría de renta federal del ministerio de hacienda; y modifica las leyes 10451 de 2002 y parcialmente la ley 11.097 de 2005¹⁶.

Fue tal el impacto de este tipo de vehículos que desde el año 2007, la gasolina sin bioetanol no se vende en el mercado brasilero; ya para 2010 son 10 millones los vehículos de este tipo.

Así mismo, actualmente para Brasil se dilucidan dos proyectos destinados para la producción de biocombustibles. Uno, desarrollado por PETROBRAS y el otro presentado por la misma empresa pero asociado con el grupo empresarial portugués GALP, que pretende distribuir esta nueva forma de combustible en Europa y adecuar a Portugal conforme a los nuevos desafíos tecnológicos, que implica el cumplimiento de la legislación que impone de manera obligatoria el uso de los biocombustibles. Ambos proyectos gozan de la aprobación por parte de Luis Ignacio Lula da Silva, actual presidente del Brasil, y se vislumbran como una forma de contribuir a una movilidad más “sostenible” en términos ambientales.

Algunas de las normas y leyes que avalan todo este proceso de los biocombustibles en Brasil (fuera de las ya mencionadas) se encuentran referenciadas brevemente a continuación:

¹⁵ Ley 11.097 de 2005 (Enero 13). Introduce el biodiesel en la matriz energética brasilera; reforma las leyes 9478 de 1997; 9847 de 1999 y 10636 de 2000. Establece la introducción del biodiesel en la matriz energética brasilera fijando los porcentajes de adición al aceite combustible (óleo diesel). En síntesis, regula la producción y comercialización del biodiesel, actividad fiscalizadora y de control que es ejercida por la Agencia Nacional de Petróleo (ANP).

¹⁶ Ley 11.116 de 2005 (Mayo 18). Por la cual se establece el registro especial de productor o importador de biodiesel en la secretaría de renta federal del ministerio de hacienda, y se tratan algunos asuntos derivados de la venta de ese producto.

- Reglamento Técnico ANP N° 5-2005. Reglamento técnico para la realización de inversiones en investigación y desarrollo y la elaboración del informe demostrativo de los gastos realizados. Este reglamento establece directrices, definiciones y normas para la aplicación de las inversiones en pesquisa y desarrollo; la periodicidad y el formato de los informes sobre las actividades realizadas en este aspecto, según se establece en la cláusula respectiva de los contratos de concesión para la exploración, desenvolvimiento y producción de petróleo y/o gas natural. (25 – Nov/2005).
- Resolución ANP N° 42-2004. Reglamento técnico que establece la especificación de biodiesel, según el Reglamento Técnico que se anexa, que podrá ser adicionado al óleo diesel en proporción del 2% del volumen, y comercializado por los diversos agentes económicos autorizados en todo el territorio nacional. (09 – Dic/2004).
- Resolución ANP N° 36-2005. Reglamento Técnico ANP N° 07-2005. Establecen las especificaciones del Alcohol etílico Anhidrido (AEAC); y las especificaciones del Alcohol etílico hidratado (AEHC) comercializados por los diversos agentes económicos en todo el país, de acuerdo a las disposiciones contenidas en el Reglamento Técnico ANP N° 7-2005. (07 – Dic/2005).
- Reglamento Portaria ANP N° 310-2001. Reglamento Técnico ANP N° 06-2001. Establecen las especificaciones para la comercialización de óleo diesel y la mezcla de óleo diesel - biodiesel - B2, automotor en todo el territorio nacional y define las obligaciones de los agentes económicos sobre el control de calidad del producto. (28 – Dic/2001).
- Decreto N. 5.448. Reglamenta el párrafo 1 del Art. 2 de la Ley 11.097 del 13 de enero de 2005, que dispone sobre la introducción del biodiesel en la matriz energética brasilera. Autoriza la adición del dos por ciento,

en volumen, del biodiesel al óleo diesel de origen fósil, a ser comercializado para el consumidor final. También indica en qué casos la adición de biodiesel al óleo diesel será superior al dos por ciento. Estas actividades están reguladas por ANP. (20 – May/2005).

- Decreto N. 3.866-2001. Reglamenta el Inciso II-A, del párrafo 2°, del Art. 2 de la Ley N. 8.001, de 13 de marzo de 1990; y la Ley N. 993, del 24 de julio de 2004. Dispone que los recursos previstos en las disposiciones que se reglamentan y que provienen de la explotación de recursos minerales, serán destinados al sector de ciencia y tecnología, en los términos que se indican. (16 – Jul/2001)¹⁷.

Con base en la anterior normativa y a fin de dar una breve conclusión, puede entonces afirmarse que en materia de biocombustibles para el caso de Brasil, la institución competente para regular y fiscalizar lo pertinente al tema es la Agencia Nacional de Petróleo (ANP) vinculada al Ministerio de Minas y Energía del país¹⁸. Así mismo que la tarea de importar y producir biodiesel es realizada exclusivamente por personas jurídicas, constituidas según las leyes dispuestas por la autoridad competente (el Ministerio de Minas y Energía); que tratándose de distribuidores sólo los autorizados por la ANP pueden realizar la mezcla de etanol con gasolina y que son estos quienes tienen la obligación de adquirir el alcohol para tales fines, en las fábricas registradas ante la autoridad competente (ANP). Que en materia ambiental, la legislación brasilera ha impuesto la obligación de contar con licencias que garanticen el cumplimiento de las buenas prácticas tanto en el proceso agrícola como en el proceso industrial de los biocombustibles.

¹⁷ TREJO GARCÍA, Elma Del Carmen. *Estudio de derecho comparado y marco jurídico internacional sobre biocombustibles/bioenergéticos*. Centro de documentación, información y análisis. Cámara de Diputados LX Legislatura. México. 2007. p. 14. Texto del que se extrajo la compilación normativa empleada.

¹⁸ Ver: Ley 11.097 de 2005 (Enero 13), que otorga dicha competencia.

Así pues, puede decirse que en torno al tema, Brasil tiene una de las legislaciones más desarrolladas, en la que prácticamente nada ha quedado sin ser objeto de regulación, tanto la producción, uso, comercialización, régimen ambiental y hasta la definición de estos, puede encontrarse en la normativa brasilera, en la que se ve reflejado el incansable interés que durante muchos años este país ha mantenido sobre el tema, no sólo en materia productiva, sino también en materia legal, en donde evidentemente han desarrollado un amplio escenario jurídico que le sustenta.

3. IMPACTO LEGISLATIVO EN ARGENTINA

Sin quedarse atrás, los demás representantes suramericanos despliegan también un considerable interés en los biocombustibles que los lleva a desarrollar nuevas legislaciones. Es el caso de Argentina que también surge con pasos agigantados en el proceso de diversificación energética. La ventaja con la que cuenta este país, es que sus condiciones agroecológicas son apropiadas, cuenta con un sistema agroalimentario avanzado y como si esto fuera poco, cuenta con una enorme cobertura de respaldo por parte de las autoridades nacionales que apoyan la inversión tanto pública como privada de estos proyectos¹⁹.

En vista de las favorables condiciones con las que cuentan para producir biocombustibles, siendo unos de los países considerado como principal en la producción de granos, útiles como materia prima de los bioenergéticos, Argentina se ha ocupado de la producción por cultivos en grandes proporciones de bioetanol, biodiesel y biogás. Es por ello que ha aprobado varias leyes que le han permitido regular lo pertinente a la producción de biodiesel y

bioetanol, en aras de fortalecer el desarrollo socio-territorial de las regiones productoras.

Estas leyes principalmente son:

- Ley 26.093 de 2006²⁰. Régimen de regulación y promoción para la producción y uso sustentables de biocombustibles. Esta Ley establece un régimen de 15 años para regular y promocionar la producción y uso sustentables de biocombustibles. Crea la autoridad de aplicación, define sus atribuciones y competencias y establece las condiciones y requisitos para que accedan a los beneficios tributarios quienes implementen proyectos de biocombustibles.
- Decreto 109 de 2007. Decreto Reglamentario de la Ley N° 26.093 de 2006. Reglamenta las disposiciones de la Ley 26.093; establece las funciones de la autoridad de aplicación; señala los requisitos para obtener la autorización que habilite a realizar las actividades de producción, mezcla y comercialización de biocombustibles y señala el procedimiento para acceder a los beneficios fiscales²¹.

Pasaron menos de dos años para la firma de la Ley 26.334 de 2008²² y de las Resoluciones 1293²³, 1294²⁴ y 1295²⁵ del mismo año, que

²⁰ Ver: Ley 26.093 de 2006 (abril 19).

²¹ TREJO GARCÍA, Elma Del Carmen. *Estudio de derecho comparado y marco jurídico internacional sobre biocombustibles/bioenergéticos*. Ob. Cit. p. 13. Texto del que se extrajo la compilación normativa a la que se alude.

²² Ley 26.334 de 2008 (Enero 2). Por medio de la cual se aprueba el régimen de promoción de la producción de bioetanol.

²³ Resolución N° 1293 de 2008 (Noviembre 11). Establece el mecanismo de selección, aprobación y orden de prioridades de proyectos de producción de bioetanol, mediante el cual se otorgaran los beneficios promocionales del régimen de promoción para la producción y uso sustentable.

²⁴ Resolución N° 1294 de 2008 (Noviembre 13). Determina el procedimiento para establecer el precio de adquisición de bioetanol, destinado a la mezcla para la producción y uso sustentable de biocombustibles creado por la Ley 26.093/08.

²⁵ Resolución N° 1295 de 2008 (Noviembre 13). Determina las especificaciones de calidad que debe cumplir el bioetanol.

¹⁹ En lo que se asimila a lo dispuesto en la legislación colombiana, en cuanto a que brinda igualdad de oportunidades tanto para el sector público como para el sector privado a la hora de participar en todo lo concerniente a la producción y uso de los biocombustibles.

fijaron las bases del régimen de promoción del bioetanol y con ello los criterios que determinarían la adjudicación de proyectos, la calidad del etanol y su precio, unido a una serie de incentivos económicos de la que participarían como beneficiarias las tradicionales provincias cañeras (Tucumán, Jujuy y Salta).

Conforme a este marco legal y haciendo un análisis con demás disposiciones que le son concordantes puede afirmarse que el Ministerio de Planificación Federal, a través de la Secretaría de Energía se constituyó en la autoridad de aplicación de la Ley; así mismo, se dejó claro que tratándose de productores, solo podrán serlo las plantas habilitadas por la autoridad de aplicación, o sea la Secretaría de Energía, implicando entonces que los interesados cumplan con todas las pautas que está establezca para garantizar la calidad, y sometan sus iniciativas a exhaustivas evaluaciones, donde se pone en consideración el tratamiento que dichas plantas dan a efluentes y residuos, con lo que se evalúa el impacto ambiental de las mismas.

En materia de distribuidores no son muchas las directrices hechas por las normas, salvo aquello que indica que estos deberán acogerse a los reglamentos de ley que dicte cada institución encargada. En lo que si se hace precisión es en los entes beneficiarios del régimen de incentivos, indicando que

“gozarán de estos aquéllas empresas dedicadas a la producción y mezcla de biocombustibles instaladas en el país, habilitadas específicamente para este fin, con capital social mayoritario del sector público, sea el Estado nacional, la ciudad autónoma de Buenos Aires, Estados provinciales, Municipios; o personas naturales o jurídicas privadas vinculadas mayoritariamente a la producción agropecuaria y que accedan al cupo fiscal que establece la ley”²⁶.

²⁶ Ley 26.093 de 2006 (abril 19). Régimen de regulación y promoción para la producción y uso sustentables de biocombustibles. Capítulo II – Artículo 13.

No obstante, pese a los beneficios establecidos también se contemplaron varias sanciones, y es que la ley Argentina es de las pocas que contempla sanciones para aquellos infractores de las disposiciones emitidas por la autoridad de aplicación; dichas sanciones van desde el pago de cuantiosas multas, hasta la inhabilitación para desarrollar las actividades propias para producir los bioenergéticos.

En términos de desarrollo puede decirse que el marco normativo dispuesto por el país de Argentina es bueno y ha servido de impulso para que día tras día, nuevos inversionistas amplíen sus expectativas financieras en las plantas de biodiesel y bioetanol del país.

El director del Plan Nacional de Biocombustibles de Argentina, Javier de Urquiza, sostuvo en una reciente publicación del diario argentino La Capital: *“Somos el principal país exportador de aceite de soja y ahora tenemos el valor agregado del biodiesel”²⁷.*

Sin embargo, en la misma publicación reconoció que el desarrollo del bioetanol en este país está atrasado, pues la oferta de este se encuentra ligada a la producción azucarera de algunas provincias. Lo que sí es bien cierto es que a pesar de las cuestiones que sobre el tema de los biocombustibles están pendientes por definir, Argentina se vislumbra como uno de los países que más fuerte se posiciona a nivel de promoción y producción de energías alternativas.

4. PROYECCIÓN NORMATIVA EN CHILE

Por su parte, el país de Chile es uno de los más rezagados en este tema; desde sus primeros intentos por dar cabida al tema de los biocombustibles han sido varias las contradicciones que se les han presentado. Y es que es bien sabido que Chile no cuenta con las condiciones

²⁷ MONTI, Fabiana. Biocombustibles: se viene una nueva ola de inversión. Disponible en: www.lacapital.com.ar/contenidos/2010/06/26/noticia_0008.html

climáticas apropiadas para el cultivo de todos aquéllos insumos de mayor potencialidad para la producción del bioetanol (como lo es la caña de azúcar, el girasol, entre otros), condiciones con las que si cuentan en su mayoría, los demás integrantes de la región. No obstante a partir del año 2006 (especialmente) se han hecho serios esfuerzos para entrar en este mercado, al punto que

“se creó un grupo de trabajo constituido por el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Transportes, la Comisión Nacional del Medio Ambiente - CONAMA, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles y la Comisión Nacional de Energía para analizar las especificaciones que debiese tener este tipo de combustibles en el país, las normas de calidad y su impacto en la agricultura, la disponibilidad de tierras y la sustentabilidad”²⁸.

El objetivo entonces era iniciar la producción de biomasa, a partir de productos como el maíz, el trigo, raps, pastos, hierbas y demás productos agrícolas de notable elaboración en el país. En este mismo año (2006) se generó un foro con el fin de establecer ciertos parámetros que regularan la producción de los biocombustibles líquidos (etanol y biodiesel) y a su vez promovieran su desarrollo en la nación.

No obstante y tras poner en marcha los planes de producción de biocombustibles, pudo observarse que el país aún no está listo para este cambio “bioenergético” que en el caso chileno, generaría un mayor costo de producción que el pagado por el uso del petróleo.

Para el 2007, el doctor Álvaro Rojas, Ministro de Agricultura de Chile desde el año 2006 y hasta el 2008, manifestó a distintos medios de prensa: *“a través del etanol generado a partir del trigo, maíz o remolacha, o bien biodiesel producido a*

partir del raps, estamos en condiciones de aportar el 5% del consumo total de energía de nuestro país”²⁹.

Para ese entonces, el Gobierno fomentaría la utilización de estos biocombustibles en los vehículos al eximirlos del impuesto que pagan las gasolineras y el diesel.

Así mismo, el gerente general de Petrobras Chile, Rafael Fernández, señaló que *“tiene más sentido que el país produzca biodiesel, pues se importan cerca de 100 mil metros cúbicos de este combustible para cubrir el déficit nacional”³⁰.*

Claramente, Chile tiene muchas más garantías para competir con el biodiesel que con el etanol, teniendo en cuenta que Brasil y Colombia tienen caña de azúcar con una productividad que, como ya se señaló, por las condiciones climáticas del país, Chile no podría alcanzar.

Las proyecciones hechas en ese entonces para el 2010 apuntaban a que Chile podría eventualmente dejar de importar la gasolina desde el extranjero. Sin embargo aún en el 2009 no existía un estatuto especial que reglamentara los biocombustibles en el país. Aunque éstos *“debían cumplir con una serie de disposiciones de carácter general aplicables a los combustibles, y otras normas asociadas a su origen, composición química o a las actividades a que son objeto a lo largo de la cadena de producción-consumo”³¹.* De hay que se diga que, *“la regulación que puede aplicarse a los biocombustibles depende del tipo de éstos (biodiesel, bioetanol o biogás), los insumos que se utilicen (vegetales o residuos) y, finalmente, de la actividad involucrada en su manejo (procesamiento, almacenamiento, transporte o expendio)”³²,* más que de su evolución puntualmente.

²⁸ Chile Producirá Biocombustibles. En: http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20060822/pags/20060822183129.html; consultado en Mayo 15/ 2010.

²⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Biocombustibles ¿Una alternativa real? En: www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2007-01-26.2084740943. Consultado en Junio 11/2010.

³⁰ Ibid.

³¹ COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA. Estudio Marco Normativo y Procedimientos – Consumo de Biocombustibles en Chile. Serie de estudios energéticos/06. Chile. 2009. p. 13.

³² Ibid. p. 13.

Actualmente la producción de biocombustibles en este país es muy baja, pues realmente es muy poco lo que se ha podido extraer de los insumos que se han destinado para tal fin (aceite usado y grasa animal); además, no existen estudios consolidados ni experiencia en la producción de biocombustibles, lo que apenas se ha hecho son estudios de factibilidad que se hayan sujetos a cambios sustanciales conforme varíen los precios; por lo que Chile aun es uno de los países más atrasados en el tema junto, consecuentemente, con su regulación. Sin embargo, se espera que en la medida de que haya un cambio de gobierno incrementa la voluntad política y el interés en producir biocombustibles, puesto que Chile aunque su situación territorial no es la que más le favorece para la producción de los mismos; en este momento ya dispone de una infraestructura productiva adecuada, así como de la tecnología necesaria para producir biodiesel, lo que falta ahora son incentivos para productores e inversionistas y aun más inversión por parte del gobierno.

En torno a lo poco que existe de normativa referida a los biocombustibles, es necesario remitirse a las regulaciones asociadas a normas de bioseguridad y seguridad en general regidas por el Decreto Supremo N° 90 de 1996, expedido por el Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción, mismo que se aplicará en forma supletoria a todo combustible líquido mientras no se dicte una regulación específica³³.

5. LEGISLACIÓN BIOENERGÉTICA EN COLOMBIA

En Colombia se hace evidente como en los últimos años el tema de los biocombustibles ha evolucionado, a tal punto que ha dejado de ser un tema del que solo se hacían breves

menciones que lo plasmaban como una más de las posibilidades de surgimiento energético y ¿por qué no? hasta de surgimiento económico; para ser hoy día uno de los temas de mayor mención y tratamiento no solo a nivel nacional sino prácticamente a nivel mundial.

Pese a parecer aparentemente novedoso, los biocombustibles son un tema ya bastante conocido en Colombia, especialmente por la población rural que los ha empleado desde hace varios años para satisfacer sus necesidades energéticas. Según lo expresado por el ex - ministro de agricultura y desarrollo rural Andrés Felipe Arias, en una de las entrevistas en las que habló sobre el tema "*la agricultura comienza a sustituir el petróleo*"³⁴, y es que es evidente, por lo menos en este Estado, como día a día se hace más obvia la necesidad de ser experto en esta nueva forma de producir energía; las razones al igual que en otros países son muchas, y van desde el ánimo de reducir los niveles de dependencia energética, hasta motivos de gran trascendencia colectiva como lo son las razones ambientales, ya que el uso de los biocombustibles reduce notablemente la contaminación, y así mismo permite emplear para su producción recursos de carácter renovable, de los que en Colombia se producen en gran cantidad (como ejemplo la palma de aceite). Este hecho aunque en principio generó gran discusión, pues se decía que al emplear dichos recursos lo que se ponía en riesgo era entonces la seguridad alimentaria, hoy día puede decirse que en el caso colombiano, esta discusión está superada y que ya se habla incluso de tomar los excedentes exportables para transformarlos en etanol y biodiesel, pues la oferta de aceite de palma y caña es suficiente para cubrir la demanda tanto por parte del sector de alimentos como por parte del sector de los biocombustibles.

³³ Decreto N° 90 de 1996 (febrero 20). Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción. Por el cual se aprueba el reglamento de seguridad para el almacenamiento, refinación, transporte y expendio al público de combustibles líquidos derivados del petróleo.

³⁴ EL COLOMBIANO. País en firme hacia los biocombustibles. En: http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/P/pais_en_firme_hacia_los_biocombustibles/pais_en_firme_hacia_los_biocombustibles.asp. Consultado en Julio 15/ 2010.

Es por ello que puede decirse que después de Brasil, Colombia es el segundo país más desarrollado productiva y normativamente hablando. Lo admirable en el caso Colombiano es que además de la importante producción que hasta la fecha ha tenido, el gobierno permite una notable participación del sector privado, participación que el mismo gobierno incentiva creando distintos estímulos para su producción y comercialización, tales como exenciones tributarias, financiación para el desarrollo de nuevos proyectos de cultivo y transformación de biocombustibles, y priorización de la inversión en investigaciones que permitan mejorar los rendimientos de las diferentes biomásas para su conversión en biocombustibles.

La era de los biocombustibles marca su entrada en Colombia con la Ley 693 de 2001³⁵, pues aunque en ocasiones anteriores ya se había hecho mención del tema nunca se había impuesto con tanta rigurosidad, y es que a partir de la entrada en vigencia de esta ley se hizo obligatoria la mezcla de gasolina con alcoholes carburantes, en los términos, cantidades y calidades que estableciera el Ministerio de Minas y Energía. Por lo que, según lo previsto, para el 2005 las gasolinas de Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla deberían contener alcoholes carburantes. Así mismo, en términos de esta Ley, las personas naturales y jurídicas ya fueran de carácter público o privado, podían participar “en igualdad de condiciones” de la producción, distribución y comercialización de alcoholes no potables o alcoholes carburantes. Puede decirse que es bajo esta normativa que los biocombustibles se presentan como una alternativa que a partir del uso de productos agrícolas existentes en el país promueven un amplio número de beneficios, entre los cuales se destacan: el desarrollo agroindustrial, la sustitución energética, la disminución en la contaminación y lo mejor

de todo la autosuficiencia que tendría el país de proveer su propio combustible.

Como ya se señaló, aunque ya anteriormente se había legislado sobre el tema, solo a partir de la mencionada Ley 693 de 2001 se desprendió todo un despliegue normativo que procuró regular minuciosamente todos los asuntos tendientes a la producción, uso y comercialización de los biocombustibles, algunas leyes que vale la pena mencionar por sus disposiciones y/o los asuntos que regulan son:

- Resolución 180687 de 2003. Que contiene los requisitos técnicos y de seguridad para la producción, acopio, distribución y puntos de mezcla de los alcoholes carburantes, según lo dispuesto en la Ley 693 de 2001, para prevenir eventuales riesgos a los usuarios, disminuir las emisiones al medio ambiente, entre otros fines³⁶.
- Resolución 447 de 2003. Que regula los criterios ambientales de calidad de los combustibles líquidos y sólidos utilizados en hornos y calderas de uso comercial e industrial y en motores de combustión interna³⁷.
- Ley 939 de 2004. Que crea las disposiciones para estimular la producción y comercialización de biocombustibles de origen vegetal o animal para uso en Motores diesel³⁸.
- Decreto 3862 de 2005. Que señala que para efectos fiscales la mezcla de gasolina motor

³⁶ Resolución 180687 de 2003 (junio 17). Reglamento técnico para la producción, acopio, distribución y venta de alcoholes carburantes.

³⁷ Resolución 447 de 2003 (abril 14). Por la cual se modifica parcialmente la Resolución 898 del 23 de agosto de 1995, que regula los criterios ambientales de calidad de los combustibles líquidos y sólidos utilizados en hornos y calderas de uso comercial e industrial y en motores de combustión interna.

³⁸ Ley 939 de 2004 (diciembre 31). Por medio de la cual se subsanan los vicios de procedimiento en que incurrió en el trámite de la Ley 818 de 2003 y se estimula la producción y comercialización de biocombustibles de origen vegetal o animal para uso en Motores diesel y se dictan otras disposiciones.

³⁵ Ley 693 de 2001 (septiembre 27). Por la cual se dictan normas sobre el uso de alcoholes carburantes, se crean estímulos para su producción, comercialización y consumo, y se dictan otras disposiciones.

con alcohol carburante, de que trata la Ley 693 de 2001, no se considera un proceso industrial o de producción³⁹.

- Ley 1028 de 2006. Por medio de esta Ley se adiciona al Título X del Código Penal, el siguiente capítulo: CAPITULO VI “Del apoderamiento de los hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan y otras disposiciones”⁴⁰.
- Decreto 3492 de 2007. Que establece que para efectos fiscales las mezclas de diesel de origen fósil (ACPM) con los biocombustibles de origen vegetal o animal, para uso en motores diesel de que trata la Ley 939 de 2004, no se considerarán como proceso industrial o de producción⁴¹.
- Decreto 2629 de 2007. Que contiene disposiciones para promover el uso de biocombustibles⁴².

Basados en la anterior normativa podemos dilucidar que la autoridad competente en materia de biocombustibles fue distribuida por la Ley 693 de 2001, entre los Ministerios de Energía y Minas; de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; de Hacienda, y de Agricultura y Comercio Exterior, a los cuales le asignó funciones específicas. Que cualquier persona natural o jurídica, pública o privada puede ostentar la calidad de productor, en igualdad de condiciones y ciñéndose por los parámetros de la libre y sana competencia. Que en materia de incentivos, es claro que estos se hayan contemplados en la Ley

colombiana y giran en torno a exenciones tributarias para aquéllos que prioricen el uso y producción de los biocombustibles. Que en materia ambiental, se han dispuesto las reglas necesarias para garantizar el saneamiento del medio y el control de gases que degeneren en más contaminación. Y por último, que pese a tanta rigurosidad la Ley colombiana no tipifica sanciones, ni establece infracciones como tal, pues todo se regulo en función de permitir el funcionamiento como tal del proceso productivo de los biocombustibles.

No obstante existe un importante aspecto a considerar; y es que pese a que su normativa junto con la del Estado Brasileño es una de las más desarrolladas, se escapa en su caso lo relativo al cultivo de la palma africana. La palma es una planta que, al no ser nativa de estas tierras, genera un desequilibrio de los ecosistemas existentes ya que es una excelente competidora frente a las demás plantas y absorbe enormes cantidades de agua lo que origina una real y tangible amenaza frente a los demás cultivos circundantes. Pero ese no es todo el problema. Muchas de las tierras que son sembradas con palma deben esperar un largo periodo para verla crecer y que esta sea útil. En ese tiempo, estos cultivos están siendo atacados por una bacteria que destruye los cogollos de la palma y acaba con años de expectativas de sus productores. Para disminuir este impacto tan negativo, los productores han optado por invertir en un nuevo tipo de palma alterada genéticamente; lo particular del caso es que esa palma debe comprarse a Francia que tiene la patente sobre ella y esto tiene así, una incidencia sobre el mundo económico de la misma y su desarrollo y acceso para todos. Este es uno de los principales inconvenientes, ya que la ley no ha generado normas directas para la regulación en la siembra de cultivos no nativos lo que con el paso del tiempo puede terminar siendo una grave causa de una eventual crisis alimentaria.

³⁹ Decreto 3862 de 2005 (octubre 28). Por el cual se reglamenta la Ley 693 de 2001, en torno al alcohol carburante.

⁴⁰ Ley 1028 de 2006 (junio 12). Por la cual se adiciona el Código Penal y se dictan otras disposiciones.

⁴¹ Decreto 3492 de 2007 (septiembre 13). Por medio del cual se reglamenta la Ley 939 de 2004.

⁴² Decreto 2629 de 2007 (julio 10). Por medio del cual se dictan disposiciones para promover el uso de biocombustibles en el país, así como medidas aplicables a los vehículos y demás artefactos a motor que utilicen combustibles para su funcionamiento

6. EXPECTANTE NORMATIVA EN VENEZUELA

Finalmente, y con el objetivo de dar cierre al análisis de esta parte de la región (comprendida por estos cinco países), es importante considerar el impacto de los biocombustibles en el país de Venezuela, un país que se ha caracterizado por mantenerse imperioso a nivel de hidrocarburos ya que es rico en petróleo.

Para Venezuela, el manejo de los biocombustibles ha tenido un progreso bastante complejo en la medida de que el gobierno venezolano no había considerado dentro de sus proyecciones energéticas el modelo de desarrollo de este sector, y solo recientemente en respuesta al hecho de encontrarse a la vanguardia tal y como lo están haciendo los países vecinos y no quedar rezagado en materia bioenergética, es que ha empezado a explorar las distintas opciones que contemplan la producción de biocombustibles como una alternativa energética; es por esto que busca alianzas con países como Cuba para el desarrollo de proyectos de energías alternativas producidas por distintas formas de biomásas.

Consecuente con su atraso en esta materia, se haya obviamente el marco jurídico que le sustenta, pues hasta la fecha, no se conoce como tal un precepto que contemple las disposiciones necesarias para regular todo lo pertinente al tema de los biocombustibles; es más, puede afirmarse incluso que estas leyes se encuentran apenas en su fase de elaboración, pues no es un tema del todo olvidado, ya que como se señaló, este país si tiene serias intenciones de entrar en el mercado bioenergético.

La gran disyuntiva que muy probablemente ha sido la causa del rezago en el tema es aquella que pone en entredicho la seguridad alimentaria de esta nación, pues en este país, aun no se han despejado las dudas que giran en torno a establecer si el empleo de insumos útiles también en la producción de alimentos, empleados

ahora para la obtención de biocombustibles, genere una crisis alimentaria.

El referente que Venezuela ha tenido de los biocombustibles, es aquel que indica que estos son una muy posible causa de que se eleve la crisis alimentaria en ese país y a nivel mundial. Tan es así que en un foro que sobre el tema, fue realizado hacia el año 2008, la proyección establecida por el ministro de agricultura y tierras del país, Elía Jaua, señalaba que “*el uso de biocombustibles como forma de energía agravaría la crisis alimentaria mundial y generaría más de 16 millones de personas hambrientas en los próximos 10 años*”⁴³. Este análisis advertía el inicio de un desastre global, y mostraba persistentemente la idea de no convertir los alimentos como el maíz, el aceite de palma o el azúcar, en combustibles. Todas estas afirmaciones se apoyan en varios informes realizados por la organización de las naciones unidas para la agricultura y la alimentación (FAO, por sus siglas en inglés).

No obstante, en declaraciones posteriores a la realización de dicho foro, el presidente de la FAO en Venezuela aseguró que

*“el consumo de alimentos en el país cubre todas las necesidades energéticas y proteicas. Aseguró que el país afortunadamente cuenta con una demanda satisfecha por producción nacional de estos insumos, que el costo de transporte no es un problema por el costo actual del combustible, de manera que, según su declaración, lo que se tiene en este país es una situación privilegiada”*⁴⁴.

Así las cosas, es evidente como no hay claridad en torno a si se produce o no biocombustibles y si esto realmente afectara o no la estabilidad alimentaria del país. Lo que sí es evidente

⁴³ Venezuela Advierte: Biocombustible Generará La Crisis Alimentaria. Disponible en: <http://www.radiolaprimerisima.com/noticias/28346>. Consultada en julio 1/ 2010.

⁴⁴ FAO. Venezuela no tiene amenaza de crisis alimentaria. Disponible en: <http://chavistas.net/2008/05/fao-venezuela-no-tiene-amenaza-de-crisis-alimentaria/>. Consultada en abril 29/2010.

es que normativamente hablando no se ha elaborado nada en esta materia, razón por la que lo poco que sobre energías alternativas se ha adelantado en este país, se ha regido por algunas leyes vigentes relacionadas, que por analogía le han sido aplicables al tema, tales como: la ley orgánica de hidrocarburos⁴⁵, la ley penal del ambiente⁴⁶, la ley de vigilancia para impedir la contaminación por petróleo⁴⁷, la ley del instituto nacional de investigaciones agrícolas⁴⁸ y una muy importante en materia de biocombustibles, “*el plan 474 de caña de azúcar para la construcción de las destilerías necesarias para la producción de etanol*”⁴⁹, según el cual, el gobierno venezolano intenta asignar un rubro importante durante cinco años para la producción de etanol.

Así las cosas, lo que se plantea en Venezuela son ambiciosos proyectos; de hecho,

*“se está en proceso de conformar un programa de agroenergía de carácter nacional que contempla la construcción de un Centro Tecnológico de Agroenergía (CTA). La idea es que el centro sirva de vitrina tecnológica para la generación y el desarrollo de tecnologías relacionadas con la producción de biocombustibles a partir de rubros vegetales”*⁵⁰.

Sin embargo es claro que antes de pretender avanzar es necesario eliminar el freno que

persiste en torno al conflicto que plantea su propio presidente⁵¹, referido al hecho de que al producir biocombustibles lo que se está generando son los cimientos de una fuerte crisis alimentaria; para ello será necesario entonces entrar a legislar en esta materia, de forma que sean las leyes las que fijen los parámetros por los que la producción, uso y comercialización de los biocombustibles ha de regirse, en una justa medida, que evite ocasionar estragos de orden alimentario.

CONCLUSIONES

Vale decir que la legislación, control y manejo de los biocombustibles varía de acuerdo a la evolución e incidencia que han tenido estos en el mercado global y específicamente en el mercado nacional de cada país; sin embargo, es justamente esa normativa o marco legal, el elemento que con mayor prioridad debe considerarse pues como quedo demostrado, es a partir de él que se desprende el lleno de exigencias, obligaciones, deberes y demás requerimientos propios de la actividad desplegada para usar, producir y comercializar las nuevas fuentes energéticas como lo son los biocombustibles, garantizando que dichas actividades se lleven a cabo con total calidad y cuidando de que bajo sus directrices se impida alterar la seguridad alimentaria.

Así pues, y aludiendo a los países estudiados, puede afirmarse que actualmente Brasil y Colombia se destacan por ser de las naciones más desarrolladas en cuanto a la legislación y el tratamiento que le han dado al tema de los biocombustibles, ambas se caracterizan por ser pioneras en su desarrollo y por que el manejo que han promovido les ha permitido aminorar los posibles impactos socio - económicos que

⁴⁵ Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001 (noviembre 13). Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37323.

⁴⁶ Ley Penal del Ambiente de 1992 (enero 3). Gaceta oficial de la República de Venezuela N° 4.358 – Extraordinario.

⁴⁷ Ley de Vigilancia para Impedir la Contaminación por Petróleo de 1937 (noviembre 25). Gaceta oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 19.426.

⁴⁸ Ley del Instituto Nacional de Investigaciones Agrícolas de 2000 (agosto 25). Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.022.

⁴⁹ INSITUTO INTERAMERICANO PARA LA COOPERACIÓN DE LA AGRICULTURA- IICA. *Atlas de la agroenergía y los biocombustibles en las Américas*. San José de Costa Rica. 2007. p. 180.

⁵⁰ Ibid. p. 156.

⁵¹ Ver: Los Biocombustibles Tienen La Culpa. Disponible en: <http://fuerzademocrata.bligoo.com/content/view/199939/CRISIS-ALIMENTARIA.html>. Consultada en agosto 21/ 2010.

la producción de los mismos pudiese eventualmente generarles. En ambos países se ha logrado consolidar un serio trabajo normativo, producto del amplio tratamiento que ambos han dado al tema de las energías alternativas.

En cuanto a Argentina, se puede ver que las autoridades nacionales ofrecen un gran apoyo para el desarrollo e inversión social con leyes que apoyan a las personas tanto del sector privado como del sector público para que inviertan en los biocombustibles. La normatividad de este país regula eficientemente la producción de biodiesel y de bioetanol; y además, contempla una serie de prerrogativas que representan excelentes beneficios tributarios, lo que incentiva una mayor producción y garantiza igualmente una mayor inversión en el país. Es importante resaltar que para este momento el tema de los biocombustibles en Argentina está perfectamente diagramado, ya es solo cuestión de seguirle dando ejecución a los planes que se tienen proyectados.

Chile por su parte aun no desarrolla ampliamente su legislación en torno al tema, por lo que no existe una normativa específica que posibilite el control y la regulación económica, social y ambiental respecto de los biocombustibles. Los únicos reguladores son Decretos que tiene el Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción, pero son solo un leve control frente al transporte, expendio y almacenamiento y son normas que se utilizan también para regular lo pertinente a los otros combustibles.

Finalmente, en cuanto a Venezuela, vale la pena rescatar el “muy prudente” manejo que este Estado ha dado a los biocombustibles y esto ha sido en gran parte por el presidente Hugo Chávez quien ha enfatizado públicamente en la importancia de tomar conciencia frente a la producción de estos y el peligro potencial que los mismos traen al convertir el alimento en un insumo más para producirlos. Es por este dilema que no se ha generado una gran

producción, y que en materia legislativa aun no hay nada que regule de manera específica el tema. No obstante es claro el interés de este país en incrementar si quiera paulatinamente la producción de biocombustibles, por lo que sin duda alguna tendrán que legislar en la materia, lo que deberá cuidarse entonces es la proyección de esa normativa, pues deberá estructurarse de tal forma, que asegure la estabilidad alimentaria del país, aspecto que básicamente es el que ha representado un freno y le ha impedido a este país involucrarse totalmente en esta alternativa energética.

En términos generales, la región se desarrolla favorablemente tanto en materia jurídica como en materia productiva, dadas las condiciones climáticas y terrestres de la misma. El punto ahora es lograr no solo un avance individual de los países, sino en conjunto; ya que está “asociación” puede permitirles hacer un verdadero contrapeso a los grandes productores de hidrocarburos y puede llegar a asegurarles no solo su propio abastecimiento, sino también el abastecimiento de otros Estados (un poco más rezagados energéticamente hablando) lo cual garantizaría tras la exportación de estos recursos el incremento de ingresos, llevándolos muy probablemente a consolidarse como proveedores de energías alternativas.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Biocombustibles ¿Una alternativa real?* Disponible en: www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2007-01-26.2084740943. Consultado en Junio 11/2010.

BRAVO, Elizabeth. *Encendiendo el debate sobre biocombustibles: cultivos energéticos y soberanía alimentaria en América Latina*. Ediciones le monde diplomatique. Buenos Aires. 2007

CAMPS MICHELENA, Manuel. *Los biocombustibles*. Mundi – Prensa. Madrid. 2002.

- CASTAÑEDA RODRÍGUEZ, Martha Cecilia. *Biocombustibles*. Voluntad. Bogotá. 2009
- CASTRO GIL, Manuel. *Biocombustibles*. Progenisa. España. 2004
- CENTRO ECUATORIANO DE DERECHO AMBIENTAL – CEDA. Memorias del Foro “Biocombustibles como energía alternativa: Una mirada hacia la región”. Quito. 2006
- Chile Producirá Biocombustibles*. Disponible en: http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20060822/pags/20060822183129.html. Consultado en Mayo 15/ 2010.
- CHOY, Gladys. *Biocombustibles, desarrollos recientes y su impacto en la balanza comercial, los términos de intercambio y la inflación en el Perú*. Banco central de reserva del Perú. 2008.
- Coello Guevara, Javier, et al. “Biocombustibles, agua y agricultura en los Andes”. En: *Revista virtual REDESMA*. Centro Boliviano de Estudios Multidisciplinarios. Julio 2008.
- COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA. *Estudio Marco Normativo y Procedimientos – Consumo de Biocombustibles en Chile*. Serie de estudios energéticos/06. Chile. 2009.
- COMMONER, Barry. *Energías alternativas*. Gedesia. Barcelona. 1978.
- DECRETO 2629 DE 2007 (julio 10).
- DECRETO 3492 DE 2007 (septiembre 13).
- DECRETO 3862 DE 2005 (octubre 28).
- DECRETO 3546 DE 2000.
- DECRETO 90 DE 1996 (febrero 20).
- DELAUNAY, Dominique. *Los biocarburos en Brasil*. Parlamento Europeo. Bruselas. 2007.
- EL COLOMBIANO. País en firme hacia los biocombustibles. Disponible en: http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/P/pais_en_firme_hacia__los_biocombustibles/pais_en_firme_hacia__los_biocombustibles.asp. Consultado en Julio 15/ 2010.
- FAO. Venezuela no tiene amenaza de crisis alimentaria. Disponible en: <http://chavistas.net/2008/05/fao-venezuela-no-tiene-amenaza-de-crisis-alimentaria/>. Consultado en abril 29/2010.
- GAMA, Julio. “Del campo al tanque”. En: *América Economía*. N° 300. Mayo 2005.
- GUZMÁN, Oscar M. “El factor energético en la integración de la Unión de Naciones Suramericanas”. En: INSTITUTO LATINOAMERICANO DE INVESTIGACIONES SOCIALES. *El factor energético y las perspectivas de integración en América del Sur*. CDB. Caracas. 2008.
- HENAO ESTRADA, Julián. *Potencial de biocombustibles en Antioquia*. Bird. Itagui. 2008.
- INSTITUTO INTERAMERICANO PARA LA COOPERACIÓN DE LA AGRICULTURA – IICA. *Atlas de la agroenergía y los biocombustibles en las Américas*. San José de Costa Rica. 2007.
- LEY 26.334 de 2008 (Enero 2).
- LEY 1028 DE 2006 (junio 12).
- LEY 26.093 de 2006 (abril 19).
- LEY 11.097 DE 2005 (Enero 13).
- LEY 11.116 DE 2005 (Mayo 18).
- LEY 939 DE 2004 (diciembre 31).
- LEY 693 DE 2001 (septiembre 27).
- LEY 8723 DE 1993 (Octubre 28).
- LEY 737 DE 1938 (Septiembre 23).
- LEY DE VIGILANCIA PARA IMPEDIR LA CONTAMINACIÓN POR PETRÓLEO DE 1937 (noviembre 25). Gaceta oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 19.426.
- LEY DEL INSTITUTO NACIONAL DE INVESTIGACIONES AGRÍCOLAS DE 2000 (agosto 25). Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.022.

LEY ORGÁNICA DE HIDROCARBUROS DE 2001 (noviembre 13). Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37323.

LEY PENAL DEL AMBIENTE DE 1992 (enero 3). Gaceta oficial de la República de Venezuela N° 4.358 – Extraordinario.

Los Biocombustibles Tienen La Culpa. Disponible en: <http://fuerzademocrata.bligoo.com/content/view/199939/CRISIS-ALIMENTARIA.html>". Consultada en agosto 21/ 2010.

MCNEILL, John R. Algo nuevo bajo el sol. Historia medioambiental del mundo en el siglo XX. Alianza. Madrid. 2003.

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL. *Estrategia de desarrollo de biocombustibles: Implicaciones para el sector agropecuario*. Ministerio de agricultura y desarrollo rural. Bogotá. 2006.

MONTI, Fabiana. *Biocombustibles: se viene una nueva ola de inversión*. Disponible en: www.lacapital.com.ar/contenidos/2010/06/26/noticia_0008.html

PONIACHIK, Karen. *Biocombustibles: Un Aporte para la Seguridad Energética*. Ministerio de Minería y Energía de Chile. 27 de julio de 2006.

EGRO, Raúl. *El problema de la expansión agrícola carta del biólogo Raúl Montenegro*. Disponible en: www.proteger.org.ar/doc223.html

ORGANIZACIÓN LATIIONAMERICANA DE ENERGÍA - OLADE. *Memorias del seminario internacional sobre biocombustibles*. Brasil. 2006.

Ramírez Villegas, Jaime. "Escasez o agotamiento del petróleo". En: *Revista Economía Informa*. N° 359. Ago. 2009.

RESOLUCIÓN N° 1295 DE 2008 (Noviembre 13).

RESOLUCIÓN N° 1294 DE 2008 (Noviembre 13).

RESOLUCIÓN N° 1293 DE 2008 (Noviembre 11).

RESOLUCIÓN 180687 DE 2003 (junio 17).

RESOLUCIÓN 447 DE 2003 (abril 14).

RICO, Javier. *Biocombustibles de origen vegetal*. El país. Madrid. 1996.

ROJAS, Jhon Edward. *Biocombustibles ¿Una alternativa para mejorar la calidad ambiental?* Economía colombiana. Contraloría General de la República. Bogotá. 2008.

SHLOSSER, José Fernando, et al. "El programa de sustitución energética en Brasil". En: *Agricultura -Revista agropecuaria*. N° 753. Mar. 1995.

TECNOLÓGICO DE ESTUDIOS SUPERIORES DE ECATEPEC. *Libro de ciencia y tecnología N° 2*. México. 2009.

TREJO GARCÍA, Elma Del Carmen. *Estudio de derecho comparado y marco jurídico internacional sobre biocombustibles/bioenergéticos*. Centro de documentación, información y análisis; Cámara de Diputados LX Legislatura. México. 2007.

Venezuela Advierte: Biocombustible Generará La Crisis Alimentaria. Disponible en: <http://www.radiolaprimerisima.com/noticias/28346>. Consultada en julio 1/ 2010.

**LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR
Y LOS DERECHOS SOCIALES**
La influencia en el contexto
constitucional y legal colombiano a la
luz de los derechos sociales asistenciales
a la seguridad social en salud

José O. López Oliva*

Fecha de recepción: 9 de Noviembre de 2010
Fecha de aceptación: 30 de Noviembre de 2010
Artículo Resultado de Revisión.

Resumen

La Constitución de de la República de Weimar expedida en 1919, se erige como la primera constitución en el mundo que hace alusión a disposiciones relacionadas con los derechos sociales asistenciales, concretamente a la seguridad social en salud; estas normas fueron impulsadas por la socialdemocracia alemana que propendía por la protección a los citados derechos. En Colombia, fue el constituyente de 1936 quien acogió los planteamientos normativos que estaban imperando en Alemania, encaminados a la protección derechos sociales

* Docente investigador TC Universidad Militar Nueva Granada. Abogado Candidato a Magister en Derecho con enfoque en Derecho de la Responsabilidad y Seguros de la Universidad de los Andes, Magister de la Universidad Carlos III de Madrid (España), Especializado en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín; con estudios de postgrado en Derecho Penal y Probatorio de la Universidad del Rosario. Consultor y conferencista a nivel nacional e internacional, profesor Universitario de Pregrado y Postgrado, Catedrático a nivel nacional dentro del programa de capacitación a verificadores de las condiciones de habilitación de prestadores de servicios de salud coordinado por el Ministerio de Protección Social. Docente certificado a nivel internacional por la Life Office Management Asociation, Inc – Loma con sede en Atlanta-Georgia (USA). Ha escrito y publicado varios textos de contenido jurídico. Línea de investigación grupo Derecho Público, Facultad de Derecho, UMNG. jose.lopez@unimilitar.edu.co; joselopezoliva@hotmail.com

asistenciales sanitarios, consagrados en derechos y no como caridad.

Palabras clave

Constitución de Weimar, derechos sociales, derechos asistenciales, salud, caridad.

**THE WEIMAR CONSTITUTION
AND THE SOCIAL RIGHTS**
The influence in the context
constitutional and legal Colombian
in the light of the social rights care
to social security in health

Abstract

The Constitution of the Weimar Republic issued in 1919, it stands as the first constitution in the world that alludes to provisions related to the social rights attendances, specifically to the health and social security; these rules were driven by the social german which he by the protection of such rights. In Colombia, was the constituent of 1936 who welcomed regulatory approaches than were prevalent in Germany, aimed at protecting social rights health care, enshrined in rights and not as charity.

Key words

Weimar constitution, social rights, welfare, health, charity.

INTRODUCCIÓN

El presente escrito, es resultado de un trabajo exploratorio donde se analiza, sistematiza e integra el resultado de una investigación bibliográfica relacionada con la influencia en el contexto constitucional y legal colombiano, de la Constitución alemana de Weimar donde se consagran por primera vez los derechos sociales asistenciales como la salud.

El 11 de noviembre de 1919 se expide en Alemania la Constitución de Weimar, por medio de la cual se presentan grandes disposiciones entre

las que se cuentan las siguientes: se erige este país como una república federal, estableciendo que el presidente será elegido por votación popular; dicho mandatario al momento de formar el gobierno contará con la facultad de elegir un canciller, así como revisará y vetará las leyes expedidas por el legislativo y controlará los desmanes provocados por los ciudadanos de la época, inclusive mediante la declaratoria de estados de excepción sin límites.

Asimismo, La Constitución de Weimar¹ dio origen al denominado constitucionalismo social² que consagra los principios de los derechos sociales asistenciales de la seguridad social en salud, cuyas disposiciones se centran en la protección de los menos favorecidos.

Las repercusiones de la Constitución de Weimar en Colombia son relevantes, por cuanto esta es la primera carta magna en el mundo que hace referencia a disposiciones de

orden social, lo que influyó en las reformas constitucionales colombianas verbigracia la de 1936, y las legales que se indicarán más adelante; estas cláusulas sociales, se adecuaron a las cartas constitucionales nacionales con el fin de consagrar los derechos y garantías propios de las normas sociales, por ejemplo el de la seguridad social en salud.

En consecuencia, lo que se pretende demostrar en el presente escrito, es la influencia que tuvo la Constitución weimariana de 1919, en las consagraciones constitucionales y legales colombianas alrededor de los derechos sociales³ como la seguridad social en salud.

Para tal fin, en primer lugar, (1) se hace un breve análisis del marco histórico antecedente a la Constitución de Weimar, donde se presentaron varios hechos que orientaron la protección de los derechos sociales asistenciales, hasta llegar a la expedición de dicha carta donde estos se consagran; en segundo lugar, (2) se analiza la influencia que tuvo la mencionada Constitución, en algunas reformas constitucionales colombianas como la de 1936 y legales en lo referente a la implementación de los derechos sociales asistenciales y de la seguridad social en salud; (3) finalmente, se presentan unas breves conclusiones.

1. LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR DE 1919 Y LOS DERECHOS SOCIALES ASISTENCIALES COMO LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA

En principio, es importante indicar que los derechos sociales asistenciales en Alemania, incluido el de seguridad social, han incidido en la estructura de los modernos sistemas de seguridad

¹ La Constitución de Weimar al igual que la Constitución de México la cual fue sancionada en el año de 1917, fue la promotora del Constitucionalismo Social. La constitución de Weimar también fue denominada como Constitución Social. Es importante indicar que en el año de 1919, fue creada la Organización Internacional del Trabajo, donde tuvieron gran protagonismo los sindicatos, quienes fueron las voces de los trabajadores que reclamaban la implementación de los derechos sociales asistenciales como la salud. Véase: VANOSI, Jorge Reinaldo. *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*. Editorial EUDEB. Buenos Aires. 1994. Véase igualmente: TIRADO MEJÍA, Alvaro, et al. *Reforma Constitucional de 1936*. Colección Pensadores Políticos Colombianos. Cámara de Representantes de Colombia. Bogotá. 1986

² La Constitución de Weimar fue la de mayor influencia en Europa y América, por su filosofía de índole social en las comunidades industriales, que no contaban con derechos asistenciales como la salud. El constitucionalismo social se caracteriza por el reconocimiento de los derechos sociales como la asociación, la salud, la huelga, y se basa en principios como la equidad, surgiendo de esta manera la seguridad social, como muestra en salud y los derechos laborales (salario, descanso obligatorio entre otros). Asimismo, surgen los derechos sociales asistenciales patrocinados por el Estado en los campos de la salud, vivienda y educación. Ibidem.

³ AGUILO REGLA, Joseph. *La Constitución como fuente de derecho*. Ponencia en el X seminario internacional de Teoría y Filosofía del Derecho. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2002. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras>. u.v. 09/11/09

social⁴ como el colombiano. Dicho modelo, tal como lo indica el profesor francés Paul Durand⁵, es consecuencia del crecimiento demográfico y el proceso de industrialización presentado en Alemania a mediados del siglo XIX.

Esto, es resultado del resurgimiento del proletariado urbano⁶ y una nueva clase social formada por obreros industriales los cuales carecían de seguridad social⁷, y estaban particularmente expuestos a los riesgos sociales⁸ que afectaban su salud.

Así, la aparición en Alemania del aludido proletariado, trajo como resultado la llegada de asociaciones sindicales y el advenimiento del partido social demócrata, que propendía por la protección de los derechos sociales de los trabajadores.

De hecho, se empieza a legislar como lo enseña el profesor Gerardo Arenas Monsalve, en torno a la “obligación de los empleadores de asegurar prestaciones de enfermedad a sus dependientes y sobre las responsabilidades del empleador en los accidentes de trabajo”⁹. Lo anterior, condujo a la creación de las denominadas “cajas de enfermedad”¹⁰.

Dentro del modelo¹¹ de protección de los derechos sociales como el seguro social, los empleadores junto con los trabajadores y el Estado -al que se le empiezan a imponer responsabilidades públicas-, eran solidariamente responsables de la operatividad del mencionado modelo. Según lo señala la profesora Natalia Paredes Hernández, el modelo de seguridad social a finales del siglo XIX fue parte de la construcción de la república germano-prusiana, que formaba estados autónomos con el fin de incluir en esta república, al proletariado industrial emergente¹².

Ya en la Alemania de 1881, se busca promover el bienestar no solo individual sino también colectivo, que algunos denominaron “bienestar social”, categoría que se empieza a implementar con el mensaje del emperador alemán Guillermo I dirigido al *Reichstag* o parlamento de aquella época, cuando el 17 de noviembre de 1881, anuncia un “programa de política del trabajo con una nueva visión del Estado”¹³; este, centrado como se señaló, en el bienestar colectivo preferentemente de los más necesitados, naciendo de esta manera el régimen de los seguros sociales obligatorios¹⁴.

Por su parte, el 15 de mayo de 1891 el papa León XIII, mediante su encíclica *Rerum Novarum*, en defensa de los intereses de los asalariados promueve la organización de los seguros sociales los cuales, según el profesor Jesús María Rengifo¹⁵, arrojan buenos resultados en Alemania.

⁴ ARENAS MONSALVE, Gerardo. *El derecho colombiano de la seguridad social*. Legis Editores S.A. Bogotá. 2009. p. 21.

⁵ DURAND, Paul. *La política contemporánea de seguridad social*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1991. p. 102-148.

⁶ ARENAS MONSALVE, Gerardo. *El derecho colombiano de la seguridad social*. Op. cit. p. 21.

⁷ Los salarios que cobraban estos trabajadores eran pírricos, sumado a las extensas jornadas laborales y la ausencia de algún tipo de seguridad social.

⁸ ARENAS MONSALVE, Gerardo. *El derecho colombiano de la seguridad social*. Op. cit. p. 21. Los riesgos sociales están relacionados con los factores, como el laboral, que repercuten en la salud de las personas.

⁹ Idem. p. 22.

¹⁰ Las cajas de enfermedad, que hasta la fecha operan en Alemania y en otros países como Colombia, es un seguro que en aquella época se manejaba como un “fondo” que cubre los riesgos en salud.

¹¹ En esta época (mediados del siglo XIX) no se puede hablar de “Sistema” como el actual de Seguridad Social en Salud, sino únicamente de modelo sin parámetros estructurales claros.

¹² PAREDES HERNÁNDEZ, Natalia. *Derecho a la salud, su situación en Colombia*. Ediciones Antropos Ltda.. Bogotá. 2003. p. 15.

¹³ RENGIFO O, Jesús María. *La Seguridad Social en Colombia*. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1989. p. 30 y ss.

¹⁴ Ibidem. Los cuales operan en la actualidad en Colombia y que son una clara influencia de la normatividad alemana.

¹⁵ Ibidem.

Posteriormente, varias naciones siguen este ejemplo como la colombiana en 1948¹⁶, que se instaura sobre las mismas bases alemanas mediante instituciones similares como la citada organización social asistencial.

Resultado de los episodios anteriores, se expiden en Alemania las leyes que organizan los seguros de enfermedad¹⁷, accidentes de trabajo y de invalidez y vejez con la característica de la obligatoriedad, que todavía opera en estos días en países como Colombia, esto es, que tanto los empleadores, como los trabajadores y el Estado deben hacer los aportes o pagar las cuotas correspondientes y así afiliarse al “sistema”¹⁸.

Posteriormente, a comienzos del siglo XX se originaron movimientos sociales que promovieron la consagración de derechos de rango social centrados en la salud, los cuales se plasmaron por primera vez en la Constitución alemana de Weimar de 1919.

Los derechos sociales asistenciales de salud que protegían preferencialmente a los menos favorecidos y a los trabajadores en ese momento histórico (1919), surgieron según Juan Carlos Abreu, producto de la idea socialdemócrata según la cual “*el desarrollo integral del ser humano reclama que la comunidad organizada y el Estado, actúen positivamente a fin de crear, mediante esa acción, las condiciones necesarias para el goce eficaz de estos derechos*”¹⁹.

Por consiguiente, la Constitución de Weimar, también llamada constitución social, es el resultado de la expresión ideológica de la socialdemocracia alemana, que se instauró mediante el partido mayoritario en la Asamblea Constituyente elegida el 19 de enero de 1919²⁰.

Esta constitución, aparece con posterioridad a la primera guerra mundial que tuvo lugar entre 1914 y 1918, cuya confrontación trajo como consecuencia una profunda recesión económica que afectó a los ciudadanos de Europa, entre ellos a los alemanes; estos con la nueva constitución, por primera vez cuentan con 57 artículos relacionados con los derechos fundamentales que deben ser protegidos por el Estado, así como disposiciones referidas a los derechos sociales, aunque **a un nivel muy general y abstracto**, entre los que se incluye el de la asistencia pública en salud²¹.

Todo, dentro del desarrollo e implementación del denominado constitucionalismo social, cuya ideología hace que se consoliden los derechos sociales y entre ellos la seguridad social y los derechos asistenciales prestacionales a cargo del Estado²² verbigracia la salud.

Justamente, así lo indican los profesores Álvaro Tirado Mejía y Magdala Velásquez Toro, al señalar que mientras “*los partidos burgueses obtenían el reconocimiento de la libre empresa, la garantía de la herencia y de la propiedad; los*

¹⁶ *Ibidem*. Luego en el año de 1971 y 1977 respectivamente. En 1948 se crea el Seguro Social con base en la experiencia alemana.

¹⁷ Las leyes del 15 de junio de 1883 (seguros de enfermedad), del 6 de julio de 1884 (accidentes de trabajo) y del 22 de junio de 1889 (seguro de invalidez-vejez). Véase: ARENAS MONSALVE, Gerardo. *El derecho colombiano de la seguridad social*. Op. cit. p. 21.

¹⁸ RENGIFO O, Jesús María. *La Seguridad Social en Colombia*. Op. cit. p. 65. El concepto “sistema” hay que tomarlo ya en la actualidad, pero en Alemania todavía finalizando el siglo XIX hay que concebirlo como “modelo” porque no existía una estructura clara de la seguridad social.

¹⁹ ABREU Y ABREU, Juan Carlos. *Derechos Humanos, intereses difusos y medio ambiente: un problema jurídico*

insoslayable. VI Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho. Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación. 2009. Disponible en: www.acj.org u.v. 24/11/2009

²⁰ TIRADO MEJÍA, Alvaro, et al. *Reforma Constitucional de 1936*. Op. cit. p. 29.

²¹ Véase las interesantes reflexiones que hace sobre este tema el profesor BERNAL PULIDO, Carlos. En: *Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales, una crítica a ¿Existen derechos sociales?* De Fernando Atria. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002. p. 21.

²² BERNAL PULIDO, Carlos. *Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales, una crítica a ¿Existen derechos sociales?* Op. Cit. p. 42.

socialdemócratas, la protección de la fuerza de trabajo, la libertad de coalición, y la obligación para el Estado de crear un sistema²³ general de seguridad social con estructuras democráticas²⁴. (Negrillas fuera del texto)

Dicha obligación estatal, fue el punto de partida para la creación de un “Sistema” (ya no modelo) General de Seguridad Social, dentro de la consagración de los derechos sociales que paulatinamente se fueron estableciendo con posterioridad, gracias a la Constitución weimariana de 1919.

De esta manera, tanto los preceptos sociales weimarianos de rango constitucional y las disposiciones legales alemanas, se despliegan con el objeto de proteger progresivamente a la población alemana²⁵, lo cual es tomado como referencia, en el caso colombiano, por los constituyentes de 1936 y los legisladores de este período.

El 11 de noviembre de 1919 fue entonces la fecha de la sanción de la Constitución Alemana de Weimar, erigiéndose como la primera carta constitucional en el mundo que hace referencia a cláusulas sociales, como los derechos asistenciales en salud señalados con anterioridad.

De otro lado, y a manera de ilustración, hay que indicar que con la nueva constitución, Alemania se instituye como una república federal que cuenta con nueve estados; se dispone, de la misma forma, que el presidente sea elegido por votación popular, y se le envisten de extraordinarias facultades inclusive para restringir las libertades individuales y decretar estados de

excepción sin censura alguna²⁶, aspecto que será corregido en la ley fundamental alemana, por cuanto en esta priman dichas libertades.

En suma, las normas indicadas en la Constitución de Weimar, influyeron tanto en la consagración de disposiciones constitucionales colombianas como en las de otras naciones, las que se inclinaron por medio de sus cartas magnas, a garantizar los principios propios de los derechos sociales asistenciales en seguridad social en salud, dirigiendo la reorganización estatal a la observancia de aquellos.

Influencia de la Constitución de Weimar en las disposiciones constitucionales y legales colombianas en torno a los derechos sociales asistenciales en salud

Las constituciones colombianas del siglo XIX no trataron aspectos relacionados con los derechos sociales y la asistencia pública en salud, como si lo hizo la constitución weimariana de 1919 así haya sido de manera abstracta; y mucho menos se trató en Colombia el tema de la estructura de un sistema de seguridad social.

En la constitución colombiana expedida en el año de 1886, se hace una breve alusión a los “deberes” del Estado, lo cual se asocia con la “**caridad**” más no con el “**derecho**” que les asiste a los ciudadanos, de contar con la aplicación de derechos sociales asistenciales sanitarios.

La citada constitución indica en uno de sus apartes, que las autoridades están instituidas para “asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”²⁷. Se evidencia entonces que la noción de “deber” en la Constitución de 1886, señalada anteriormente, sea asocia con la de “caridad” excluyendo la mención de “derecho”, en este caso a la asistencia en salud.

²³ Aquí se empieza a consagrar el concepto de “Sistema” y no de “modelo”.

²⁴ TIRADO MEJÍA, Alvaro, et al. *Reforma Constitucional de 1936*. Op. cit. p. 29 y ss.

²⁵ Se trata de proteger a los trabajadores, a las personas menos favorecidas y se “*crea una nueva forma de seguro social a través del seguro a supervivientes del trabajador que fallece*”. *Ibid.* p. 24.

²⁶ PÉREZ VILLA, Jorge. *Compendio de Derecho Constitucional*. Editorial Leyer. Bogotá. 1998. p. 303.

²⁷ PAREDES HERNÁNDEZ, Natalia. *Derecho a la salud, su situación en Colombia*. Op. cit. p. 43.

Paulatinamente, en Colombia entre los años de 1910 y 1936 se supera la categoría de “caridad” de la asistencia en salud por ejemplo, sustituyéndola por la de “obligación” a cargo del Estado acreedor de los ciudadanos en relación con esta asistencia pública; ello se fomenta con las ideas sociales que predominan en Alemania a principio del siglo XIX, y que son recogidas por el general Uribe Uribe²⁸.

Este militar y abogado antioqueño presenta lo que él denomina “proyecto de socialismo de Estado” en el que propone organizar la asistencia pública, no desde el punto de vista de la “caridad” sino como “derecho”; a esta propuesta, el ideólogo de izquierda y también antioqueño Gerardo Molina, asintió señalando peyorativamente que a los “*indigentes les parece mejor no recibir como limosna lo que consideran que se les debe por derecho*”²⁹.

Aquello, según lo indica Arenas Monsalve, es una de las conquistas importantes del pensamiento jurídico en los últimos tiempos, consagradas bajo el principio señalado con anterioridad, de que “frente del Estado el hombre es un acreedor”³⁰ de derechos y no de “caridad;” nociones recogidas de la filosofía socialdemócrata alemana.

No obstante, en Colombia hasta el año de 1928 no existía un derrotero claro alrededor de la protección de los derechos sociales asistenciales en salud; naturalmente, el gobierno deseaba ordenar la escasa legislación existente, y para ello se tuvo en cuenta todo lo tocante a la consagración de los derechos asistenciales, con la aparición de los seguros sociales en Alemania³¹.

²⁸ ARENAS MONSALVE, Gerardo. *El derecho colombiano de la seguridad social*. Op. cit. p. 64.

²⁹ MOLINA, Gerardo. *Las ideas liberales en Colombia*. Tomo I. 1848-1914. 8ª edición. Ediciones Tercer Mundo. Bogotá. p. 256.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ RENGIFO O, Jesús María. *La Seguridad Social en Colombia*. Op. cit. p. 44.

En este orden de ideas, si bien es cierto el Estado colombiano empieza a ser protagonista alrededor de los derechos sociales asistenciales de la salud, es desde comienzos del siglo XIX donde se empiezan a consagrar estos derechos en la constitución colombiana de 1936, aunque de manera abstracta³² igual que en Alemania. El constituyente colombiano del 36, tomó en cuenta los principios de la Constitución weimariana de 1919, la cual consagró por primera vez los derechos sociales.

Así se revela en el artículo 19 de la reforma constitucional colombiana del 36 al señalar que:

*“la asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla a otras personas, que estén físicamente incapacitados para trabajar. La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado”*³³ (Negrillas fuera del texto).

Asimismo, en el gobierno del presidente tolimense Alfonso López Pumarejo, en el cual se llevó a cabo la enmienda constitucional expuesta, y que según los profesores Tirado Mejía y Velásquez Toro³⁴, es uno de los mandatarios más importantes de la historia de Colombia, se presentaron transformaciones relevantes; lo anterior, porque mediante la reforma constitucional de 1936 el país acogió

³² Hay que aclarar que la protección de los derechos sociales visto como el conjunto de las medidas institucionales de satisfacción de necesidades en salud por ejemplo, se consagró en la ley americana de seguridad social de 1935, influenciada también por la carta weimariana de 1919, “*pero encontró su expresión más completa en Gran Bretaña, con el informe “Beveridge”, cuya influencia produjo un movimiento internacional favorable a su implantación, que se tradujo posteriormente en las legislaciones nacionales*”. Véase: ARENAS MONSALVE, Gerardo. *El derecho colombiano de la seguridad social*. Op. cit. p. 64.

³³ CONSTITUCIÓN NACIONAL DE COLOMBIA DE 1936. Art. 19.

³⁴ TIRADO MEJÍA, Alvaro, et al. *Reforma Constitucional de 1936*. Op. cit. p. 3.

los nuevos ordenamientos que se estaban presentando en Europa y particularmente en Alemania, orientados a la protección de los derechos sociales asistenciales como la salud.

Colombia no era ajena a las profundas transformaciones en la economía y la sociedad de ese momento, las cuales le afectaban al igual que a Alemania, país que se encontraba convulsionado por la crisis del capitalismo desde 1929³⁵.

Así las cosas, según lo señala el profesor Jacobo Pérez Escobar, fue a partir del Acto Legislativo No. 1 mediante el cual se reforma la Constitución de Colombia del 36 “*cuando nuestro sistema político sufrió un ligero viraje ideológico hacia el socialismo en una modalidad que aún subsiste*”³⁶ y cuyas bases son tomadas de los partidos de izquierda alemanes³⁷.

Dentro de la enmienda presentada en el 36, se plasmaron reformas que según lo indica el profesor Tulio Enrique Tascón, fueron tomadas de la Constitución Alemana de Weimar de 1919, con disposiciones relacionadas con el derecho social asistencial público en salud por ejemplo, a cargo del Estado³⁸.

La reforma mencionada, en suma, enuncia las consecuencias inevitables de las valiosas transformaciones sociales presentadas con posterioridad a la primera guerra mundial; hechos que repercutieron en Alemania en la estructuración de las normas encaminadas a la protección de los derechos sociales, y que los

constituyentes del 36 tuvieron en cuenta en la estructura de la carta magna colombiana³⁹.

Al estudiar la Gaceta que contiene las discusiones referidas a la enmienda constitucional de 1936, se muestra la tendencia de los constituyentes colombianos, alentados por la consagración de los derechos asistenciales en Weimar, a la protección no únicamente de los derechos individuales, sino también de los sociales.

Precisamente, se observa que en la sesión del día 9 de enero de 1936, los Senadores Moisés Prieto y Gerardo Molina, se pronunciaron en favor de la Reforma total de la Constitución exponiendo el primero lo siguiente:

*“no comparto con mi amigo el doctor Echandía, el concepto de que la constitución es simplemente el freno a los hombres que ejercitan el Poder Público... ya no se trata solamente de garantizar los abusos (sic) del poder público, ya no se trata de garantizar los derechos del individuo, sino que ha aparecido un concepto nuevo y es el de garantizar los derechos sociales dentro de la Carta Fundamental”*⁴⁰ (Negrillas fuera del texto).

A su vez, desde el punto de vista legal, en octubre de 1936 se establece en Colombia un proyecto relacionado con los derechos sociales, mediante la creación de la caja de seguros sociales dependiente del Ministerio de Industrias, la que cubriría los riesgos de enfermedad, invalidez prematura y maternidad⁴¹; para este fin, se toman como base sistemáticamente las leyes alemanas, mediante las cuales se “*crea una nueva forma de seguro social a través del seguro a supervivientes del trabajador que fallece*”⁴².

³⁵ Ibidem.

³⁶ PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. *Derecho Constitucional Colombiano*. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1997. p. 200.

³⁷ Como los socialdemócratas y la izquierda democrática, por ejemplo.

³⁸ TASCÓN, Tulio Enrique. *Historia del Derecho Constitucional Colombiano*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005. p. 269. Asimismo, en la reforma constitucional de 1936 influenciada por la Constitución de Weimar, se consagró que “*el trabajo era una obligación social y gozaría de la especial protección del Estado; que se garantizaba el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos, y que las leyes podrían establecer el patrimonio familiar inalienable e inembargable*”. Ibidem.

³⁹ FERNÁNDEZ BOTERO, Eduardo. Las constituciones colombianas comparadas. Editorial Universidad de Antioquia. Medellín. 1964. p. XXVI y ss.

⁴⁰ TIRADO MEJÍA, Alvaro, et al. *Reforma Constitucional de 1936*. Op. cit. p. 45.

⁴¹ RENGIFO O, Jesús María. *La Seguridad Social en Colombia*. Op. cit. p. 44.

⁴² TIRADO MEJÍA, Alvaro, et al. *Reforma Constitucional de 1936*. Op. cit. p. 24.

Asimismo, un referente importante para la expedición de las citadas disposiciones, fue la carta weimariana de 1919, a la que se acudió para aclarar las reglamentaciones que en dicha constitución se habían establecido en torno a la protección de los derechos asistenciales, con el fin de aplicarlos en Colombia⁴³ tanto a nivel constitucional como legal.

En igual sentido, se observa en el Acta número 27 de la comisión XIV de la sesión del día 26 de febrero de 1936 y cuya presidencia le correspondió al congresista Carlos Pérez, que el representante de apellido Mejía, en una clara posición conservadora -y haciendo alusión al contexto alemán, contraria a la filosofía socialdemócrata promotora de la carta weimariana-, relaciona la “caridad” con la asistencia social de esta manera: “*La asistencia social está inspirada en los principios del cristianismo, como un medio más eficaz de caridad que el de la limosna individual*”⁴⁴ (Negritillas fuera del texto).

Más tarde, en el año de 1963 se desarrolla en Colombia el concepto de asistencia pública directamente relacionado con los servicios de salud, y dirigido a los sectores vulnerables de la sociedad, pero ya no desde el punto de vista “caridad” sino señalado como “derecho” de los ciudadanos. Lo anterior se plasma en el decreto extraordinario No. 3224 de 1963, que indica:

*“La asistencia pública como función del Estado, consiste en la ayuda que este debe prestar para procurar el bienestar individual, familiar y colectivo, mediante la prevención de la enfermedad, la promoción y recuperación de la salud de quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén incapacitados para trabajar”*⁴⁵.

⁴³ Ibid. p. 29.

⁴⁴ ANALES DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES. Serie 2. Número 185, marzo 9 de 1936. p. 2501 y ss.

⁴⁵ PAREDES HERNÁNDEZ, Natalia. *Derecho a la salud, su situación en Colombia*. Op. Cit. p. 44. Como referencia es importante señalar que en Ecuador en el año de 1967 el derecho a la seguridad social se consagra como el

Con posterioridad, el constituyente de 1991⁴⁶ recoge las disposiciones tendientes tanto a la protección de los derechos sociales asistenciales en salud como a la vida⁴⁷, consagradas por el constituyente colombiano del 36, influenciado por la consagración de los citados derechos en la carta weimariana. Así, el artículo 366 de la Constitución Colombiana del 91⁴⁸ establece:

“El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de la vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable...”

Asimismo, el artículo 48 de la carta constitucional del 91⁴⁹ señala:

más amplio de todos los derechos a la seguridad. Se le define en la constitución ecuatoriana en el inciso 2 del artículo 65 del mencionado año “*como el que todos los habitantes tienen “a la protección del Estado contra los riesgos de desocupación, invalidez, enfermedad, vejez y muerte, igual que en caso de maternidad y otras eventualidades que los priven de los medios de subsistencia”*”.

⁴⁶ Hay que indicar que el constituyente del 91 consagró en el Artículo 1 lo atinente al Estado Social de Derecho y la dignidad humana. En Alemania, la dignidad humana consagrada en la ley fundamental alemana (constitución alemana que rige en la actualidad) igualmente en el artículo 1, es de suma relevancia y exige respeto de las autoridades. Para ampliar este punto véase el caso: GEORGIA, Greeg v. *Supreme Court (United States)* 428 U.S. 153 (1976), que hace relación a la cadena perpetua y “the dignity of man”. Hay que anotar que la constitución norteamericana es de corte procedimental y la alemana se centra más en lo sustantivo. Disponible en: <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=63+Rev.+Jur.+U.P.R.+759&srctype=smi&srcid=3B15&key=b00e5042f507ab2a3b5a92178347c9c9> 12/12/2010.

⁴⁷ Véase: GACETA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA N. 83. p. 4, columna 3

⁴⁸ Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991_pr001.html

⁴⁹ Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991_pr001.html

“La Seguridad Social⁵⁰ es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley...se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”.

Lo anterior, dentro del marco del Estado social de derecho de estirpe weimariana⁵¹, que ha incidido en la organización sociopolítica de naciones como Colombia, bajo el marco del Estado de bienestar⁵², que surge en Europa como resultado de las demandas sociales como la salud al inicio del siglo XX, y reconocidas por primera vez, si bien es cierto de manera abstracta, en la Constitución Alemana de Weimar.

⁵⁰ TOLÉ MARTINEZ, Julian. *La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia, el estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Universidad Nacional Autónoma de México. No. 15. México D.F. En esta época ya existen definiciones concisas sobre por ejemplo la seguridad social como “*el servicio público que el Estado presta a los asociados en orden a protegerlos contra las contingencias de enfermedades, accidentes, invalidez, vejez y muerte. Son estas contingencias algunas a las que el común de los ciudadanos no puede atender con sus propios medios a las que el Estado Contemporáneo debe atender directa o indirectamente a través del sistema de seguridad social*”. Véase igualmente: MIRANDA TALERO, Alfonso. *El derecho de la seguridad social*. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Derecho. Bogotá. 1995. p. 19 y el texto de PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. *Derecho Constitucional Colombiano*. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1997. p. 343, quien indica que es “*el medio que garantiza la subsistencia tanto personal como familiar. Ello significa que el Estado debe cubrir los riesgos que constantemente conspiran contra el individuo y su familia, especialmente por falta de ingresos suficientes para su subsistencia*”.

⁵¹ Aunque se consagran verdaderamente en la ley fundamental alemana.

⁵² En el Estado de Bienestar se considera que al Estado le corresponde, en su rol de intervencionista, sufragar las necesidades ante todo de los más desfavorecidos, de salud, empleo, y seguridad social en general entre otros. En el Estado de Bienestar la responsabilidad del Estado es mayor en defensa de los intereses y necesidades de los ciudadanos, que deben contar con programas públicos estatales que satisfagan sus necesidades consagradas como “derechos” y no “caridad”

El Estado social de derecho, ligado a los derechos sociales, resumidamente, garantiza “estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho⁵³ y no simplemente de caridad”⁵⁴.

Todo este legado normativo que en gran parte se inicia desde la expedición de la Constitución de Weimar en 1919, tuvo una clara incidencia en las disposiciones constitucionales y legales en Colombia. Este escrito no pretende reflexionar sobre las bondades o no de la carta alemana en todos los aspectos, sino hacer una breve referencia a la influencia de la citada Constitución, únicamente⁵⁵ en torno a la consagración de los derechos sociales asistenciales como el de la salud, que se implementaron en Colombia gracias a la constitución alemana⁵⁶, donde se

⁵³ En lo que respecta a los “derechos” es importante estudiar la sentencia de la Suprema Corte de Estados Unidos que se resolvió el 21 de febrero de 1803; se trata del caso *Marbury v. Madison*, (5 U.S. 137 1803) en el que se argumenta que cuando se tiene un “derecho” se tiene un “poder” facultando al titular para acudir a las autoridades y para hacerlo valer.

⁵⁴ H.L. WILENSKY, 1975. Citado por la Corte Constitucional en sentencia C-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón

⁵⁵ Es cierto que la Constitución de Weimar tiene muchos contradictores que indican que sus disposiciones tienen un alto grado de abstracción, y que se trata de la consagración de derechos netamente aspiracionales. Igualmente, se argumenta que fue una constitución basada en los compromisos adquiridos mediante el Tratado de Versalles. Véase para ampliar este tema: KIM LANE SCHEPPELE. *The Agendas of Comparative Constitutionalism, in law and Courts*. Newsletter of the Law and Courts Section of the American Political Science Association. 2003. Disponible en: http://www.law.upenn.edu/cf/faculty/kscheppe/workingpapers/13Law_Cts5_2003.pdf 12/12/2010

⁵⁶ En la actualidad, rige la ley fundamental alemana (constitución alemana) que propende porque no se presente ningún tipo de retroceso en lo que a protección de derechos se refiere. Se dice que la ley fundamental alemana fue la respuesta a la Constitución de Weimar de 1919, la cual presentó un catálogo de derechos pero como se dijo anteriormente, aspiracionales y abstractos. La ley Fundamental alemana presenta artículos relevantes como el 79 que indica:

valoró a la persona como titular de los “derechos y las garantías (y como) elemento integrante de la colectividad”⁵⁷.

CONCLUSIONES

La Constitución de Weimar de 1919, es la primera constitución en el mundo que hace referencia a disposiciones de orden social, esto es, consagra normas, así sea a nivel abstracto, que protegen los derechos sociales asistenciales como la seguridad social en salud, las que fueron impulsadas por la socialdemocracia alemana.

Ello hizo que el constituyente colombiano de 1936, bajo el gobierno del presidente Alfonso López Pumarejo, acogiera los nuevos ordenamientos que se estaban presentando en Alemania, tanto a nivel constitucional como legal, encaminados a la protección de los derechos sociales asistenciales como la salud.

En síntesis, la Constitución weimariana de 1919 que consagró los derechos sociales, direccionó las disposiciones tanto constitucionales como legales colombianas alrededor de los derechos sociales, por cuanto los sistemas político y jurídico colombiano, influenciados por las corrientes políticas de izquierda alemanas, sufrieron un ligero viraje ideológico hacia tendencias socialistas; así, los servicios sociales asistenciales en salud, se consagran finalmente desde la órbita de los “derechos” y no como producto de la “caridad”.

Los preceptos sociales weimarianos de rango constitucional y las disposiciones legales

alemanas en torno a las garantías sociales asistenciales a cargo del Estado, se despliegan con el objeto de proteger progresivamente a la población alemana que clamaba por su derecho a la salud por ejemplo; lo anterior es tomado como referencia o muestra en el contexto colombiano por los constituyentes de 1936 y los legisladores de dicho periodo.

En suma, las normas señaladas en la Constitución de Weimar de 1936, influyeron tanto para la consagración de normas establecidas en la carta magna colombiana y las estructuradas por el legislador nacional, así como en las de otras naciones, las que se inclinaron igualmente a garantizar los principios propios de los derechos sociales asistenciales en seguridad social como la salud, dirigiendo la reorganización estatal a la observancia de estos derechos.

BIBLIOGRAFÍA

ABREU Y ABREU, Juan Carlos. *Derechos Humanos, intereses difusos y medio ambiente: un problema jurídico insoslayable*. VI Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho. Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación. 2009. Disponible en: www.acj.org u.v. 24/11/2009

AGUILO REGLA, Joseph. *La Constitución como fuente de derecho*. Ponencia en el X seminario internacional de Teoría y Filosofía del Derecho. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2002. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras>. u.v. 09/11/09

ANALES DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES. Serie 2. Número 185, marzo 9 de 1936.

ARENAS MONSALVE, Gerardo. *El derecho colombiano de la seguridad social*. Legis Editores S.A. Bogotá. 2009.

BERNAL PULIDO, Carlos. *Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales, una*

“No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20”.

⁵⁷ FERNÁNDEZ BOTERO, Eduardo. *Las constituciones colombianas comparadas*. Editorial Universidad de Antioquia. Medellín. 1964. p. 26. Prólogo de Carlos Gustavo Arrieta

crítica a ¿Existen derechos sociales? Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002.

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE COLOMBIA DE 1936.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991.

DURAND, Paul. *La política contemporánea de seguridad social*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1991

FERNÁNDEZ BOTERO, Eduardo. *Las constituciones colombianas comparadas*. Editorial Universidad de Antioquia. Medellín. 1964

GACETA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA N. 83. p. 4, columna 3

GEORGIA, Greeg v. *Supreme Court (United States) 428 U.S. 153* (1976), que hace relación a la cadena perpetua y “the dignity of man”. Disponible en: <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=63+Rev.+Jur.+U.P.R.+759&srctype=smi&srcid=3B15&key=b00e5042f507ab2a3b5a92178347c9c9> 12/12/2010.

H.L. WILENSKY, 1975. Citado por la Corte Constitucional en sentencia C-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón

KIM LANE SCHEPPELE. *The Agendas of Comparative Constitutionalism, en law and Courts. Newsletter of the Law and Courts Section of the American Political Science Association*. 2003. Disponible en: http://www.law.upenn.edu/cf/faculty/kscheppe/workingpapers/13Law_Cts5_2003.pdf 12/12/2010

LEY FUNDAMENTAL ALEMANA .

MOLINA, Gerardo. *Las ideas liberales en Colombia*. Tomo I. 1848-1914. 8ª edición. Ediciones Tercer Mundo. Bogotá.

MIRANDA TALERO, Alfonso. *El derecho de la seguridad social*. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Derecho. Bogotá. 1995.

PAREDES HERNÁNDEZ, Natalia. *Derecho a la salud, su situación en Colombia*. Ediciones Antropos Ltda.. Bogotá. 2003.

PÉREZ VILLA, Jorge. *Compendio de Derecho Constitucional*. Editorial Leyer. Bogotá. 1998.

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. *Derecho Constitucional Colombiano*. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1997.

RENGIFO O, Jesús María. *La Seguridad Social en Colombia*. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1989.

TASCÓN, Tulio Enrique. *Historia del Derecho Constitucional Colombiano*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005.

TOLÉ MARTINEZ, Julian. *La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia, el estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Universidad Nacional Autónoma de México. No. 15. México D.F.

TIRADO MEJÍA, Alvaro, et al. *Reforma Constitucional de 1936*. Colección Pensadores Políticos Colombianos. Cámara de Representantes de Colombia. Bogotá. 1986.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*. Editorial EUDEB. Buenos Aires. 1994.

**LA EXCEPCIÓN PRELIMINAR:
FALTA DE AGOTAMIENTO DE
RECURSOS INTERNOS
¿UN MECANISMO EFECTIVO
DE DEFENSA ESTATAL?***

Andrés González Serrano**

Fecha de recepción: 15 de Octubre de 2010

Fecha de aceptación: 30 de Noviembre de 2010

Artículo Resultado de Proyecto de Investigación.

Resumen

La excepción preliminar de falta de agotamiento de recursos internos, ha sido la más incoada por los Estados Parte en los diferentes procesos contenciosos ante el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos.

Es por lo anterior que nace el interrogante *¿la excepción falta de agotamiento de recursos internos es un mecanismo de defensa estatal efectivo?* Sin embargo, se evidencia en el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que de forma sistemática, la excepción es desestimada tornándola no efectiva para las pretensiones estatales.

Palabras clave

Excepción preliminar, Falta de Agotamiento de Recursos Internos, Desestimación, Corte

* Artículo avance de la investigación "Defensa Estatal ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos – Líneas jurisprudenciales desde la perspectiva procedimental – Excepciones preliminares", realizada por la Universidad Militar Nueva Granada. El autor agradece la colaboración de la auxiliar de investigación Laurent Daniella Melo Duran, en la elaboración del estado del arte y de las fichas jurisprudenciales.

** Abogado Universidad Militar Nueva Granada. Especialista en Docencia Universitaria de la Universidad Militar Nueva Granada. Candidato a Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada. Docente Investigador de la Universidad Militar Nueva Granada. andres.gonzalez@unimilitar.edu.co.

Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

**THE PRELIMINARY OBJECTION:
LACK OF EXHAUSTION, IS AN
EFFECTIVE MECHANISM FOR
DEFENSE STATE?**

Abstract

The preliminary objection for lack of exhaustion of domestic resources, has been the most filed by the States Party to the various contentious proceedings before the Inter-American system of protection of Human Rights.

It is for the above that arises the question is the exception lack of exhaustion is a defense mechanism state cash?. However, is evident in the framework of the Inter-American Court of Human Rights, which systematically, the exception is dismissed make no effective state claims.

Keywords

Exception preliminary - non-exhaustion of domestic remedies - Rejection - Inter-American Court of Human Rights - American Human Rights Commission.

INTRODUCCIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que la excepción preliminar falta de agotamiento de recursos internos es un mecanismo de defensa estatal. Sin embargo, hecho el análisis de las sentencias de 2005 a 2008 proferidas por el máximo tribunal Interamericano, se evidencia que la excepción no ha sido un mecanismo de defensa estatal efectivo.

Por lo anterior nace el interrogante *¿la excepción falta de agotamiento de recursos internos es un mecanismo de defensa estatal efectivo?* Para responder la pregunta problema planteada, se utilizó un método jurídico – descriptivo, construyendo

una línea jurisprudencial, con las sentencias proferidas por el máximo tribunal desde 2005 a 2008, después de haberlas recolectado, clasificado y analizado en sentencias hito, fundadora de línea, confirmadora de principio y arquimédica¹, debido que la investigación tiene como objetivo general identificar los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia procedimental en ejercicio de su competencia contenciosa.

El artículo se desarrolla en cuatro partes: (1) observaciones iniciales, se explica el deber que poseen la personas de agotar los recursos internos para poder acceder al Sistema Interamericano; (2) línea jurisprudencial, se expone la construcción de la línea jurisprudencial después de haber analizado las sentencias desde el 2005 a 2008; (3) observaciones finales, se explica el por qué la excepción falta de agotamiento de recursos internos no ha sido efectiva y (4) conclusión, se identifican los requisitos para que prospere la excepción falta de agotamiento de recursos internos.

1. OBSERVACIONES PRELIMINARES

Al momento que un Estado Miembro de la OEA decidió ser Parte² de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante Convención) de forma implícita se obligó con las personas habitantes de su territorio a proporcionar recursos internos que permitan proteger sus derechos humanos³.

¹ Ver: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces, Obligatoriedad del precedente constitucional análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales*. Segunda edición. Editorial Legis. Bogotá D.C. 2008. p. 139 - 192.

² BARBOSA DELGADO, Francisco. *Litigio Interamericano*. Universidad Jorge Tadeo Lozano. Bogotá D.C. 2002 p. 55.

³ Convención Americana sobre de Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Artículo 25: "1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido

El deber del Estado, sea este de garantizar que los recursos sean adecuados y efectivos o de adecuar su legislación a estándares internacionales, de manera concreta a estándares regionales, trae consigo la posibilidad que un órgano internacional lo condene por no cumplir con sus obligaciones⁴; en el presente evento será la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte).

Sin embargo, un Estado parte podría ser condenado por no cumplir sus obligaciones lo que llevaría al Estado a violar de forma autónoma un derecho humano, pero sólo en el evento que no proporcione recursos adecuados y efectivos para su habitantes.

En consonancia con lo anterior, la Convención consagró la protección internacional de forma coadyuvante o convencional de un ser humano a la protección que ofrece el derecho interno de su Estado⁵. Competencia subsidiaria que puede hacerla valer cualquier persona, un grupo de personas o una ONG reconocida en uno o más Estados miembros⁶, cuando el derecho interno de un Estado no respete y/o garantice los derechos de sus habitantes⁷.

o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

⁴ NIKKEN, Pedro. *La garantía internacional de los derechos humanos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2006. p. 29 - 57.

⁵ CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Preámbulo "(...) Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos".

⁶ CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Op. Cit. Art. 44.

⁷ NIKKEN, Pedro. *La garantía internacional de los Derechos Humanos*. Op. Cit. p. 29 - 57.

De allí que la protección internacional nazca cuando un Estado parte de la Convención en su derecho interno no logre respetar ni garantizar los derechos de sus habitantes, es decir, que la cláusula consagrada en el preámbulo de la Convención Americana en consonancia con los Artículos 46 y 47 de la misma, permite inferir que el tribunal nacional o interno tiene el derecho y el deber de hacer cumplir las obligaciones estatales convencionales y hacer valer los derechos humanos de la persona (sea o no nacional del Estado) reclamante⁸.

De la forma antes enunciada, claro está, cuando el Estado proporcione recursos adecuados y efectivos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión) podrá declarar admisible una petición y registrarla como caso⁹. De ahí que el profesor Faúndez Ledesma expresa

“que la exigencia del agotamiento previo de los recursos internos, busca preservar la soberanía del Estado presuntamente responsable de una violación de derechos humanos, permitiéndole demostrar que sus tribunales son capaces de hacer justicia; en caso contrario puede asumirse que es un acto deliberado del Estado, que compromete su responsabilidad internacional”¹⁰.

De lo contrario, es deber de la Comisión por seguridad jurídica del Sistema Interamericano declarar inadmisibile la petición, como ya lo ha

hecho. De forma reiterada ha dicho la Comisión que las víctimas deben agotar los recursos internos de forma adecuada y conforme a los requisitos establecidos en la jurisdicción interna. Los peticionarios no sólo deben interponer los recursos, sino deben sustanciarlos ante su jurisdicción y actuar diligentemente para obtener la efectividad del mismo¹¹.

La Corte en diferentes pronunciamientos ha expresado que la exigencia del previo agotamiento de recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca eximirlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios.

De la misma forma el profesor Faúndez expone que el principal objetivo es ofrecer a los Estados la posibilidad de enmendar la conducta de sus agentes o de sus órganos y hacer justicia al reclamante¹².

A manera de colofón, la Convención Americana permite que los tribunales nacionales del Estado Parte, posean prioridad para que conozcan de las presuntas violaciones sobre derechos humanos y sean los mismos quienes oportunamente corrijan y rectifiquen los errores cometidos por los agentes estatales para respetar y garantizar los derechos humanos de sus habitantes y no verse inmerso en un proceso de contienda regional sea ante la Comisión o la Corte.

En otras palabras, es la facultad que poseen los Estados Parte por intermedio de sus tribunales de demostrar a nivel regional que su jurisdicción si ofrece justicia y protección a las presuntas vulneraciones de derechos humanos que se puedan presentar en su territorio.

⁸ CONVENCION AMERICANA SOBRE DE DERECHOS HUMANOS. Op. Cit. Art. 46. “Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a. que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos (...)”.

⁹ Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por la Comisión en su 137º período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009. Artículo 36-2.

¹⁰ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El agotamiento de recursos internos en el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos*. Editorial Ex Libris. Caracas. 2007. p. 27.

¹¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Petición 12210. Felix Román Esparragoza González y Neiro Molina Peñaloza. Informe inadmisibilidad N° 48/04. Párrafo 56.

¹² FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El agotamiento de recursos internos en el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos*. Op. Cit. p. 27.

Sin embargo, la obligación de agotar los recursos internos por parte de las presuntas víctimas y/o del peticionario (cuando no son el mismo sujeto procesal) se presenta cuando el Estado parte proporcione recursos que ha definido la Corte como adecuados y efectivos¹³.

La Corte ha entendido como recurso adecuado, aquel que posee dentro del sistema de derecho interno la función de proteger la situación jurídica infringida. En otros términos, hace relación a que el recurso sea idóneo para proteger el derecho humano presuntamente violado¹⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte expresó que el recurso adecuado para proteger el derecho a la libertad personal será el habeas corpus¹⁵. En el mismo sentido, en el Caso Caballero Delgado y Santana, manifestó que cuando se presente hechos que configuren la desaparición forzada, el recurso adecuado que deben agotar las víctimas es el habeas corpus¹⁶.

Por lo anterior, que el recurso adecuado que deberán agotar las presuntas víctimas en casos de violación al derecho a la libertad de expresión, las garantías judiciales, la protección a la familia y el buen nombre será la acción de amparo¹⁷.

La Corte también ha manifestado el significado de un recurso efectivo¹⁸, entendiéndolo como aquel recurso capaz de producir el resultado para el cual han sido concebidos, es decir, que la responsabilidad del Estado Parte no termina con la consagración normativa de los recursos, ni mucho menos con la emisión de una decisión por medio de una sentencia o providencia de similares características; además, el Estado debe garantizar los medios para ejecutar las decisiones proferidas¹⁹. En otras palabras, la efectividad de un recurso se encuentra en la ejecución del mismo.

De la misma forma, la Corte y la Comisión han considerado que la efectividad o ineffectividad de un recurso no se mide por el simple hecho que la decisión del tribunal interno del Estado parte sea contraria a las pretensiones de las víctimas y no produzca el resultado que ellos esperaban²⁰. Sin embargo, si han dejado claro que podrá medirse la efectividad o ineffectividad de un recurso cuando no exista decisión por parte de los tribunales internos; es decir, para que un recurso sea efectivo, el mismo debe dar respuesta a las violaciones de los derechos humanos contemplados en la Convención, así dicha decisión sea contraria a las pretensiones de las víctimas, siempre y cuando hayan sido rechazadas con fundamentos legales y no arbitrarios²¹.

¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras. Sentencia de fondo. Serie C No. 4 de julio de 1988. Párrafo 63.

¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Godínez Cruz Vs Honduras. Sentencia de fondo. Serie C No 5 de enero de 1989. Párrafo 67.

¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Durand y Ugarte Vs Perú. Sentencia Excepciones Preliminares. Serie C No 50 de mayo de 1999. Párrafo 31 a 35.

¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Caballero Delgado y Santana Vs Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares. Serie C No 17 de enero de 1994. Párrafo 56.

¹⁷ BREWER CARIAS, Allan Brewer Carias. *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos: garantías constitucionales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano*. Instituto Inte-

americano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica. 2005. p. 143 - 162

¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Fairén Garbí y Solís Corrales Vs Honduras. Sentencia de Fondo. Serie C No 6 de marzo 1989. Párrafo 91.

¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo y otros Vs Panamá. Sentencia de Fondo. Serie C No 104 de noviembre de 2003. Párrafo 79. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tribunal Constitucional Vs Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 71 de enero de 2001. Párrafo 93.

²⁰ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El agotamiento de recursos internos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos*. Op. Cit. p. 78

²¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Petición 0581, Gustavo Trujillo

Son las dos características (adecuados y efectivos) que deben cumplir los recursos internos de cualquier Estado parte, tanto para proteger los derechos humanos de las personas habitantes en su territorio, como para cumplir sus compromisos convencionales y no verse avocado de forma constante a litigios internacionales, donde se evidencie un no compromiso regional.

Ahora bien, siendo claro cuáles son los compromisos de un Estado parte en cuanto a los recursos que deben de proporcionar a sus habitantes para la protección de los derechos humanos por parte de los órganos estatales, se entrará a analizar si la excepción de falta de agotamiento de recursos internos como estrategia de defensa estatal ha sido efectiva en el marco del litigio ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. CONSTRUCCIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL²²

Los casos que serán sujetos de análisis de acuerdo a la pregunta problema *¿La excepción preliminar falta de agotamiento de recursos internos, ha sido un mecanismo de defensa estatal efectivo al incoarla ante instancias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?* son: Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, Comunidad Moiwana Vs. Surinam, Niñas Yean y Bosico Vs. República

González. Informe de inadmisibilidad No 90/2003. Párrafo 32. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Mayagna Awas Tingni Vs Nicaragua. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 79 de agosto de 2001. Párrafo 114.

²² Se presenta la necesidad de construir la línea jurisprudencial debido que la conformación de los requisitos para la procedencia de la excepción, son creación de los jueces interamericanos, más no se encuentran establecidos en ningún instrumentos regional. Para mejor comprensión se explica de forma sucinta que la pregunta problema tendrá cuatro opciones de respuesta, dos de ellas polares, las cuales podrán contextualizar al lector si la excepción si ha sido efectiva (cuando se ubica al margen derecho dentro del recuadro Si) ó no lo ha sido (cuando se ubica al margen izquierdo dentro del recuadro No).

Dominicana, García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú, Ximenes López Vs. República Federativa del Brasil, Acevedo Jaramillo Vs. Perú, Masacre de Ituango Vs. Colombia, Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, Nogueira de Carvalho Vs. Brasil, García Prieto Vs. Salvador, Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez Vs Ecuador, Boyce y otros Vs. Barbados, Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela, Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos y Caso Bayarri Vs. Argentina²³.

2.1 Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia²⁴

No	¿La excepción preliminar: Falta de Agotamiento de Recursos Internos, ha sido un mecanismo de defensa estatal efectivo al incoarla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos?	Si
	*	

Es ubicada en la parte centro izquierda de la construcción de la línea jurisprudencial por ser una sentencia fundadora de línea, debido que la decisión de la Corte responde la pregunta problema planteada, pero no de forma concreta.

²³ Se aclara que los hechos relevantes para la primera etapa de la investigación son los relacionados con los aspectos procesales o de forma y no, los relacionados con los aspectos de fondo. Sin embargo, la persona que se encuentre interesada para conocer los hechos de fondo los podrán ver a pie de página con su correspondiente cita de forma resumida.

²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs Colombia. Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 134 de septiembre de 2005. Párrafo 2. La Comisión al momento de presentar la demanda señaló que entre el 15 y 20 de julio de 1997 aproximadamente un centenar de miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia con la colaboración y aquiescencia de agentes del Estado, privaron de la libertad, torturaron y asesinaron a por lo menos 49 civiles, tras lo cual destruyeron sus cuerpos y arrojaron los restos al río Guaviare, en el Municipio de Mapiripán, Departamento del Meta”.

La decisión de la Corte no se circunscribe a los requisitos que de forma reiterada se han establecido en el Sistema Interamericano para que proceda o no la excepción de falta de agotamiento de recursos internos; pero sí desestimó la excepción con el argumento que un Estado al momento de realizar reconocimiento de responsabilidad²⁵, acepta la plena competencia de la Corte para conocer y decidir sobre el fondo del caso y no se detiene en las excepciones preliminares.

2.2 Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam²⁶

No	¿La excepción preliminar: Falta de Agotamiento de Recursos Internos, ha sido un mecanismo de defensa estatal efectivo al incoarla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos?	Si
*		

Es ubicada en la parte izquierda de la construcción de la línea jurisprudencial por ser sentencia hito, debido que la decisión de la Corte responde de forma concreta la pregunta planteada, es decir por primera vez, claro está bajo las sentencias que son de análisis, la Corte

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares. Serie C No 122 de marzo de 2005. Párrafo 30.

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Comunidad Moiwana Vs Suriname. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 124 de junio de 2005. Párrafo 3. La Comisión señaló en su demanda, el 29 de noviembre de 1986 miembros de las fuerzas armadas de Suriname habrían atacado la comunidad N'djuka Maroon de Moiwana. Los soldados supuestamente masacraron a más de 40 hombres, mujeres y niños, y arrasaron la comunidad. Los que lograron escapar presuntamente huyeron a los bosques circundantes, y después fueron exiliados o internamente desplazados. Asimismo, a la fecha de la presentación de la demanda, supuestamente no habría habido una investigación adecuada de la masacre, nadie habría sido juzgado ni sancionado, y los sobrevivientes permanecerían desplazados de sus tierras; consecuentemente, serían incapaces de retomar su estilo de vida tradicional.

estableció los criterios que deben de tenerse en cuenta al momento de proponer la excepción de falta de agotamiento de recursos internos, para que proceda²⁷. En primer lugar, que el Estado demandado puede renunciar en forma expresa o tácita la invocación de esa regla. En segundo lugar, la excepción de no agotamiento de los recursos internos, para ser oportuna, debe plantearse en las primeras etapas del procedimiento, a falta de lo cual se presume la renuncia tácita a valerse de la misma por parte del Estado interesado. En tercer lugar, el Estado que alega el no agotamiento debe señalar los recursos internos que deben agotarse y proporcionar la prueba de su efectividad.

La Corte en el presente caso desestimó la excepción interpuesta por el Estado de Surinam. La decisión tuvo como fundamento que el Estado no presentó en tiempo la excepción y que lo mismo se desprende del expediente debido que el Estado propuso la excepción después que la Comisión había emitido sus informes de admisibilidad y de fondo²⁸.

Teniendo en cuenta lo anterior dijo la corte nuevamente que el Estado había renunciado tácitamente a su derecho a objetar la falta de agotamiento de recursos internos por parte de las presuntas víctimas.

2.3 Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana²⁹

No	¿La excepción preliminar: Falta de Agotamiento de Recursos Internos, ha sido un mecanismo de defensa estatal efectivo al incoarla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos?	Si
*		

²⁷ Ibid. párrafo 49.

²⁸ Ibid. párrafo 50.

²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs Colombia. Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 134 de septiembre de 2005. Párrafo 2. La

La presente sentencia es ubicada en la parte izquierda de la construcción de la línea jurisprudencial por ser una sentencia confirmadora de principio, debido que responde de forma concreta la pregunta problema planteada y reitera los tres criterios fijados por la Corte en la providencia Comunidad Moiwana Vs. Surinam.

En otras palabras, manifestó la Corte que para que proceda la excepción de falta de agotamiento de recursos internos se deben de tener en cuenta³⁰ en primer lugar, que el Estado demandado puede renunciar en forma expresa o tácita a la invocación de esa regla. En segundo lugar, la excepción de no agotamiento de recursos internos debe plantearse, para que sea oportuna, en la etapa de admisibilidad del procedimiento ante la Comisión, o sea, antes de cualquier consideración en cuanto al fondo; si no es así, se presume que el Estado renuncia tácitamente a valerse de ella. En tercer lugar, la Corte ha señalado que la falta de agotamiento de recursos es una cuestión de pura admisibilidad y que el Estado que la alega debe indicar los recursos internos que es preciso agotar, así como acreditar que esos recursos son adecuados y efectivos.

La excepción que presento la República Dominicana fue desestimada por la Corte³¹ con el argumento que el Estado no indicó en el procedimiento ante la Comisión los recursos adecuados y efectivos que debieron ser agotados por las víctimas. Lo que le permitió a la Corte inferir que el Estado había renunciado de forma implícita a su mecanismo de defensa consagrado en la Convención Americana.

Comisión al momento de presentar la demanda señaló que entre el 15 y 20 de julio de 1997 aproximadamente un centenar de miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia con la colaboración y aquiescencia de agentes del Estado, privaron de la libertad, torturaron y asesinaron a por lo menos 49 civiles, tras lo cual destruyeron sus cuerpos y arrojaron los restos al río Guaviare, en el Municipio de Mapiripán, Departamento del Meta”.

³⁰ Ibid. párrafo 61.

³¹ Ibid. párrafo 64.

Adicionalmente la Corte manifestó que el Estado al haber renunciado implícitamente a proponer de forma correcta la excepción realizó un allanamiento tácito de la inexistencia de dichos recursos.

2.4 Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú³²

No	¿La excepción preliminar: Falta de Agotamiento de Recursos Internos, ha sido un mecanismo de defensa estatal efectivo al incoarla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos?	Si
*		

La presente sentencia es ubicada en la parte izquierda de la construcción de la línea jurisprudencial, debido que es una sentencia confirmadora de principio, es decir, responde de forma concreta la pregunta problema planteada con base a la ratio decidendi del sistema interamericano expresado por la Corte en el caso Comunidad Moiwana contra Surinam.

En otros términos, reitera que la excepción de falta de agotamiento de recursos internos procede siempre y cuando se cumpla con tres requisitos³³. En primer lugar, que el Estado demandado puede renunciar en forma expresa o tácita la invocación de esa regla. En segundo

³² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs Perú. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 137 de Noviembre de 2005. Párrafos 3 y 4. La Comisión señaló en su demanda que los señores Wilson García Asto y Urcesino Ramírez Rojas fueron detenidos en 1995 y 1991, respectivamente, por la Policía Nacional del Perú sin orden judicial y sin encontrarse en una situación de flagrancia. Fueron incomunicados y su investigación, procesamiento y juzgamiento fue llevado a cabo por fiscales y jueces sin rostro. El señor Wilson García Asto y el señor Urcesino Ramírez Rojas fueron condenados por el delito de terrorismo y posteriormente sus procesos fueron declarados nulos. Sin embargo la Comisión señaló que los señores permanecieron privados de la libertad entre 9 y 13 años respectivamente.

³³ Ibid. párrafo 49.

lugar, la excepción de no agotamiento de recursos internos, para ser oportuna, debe plantearse en las primeras etapas del procedimiento, a falta de lo cual se presume la renuncia tácita a valerse de la misma por parte del Estado interesado. En tercer lugar, el Estado que alega la falta de agotamiento de recursos internos debe señalar aquellos recursos que deben agotarse y proporcionar la prueba de su efectividad.

El Perú propuso ante la Corte la excepción de falta de agotamiento de recursos internos en la audiencia pública. Sin embargo, la Corte desestimó la misma porque la excepción no fue incoada por el Estado en el seno de la Comisión³⁴. En otros términos, la Corte manifestó que el Estado peruano había renunciando tácitamente a su derecho de objetar el agotamiento de recursos internos.

2.5. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil³⁵

No	¿La excepción preliminar: Falta de Agotamiento de Recursos Internos, ha sido un mecanismo de defensa estatal efectivo al incoarla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos?	Si
*		

La presente sentencia es ubicada en la parte izquierda de la construcción de la línea

³⁴ Ibid. párrafo 50.

³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ximenes Lopes Vs. República Federativa del Brasil. Sentencia Excepciones Preliminares. Serie C No 139 de Noviembre de 2005. Párrafo 2. La Comisión Interamericana presentó la demanda en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes, por las supuestas condiciones inhumanas y degradantes de la hospitalización del señor Damião Ximenes Lopes, persona con discapacidad mental, en un centro de salud que operaba dentro del marco del Sistema Único de Salud brasileño llamado la Casa de Reposo Guararapes. De la misma forma la comisión alego, los constantes golpes y ataques contra la integridad personal de que fue víctima por parte de los funcionarios de la Casa de Reposo; su muerte mientras se encontraba allí sometido a tratamiento psiquiátrico; así como la supuesta falta de investigación y garantías judiciales que lo mantienen en la impunidad.

jurisprudencial, debido que es una sentencia confirmadora de principio, es decir, responde de forma concreta la pregunta problema planteada con base a la ratio decidendi del sistema interamericano expresado en el caso Comunidad Moiwana.

En otros términos, reitera la Corte que la excepción de falta de agotamiento de recursos internos procede: en primer lugar, cuando el Estado demandado no realice de forma expresa o tácita renuncia a la invocación de la regla. En segundo lugar, la excepción de no agotamiento de recursos internos debe plantearse, para que sea oportuna, en la etapa de admisibilidad del procedimiento ante la Comisión, o sea, antes de cualquier consideración en cuanto al fondo; si no es así, se presume que el Estado renuncia tácitamente a valerse de ella³⁶.

La Corte en el presente caso desestimó la excepción, porque el Estado demandado no demostró haber sido privado de proponer la presente excepción como respuesta al traslado que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos le hizo de la petición³⁷, es decir, no la interpuso en tiempo y ello le permite a la Corte presumir que existió un allanamiento tácito y no se utilizó de forma adecuada la excepción preliminar.

2.6 Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú³⁸

No	¿La excepción preliminar: Falta de Agotamiento de Recursos Internos, ha sido un mecanismo de defensa estatal efectivo al incoarla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos?	Si
*		

³⁶ Ibid. párrafo 5.

³⁷ Ibid. párrafo 9.

³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs Perú. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo,

La presente sentencia es confirmadora de principio y es ubicada en la parte izquierda de la construcción de la línea jurisprudencial, debido que reitera la *ratio decidendi* del sistema interamericano plasmada por la Corte en el caso Comunidad Moiwana contra Surinam.

En el presente caso la Corte recuerda nuevamente que la excepción de falta de agotamiento de recursos internos posee tres requisitos para que sea estimada por la Corte como mecanismo de defensa estatal³⁹. En primer lugar, la Corte ha señalado que la falta de agotamiento de recursos es una cuestión de pura admisibilidad y que el Estado que la alega debe indicar los recursos internos que es preciso agotar, así como acreditar que esos recursos son efectivos. En segundo término, la excepción de no agotamiento de recursos internos debe plantearse, para que sea oportuna, en la etapa de admisibilidad del procedimiento ante la Comisión, o sea, antes de cualquier consideración en cuanto al fondo; si no es así, se presume que el Estado renuncia tácitamente a valerse de ella. En tercer lugar, el Estado demandado puede renunciar en forma expresa o tácita a la invocación de la falta de agotamiento de los recursos internos.

El Estado de Perú en el trámite ante la Comisión no alegó la falta de agotamiento de recursos internos y por no haberla planteado en su oportunidad procesal, la Corte manifestó que el Perú había renunciado tácitamente a su derecho a objetarla⁴⁰.

Reparaciones y Costas. Serie C No 144 de febrero de 2006. Párrafo 2. La demanda se circunscribe al supuesto incumplimiento de sentencias emitidas entre 1996 y 2000 proferidas por Jueces de la ciudad de Lima, la Corte Superior de Justicia de Lima en segunda instancia y el Tribunal Constitucional del Perú por vía de acción de amparo. (...) que ordenaban el pago a estos trabajadores de lo correspondiente a las remuneraciones, bonificaciones, asignaciones, gratificaciones y demás beneficios que les fueron reconocidos en los acuerdos con el sindicato durante 1989 a 1995.

³⁹ Ibid. párrafo 121.

⁴⁰ Ibid. párrafo 126.

De la misma forma el Estado reconoció su responsabilidad por la violación del artículo 25.2 de la Convención que hace referencia a la obligación que tiene el Estado de proporcionar a sus habitantes recursos sencillos y efectivos⁴¹.

Del mismo modo, no era procedente la excepción, porque la Corte ha manifestado que al momento que un Estado reconoce su responsabilidad internacional por la violación de un derecho humano la Corte entra a conocer del fondo dejando de lado las excepciones preliminares.

También le dijo la Corte al Estado peruano que no procedía la excepción, porque existía un retardo injustificado de la sentencia de amparo la cual tenía siete años y medio de ejecución. Hecho a criterio de la Corte que se encontraba íntimamente ligado con el fondo⁴².

2.7 Caso de las Masacre de Ituango Vs Colombia⁴³

No	¿La excepción preliminar: Falta de Agotamiento de Recursos Internos, ha sido un mecanismo de defensa estatal efectivo al incoarla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos?	Si
	*	

⁴¹ Ibid. párrafo 125.

⁴² Ibid. párrafo 127.

⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de las Masacres de Ituango Vs Colombia. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 148 de julio de 2006. Párrafo 2. En su demanda, la Comisión se refirió a los hechos ocurridos en junio de 1996 y a partir de octubre de 1997 en los corregimientos de La Granja y El Aro, respectivamente, ambos ubicados en el Municipio de Ituango. La Comisión alegó que la "responsabilidad del Estado se derivaba de los presuntos actos de omisión, aquiescencia y colaboración por parte de miembros de la Fuerza Pública apostados en el Municipio de Ituango con grupos paramilitares pertenecientes a las Autodefensas Unidas de Colombia que presuntamente perpetraron sucesivas incursiones armadas en ese Municipio asesinando a su paso a civiles en estado de indefensión, despojando a otros de sus bienes y generando terror y desplazamiento.

Es ubicada en la parte centro izquierda de la construcción de la línea jurisprudencial por ser sentencia confirmadora de principio del Caso Masacre de Mapiripán contra Colombia, debido que la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos responde la pregunta problema planteada, pero no de forma concreta.

La decisión no se circunscribe a los requisitos que de forma reiterada ha establecido la Corte en el Sistema Interamericano para que proceda o no la excepción de falta de agotamiento de recursos internos; pero sí desestimó la excepción con el argumento que un Estado al momento de realizar un reconocimiento de responsabilidad ha aceptado implícitamente la plena competencia de la Corte para conocer del mismo y ha renunciado de forma tácita a la excepción interpuesta⁴⁴.

El Estado colombiano en el presente caso reconoció su responsabilidad⁴⁵ por la violación del derecho a la Vida, derecho a la Integridad Personal, derecho a la Libertad Personal y derecho a la Propiedad Privada de la Convención Americana, lo que llevo a la Corte a manifestar que Colombia había aceptado la plena competencia de la misma.

2.8 Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela⁴⁶

No	¿La excepción preliminar: Falta de Agotamiento de Recursos Internos, ha sido un mecanismo de defensa estatal efectivo al incoarla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos?	Si
	*	

44 Ibid. párrafo 104.

45 Ibid. párrafo 103.

46 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs Venezuela. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C

Es ubicada en la parte centro izquierda de la construcción de la línea jurisprudencial por ser una sentencia confirmadora de principio del Caso Masacre de Mapiripán contra Colombia, debido que la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos responde la pregunta problema planteada, pero no de forma concreta.

La decisión no se circunscribe a los requisitos que de forma reiterada ha establecido la Corte en el sistema interamericano para que proceda o no la excepción de falta de agotamiento de recursos internos; pero sí desestimó la excepción con el argumento que un Estado al momento de realizar un reconocimiento de responsabilidad ha aceptado implícitamente la plena competencia de la Corte para conocer del mismo y ha renunciado de forma tácita a la excepción interpuesta⁴⁷.

El Estado venezolano en el presente caso reconoció su responsabilidad en la audiencia pública⁴⁸ por las violaciones alegadas por la Comisión y los Representantes de las víctimas. También se allanó totalmente y sin ninguna salvedad a las pretensiones correspondientes, en todos los aspectos contenidos en la demanda, incluidas las relativas a las reparaciones por cuanto los internos estaban bajo su responsabilidad.

No 150 de julio de 2006. Párrafos 3 y 4. La demanda se refiere a la presunta ejecución extrajudicial de 37 reclusos del Retén de Catia, ubicado en la ciudad de Caracas, Venezuela, la madrugada del 27 de noviembre de 1992. Estos hechos habrían ocurrido después de un segundo intento de golpe militar en Venezuela, el cual habría originado una agitación al interior del citado retén. Presuntamente, los guardias del centro penitenciario y tropas del Comando Regional 5 de la Guardia Nacional y de la Policía Metropolitana intervinieron masivamente, con uso desproporcionado de la fuerza y disparando indiscriminadamente a la población reclusa. Las versiones de los hechos de algunos sobrevivientes cuentan que los guardias del Retén abrieron las puertas de las celdas anunciando a los reclusos que quedaban en libertad, esperaron la salida de los internos y dispararon contra ellos.

47 Ibid. párrafo 41.

48 Ibid. párrafo 50.

2.9 Caso Nogueira de Carvalho Vs. Brasil⁴⁹

No	¿La excepción preliminar: Falta de Agotamiento de Recursos Internos, ha sido un mecanismo de defensa estatal efectivo al incoarla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos?	Si
*		

La presente sentencia es ubicada en la parte izquierda de la construcción de la línea jurisprudencia por ser una sentencia confirmadora de principio, debido que responde de forma concreta la pregunta problema planteada y reitera los criterios fijados por la Corte en la providencia Comunidad Moiwana contra Surinam.

En otras palabras, manifestó la Corte para que proceda la excepción de falta de agotamiento de recursos internos se deben tener en cuenta⁵⁰ en primer lugar, el Estado demandado puede renunciar en forma expresa o tácita a la invocación de esa regla. En segundo lugar, la excepción de no agotamiento de recursos internos debe plantearse, para que sea oportuna, en la etapa de admisibilidad del procedimiento ante la Comisión, o sea, antes de cualquier consideración en cuanto al fondo; si no es así, se presume que el Estado renuncia tácitamente a valerse de ella. En tercer lugar, la

⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Nogueira de Carvalho Vs Brasil. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo. Serie C No 161 de noviembre de 2006. Párrafo 2. La Comisión solicitó a la Corte un pronunciamiento sobre las supuestas violaciones que ocurrieron con posterioridad al 10 de diciembre de 1998, fecha en que el Estado reconoció la competencia contenciosa de la Corte e indicó que la deficiente actuación de las autoridades estatales, vista en su conjunto, llevó a la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables del homicidio de Gilson Nogueira de Carvalho y que después de más de diez años, no se ha identificado y sancionado a los responsables, y por ende, sus padres no han podido promover un recurso con el objeto de obtener una compensación por los daños sufridos.

⁵⁰ Ibid. párrafo 51.

Corte ha señalado que la falta de agotamiento de recursos es una cuestión de pura admisibilidad y que el Estado que la alega debe indicar los recursos internos que es preciso agotar, así como acreditar que esos recursos son adecuados y efectivos.

La excepción que presentó el Estado de Brasil fue desestimada por la Corte⁵¹ con el argumento que el Estado no indicó en el procedimiento ante la Comisión los recursos adecuados y efectivos que debieron ser agotados por las víctimas. Esto le permitió a la Corte inferir que el Estado había renunciado de forma implícita a su mecanismo de defensa consagrado en la Convención; además, el Estado realizó un allanamiento tácito de la inexistencia de dichos recursos.

2.10 Caso García Prieto y otros Vs. El Salvador⁵²

No	¿La excepción preliminar: Falta de Agotamiento de Recursos Internos, ha sido un mecanismo de defensa estatal efectivo al incoarla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos?	Si
*		

La presente sentencia es ubicada en la parte izquierda de la construcción de la línea jurisprudencia por ser una sentencia confirmadora

⁵¹ Ibid. párrafo 53.

⁵² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso García Prieto y otros Vs El Salvador. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 168 de noviembre de 2007. Párrafo 2. La Comisión indicó como hechos del presente caso en su demanda, que el 10 de junio de 1994 el señor Ramón Mauricio García Prieto estaba frente de la casa de unos familiares cuando fue interceptado por dos sujetos que lo amenazaron de muerte con armas de fuego. (...) Por último, los padres del señor García Prieto interpusieron una denuncia ante la Fiscalía General de la República de El Salvador el 6 de junio de 2003, en la cual solicitaron que se continuara investigando el homicidio de su hijo, investigación que aún no ha concluido.

de principio, debido que responde de forma concreta la pregunta problema planteada y reitera los criterios fijados por la Corte en la providencia Comunidad Moiwana contra Surinam.

En otras palabras, manifestó la Corte que para que proceda la excepción de falta de agotamiento de recursos internos se deben tener en cuenta⁵³ en primer lugar, que el Estado demandado puede renunciar en forma expresa o tácita a la invocación de esa regla. En segundo lugar, la excepción de no agotamiento de recursos internos debe plantearse, para que sea oportuna, en la etapa de admisibilidad del procedimiento ante la Comisión, o sea, antes de cualquier consideración en cuanto al fondo; si no es así, se presume que el Estado renuncia tácitamente a valerse de ella. En tercer lugar, la Corte ha señalado que la falta de agotamiento de recursos es una cuestión de pura admisibilidad y que el Estado que la alega debe indicar los recursos internos que es preciso agotar, así como acreditar que esos recursos son adecuados y efectivos.

La excepción que presentó el Salvador fue desestimada por la Corte⁵⁴ con el argumento que el Estado no indicó en el procedimiento ante la Comisión los recursos adecuados y efectivos que debieron ser agotados por las víctimas. Lo que le permitió a la Corte inferir que hubo renuncia implícita al mecanismo de defensa consagrado en la Convención Americana.

También manifestó la Corte que el Estado al haber renunciado implícitamente a proponer de forma correcta la excepción realizó un allanamiento tácito de la inexistencia de dichos recursos y por lo tanto se encontraba impedido de alegar el no agotamiento en el procedimiento ante la Corte.

⁵³ Ibid. párrafo 49.

⁵⁴ Ibid. párrafo 52.

2.11 Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam⁵⁵

No	¿La excepción preliminar: Falta de Agotamiento de Recursos Internos, ha sido un mecanismo de defensa estatal efectivo al incoarla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos?	Si
*		

Es ubicada en la parte izquierda de la construcción de la línea jurisprudencial por ser sentencia confirmadora de principio, debido que la decisión de la Corte responde de forma concreta la pregunta planteada y reitera la ratio decidendi del caso Comunidad Moiwana contra Surinam, es decir, la Corte reitero de nuevo los tres criterios que deben tenerse en cuenta al momento de proponer la excepción de falta de agotamiento de recursos internos para que proceda⁵⁶. En primer lugar, que el Estado demandado puede renunciar en forma expresa o tácita la invocación de esa regla. En segundo lugar, la excepción de no agotamiento de los recursos internos, para ser oportuna, debe plantearse en las primeras etapas del procedimiento, a falta de lo cual se presume la renuncia tácita a valerse de la misma por parte del Estado interesado. En tercer lugar, el Estado que alega el no agotamiento debe señalar los recursos internos que deben agotarse y proporcionar la prueba de su efectividad.

⁵⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Pueblo Saramaka Vs Surinam. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 172 de noviembre de 2007. Párrafo 2. La demanda de la Comisión somete a la jurisdicción de la Corte las presuntas violaciones cometidas por el Estado contra los miembros del pueblo Saramaka. La Comisión alegó que el Estado no ha adoptado medidas efectivas para reconocer su derecho al uso y goce del territorio que han ocupado y usado tradicionalmente; que el Estado ha presuntamente violado el derecho a la protección judicial en perjuicio del pueblo Saramaka al no brindarles acceso efectivo a la justicia para la protección de sus derechos fundamentales, particularmente el derecho a poseer propiedad de acuerdo con sus tradiciones comunales, y que el Estado supuestamente no ha cumplido con su deber de adoptar disposiciones de derecho interno para asegurar y respetar estos derechos de los Saramakas.

⁵⁶ Ibid. párrafo 43.

La Corte en el presente caso desestimó la excepción interpuesta por el Estado de Surinam. La decisión tuvo como fundamento que el Estado no presentó en tiempo la excepción y que lo mismo se desprende del expediente debido que el Estado la propuso en el cuarto escrito que presentó ante la Comisión y no en el primero, requisito que se ha establecido de forma reiterada.

También manifestó la Corte, el Estado de Surinam se encontraba habilitado para interponer la excepción ante la Corte porque la propuso ante la Comisión. Pero su presentación fue de forma no adecuada, debido que en dicho escrito no le manifestó al sistema interamericano los recursos adecuados y efectivos que debieron agotar las víctimas⁵⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte manifestó que el Estado había renunciado tácitamente a su derecho a objetar la falta de agotamiento de recursos internos por parte de las presuntas víctimas.

2.12 Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador⁵⁸

No	¿La excepción preliminar: Falta de Agotamiento de Recursos Internos, ha sido un mecanismo de defensa estatal efectivo al incoarla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos?	Si
*		

⁵⁷ Ibid. párrafo 44.

⁵⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs Ecuador. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 170 de noviembre de 2007. Párrafo 2. (...) Según la Comisión, al momento de la detención del señor Chaparro las autoridades estatales no le informaron de los motivos y razones de la misma, ni tampoco de su derecho a solicitar asistencia consular del país de su nacionalidad. La Comisión informó que el señor Lapo fue detenido, junto con otros empleados de la fábrica Plumavit, durante el allanamiento a dicha fábrica. La detención del señor Lapo supuestamente no fue en flagrancia ni estuvo precedida de orden escrita de juez, tampoco le habrían informado de los motivos y razones de su detención. Las dos presuntas víctimas supuestamente

Es ubicada en la parte izquierda de la construcción de la línea jurisprudencial por ser sentencia confirmadora de principio de la sentencia Comunidad Moiwana, debido que la decisión de la Corte responde de forma concreta la pregunta planteada y reitera uno de los tres requisitos que deben de tenerse en cuenta al momento de proponer la excepción de falta de agotamiento de recursos internos.

Dijo la Corte en el presente caso, para que proceda la excepción debe proponerse en el primer momento procesal ante la Comisión, de lo contrario se configura una renuncia tácita por no haber planteado la excepción en tiempo⁵⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior la Corte desestimó la excepción planteada porque el Estado no alegó ante la Comisión⁶⁰, que los recursos de apelación de las resoluciones de hábeas corpus y de prisión preventiva, así como la acción civil de daños y perjuicios no hubiesen sido agotados por las presuntas víctimas.

2.13 Caso Boyce y otros Vs. Barbados⁶¹

No	¿La excepción preliminar: Falta de Agotamiento de Recursos Internos, ha sido un mecanismo de defensa estatal efectivo al incoarla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos?	Si
*		

fueron trasladadas a dependencias policiales y permanecieron incomunicadas cinco días. El señor Chaparro no habría contado con patrocinio letrado al momento de rendir su declaración preprocesal y la defensa pública del señor Lapo supuestamente no fue adecuada. Según la Comisión, la detención de las presuntas víctimas sobrepasó el máximo legal permitido por el derecho interno y no fueron llevadas sin demora ante un juez.

⁵⁹ Ibid. párrafo 17.

⁶⁰ Ibid. párrafo 18.

⁶¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Boyce y otros Vs Barbados. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 169 de noviembre de 2007. Párrafo 2. En la demanda, la Comisión alegó que el Estado es responsable de las violaciones cometidas en contra las presuntas víctimas, por la naturaleza obligatoria de la pena de muerte impuesta sobre las presuntas víctimas - quienes habían sido condenadas por el delito de homi-

La presente sentencia es ubicada en la parte izquierda de la construcción de la línea jurisprudencial, debido que es una sentencia confirmadora de principio, es decir, responde de forma concreta la pregunta problema planteada con base a la ratio decidendi del sistema interamericano expresado en el caso Comunidad Moiwana.

En otros términos reitera que la excepción de falta de agotamiento de recursos internos procede siempre y cuando se cumpla con tres requisitos⁶². Primero, la Corte debe interpretar la excepción como una defensa disponible a los Estados, el cual puede renunciar a ésta ya sea expresa o tácitamente. Segundo, a fin de que sea oportuna la excepción sobre el no agotamiento de los recursos internos, debe alegarse en la primera actuación del Estado durante el procedimiento ante la Comisión; de lo contrario, se presume que el Estado ha renunciado tácitamente a presentar dicho argumento. Tercero, la Corte ha afirmado que el Estado que presenta esta excepción debe especificar los recursos internos que aún no han sido agotados y demostrar que estos recursos son aplicables y efectivos.

La Corte desestimó la excepción en el presente caso con fundamento que el Estado había renunciado implícita o tácitamente⁶³, a cualquier impugnación con respecto del agotamiento de los recursos internos por parte de las presuntas víctimas dado que el Estado no ofreció ante la Comisión observaciones en el caso de los señores Boyce y Joseph y en relación con los señores Huggins y Atkins no explicó cuáles recursos internos aún no habían sido agotados.

También expuso la Corte que el Estado no especificó los recursos internos que tenían

cidio - las condiciones de su detención, la lectura de las órdenes de ejecución mientras sus peticiones estaban supuestamente pendientes ante los tribunales internos y el sistema interamericano de derechos humanos y por la supuesta falta de adecuar el derecho interno de Barbadas a lo establecido en la Convención Americana.

⁶² Ibid. párrafo 25.

⁶³ Ibid. párrafo 28.

disponibles las presuntas víctimas ni demostró que estos recursos fuesen efectivos y aplicables.

2.14 Caso Aritz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela⁶⁴

No	¿La excepción preliminar: Falta de Agotamiento de Recursos Internos, ha sido un mecanismo de defensa estatal efectivo al incoarla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos?	Si
*		

Es ubicada en la parte izquierda de la construcción de la línea jurisprudencial por ser sentencia confirmadora de principio, debido que la decisión de la Corte responde de forma concreta la pregunta planteada y reitera la ratio decidendi del caso Moiwana, es decir, la Corte reitera uno de los criterios que deben de tenerse en cuenta al momento de proponer la excepción de falta de agotamiento de recursos internos.

Dijo la Corte en el presente caso para que proceda la excepción debe proponerse en el primer momento procesal ante la Comisión, de lo contrario se configura una renuncia tácita por no haber planteado la excepción en tiempo⁶⁵.

⁶⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Aritz Barbera y otros Vs Venezuela. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 182 de agosto de 2008. Párrafo 2. La demanda se relaciona con la destitución de los ex-jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el 30 de octubre de 2003, por haber incurrido en un error judicial inexcusable al conceder un amparo cautelar que suspendió los efectos de un acto administrativo que había negado el registro de una compraventa. La Comisión alegó que la destitución por dicho error resulta contraria al principio de independencia judicial pues atenta contra la garantía de fallar libremente en derecho y que se los destituyó por haber incurrido en un supuesto error judicial inexcusable cuando lo que existía era una diferencia razonable y razonada de interpretaciones jurídicas posibles sobre una figura procesal determinada, en grave violación de su derecho a un debido proceso por la falta de motivación de la decisión que los destituyó y sin que tuvieran a su disposición un recurso sencillo, rápido y efectivo que se pronunciara sobre la destitución de que fueron objeto.

⁶⁵ Ibid. párrafo 24.

Con fundamento en lo anterior la Corte desestimó la excepción planteada porque el Estado alegó ante la Comisión la excepción de falta de agotamiento de recursos internos pero lo hizo después que emitió el informe de admisibilidad.

La excepción la debió interponer en el momento procesal oportuno, es decir, después que la Comisión le corre traslado de la petición presentada por las víctimas.

2.15 Caso Castañeda Gutman Vs. México⁶⁶

No	¿La excepción preliminar: Falta de Agotamiento de Recursos Internos, ha sido un mecanismo de defensa estatal efectivo al incoarla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos?	Si
*		

La presente sentencia es ubicada en la parte izquierda de la construcción de la línea jurisprudencial, debido que es una sentencia confirmadora de principio, es decir, responde de forma concreta la pregunta problema planteada con base a la ratio decidendi del sistema interamericano expresado en el caso Comunidad Moiwana contra Surinam.

En otros términos reitera que la excepción de falta de agotamiento de recursos internos procede siempre y cuando se cumpla con tres requisitos⁶⁷. Primero, la Corte ha interpretado la excepción como una defensa disponible para el Estado y, como tal, puede renunciarse a ella, ya sea expresa o tácitamente. Segundo, esta excepción debe presentarse oportunamente con el propósito de que el Estado pueda ejer-

cer su derecho a la defensa. Tercero, la Corte ha afirmado que el Estado que presenta esta excepción debe especificar los recursos internos que aún no se han agotado y demostrar que estos recursos son aplicables y efectivos.

La Corte no desestimó la excepción con fundamento en la presentación incorrecta e inadecuada de la excepción por parte del Estado. Al contrario la Corte en el presente caso dijo por primera vez, claro está bajo las sentencias que son de análisis, que el Estado mexicano excepciono la falta de agotamiento de recursos internos ante la Comisión en el traslado de la petición, es decir, en el primer momento procesal; fue ante la misma Comisión que el Estado dijo cuales eran los recursos adecuados y efectivos; además manifestó que no renunciaba a su mecanismo de defensa. En otros términos dijo la Corte que el Estado de México interpuso la excepción conforme a los criterios fijados por el precedente interamericano⁶⁸.

Sin embargo, la Corte desestimó la excepción, no porque el Estado la haya incoado de forma indebida sino reiterando un criterio antes expuesto en el sistema interamericano que hace alusión que cuando se invocan ciertas excepciones a la regla de no agotamiento de los recursos internos, como son la ineffectividad de tales recursos o la inexistencia del debido proceso legal. En el presente supuesto no sólo se está alegando que el agraviado no está obligado a interponer tales recursos, sino que indirectamente se está imputando al Estado involucrado una nueva violación a las obligaciones contraídas por la Convención. En tales circunstancias la cuestión de los recursos internos se aproxima sensiblemente a la materia de fondo donde será analizada⁶⁹.

⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castañeda Gutman Vs Estados Unidos Mexicanos. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 184 de agosto de 2008. Párrafo 2. Según indicó la Comisión, la demanda se relaciona con la inexistencia en el ámbito interno de un recurso sencillo y efectivo para el reclamo de la constitucionalidad de los derechos políticos y el consecuente impedimento para que el señor Jorge Castañeda Gutman inscribiera su candidatura independiente a la Presidencia de México para las elecciones que se celebraron en julio de 2006.

⁶⁷ Ibid. párrafo 30.

⁶⁸ Ibid. párrafo 32.

⁶⁹ Ibid. párrafo 34. Ver: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras. Sentencia de Excepciones Preliminares. Serie C No 01 de junio de 1987. Párrafo 91; Caso Fairén Garbí y Solís Corrales Contra Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de junio de 1987. Serie C No. 2. Párrafo 90; Caso Godínez Cruz Contra

La presente sentencia mide la mayor expresión de efectividad del cumplimiento de los requisitos fijados por el sistema interamericano. Como se observa el Estado de México cumplió con su carga procesal, que era excepcionar conforme a lo fijado por la Corte, sin embargo en el presente caso se dejó de lado el cumplimiento de los requisitos fijados por la Corte, estableciéndose una excepción, diferir el análisis de las cuestiones preliminares con las de fondo en el momento que las presuntas víctimas controvertan la idoneidad o efectividad del recurso interno a agotar.

En conclusión, la Corte impone al Estado Parte cuatro y no tres requisitos de cumplimiento para la procedencia de la excepción preliminar, *primero*, que no exista una renuncia tácita o expresa; *segundo*, que se interponga ante la Comisión en la contestación de la petición; *tercero*, que se manifieste cuales son los recursos adecuados y efectivos y se allegue prueba de los mismos y *cuarto* que las víctimas no hayan cuestionado alguna de las excepciones que le imponen la obligación de agotar los recursos internos, porque en este evento el análisis de la procedencia de la excepción se difiere al análisis de fondo por la presunta violación de las garantías judiciales y protección judicial.

2.16 Caso Bayarri Vs. Argentina⁷⁰

No	¿La excepción preliminar: Falta de Agotamiento de Recursos Internos, ha sido un mecanismo de defensa estatal efectivo al incoarla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos?	Si
*		

Honduras. Sentencia de Excepciones Preliminares. Sentencia de junio de 1987. Serie C No. 3, párrafo 93.

⁷⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bayarri Vs Argentina. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 187 de octubre de 2008. Párrafo 2. La demanda de la Comisión Interamericana se relaciona con la alegada detención ilegal y arbitraria del señor Juan Carlos Bayarri el 18 de noviembre de 1991 en la

Es ubicada en la parte izquierda de la construcción de la línea jurisprudencial por ser sentencia confirmadora de principio, debido que la decisión de la Corte responde de forma concreta la pregunta planteada y reitera la ratio decidendi del caso *Moiwana*, es decir, insta uno de los criterios que deben tenerse en cuenta al momento de proponer la excepción de falta de agotamiento de recursos internos “*para que proceda la excepción debe proponerse en el primer momento procesal ante la Comisión. De lo contrario se configura una renuncia tácita por no haberla planteado en tiempo*”⁷¹.

Con fundamento en lo anterior el máximo tribunal desestimó la excepción planteada porque el Estado alegó ante la Comisión la excepción de falta de agotamiento de recursos internos pero lo hizo después que emitió el informe de admisibilidad. Teniendo que incoarla en el primer momento que el Estado contesta la petición presentada por las víctimas, que a la vez debe ser antes que la Comisión emita el informe de admisibilidad, para que la misma sea interpuesta en el momento oportuno y pueda ser estimada.

Teniendo en cuenta los dieciséis casos antes analizados, la línea la línea jurisprudencial construida sería:

provincia de Buenos Aires, Argentina, sus supuestas tortura, prisión preventiva excesiva y subsiguiente denegación de justicia, en el marco de un proceso penal seguido en su contra por la supuesta comisión de secuestros extorsivos reiterados. La Comisión indicó que el señor Bayarri estuvo privado de su libertad por casi 13 años sobre la base de una confesión que fue obtenida bajo tortura. No obstante que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Argentina consideró probada la tortura a la que fue sometido, transcurridos casi 16 años desde que ocurrieran los hechos, el Estado argentino no ha provisto de una respuesta judicial adecuada al señor Bayarri respecto de la responsabilidad penal de los autores, ni lo ha remediado de modo alguno por las violaciones sufridas.

⁷¹ Ibid. párrafo 16.

No	¿La excepción preliminar: Falta de Agotamiento de Recursos Internos, ha sido un mecanismo de defensa estatal efectivo al incoarla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos?	Si
<p style="text-align: center;">* (Fundadora de Línea) <i>Masacre de Mapiripán contra Colombia</i></p> <p>* (Hito) <i>Comunidad Moiwana contra Surinam</i></p> <p>*(Confirmadora de Principio) <i>Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana</i></p> <p>*(Confirmadora de Principio) <i>García Asto y Ramírez Rojas contra Perú</i></p> <p>*(Confirmadora de Principio) <i>Ximenes Lopes contra Brasil</i></p> <p>*(Confirmadora de Principio) <i>Acevedo Jaramillo y otros contra Perú</i></p> <p style="text-align: center;">*(Confirmadora de Principio) <i>Masacre de Ituango contra Colombia</i></p> <p>*(Confirmadora de Principio) <i>Montero Aranguren y otros contra Venezuela</i></p> <p>*(Confirmadora de Principio) <i>Nogueira de Carvalho contra Brasil</i></p> <p>*(Confirmadora de Principio) <i>García Prieto y otro Salvador</i></p> <p>*(Confirmadora de Principio) <i>Pueblo Saramaka contra Surinam</i></p> <p>*(Confirmadora de Principio) <i>Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador</i></p> <p>*(Confirmadora de Principio) <i>Boyce y otros contra Barbados</i></p> <p>*(Confirmadora de Principio) <i>Apitz Barbera y otros contra Venezuela'</i></p> <p>*(Confirmadora de Principio) <i>Castañeda Gutman contra México</i></p> <p>*(Confirmadora de Principio) <i>Caso Bayarri contra Argentina</i></p>		

OBSERVACIONES FINALES CONCLUYENTES

Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en diferentes providencias⁷² que la excepción preliminar de falta de agotamiento de recursos internos es un mecanismo de defensa estatal ante el sistema interamericano, con la construcción de la línea

⁷² Caso DE LA MASACRE MAPIRIPÁN. Sentencia Excepciones Preliminares. Op. Cit., párrafo 30. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Heliodoro Portugal Vs Panamá. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 186 de agosto de 2008. Párrafo 14.

se ha demostrado que dicho mecanismo no ha sido efectivo como medio de defensa.

Sin embargo, el máximo tribunal interamericano ha establecido, y de manera reiterada, que es obligación de las presuntas víctimas agotar los recursos de la jurisdicción interna para acceder al sistema regional. Es debido a la anterior obligación y la competencia subsidiaria y complementaria que posee tanto Comisión como Corte que los Estados Parte pueden incoar la excepción preliminar falta de agotamiento de recursos internos.

De la misma manera, la Corte ha establecido y se pueden identificar los criterios que se deben tener presentes al momento de incoar la excepción para que sea estimada por la Corte y no ocurra lo contrario. Primero, debe interponerse en el seno de la Comisión para que el Estado la pueda incoar ante la Corte, siempre y cuando lo haga en el primer escrito de contestación de la petición que presentan las presuntas víctimas, es decir, antes que la Comisión entre a decidir sobre el fondo. Segundo, no debe existir renuncia tácita ni expresa. Tercero, debe de manifestar ante la Comisión y quedara habilitado para hacerlo ante la Corte, cuales son los recursos adecuados y efectivos que proporciona el Estado para la situación jurídica en conflicto y demostrar la efectividad de los mismos. Criterios expuestos por la Corte de forma reiterada, pero que en algunos casos no han sido observados y cumplidos por los agentes estatales, lo que lleva a la Corte a desestimar de forma continua la excepción propuesta por los Estados Parte que se encuentren en litigio ante el máximo tribunal.

Sin embargo, todo lo contrario ocurrió en el Caso Castañeda Gutman. La Corte manifestó en su providencia que el Estado de México interpuso de forma correcta la excepción, es decir, que la incoó ante la Comisión en su primer escrito de contestación del traslado que hace la Comisión de la petición; además que con su actitud no manifestó de forma expresa

ni tácita haber renunciado a su mecanismo de defensa, y le comunicó a la Comisión cuales eran los recursos adecuados y efectivos con los que contaba el Estado mexicano para proteger el derecho humano presuntamente vulnerado.

Sin embargo, la Corte desestimó la excepción no porque el Estado no haya cumplido en interponer de forma correcta la excepción, sino que reiteró un criterio antes expuesto en el sistema interamericano que hace alusión que cuando se invocan ciertas excepciones a la regla de no agotamiento de los recursos internos, como son la ineffectividad de tales recursos o la inexistencia del debido proceso legal, no sólo se está alegando que el agraviado no está obligado a interponer tales recursos, sino que indirectamente se está imputando al Estado involucrado una nueva violación a las obligaciones contraídas por la Convención. En tales circunstancias la cuestión de los recursos internos se aproxima sensiblemente a la materia de fondo y difiere la decisión de las excepciones preliminares a la decisión sobre el fondo⁷³.

La anterior sentencia (Caso Castañeda Gutman) mide la mayor expresión de efectividad del cumplimiento de los requisitos fijados por el sistema interamericano. Como se observa el Estado de México cumplió con su carga procesal, que era excepcionar conforme a lo fijado por la Corte. Sin embargo, en el presente caso se dejó de lado el cumplimiento de los requisitos fijados por la Corte, estableciéndose una excepción, diferir el análisis de las cuestiones preliminares con las de fondo en el momento que las presuntas víctimas controviertan la idoneidad o efectividad del recurso interno a agotar.

En otros términos, la Corte impone al Estado Parte cuatro y no tres requisitos de

cumplimiento para la procedencia de la excepción preliminar⁷⁴. Primero, que no exista una renuncia tácita o expresa. Segundo, que se interponga ante la Comisión en la contestación de la petición. Tercero, que se manifieste cuales son los recursos adecuados y efectivos y se allegue prueba de los mismos. Cuarto, que las víctimas no hayan cuestionado alguna de las excepciones que le imponen la obligación de agotar los recursos internos, porque en este evento el análisis de la procedencia de la excepción se difiere al análisis de fondo por la presunta violación de las garantías judiciales y protección judicial.

También ha manifestado la Corte que no son los únicos criterios que se debe de tener en cuenta para que proceda la excepción, es decir, un Estado parte no podrá proponer la excepción de falta de agotamiento de recursos internos cuando haya hecho un reconocimiento de responsabilidad⁷⁵.

En el anterior evento ha dicho la Corte que no procede la excepción (falta de agotamiento de recursos internos) porque el Estado parte acepta la plena competencia de la Corte para conocer y decidir sobre el fondo del caso y no se debe detener en las excepciones preliminares.

Por último la Corte ha expresado que podrá entrar a verificar si la Comisión desestimó la excepción en debida forma y según los parámetros de la Convención, siempre y cuando los Estados parte al momento de incoarla ante la Corte demuestren que se les ha violado su derecho de defensa o igualdad de armas en el procedimiento ante la Comisión.

⁷³ Caso ACEVEDO JARAMILLO. Op. Cit., párrafo 127. Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Salvador Chiriboga Vs Ecuador. Sentencia Excepciones Preliminares y Fondo. Serie C No. 179 de mayo de 2008. Párrafo 45.

⁷⁴ Caso CASTAÑEDA GUTMAN. Op. Cit., párrafo 34. Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Heliodoro Portugal Vs Panamá. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 186 de agosto de 2008. Párrafos 14, 18 y 19.

⁷⁵ Caso DE LA MASACRE MAPIRIPÁN. Sentencia Excepciones Preliminares. Op. Cit., párrafo 30. Caso DE LA MASACRE DE ITUANGO. Sentencia de Excepciones Preliminares. Op. Cit., párrafo 104.

CONCLUSIÓN COMO APORTE

Para que proceda la excepción falta de agotamiento de recursos internos y sea un mecanismo de defensa estatal efectivo, los agentes de los diferentes Estados Parte de la Convención Americana deben tener en cuenta seis y no tres requisitos como lo ha manifestado de forma reiterada la Corte, y son:

- Primero, debe de interponerse en el seno de la Comisión para que el Estado la pueda incoar ante la Corte, pero siempre y cuando lo haga en el primer escrito de contestación de la petición que presentan las presuntas víctimas, es decir antes que la Comisión entre a decidir sobre el fondo.
- Segundo, no debe de existir renuncia tácita ni expresa, pero de la excepción, es decir, el Estado no debe haber reconocido que en su jurisdicción no existen recursos adecuados y efectivos.
- Tercero, debe de manifestar ante la Comisión, habilitándose para hacerlo ante la Corte, cuales son los recursos adecuados y efectivos que proporciona el Estado para la situación jurídica en conflicto y demostrar la efectividad de los mismos.
- Cuarto, que el Estado Parte no haya realizado un reconocimiento de responsabilidad sobre el fondo, es decir, sobre los derechos presuntamente violados.
- Quinto, que el Estado Parte demuestre ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se le ha vulnerado su derecho a la igualdad de armas o derecho de defensa.
- Sexto, que los peticionarios no invoquen alguna de las excepciones a la regla de no agotamiento de los recursos internos, como son la ineffectividad de tales recursos o la inexistencia del debido proceso legal, porque la decisión de la procedencia se une al fondo del caso.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

BARBOSA DELGADO, Francisco. *Litigio Interamericano*. Universidad Jorge Tadeo Lozano. Bogotá D.C. 2002.

BREWER CARIAS, Allan Brewer Carias. *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos: garantías constitucionales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica. 2005.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El agotamiento de recursos internos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos*. Editorial Ex Libris. Caracas. 2007.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces, Obligatoriedad del precedente constitucional análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales*. Segunda edición. Editorial Legis. Bogotá D.C. 2008.

NIKKEN, Pedro. *La garantía internacional de los derechos humanos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2006.

Instrumentos Internacionales

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DE DERECHOS HUMANOS. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

REGLAMENTO DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Aprobado por la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009.

REGLAMENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Aprobado por la Corte en su LXXXV período ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Petición 0581, Gustavo Trujillo González. Informe de inadmisibilidad No 90/2003.

_____. Petición 12210. Felix Román Esparragoza González y Neiro Molina Peñaloza. Informe inadmisibilidad N° 48/04.

Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs Perú. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 144 de febrero de 2006.

Caso Apitz Barbera y otros Vs Venezuela. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 182 de agosto de 2008.

Caso Baena Ricardo y otros Vs Panamá. Sentencia de Fondo. Serie C No 104 de noviembre de 2003.

Caso Bayarri Vs Argentina. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 187 de octubre de 2008.

Caso Boyce y otros Vs Barbados. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 169 de noviembre de 2007.

Caso Caballero Delgado y Santana Vs Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares. Serie C No 17 de enero de 1994.

Caso Castañeda Gutman Vs Estados Unidos Mexicanos. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 184 de agosto de 2008.

Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs Ecuador. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 170 de noviembre de 2007.

Caso Comunidad Mayagna Awas Tingni Vs Nicaragua. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 79 de agosto de 2001.

Caso Comunidad Moiwana Vs Suriname. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 124 de junio de 2005

Caso del Pueblo Saramaka Vs Surinam. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 172 de noviembre de 2007.

Caso de las Masacres de Ituango Vs Colombia. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 148 de julio de 2006.

Caso de la Masacre de Mapiripán Vs Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares. Serie C No 122 de marzo de 2005.

Caso de la Masacre de Mapiripán Vs Colombia. Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 134 de septiembre de 2005.

Caso Durand y Ugarte Vs Perú. Sentencia Excepciones Preliminares. Serie C No 50 de mayo de 1999.

Caso Fairén Garbi y Solís Corrales Vs Honduras. Sentencia de Fondo. Serie C No 6 de marzo 1989.

Caso Fairén Garbi y Solís Corrales Vs Honduras. Sentencia de Fondo. Serie C No 6 de marzo 1989.

Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs Perú. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 137 de Noviembre de 2005.

Caso García Prieto y otro Vs El Salvador. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 168 de noviembre de 2007.

Caso Godínez Cruz Vs Honduras. Sentencia de fondo. Serie C No 5 de enero de 1989.

Caso Godínez Cruz Vs Honduras. Sentencia de Fondo. Serie C No 5 de enero de 1989.

Caso Heliodoro Portugal Vs Panamá. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo,

Reparaciones y Costas. Serie C No. 186 de agosto de 2008.

Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs Venezuela. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 150 de julio de 2006.

Caso Niñas Yean y Bosico Vs República Dominicana. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 130 de septiembre de 2005.

Caso Nogueira de Carvalho Vs Brasil. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo. Serie C No 161 de noviembre de 2006.

Caso Salvador Chiriboga Vs Ecuador. Sentencia Excepciones Preliminares y Fondo. Serie C No. 179 de mayo de 2008.

Caso Tribunal Constitucional Vs Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 71 de enero de 2001.

Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras. Sentencia de fondo. Serie C No. 4 de julio de 1988.

Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras. Sentencia de Fondo. Serie C No. 4 de julio de 1988.

Caso Ximenes Lopes Vs. República Federativa del Brasil. Sentencia Excepciones Preliminares. Serie C No 139 de Noviembre de 2005.

**EL ABUSO DE CONFIANZA
Y EL PECULADO EN
LA RESPONSABILIDAD
PENAL EMPRESARIAL:
LA RESPONSABILIDAD PENAL
POR ADMINISTRACIÓN DE
FONDOS PARAFISCALES
EN LAS E.P.S.
EN COLOMBIA***

Jorge Arturo Abello Gual**

Fecha de recepción: 8 de Octubre de 2010

Fecha de aceptación: 30 de Noviembre de 2010

Artículo de Reflexión

Resumen

En el presente trabajo se analizará, si los gerentes y trabajadores de una E.P.S., que se apropien de los fondos parafiscales que ésta última recibe para satisfacer las necesidades de salud de sus afiliados, son responsables del delito de peculado o del delito de abuso de confianza calificado.

Palabras clave

Fondos parafiscales, seguridad social, Empresa Promotora de Salud (E.P.S.), peculado, abuso de confianza calificado, responsabilidad empresarial.

**THE ABUSE OF TRUST AND
EMBEZZLEMENT IN THE CRIMINAL
RESPONSIBILITY: CORPORATE
CRIMINAL LIABILITY FOR
ADMINISTRATION OF PARAFISCAL
FUNDS IN THE E. P.S. IN COLOMBIA**

Abstract

In this paper we analyze, if managers and workers in an Health Promoting Company (EPS), take ownership of the funds received parafiscal latter to meet the health needs of their members, are responsible for the crime of embezzlement, crime or abuse qualified trust.

Key words

Para-fiscal funds, social security, Health Promoting Company (EPS), embezzlement, breach of trust, corporate responsibility.

**ANALISIS Y DELIMITACIÓN
DEL PROBLEMA A TRATAR**

El tema que se desarrollará en este trabajo es sobre la responsabilidad penal de los gerentes, funcionarios directivos y empleados de una E.P.S., por la pérdida de los recursos que deben administrar provenientes de los aportes parafiscales a la Seguridad Social que realizan todos los afiliados. La investigación estuvo enfocada en analizar una aparente contradicción entre los tipos penales aplicables a este tipo de hechos, esto es el peculado y el abuso de confianza calificado, que abarcan en su descripción típica la apropiación que puede llevar a cabo una persona que administre fondos parafiscales destinados a la seguridad social.

Para comenzar el análisis del tema planteado, se citará las disposiciones legales que contienen los tipos penales del peculado y el abuso de confianza calificado, exaltando los apartes que incitan a una posible antinomia entre las dos normas, toda vez que parecen punir ambas el hecho de que un administrador o empleado se apropie de los fondos parafiscales destinados a

* El proyecto de investigación del cual es producto este documento ha sido financiado por la Fundación Politécnico Grancolombiano, mediante el contrato de investigación 2010-DI-FCS-DJG-BC-4, del 14 de diciembre de 2009.

** Abogado y especialista de derecho penal de la Universidad del Norte. Candidato a magister de la Universidad de los Andes. Profesor e investigador de la Facultad de Ciencias sociales del Politécnico Grancolombiano. georabello@hotmail.com

la salud, que administra la E.P.S. para la cual trabajan:

Artículo 20. Servidores públicos. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el Artículo 338 de la Constitución Política. (Negrillas fuera del texto)

Partiendo de lo anterior, el peculado se tipifica en el Código Penal de la siguiente manera:

Artículo 397. Peculado por apropiación. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. (...) (Negrillas fuera del texto).

Por otra parte, el abuso de confianza se tipifica de la siguiente manera

Artículo 249. Abuso de confianza. El que se apropie en provecho suyo o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de diez (10) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años y multa hasta de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero, la pena se reducirá en la mitad.

Artículo 250. Abuso de confianza calificado. La pena será prisión de tres (3) a seis (6) años, y multa de treinta (30) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes si la conducta se cometiere:

- 1. Abusando de funciones discernidas, reconocidas o confiadas por autoridad pública.**
- 2. En caso de depósito necesario.*
- 3. Sobre bienes pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la totalidad o la mayor parte, o recibidos a cualquier título de éste.**
- 4. Sobre bienes pertenecientes a asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales.*

Partiendo de la redacción de los tipos penales antes transcritos y los apartes puestos en negrillas, podemos plantear el problema que se generaría si surge la necesidad de iniciar un proceso penal por un hecho en el cual, un gerente o un trabajador de una E.P.S., se apropia de los fondos parafiscales recaudados de las diferentes empresas y afiliados del sistema general de seguridad social. Para iniciar una actuación penal en el caso citado, debemos definir si tendríamos que imputar dicha conducta a título de peculado o a título de abuso de confianza calificado. Y para ello se hace necesario tener claridad sobre una característica que diferencia el abuso de confianza calificado y el peculado, y es precisamente la calidad de servidor público, y los bienes protegidos por el delito de peculado¹.

¹ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Delitos Contra la Administración pública*. Leyer. 4 edición. Bogotá. 2003

1.1 El carácter público de los fondos parafiscales

En relación con los bienes, ya se ha establecido por parte de la Corte Suprema de Justicia que los parafiscales son recursos del Estado. Sobre el tema ha dicho la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

“Que los recursos como las cotizaciones para el sector salud son bienes parafiscales, pues son recursos captados del sector privado para ser reinvertidos para prestar el servicio de salud. Además, la Ley 828 de 2003, dispone que las contribuciones al Sistema de Seguridad Social son aportes parafiscales.

La contribución parafiscal se presenta cuando el Estado, en ejercicio de su deber de interventor en la economía, impone a los asociados una contribución para atender un fin de carácter económico y social, en este caso, cubrir las necesidades de salud de los colombianos. Por esta razón, aunque la contribución no entre al patrimonio de la Nación por su carácter específico, no se puede negar que es un ingreso público por tener un carácter impositivo y por poseer como fin atender necesidades públicas².

Según las características de la cotización en seguridad social, se trata de una típica contribución parafiscal, distinta de los impuestos y las tasas. En efecto, constituye un gravamen fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados, pero que carece de una contraprestación equivalente al monto de la tarifa. Los recursos provenientes de la cotización de seguridad social no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, ya que se destinan a financiar el sistema general de seguridad social en salud.

Con base en lo anterior, es claro que el primer tema de exactitud por parte de la Sala aparece pacíficamente resuelto por las fuentes normativas citadas, la jurisprudencia constitucional y la doctrina: los

² QUERALT, Juan Martín, et al. *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Tecnos. 11 Edición. Madrid. 2000. p. 100

recursos o aportes a la seguridad social en salud, son de naturaleza parafiscal. Son tributos o bienes públicos, que pertenecen al Estado...”³.

1.2 El carácter público de la función de administrar recursos públicos

En segundo lugar, se ha establecido las E.P.S. al administrar los recursos públicos ejerce una función pública y ello permite la aplicación del Artículo 20 del C.P. “los particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente o transitoria”.

Sin embargo, sobre este punto es necesario hacer algunas precisiones. La función pública, es una labor que no se comienza a ejercer de cualquier forma:

“En un Estado social y democrático de derecho no se accede de facto a las funciones públicas. Son las autoridades a través de sus competencias regladas las que atribuyen o encargan a un particular de una función pública. Es esto lo que se infiere del Artículo 123 de la Carta Política, cuando preceptúa que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento, y agrega que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regularán su ejercicio”⁴.

De esta manera se aclara, que el ejercicio de una función pública, no es un acto de facto, y que requiere autorización legal o reglamentaria pues, como lo preceptúa la misma Constitución en el Artículo 122:

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Proceso Radicación 23982. Sentencia del 20 de Julio de 2007. M.P. Alvaro Orlando Pérez Pinzón.

⁴ En la sentencia C-866 de 1.999, la Corte Constitucional se ocupó de señalar los eventos en los cuales la constitución o la ley, directamente, impone a determinados particulares el cumplimiento de funciones públicas, la manera como se accede a ellas y el cumplimiento de precisos requisitos para poder predicar que se está cumpliendo esa función.

“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”.

A continuación citamos una sentencia de la Corte donde aclara que la función de recaudar y administrar los fondos parafiscales, es función pública:

“El recaudo de tributos públicos es una función pública asignada de manera principal por el numeral 20 del Artículo 189 de la Carta Política al Presidente de la República, como Jefe de Gobierno y como Primera Autoridad Administrativa. La disposición dice así:

Velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión de acuerdo con las leyes.

El legislador puede distribuir esa competencia. Y lo hizo de manera puntual al crear el Sistema General de Seguridad Social en Salud en la ley 100 del 1993, modificada por la ley 1122 del 2007.

En ella se establece como una de las características del sistema, que: el recaudo de las cotizaciones será responsabilidad del Sistema General de Seguridad Social-Fondo de Solidaridad y Garantía, quien delegará en lo pertinente esta función en las Entidades Promotoras de Salud⁵.

Consecuente con esta asignación de competencias, la ley concreta que

Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía⁶.

Las Entidades Promotoras de Salud, por delegación legal, cumplen la función pública de recaudar los pagos que deben hacer los individuos y familias.

La ley reglamenta detalladamente el Sistema General de Seguridad Social en Salud: quiénes lo integran, qué condiciones son exigibles para entrar a ser parte de él, cuáles son las obligaciones de unos y otros, cuáles las competencias y cómo se cumplen.

Para cumplir la función pública de recaudar las cotizaciones, el Artículo 180 ibídem condiciona la autorización a las EPS a una serie de requisitos logísticos y humanos⁷.

En concordancia con lo anterior, en los Artículos 170 y 178 de la Ley 100 de 1993 se establece expresamente que: *“Las Entidades Promotoras de Salud, por delegación legal, cumplen función pública de recaudar los pagos que deben hacer los individuos y familias”*. En el mismo sentido, el Artículo 53 de la Ley 734 de 2002 estableció que cumplen funciones públicas quienes administren recursos del Estado. En igual sentido, se establece a través de las sentencias de la Corte Constitucional C-181 de 2002 y C-037 de 2003, que *“la administración de recursos fiscales y parafiscales es, por definición, una función pública”*.

Por todo lo anterior, se llega a la siguiente conclusión: quién administra, o custodie bienes del Estado como son las contribuciones al sistema de seguridad social (fondos parafiscales) tiene la naturaleza de servidor público de conformidad con el Artículo 20 del Código Penal, y se le puede imputar el delito de peculado.

1.3 La posición de la doctrina sobre la administración de fondos parafiscales por parte de las E.P.S.

La anterior conclusión es compartida por los profesores Alfonso Gómez Méndez y Carlos Arturo Pavajeau, quienes establecen que las

⁵ Artículo 156.d.

⁶ Ver Artículo 170. La disposición se repite, como función específica de las Empresas o entidades promotoras de salud, en el Artículo 178 de la misma ley. Artículo 178. “FUNCIONES DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. Las Entidades Promotoras de Salud tendrán las siguientes funciones: Ser delegatarias del Fondo de Solidaridad y Garantía para la captación de los aportes de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Proceso Radicación 23982. Sentencia del 20 de Julio de 2007. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

E.P.S. “son particulares que ejercen funciones públicas no sólo porque así se ha calificado el recaudo sino también por tratarse de bienes parafiscales. Por tanto el delito en que incurrir es en peculado por apropiación”⁸. Igualmente, consideran los citados autores, que allí “debe operar la noción de autoría por otro (Artículo 29 inciso 3 del Código Penal) por tanto, si el sujeto que delinque no tiene la calidad por cuanto la misma la tiene el ente colectivo –para el efecto la Entidad Promotora de Salud-, debe recibir la rebaja de pena de que da cuenta el inciso final del Artículo 30 *ididem*,...”⁹.

El profesor Carlos Mario Molina Arrubla también considera que se debe aplicar el peculado en estos eventos que venimos analizando por las siguientes razones:

“Alcanzaría el grado de servidor público –en determinación legal que no deja de ser bastante controvertible- aquella persona que administrase tales recursos (con lo cual, dicho sea de una vez, en el evento de apropiarse de los mismos, no estaría incurriendo en hurto sino en peculado), en atención a lo dispuesto en la parte final del inciso segundo del Artículo 20 del Código Penal”¹⁰.

El profesor Tocora por su parte, al comentar los eventos en que se configura el abuso de confianza, dispone que la primera causal (Abusando de funciones discernidas, reconocidas o confiadas por autoridad pública), evidencia que tanto el peculado y el abuso de confianza comparten las dos modalidades de conducta es decir, por apropiación y por uso, y que la calificación del sujeto activo como servidor público, no es suficiente para diferenciar una conducta de otra, pues

“las funciones discernidas, reconocidas o confiadas por autoridad pública, le dan a quien las obtiene

categoría de servidor público, al tenor del Artículo 20 del Código Penal, que incluye en tal concepto, a los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria”¹¹.

Continúa explicando el citado profesor que,

“la hipótesis del abuso de confianza calificado por la causal primera, le es aplicable por ejemplo, al depositario, a quien el secuestre le da a guardar los bienes confiados a él por el juez. En este caso, el depositario conserva su estatus de particular; no es servidor público, ni siquiera para el hecho de custodiar esos bienes. La agravante se le deduce por el hecho, de que el depósito le fue confiado por un servidor público, como quiera que el secuestre lo es para el efecto de cuidar esos bienes”¹².

En relación con la causal tercera, el profesor anota que con la desaparición del peculado por extensión en la Ley 599 del 2000¹³, las conductas de apropiación realizadas por un particular

¹¹ TOCORA, Luis Fernando. *Derecho Penal Especial*. Librería ediciones del profesional limitada. 11 Edición. Bogotá. 2009. p. 197.

¹² *Ibid.* p. 198.

¹³ Sobre el cambio legislativo, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 20 de Julio de 2007. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, ha señalado lo siguiente:

“...el Artículo 138.1 del decreto 100 de 1980 describe con exactitud el comportamiento del particular que se apropiaba de bienes del Estado, cuando media entre él y los bienes una relación jurídica, dada por la ley, de administración o de custodia, como es el caso del procesado.

Los Artículos 133 y 138 del Código Penal anterior sancionaban el apoderamiento por parte de funcionarios públicos y de particulares, respectivamente, de bienes pertenecientes al Estado, o de empresas o de instituciones en que éste tuviera la mayor parte, que estaban bajo su administración, tenencia o custodia.

Si el Artículo 138.1 se refería a bienes pertenecientes a instituciones o empresas en que el Estado tuviera la mayor parte, con mayor rigor la protección del tipo penal se extendía al bien que en su totalidad perteneciera al Estado, como ocurre con el Instituto del Seguro Social, que es una empresa social y comercial de éste.

El Artículo 250.3 de la ley 599 del 2000 retomó el comportamiento antes descrito y lo bautizó abuso de confianza calificado, pero precisó, para superar dudas, que la sanción procede cuando el bien afectado sea en su totalidad o en su mayor parte del Estado”.

⁸ GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso, et al. *Delitos contra la administración pública*. Universidad Externado. 3 Edición. Bogotá. 2008. p. 97.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Delitos Contra la Administración pública*. Ob. Cit. p. 52.

sobre bienes de empresas o instituciones en el que el Estado la totalidad o la mayor parte, se enmarcan en el delito de abuso de confianza calificado, pues “*debió considerarse que siendo un particular el sujeto activo de esta conducta, debía más bien tenerse como conducta ordinaria contra el patrimonio económico, aunque agravada por la titularidad pública o colectiva de los bienes, objeto material de la infracción*”¹⁴.

1.4 El abuso de confianza calificado fue el reemplazo del desaparecido peculado por extensión

Para un mejor análisis de la supuesta convergencia del peculado y del abuso de confianza calificado, me permito citar la exposición de motivos de la Ley 599 de 2000, en la cual se cambió el tipo penal de peculado por extensión y se creó el abuso de confianza calificado:

“La exposición de motivos de la Ley 599 de 2000, contenida en el oficio del 4 de agosto de 1998, que el Fiscal General de la Nación envió al Presidente del Senado de la República, cuyo texto fue publicado por ese ente investigador, corrobora que el peculado por extensión definido en el Artículo 138 del anterior Código Penal, corresponde en la nueva normatividad al abuso de confianza. Textualmente se dijo¹⁵:

Se creó el delito de abuso de confianza calificado-art. 243-que además de contener las dos circunstancias de agravación punitiva señaladas en la vigente normativa para el abuso de confianza, se incluyó aquellos comportamientos que en la actualidad conforman el reato de peculado por extensión, pues sin duda alguna se trata de verdadero abuso de confianza defraudatorio del patrimonio económico del Estado sin relación alguna con la función pública. El llamado actualmente peculado por extensión se consagró como un tipo autónomo denominado

abuso de confianza tal como se explicó en el acápite correspondiente”¹⁶.

Es necesario por esta vía, acudir a la interpretación teleológica, atendiendo a la voluntad del legislador, quién en el año 2000 consideró conveniente derogar el delito del peculado por extensión y consagrar el abuso de confianza calificado. El intérprete podrá a través de la interpretación extensiva del Artículo 20 del C.P. y del Artículo 29 inciso 3 del mismo estatuto, imputar peculado en los casos analizados, pero con ello, está contrariando la intención inicial del legislador.

1.5 Delimitación del problema frente a otros eventos diferentes

Una vez planteada la problemática y las posibles soluciones al tema, así como los antecedentes del abuso de confianza calificado, no sobra citar otra tesis aplicable al caso planteado, expuesta por la Corte Suprema de Justicia, que no tiene mucha sustentación, pues parece una apreciación aislada sobre la responsabilidad de funcionarios de las E.P.S., que no consignen las contribuciones del Sistema de Seguridad Social en Salud, pero que en todo caso hay que tener en cuenta, y es la siguiente:

“En este contexto, quienes incurrir en el delito de omisión del agente retenedor o recaudador por no consignar las contribuciones parafiscales del Sistema de Seguridad Social en Salud, son las personas naturales que, dentro de las empresas promotoras, han sido encargadas de esas obligaciones en los términos del inciso 3° del Artículo 402 del Código Penal del 2000. Son esos los verdaderos recaudadores.

También incurrir en el delito los intermediarios financieros u otras entidades que firman convenios con las empresas promotoras para el recaudo de las cotizaciones, según las normas reglamentarias que sobre el particular expide el Gobierno Nacional.

¹⁴ TOCORA, Luis Fernando. *Derecho Penal Especial*. Ob. Cit. p. 198.

¹⁵ Texto tomado de CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Proceso No 20075. Sentencia de 6 de Agosto de 2003. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

¹⁶ *Ibíd.*

*Estos intermediarios asumen la función pública por convenio autorizado por la ley*¹⁷¹⁸.

Esta última tesis no es muy compartida por los profesores Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, pues consideran que

*“La noción de recaudador no puede estar por encima de la noción de servidor público por asimilación, pues aquélla es general o genérica, con aplicación a los particulares dentro del ámbito de las relaciones generales de sujeción, mientras que la calificación de servidor público es específica, propia de las relaciones especiales de sujeción”*¹⁹.

A pesar de la opinión de los citados profesores, considero importante tener presente el pronunciamiento de la Corte Suprema, pues estamos hablando de personas naturales que aún trabajando para personas jurídicas tienen la obligación de retener las contribuciones parafiscales y consignarlas al sistema de seguridad social; sin embargo, se excluyen de aquellas personas a los empleadores como claramente lo estableció en la siguiente Sentencia:

“La ley 100 de 1993 no le asignó la específica función pública de recaudador al empleador, aunque contribuya o facilite la función de la Entidad Promotora de Salud, descontando al trabajador su parte y girando –pagando– oportunamente al recaudador. La acción típica de recaudar es de carácter legal. La comprensión de su definición y concepto está en las leyes extrapenales que interesan a este asunto, sobre todo la legislación tributaria y la inherente a la salud. Y desde esta normativa se concluye que solamente se realiza este comportamiento rector –recaudar– por asignación de función pública. Su interpretación está limitada por el contenido que le dan la Constitución y la ley. Si no fuera así y se

hiciera la extensión a todo acto consistente en recibir o custodiar dinero, se demeritaría el principio de estricta legalidad de los delitos y de las penas: nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege praevia, scripta, stricta, et certa.

(...)

Quede dicho, entonces, que la conducta del empleador particular, que a la fecha o desde la entrada en vigencia de la ley 599 del 2000, descuenta del salario de sus empleados o trabajadores unos aportes para integrar con los suyos la contribución parafiscal al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y no los consigna oportunamente, no incurre en el delito de omisión del agente retenedor o recaudador.

*Como fue desarrollado por la instancia de segundo grado, la conducta de ese empleador se ubica en el tipo penal de abuso de confianza calificado, definido en el Artículo 250.3 de la Ley 599 del 2000, si fue desplegada en vigencia de este estatuto*²⁰.

La exclusión de los empleadores del delito de peculado es compartida por los profesores Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, quienes consideran que,

*“cuando se trata de un empleador que no tiene la calidad de servidor público y como particular no se puede afirmar que administre, tenga o custodie bienes parafiscales, pues simplemente tiene materialmente y casi que de manera instantánea unos dineros que debe remitir a la entidad correspondiente y delegada por el Estado para su administración. En tal caso el delito en que incurre es en un abuso de confianza calificado”*²¹.

Sin embargo, el supuesto que cobija el tipo penal de la omisión del agente retenedor o recaudador es diferente al caso que estamos examinando. La omisión del agente retenedor o recaudador se aplica en aquellos casos en los que un funcionario o gerente de una empresa encargada

¹⁷ Sobre el particular el párrafo del Artículo 187 y el Artículo 287 que crea la figura del intermediario.

¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Proceso Radicación 23982. Sentencia del 20 de Julio de 2007. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

¹⁹ GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso, et al. *Delitos contra la administración pública*. Ob. Cit. p. 97.

²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Proceso Radicación 23982. Sentencia del 20 de Julio de 2007. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

²¹ GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso, et al. *Delitos contra la administración pública*. Ob. Cit. p. 97.

legal o reglamentariamente de la recaudación de las contribuciones, no las consigna en las cuentas de la respectiva E.P.S., ello incluye a los funcionarios de la E.P.S. que autorizados por ella recibe las contribuciones por parte de un empleador o un trabajador independiente, y nunca los consigna a las cuentas de la E.P.S., o no los reporta a la misma. En este grupo de casos, el dinero nunca ingresa a las arcas de la E.P.S., mientras que el caso que estamos analizando en este trabajo, se trata de dineros que ya entraron a las arcas de la E.P.S. y un empleado o gerente que administrando dichos recursos, se apropia de los mismos.

En todo caso, sin entrar a profundizar en el tipo penal de la omisión del agente retenedor o recaudador –pues no es el tema de este trabajo–, me parece importante resaltar los efectos de la sentencia antes citada, pues los cajeros de una E.P.S. o de un banco que reciban las contribuciones parafiscales de seguridad social y no las consignen a las cuentas respectivas o no reporten el pago, no incurrierán en el delito de hurto agravado por la confianza²², sino en omisión de agente recaudador.

Hay que señalar igualmente, que la discusión que aquí se ha planteado tiene una gran diferencia en los casos en que los trabajadores se apropien de dineros propios de la E.P.S., es decir, de las utilidades que obtiene ésta por el desarrollo de su objeto social, o de su capital propio como son los equipos o rentas o réditos obtenidos de la venta o arriendo de las instalaciones físicas con las que cuenta, o de los aportes realizados por los socios, toda vez que estos recursos, nunca podrán ser considerados como dineros del Estado, a menos claro está, que hablemos de una E.P.S. pública. En este orden de ideas, si un gerente o empleado se apropia de los dineros que le han sido confiados para su administración y que responden a los conceptos anteriormente señalados, nunca

podrá hablarse de peculado ni de abuso de confianza calificado, sino de abuso de confianza simple, pues se desvirtúan los elementos de la función pública en la administración de recursos del Estado. De tal manera, se hace evidente la necesidad probatoria de determinar el origen de los recursos apropiados de acuerdo con los soportes contables, pues no puede afirmarse irresponsablemente que todos los recursos que maneja una E.P.S. son fondos parafiscales.

2. ANALISIS CRÍTICO DEL PROBLEMA Y RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN

2.1 Planteamiento inicial objeto de la crítica

Luego del anterior análisis, es claro por una parte que los fondos parafiscales son bienes que le pertenecen al Estado, y por otra que la labor de administrar estos bienes es una función pública. Por este camino, en los casos de apropiación de los recursos provenientes del sistema de seguridad social, se avanza hacia la configuración del delito de peculado pues primero, se configura el concepto de servidor público por extensión establecido en el Artículo 20 del Código Penal, y segundo se encuadran otros aspectos estructurales del tipo de peculado como la conducta (apropiarse), la relación funcional (administración, cuidado o custodia), y el bien (fondos parafiscales).

Sin embargo, dentro de las posiciones antes citadas, parece haber un asunto pendiente que dificulta un poco el tema y es la transmisión de las calidades de servidor público de la E.P.S. al gerente o sus trabajadores. Como bien lo reconocen los profesores Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, la calidad de servidor público por extensión, en estricto sentido la adquiere la E.P.S. es decir el ente colectivo -pues es ella la que tiene la función de administrar los fondos parafiscales de conformidad con la Ley-²³, por tanto, no sería posible afirmar sin pocas

²² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Sentencia de 20 de Mayo de 1986.

²³ GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso, et al. *Delitos contra la administración pública*. Ob. Cit. p. 97.

objecciones, que los trabajadores dentro de los cuales incluyo al gerente o representante legal de una E.P.S. que se apropien de dichos bienes realizarían un peculado, pues no son ellos los que de conformidad con la Constitución, la Ley o el Reglamento asumen la función pública de administrar.

Para solucionar el problema anterior, los profesores citados²⁴ plantean como fórmula la teoría del actuar por otro, consagrado en el Artículo 29 inciso 3, para efectos de establecer que un funcionario que actúa en nombre de la E.P.S. se le transfieren las calidades de servidor público que esta detenta, para así poder imputar el delito de peculado en caso de que alguno de ellos se apropie de los fondos parafiscales. A su vez, los citados autores abogan por reconocerles a dichos empleados la rebaja del interviniente establecida en el Artículo 30 inciso 3.

2.2 En el derecho administrativo la delegación de funciones públicas requiere de un acto formal

Al anterior planteamiento se le pueden formular varias objeciones; la primera es que como se dejó sentado en los apartes anteriores, la delegación de las funciones públicas no es un acto informal, pues requiere de la asignación de funciones por parte de la Constitución, la Ley o el reglamento, y los trabajadores de una E.P.S. privada, no tienen calidad de servidores públicos, y ni siquiera el gerente tiene tal calidad, pues su régimen contractual se rige bajo las normas del derecho privado.

El texto del Artículo 20 del Código Penal, que da carácter de servidores públicos a particulares que ejercen permanente o temporalmente funciones públicas, es perfectamente aplicable a las personas naturales que actúan en esas circunstancias, como los conciliadores y árbitros, pues la Ley y la Constitución permiten esa

²⁴ *Ibidem*.

posibilidad expresamente. Sin embargo, en los casos en los cuales quién ejerce una función pública es una persona jurídica como en el caso de las E.P.S., esa transferencia de calidad de servidor público, de la empresa a sus empleados debe mediar al menos Ley o Reglamento que así lo permita²⁵, es decir, que la Ley o Reglamento debe establecer expresamente que empleados de dicha institución son funcionarios públicos, de conformidad con el texto del Artículo 122 de la Carta que dispone:

“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.” Y ello tiene una secuencia lógica, pues al estar ello establecido de esta manera, genera entonces las responsabilidades propias de un servidor público establecidas en el Artículo 6 de la Constitución que dispone: *“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o exlimitación en el ejercicio de sus funciones”*.

2.3 No hay necesidad político criminal para aplicar el actuar por otro

La segunda consiste en que la figura del actuar por otro regulada en el Artículo 29, tiene una función político criminal específica, pues fue creada para evitar la impunidad en los delitos especiales propios (que requieren sujeto activo calificado) permitiendo la sanción de una persona que no teniendo las calidades exigidas en el tipo penal realiza una conducta punible,

²⁵ Así, por ejemplo, el Artículo 402 del Código Penal, que establece el delito de la omisión del agente retenedor o recaudador, establece: *“Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones”*. Aclarando en todo caso, que el agente retenedor o recaudador son particulares y no servidores públicos.

actuando en calidad de representante de derecho o de hecho de otra persona natural o jurídica que si reúne dichas calidades, pues se asume la transferencia de las mismas del representado al representante²⁶. De esta manera, si la conducta de un empleado que se apropie de bienes parafiscales que administra la E.P.S. con la cual trabaja, queda enmarcada perfectamente bajo el tipo penal del abuso de confianza calificado, no hay impunidad que evitar, y la figura del actuar por otro devendría innecesaria.

No habiendo necesidad político-criminal en el caso estudiado de hacer un traslado de las calidades de la persona jurídica a la persona natural, pues, su conducta no queda impune.

Otro argumento que se podría plantear en contra de la tesis del actuar por otro, es que desde el punto de vista doctrinal la tesis expuesta por los profesores Gómez Méndez y Gómez Pavajeau antes explicada, incurriría en una contradicción conceptual, porque por un lado, traslada la calidad de servidor público que detenta la E.P.S. al empleado, pero luego reconocerle la rebaja del interviniente, aceptando en últimas, que el empleado no tiene las calidades de servidor público que le había transferido.

Por lo cual, para evitar los inconvenientes que se han señalado anteriormente, se propone que en vez de imputar peculado en los supuestos estudiados se impute el abuso de confianza calificado, en los siguientes términos: el abuso de confianza calificado se configura según el código penal colombiano, cuando el particular se apropiare de cosa mueble ajena abusando de funciones discernidas, reconocidas o confiadas por autoridad pública. Por lo tanto, podríamos entender que la E.P.S. detentando la calidad de funcionario público por extensión, les confía a sus empleados la función de administrar los fondos parafiscales, y si ellos se apropian de dichos bienes, estarían incurriendo en el abuso de confianza calificado si seguimos esta línea argumentativa.

También podríamos afirmar nuestra postura, utilizando el ejemplo del profesor Tocora antes citado para hacer la siguiente analogía ¿Qué diferencia existiría entre la conducta de una persona a quien el secuestre le da a guardar un bien confiado a él por un juez, a la apropiación que hace un empleado de fondos parafiscales que se le habían entregado por parte de su empleador la E.P.S., para que los administrara? En cambio, podemos encontrar varias similitudes sustanciales, como por ejemplo, que en ambos casos, un funcionario público entrega en administración un bien que se encuentra bajo su custodia; que el particular sigue conservando su calidad de particular; y que la apropiación que realiza se le agrava en virtud de la entidad del bien apropiado.

En estos casos, debe aplicarse la regla general en el derecho de personas esto es, que el patrimonio que entra a las E.P.S. para ser administrado, no entra en la contabilidad de las personas naturales que las conforman, pues se trata de personas jurídicamente diferentes; por tanto, si las personas que se apropian de un bien de la persona jurídica a la que representan, no se están apropiando de sus propios bienes, sino de los bienes de aquella. En el caso bajo estudio, si algún empleado se apropia de bienes que administra la E.P.S., debe

²⁶ FERRE OLIVE, Juan Carlos, et al. *Derecho Penal Colombiano parte general, principios fundamentales y sistema*. Ibáñez. Bogotá. 2010. p. 532. VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. *Derecho Penal Parte General*. Comlibros. 4 Edición. Medellín. 2009. p. 911-912. BACIGALUPO, Enrique. *El actuar en nombre de otro. Curso de Derecho Penal Económico*. Marcial Pons. 2 Edición. Ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid. 2005. p. 131-144. BERRUEZO, Rafael. *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa*. Editorial B de F. Montevideo. 2007. p. 108-112. ABELLO GUAL, Jorge Arturo. *Responsabilidad penal empresarial*. Leyer. Bogotá. 2010. p. 46-53. GONZÁLEZ CUSAAC, José Luis. *Las Insolvencias punibles. Temas de Derecho Penal Económico*. Trota. Madrid. 2004. p. 99-102. RODRIGUEZ VINDAS, Ramón Luis. *Responsabilidad penal de empresas. ¿Societas delinquere potest?* Biblioteca jurídica El Dike. Bogotá. 2002. FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*. Tirant Lo Blanch. Valencia. No. 55. 1996. GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico*. Tomo I. 2 edición. Grijley. Lima. 2007.

responder frente ésta y no frente al Estado, pues su relación jurídica laboral es con la E.P.S. y no con el Estado. Ello no excluye, que la E.P.S. deba dar cuentas al Estado de la gestión de los recursos dentro del marco jurídico de las obligaciones contraídas con este.

2.4 Algunas decisiones de la corte suprema de justicia que fundamentan la tesis

La tesis expuesta, está debidamente soportada por la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, como se demostrará a continuación. Por ejemplo, la CORTE CONSTITUCIONAL en Fallo de constitucionalidad de 31 de mayo de 2001, acerca del numeral 2, del Artículo 242 de la Ley 599 de 2000. (M. P. Dr. Jaime Araujo Rentarí) aclaró lo siguiente:

“De acuerdo con la reglamentación legal vigente, en las sociedades nace una tercera persona totalmente independiente de los socios que la componen, esto es, una persona jurídica autónoma sujeto de derechos y obligaciones, con capacidad de goce, capacidad de ejercicio, representación legal y especialmente, que dispone de patrimonio propio.

Si bien es cierto, el patrimonio de la sociedad se encuentra constituido por los aportes de los socios para conformar el capital social, los bienes de la sociedad no son parte de propiedad de cada socio, ni siquiera de manera parcial y no sería aplicable la circunstancia de atenuación punitiva prevista en la norma bajo estudio. Si la conducta recayera sobre uno de los bienes muebles que constituyen el patrimonio de la sociedad legalmente constituida, estaríamos frente al tipo básico de hurto, es decir, “sustracción de bien mueble ajeno”, porque el bien mueble pertenece y conforma el patrimonio del ente jurídico autónomo”²⁷.

De conformidad con la sentencia antes citada queda claro que aún, si la apropiación se realizara por alguno de los socios, no puede existir

²⁷ En igual sentido: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Sentencia del 17 de Septiembre de 2008. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

confusión entre el patrimonio de la sociedad y el patrimonio del socio.

En este otro fallo que también afirma la tesis que aquí se sostiene, la Corte Suprema de Justicia estableció que el gerente de una sociedad podría realizar abuso de confianza y no hurto agravado por la confianza:

“... en éste específico asunto concurre en el procesado la condición de asociado de la firma “PROCESO DIGITAL Ltda.”, así como la de representante legal de ésta, pues, desde su creación hasta cuando se resolvió disolverla, ostentó el cargo de gerente en desarrollo del cual le correspondía según la ley²⁸ y los estatutos de la misma²⁹, la administración de sus bienes y negocios, y ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o relacionados directamente con la existencia y el funcionamiento de esa sociedad “sin limitaciones respecto de la cuantía”.

Es que, necesario es recordarlo, aun cuando una sociedad comercial está revestida de personería jurídica que le permite ejercer derechos y contraer obligaciones en desarrollo de su objeto social y le da capacidad de ser representada judicial y extrajudicialmente, esas facultades no puede hacerlas efectivas por sí misma por tratarse de una ficción jurídica, y en consecuencia le es indispensable valerse de una persona física encargada de manejar, gobernar y dirigir los negocios y bienes de aquella, para proteger el patrimonio y los intereses sociales, persona física que en el presente caso no era otra que su representante legal, en quien se encarnaban aquellas prerrogativas dentro de los límites señalados en los estatutos.

De suerte que como el implicado detentaba el cargo de gerente, representante legal de la tantas veces citada sociedad, el cual le confería la administración (comprendidas, naturalmente, en ella las labores de custodia y conservación) jurídica y material de los

²⁸ CÓDIGO DE COMERCIO. Artículos 110 (numeral 12), 196, y 358 (numeral 5). Ley 222 de 20 de diciembre de 1995, Artículos 22 y 23.

²⁹ Cfr. Cuaderno original N° 1. Folios 12 a 19. Escritura Pública N° 914 de 5 de mayo de 1993. Artículo decimotercero.

bienes y derechos que integraban el patrimonio de la referida empresa, si incurrió en un comportamiento doloso orientado a apoderarse, en provecho propio o de un tercero, de todos o parte de aquellos, la conducta punible que su obrar habría materializado no sería propiamente la de hurto agravado por la confianza, sino la de abuso de confianza”³⁰.

Y por último, existe otra Sentencia de la Corte Suprema de Justicia que soporta de mayor forma la posición aquí expuesta, en la cual, estableció que existía abuso de confianza calificado, en un caso en que una compañía de carácter privado había suscrito un contrato con una entidad pública para recaudar los pagos de un servicio por ésta prestada:

“Tamayo González Nuevo Mundo & Cía Ltda, que tenía como socio mayoritario al hijo de la acusada, adquirió el compromiso a través de su representante legal Luis Alfonso Vélez Better de recaudar los dineros provenientes del pago de servicios públicos de los suscriptores de EADE S.A. E.S.P. en los municipios antioqueños de Arboletes y San Juan de Urabá.

Para el efecto, en el respectivo contrato administrativo-el número 7.871 del 14 de febrero de 2001—, se estableció que la cancelación de las facturas por parte de los usuarios tendría ocurrencia en las oficinas de Tamayo González en dichos municipios todos los días de la semana entre las 8 A.M. y las 6 P.M. y se determinaron los procedimientos a seguir por parte de los cajeros, el relativo al control diario de los pagos e igualmente los días de consignación de los recaudos en las cuentas de la empresa pública.

La sociedad contratista, según la cláusula 10ª del convenio, debía trasladar los dineros a EADE en una sola consignación, así:

“El día lunes de cada semana, el recaudo efectuado entre los días sábado y domingo. El día jueves de cada semana, el recaudo efectuado entre los días lunes a miércoles. Y el día sábado de cada semana los recaudos efectuados entre los días jueves y

viernes, tanto en Arboletes como en San Juan de Urabá”. (...)

Significa lo anterior que el papel de Tamayo González era simplemente el de recibir los pagos de las facturas y trasladarlo a EADE casi inmediatamente. Mientras lo hacía, tenía el deber de guardar esos recursos, que no había obtenido por un título traslativo de dominio, que seguían siendo de EADE, que desde luego mantenían su carácter de bienes públicos y frente a los cuales es manifiesto que no tenía poder de disposición porque los conservaba a título de mera tenencia.

Es como entendieron las instancias el caso y por esa razón condenaron a la procesada por la conducta punible de abuso de confianza, calificado por cometerse sobre bienes pertenecientes a una empresa respecto de la cual el Estado tiene la mayor parte. (...)

Era transparente para ella que los valores recaudados como consecuencia del contrato con EADE no le pertenecían a Tamayo González-de la cual era mucho más que una empleada, dicho sea de paso—, que eran de EADE y que estaba obligada a consignárselos tres veces por semana. Al disponer de ese dinero para solucionar problemas económicos de la compañía o para lo que fuera, por lo tanto, se apropió de recursos públicos cuya custodia le había sido confiada y resultó acertado en esa medida atribuirle el cargo de abuso de confianza calificado por la circunstancia 3ª del Artículo 250 de la ley 599 de 2000”³¹.

Esta última sentencia, plantea un elemento muy importante, un particular no pierde su carácter de tal, cuando recibe dineros públicos, y de apropiarse de ellos, incurriría en el delito de abuso de confianza calificado.

2.5 Toma de postura

Ahora, cabe aclarar que nuestra posición es que tanto los socios, gerentes y trabajadores que administran dichos recursos, o tienen

³⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Sentencia del 17 de Septiembre de 2008. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

³¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Proceso No 23201. Sentencia del 12 de Octubre de 2006. M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

responsabilidad sobre ellos, responderían por abuso de confianza calificado. Respecto de los primeros, la jurisprudencia anteriormente citada permite afirmar el supuesto, y la doctrina entre ellos, Molina Arrubla³², Muñoz Conde³³ y Martínez Buján³⁴, también son partidarios de esta tesis, y por ejemplo, Candido Conde Pumpido Ferrero³⁵, explican claramente que “los administradores sociales, incluido los socios de las sociedades colectivas (...) pueden cometer apropiación indebida de hacer suyos o distraer efectos o cosas muebles que sean objeto de su administración, ...” En los mismos términos, el Tribunal Español estableció “en la STS de 26 de febrero de 1998 (caso Argentinia Trust) se considera que aunque no quede probada la apropiación en beneficio propio de 600 millones pertenecientes a la sociedad, el administrador que dispuso de ellos, sin que quede constancia de haberlos reintegrado a la sociedad, comete apropiación indebida...”.

En relación con los trabajadores que administran bienes de la E.P.S. quiero citar el fundamento de un trabajo anterior³⁶, en el cual se señaló la necesidad de permitir que los trabajadores de una empresa que se apropiaran de bienes que de acuerdo con sus funciones laborales debían administrar (bajo la modalidad de

encargo fiduciario), fueran sancionados por la comisión del delito de abuso de confianza y no de hurto agravado por la confianza que tiene una pena mayor. Este argumento se soporta, pues al gerente de conformidad con la doctrina y jurisprudencia consultada³⁷ se le imputa abuso de confianza por la misma conducta, por tanto, en mi concepto debía dársele igual tratamiento al trabajador, pues en últimas, ambos gerente y trabajador, son empleados de la empresa y de conformidad con sus funciones pueden llevar ambos un encargo fiduciario sobre los bienes de la misma, y en caso de apropiarse de ellos, ambos incurrirían en el delito abuso de confianza, y no en el de hurto agravado por la confianza³⁸. Ello también se fundamenta en la aplicación de una analogía en bona parte y del principio de favorabilidad para beneficiar al trabajador.

³² MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Responsabilidad penal de los administradores de empresa*. Biblioteca El Dike. Universidad Católica de Colombia. Bogotá. 2006. p. 511-513.

³³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal parte especial*. Tirant Lo Blanch. 15 Edición. Valencia. 2008. p. 442-447.

³⁴ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Administración Fraudulenta en sociedades de inversión*. Temas de Derecho Penal Económico. Trota. Madrid. 2004. p. 41

³⁵ CONDE PUMPIDO FERRERO, Candido. *Apropiaciones indebidas*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997. p. 96.

³⁶ ABELLO GUAL, Jorge Arturo. “El abuso de confianza y el hurto agravado por la confianza en la responsabilidad penal empresarial en Colombia”. En: *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*. Vol XIII. Enero - Junio de 2010. p. 181-200.

³⁷ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Responsabilidad penal de los administradores de empresa*. Ob. Cit. p. 511-513. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal parte especial*. Ob. Cit. p. 442-447. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Administración Fraudulenta en sociedades de inversión*. Ob. Cit. p. 41-48. TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sentencia de 26 de febrero de 1998 (caso Argentinia Trust). CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Sentencia del 17 de Septiembre de 2008. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

³⁸ Sobre la diferencia entre abuso de confianza y hurto agravado por la confianza consultar las siguientes sentencias: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Sentencia de 20 de Mayo de 1986. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Auto de 26 de junio de 1997. Radicación N° 13139. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Sentencias de 24 de enero, 7 de marzo y 6 de septiembre de 2007, radicaciones N° 22412, 24793, y 23719 respectivamente. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Casación del 17 de febrero de 1999. Radicado No. 11093. También en las siguientes sentencias: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Sentencia del 17 de Septiembre de 2008. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Proceso No. 33173. Sentencia del 7 de Abril de 2010, M.P. Alfredo Gómez Quintero. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Proceso No 27319. Sentencia del 6 de Septiembre de 2007. M.P. Augusto Ibáñez Gúzman.

Abierta la anterior posibilidad, tanto el gerente, socios y trabajadores incurrirían en abuso de confianza calificado, si se apropian de dineros provenientes de fondos parafiscales que le sean confiados por la E.P.S. que es la que realmente tiene la calidad de servidor público. Y ello debería ser así, pues el abuso de confianza calificado lo dispone de esa manera, y es la ley especial en ese caso concreto. Precisamente, en materia de concurso de tipos, uno de los criterios que permite eliminar la concurrencia entre dos tipos penales, es la especialidad, de tal manera como comenta el profesor Fernando Velásquez, “cuando un supuesto de hecho reproduce los elementos típicos de otro más general, y caracteriza de manera más precisa al hecho o al autor añadiendo elementos adicionales, es este el que se aplica y no aquel”³⁹. En otra obra exalta el mismo autor que “según este principio una acción sólo se debe subsumir en aquel de los tipos penales que, de manera más exacta, se adapte a ella y ese proceso mental supone el empleo de criterios tanto de orden lógico como valorativo”. En el mismo sentido, la Ley 57 de 1887 establece en su Artículo 5, que “si en los códigos que se adoptan, se hallaren algunas decisiones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general”.

Nuestra tesis también es respetuosa del Artículo 29 de la Constitución Nacional que establece que en materia penal se debe aplicar la Ley más favorable; por tanto, entre el abuso de confianza calificado y el peculado, debe aplicarse por mandato constitucional la norma más favorable que es la del abuso de confianza calificado, pues la pena establecida para esta conducta es de 3 a 6 años, mientras que el peculado tiene una pena de 6 a 15 años. Aún, si retomamos la tesis expuesta por los profesores Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, en la cual se concede la rebaja punitiva del interviniente, esto es

en una cuarta parte de la pena del peculado, y al aplicar el Artículo 60 del Código Penal, que determina que dicha rebaja deberá aplicarse tanto al mínimo como al máximo, la pena del peculado con la rebaja del interviniente quedaría en años en 4 años y seis meses a 11 años y 3 meses, esto quiere decir que los topes máximos y mínimos de la pena del abuso de confianza calificado siguen siendo menores y por lo tanto más favorables.

Los resultados punitivos de uno y otro delito, exigen la aplicación de la Ley más favorable para el reo⁴⁰, de acuerdo con ello y con el principio pro homine, para la interpretación de las leyes restrictivas, se debe aplicar la que menos perjudique los derechos del hombre⁴¹. En igual sentido se respeta el principio de estricta legalidad, toda vez que no se extiende ilimitadamente la noción de servidor público, a personas que ejerciendo como trabajadores de una E.P.S. -que cumple una función pública-, administren los bienes que esta debe destinar a la salud, pues se trata como describe el abuso de confianza calificado de una función confiada por autoridad pública, y no directamente del ejercicio de una función pública como lo exige el peculado. Es decir, los trabajadores reciben los recursos de las E.P.S. en virtud de las normas de derecho privado (mandato, encargo fiduciario, establecidas en su contrato

³⁹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de derecho Penal. Parte general*. Ediciones jurídicas Andrés Morales. 4 Edición. Bogotá. 2010. p. 640.

⁴⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 29-3: Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. Artículo 15: Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 9. Código de Procedimiento Penal Artículo 6. Ley 153, Artículos 40 a 44. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-272 de 17 de marzo de 2005 y T-1057 del 6 de diciembre de 2007. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 3 de septiembre de 2001. Radicado No. 16837.

⁴¹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal parte general*. Editorial B de F. 7 Edición. Montevideo. 2007. p. 116. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Fundamental 1*. Ibáñez. 3 Edición. Bogotá. 2007. p. 237-238. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de derecho Penal. Parte general*. Ob. Cit. p. 287-288.

de trabajo), y no en virtud de las normas de derecho público, es decir no media resolución o acto administrativo.

Por último, se hace necesario señalar que ni siquiera a través de un contrato público con el Estado, un particular se convierte en un funcionario público, pues como ya lo ha establecido la Corte Constitucional, *“los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública”*⁴². En la misma sentencia también se aclara que *“lo que coloca al particular en la situación de servidor público, no es concretamente el vínculo que surge de la relación, importante o no, con el Estado, sino la naturaleza de la función que se le atribuye por ministerio de la Ley”*⁴³. Con fundamento en lo dicho por la Corte Constitucional, el profesor Sanguino afirma que *“sólo en la medida en que el Estado a través de un contrato asigne a un particular el cumplimiento de una función pública en estricto sentido-entendida ella como toda actividad dirigida a cumplir unos de los fines propios e inherentes al Estado- ese particular se transforma en servidor público y asume correlativamente las responsabilidades públicas consiguientes”*⁴⁴.

Existen dos sentencias más de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal; la primera es la del 23 de Enero de 1991, y la segunda de 9 de mayo de 2007, que reafirman la postura de la Corte Constitucional, en el sentido de que un contrato estatal puede eventualmente concebirse como un acto de delegación de funciones públicas a

los particulares por parte del Estado, y para ello es necesario primero tener en cuenta la naturaleza del objeto contractual y la prestación que va a realizar el contratista, y segundo de la naturaleza de las funciones de la entidad con la que contrata, toda vez que si el objeto contractual contiene el ejercicio de una función pública, pues se entiende que es un particular que ejerce función pública, y si la institución con la que se contrata utiliza al contratista para la ejecución de políticas públicas propias de su función⁴⁵, se entiende también que existe una delegación de funciones públicas. Sin embargo, cabe aclarar que los anteriores pronunciamientos se refieren a contratos públicos y no a contratos privados.

Este último razonamiento nos lleva a concluir, primero, que al no existir ningún vínculo entre el Estado y el trabajador de una E.P.S., no es posible predicar una delegación de la función pública. Segundo, al no existir un acto formal de delegación de funciones como la Ley, el reglamento, o contrato con el Estado, no se puede asumir una delegación de la función pública en virtud del principio de legalidad que rige esta materia, ni a los trabajadores ni al gerente, que se encuentran vinculados a través de contrato de trabajo o contrato de prestación de servicios o contrato de mandato, regidos todos por el derecho privado. Tercero, las actividades que llevan a cabo los gerentes y trabajadores en relación con la destinación de los recursos de las E.P.S. se diluyen en diversas actividades y labores (contratación de servicios públicos, de personal, compra de medicamentos, utensilios, viáticos, transporte, inversiones, asesorías, etc.)

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-563 de octubre de 1998.

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ SANGUINO MADARIAGA, Alirio. Delitos contra el patrimonio económico en la jurisprudencia. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2 Edición. Medellín. 2010. p. 477-478.

⁴⁵ En la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 9 de Mayo de 2007, esta corporación, condenó a un contratista por apropiarse de un anticipo dado para la construcción de un puerto fluvial, obra contratada por el Ministerio de Transporte. En este caso, consideró la Corte que como el Ministerio de Transporte debe mantener y crear las vías y medios de transporte, el particular que contrató con dicha entidad estaba ejerciendo las funciones públicas que le corresponden al Ministerio de Transporte, y que le fueron delegadas a través del contrato.

que pierden su esencia pública, partiendo del hecho de que no todos los recursos que maneja una E.P.S. provienen de las contribuciones parafiscales, y la mayor parte de las actividades que realizan son de tipo comercial; por lo tanto, podríamos concluir que realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública como lo es la prestación del servicio de salud, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, no conlleva siempre el ejercicio de una función pública, y menos si no se tiene la calidad de servidor público.

El tema se puede mostrar desde el punto de vista práctico: es función del Estado la prestación del servicio de salud, que a través de la Ley se la delega a las E.P.S., quienes asumen dicha función de manera reglada y bajo su propio riesgo. La prestación del servicio de salud se garantiza a través de unas contribuciones obligatorias que deben hacer todos los afiliados al sistema, a través de las E.P.S., recursos que deben ser destinados por éstas a la prestación del servicio de salud. De esta manera, se puede establecer que el abuso de confianza calificado es más conveniente jurídicamente en los casos en que un trabajador de una E.P.S. se apropie de los recursos que esta administra para el sector salud que el peculado, pues por un lado, los trabajadores no tienen ningún vínculo jurídico con el Estado, ni han recibido por delegación directa de este alguna función pública y por otro lado, las pérdidas que sufra la E.P.S. por la comisión de delitos en su contra, en ejercicio de su actividad comercial las asume ésta y no el Estado, solo que la importancia de los recursos de la salud en una sociedad motivan la necesidad de agravar la pena, como bien lo dispone el abuso de confianza calificado.

CONCLUSIONES

Este trabajo ha arrojado como conclusiones las siguientes líneas argumentativas:

Los gerentes, socios y trabajadores de una E.P.S., se encuentran encargados de administrar

las contribuciones parafiscales destinadas al sector salud. Sin embargo, la función pública de recaudar y administrar dichos bienes es una obligación que adquiere la E.P.S. con el Estado, y no las personas jurídicas que conforman una E.P.S.

El ejercicio de una función pública no puede ejercerse sin que medie autorización de la Constitución, la Ley, reglamento o convenio, de tal manera, que el ejercicio de la función pública de administrar las contribuciones parafiscales del sistema de seguridad social, es ejercida por la E.P.S., a través de sus trabajadores y gerentes, sin embargo, éstos no reciben un mandato de administración de acuerdo con las normas del código contencioso administrativo, sino conforme a las normas de derecho privado, esta situación puede determinar que la naturaleza de relación jurídica entre el trabajador y el bien, no sea la misma que entre un funcionario y un bien del Estado.

Que la figura del actuar por otro, que busca evitar la impunidad en los delitos especiales propios como el peculado, permitiendo que a los trabajadores de la E.P.S. se les traslade la calidad de funcionario público que detenta esta, carece de necesidad político-criminal, pues la conducta de apropiación que pueden realizar los trabajadores sobre fondos parafiscales, estaría enmarcada dentro del abuso de confianza calificado y no quedaría impune.

Que frente al principio de legalidad, es más favorable imputar a los trabajadores de una E.P.S. que se apropien de fondos parafiscales que ésta administra, la conducta de abuso de confianza calificado que la de peculado por apropiación. En igual sentido, se respeta la finalidad y la descripción del abuso de confianza calificado establecida por el legislador al eliminar el peculado por extensión y tipificar el delito de abuso de confianza calificado, esto es, castigar a un particular por la apropiación de dineros del Estado. Y por último, se puede también argumentar que el abuso de confianza

es el tipo penal más especial en el caso concreto, esto es aplicando el criterio de la norma más especial se eliminaría la posibilidad del concurso entre el abuso de confianza calificado y el peculado por apropiación, definiendo la controversia a favor del primero por ser el tipo penal que abarca toda la conducta realizada.

BIBLIOGRAFÍA

- Abello Gual, Jorge Arturo. "El abuso de confianza y el hurto agravado por la confianza en la responsabilidad penal empresarial en Colombia". En: *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*. Vol XIII. Enero - Junio de 2010.
- _____. *Responsabilidad penal empresarial*. Leyer. Bogotá. 2010.
- BACIGALUPO, Enrique. *El actuar en nombre de otro. Curso de Derecho Penal Económico*. Marcial Pons. 2 Edición. Ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid. 2005.
- BERRUEZO, Rafael. *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa*. Editorial B de F. Montevideo. 2007.
- CONDE PUMPIDO FERRERO, Candido. *Apropiaciones indebidas*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997.
- FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*. Tirant Lo Blanch. Valencia. No. 55. 1996.
- FERRE OLIVE, Juan Carlos, et al. *Derecho Penal Colombiano parte general, principios fundamentales y sistema*. Ibáñez. Bogotá. 2010.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Fundamental 1*. Ibáñez. 3 Edición. Bogotá. 2007.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico*. Tomo I. 2 edición. Grijley. Lima. 2007.
- GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso, et al. *Delitos contra la administración pública*. Universidad Externado. 3 Edición. Bogotá. 2008.
- GONZÁLEZ CUSAAC, José Luis. *Las Insolvencias punibles. Temas de Derecho Penal Económico*. Trota. Madrid. 2004.
- MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Administración Fraudulenta en sociedades de inversión*. Temas de Derecho Penal Económico. Trota. Madrid. 2004.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal parte general*. Editorial B de F. 7 Edición. Montevideo. 2007.
- MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Responsabilidad penal de los administradores de empresa*. Biblioteca El Dike. Universidad Católica de Colombia. Bogotá. 2006.
- _____. *Delitos Contra la Administración pública*. Leyer. 4 Edición. Bogotá. 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal parte especial*. Tirant Lo Blanch. 15 Edición. Valencia. 2008.
- QUERALT, Juan Martín, et al. *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Tecnos. 11 Edición. Madrid. 2000.
- RODRÍGUEZ VINDAS, Ramón Luis. *Responsabilidad penal de empresas. ¿Societas delinquere potest?* Biblioteca jurídica El Dike. Bogotá. 2002.
- SANGUINO MADARIAGA, Alirio. *Delitos contra el patrimonio económico en la jurisprudencia*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2 Edición. Medellín. 2010.
- TOCORA, Luis Fernando. *Derecho Penal Especial*. Librería ediciones del profesional limitada. 11 Edición. Bogotá. 2009.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal Parte General*. Comlibros. 4 Edición. Medellín. 2009.
- _____. *Manual de derecho Penal. Parte general*. Ediciones jurídicas Andrés Morales. 4 Edición. Bogotá. 2010.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL. Fallo de constitucionalidad de 31 de mayo de 2001, acerca del numeral 2, del Artículo 242 de la Ley 599 de 2000. M. P. Dr. Jaime Araujo Rentería.

_____. Sentencia C-037 de 2003.

_____. Sentencia C-181 de 2002.

_____. Sentencia C-866 de 1999.

_____. Sentencia C-563 de octubre de 1998.

_____. Sentencia T-1057 del 6 de diciembre de 2007.

_____. Sentencia T-272 de 17 de marzo de 2005.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Proceso No. 23201. Sentencia de 12 de Octubre de 2006. M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

_____. Casación de 17 de febrero de 1999. Radicado No. 11093.

_____. Sala Penal. Auto de 26 de junio de 1997. Radicado No. 13139.

_____. Proceso No. 33173. Sentencia de 7 de Abril de 2010. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

_____. Sentencia de 17 de Septiembre de 2008. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

_____. Proceso No. 23982. Sentencia de 20 de Julio de 2007. M.P. Alvaro Orlando Pérez Pinzón.

_____. Proceso No. 27319. Sentencia de 6 de Septiembre de 2007. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

_____. Sentencia de 9 de mayo de 2007.

_____. Proceso No. 24793. Sentencia de 7 de marzo de 2007.

_____. Proceso No. 22412. Sentencia de 24 de enero de 2007.

_____. Proceso No. 20075. Sentencia de 6 de Agosto de 2003. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

_____. Sentencia de 17 de marzo de 1994.

_____. Sentencia de 15 de Marzo de 1993.

_____. Sentencia de 23 de Enero de 1991.

_____. Sentencia de 21 de Noviembre de 1989.

_____. Sentencia de 20 de Mayo de 1986.

_____. Sentencia de 21 de Febrero de 1958.

_____. Sentencia de 7 de Noviembre de 1950.

_____. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Radicado No. 16837.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sentencia de 26 de febrero de 1998 (caso Argentinia Trust).

NORMAS.

CÓDIGO DE COMERCIO.

CÓDIGO PENAL COLOMBIANO.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.

LEY 828 DE 2003.

LEY 734 DE 2002.

LEY 222 DE 1995.

LEY 100 DE 1993.

LEY 153 DE 1887.

INSTRUCCIÓN A LOS AUTORES

La Revista *PROLEGÓMENOS – Derechos y Valores* es una publicación periódica con números semestrales cuyo objetivo es hacer visibles los productos de investigación tanto institucionales como de otras entidades afines con la disciplina.

El público al cual va dirigido son profesionales del Derecho, estudiantes e instituciones de orden nacional e internacional (públicas y privadas) relacionadas con las diferentes áreas del Derecho.

El Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada, organizador de la Revista *PROLEGÓMENOS – Derechos y Valores*, invita a los estudiantes, docentes e investigadores nacionales e internacionales vinculados con el desarrollo del pensamiento jurídico y socio jurídico a presentar artículos para su publicación, bajo el cumplimiento de los siguientes criterios:

Sólo se publicarán trabajos originales e inéditos. El idioma oficial de la revista es el español. Los artículos que estén escritos en inglés se publicarán en ese mismo idioma. Se consideran inéditos aquellos que ya hayan sido publicados en otros idiomas y se traduzcan por primera vez al español.

Una vez que se acepte un trabajo, los autores deberán ceder el derecho de autor al Centro de Investigaciones Políticas, Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada.

El contenido y perfil de los artículos deberá adecuarse necesariamente a una sola de las siguientes categorías:

- **Artículo de investigación científica y tecnológica.** Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.
- **Artículo de reflexión.** Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.
- **Artículo de revisión.** Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.

La constitución formal del artículo deberá contener:

- Resumen en español
- Palabras clave
- Título en inglés
- Abstract (traducción del resumen al idioma inglés)
- Key - words (traducción de las palabras clave al idioma inglés)
- Introducción
- Se deben distinguir expresamente los apartados referentes al problema jurídico o sociojurídico analizado, el método utilizado en la investigación para resolver el problema, los resultados de la aplicación de dicho método y la discusión científica a partir de los resultados obtenidos.

- Citas o referencias bibliográficas (se dará preferencia a aquellos artículos que hagan cocitación de más doctrinantes nacionales que internacionales). Para la citación prima la Norma Técnica de Icontec NTC 1486 actualizada a 2008.
- Notas o pie de página (Times New Roman – TNR, Tamaño 10, texto a espacio sencillo).
- Conclusiones.
- Bibliografía (NTC 1486).
- Cuando se utilicen dibujos, pinturas, fotografías, gráficos o tablas, estos deben ir acompañados de un breve texto o subtítulo que ilustre o explique la idea central de su contenido y su relación con el tema del artículo. En el caso en que estas ayudas visuales hayan sido extractadas de una página web, un libro, revista, o cualquier otro documento de relevancia e interés jurídico o socio jurídico, se deberá hacer alusión a ello mediante una cita bibliográfica, en atención al respeto debido a los derechos de autor.
- Los artículos deberán tener una extensión entre veinte (20) y treinta (30) páginas, incluyendo bibliografía, texto a espacio y medio en tamaño carta y márgenes (superior, inferior, izquierdo y derecho) de 3x3.
- A todo trabajo deberá adjuntarse una hoja por separado con el resumen de hoja de vida del autor, la dirección postal y su correo electrónico a efecto de mantener comunicación con él y para realizar la presentación correspondiente. El resumen debe venir escrito en el siguiente orden: a) nombre del o los autores; b) título profesional, c) títulos de postgrado; d) libros o productos anteriores o paralelos al artículo en cuya elaboración se haya participado; e) nombre del proyecto de investigación a partir del cual surgió el artículo, f) nombre del grupo y de la línea de investigación al cual pertenece el proyecto, g) entidad o entidades que patrocinan el proyecto¹. Si el autor o los autores del artículo tienen algún vínculo con la Universidad Militar Nueva Granada, se debe hacer mención expresa de ello en el resumen; asimismo, se indicará la institución donde labora, su cargo académico y, en su caso, teléfono y fax.

Las citas bibliográficas podrán incluirse en las notas al pie con las referencias en una bibliografía al final. Deberán contener los siguientes elementos:

- **Libros:** Nombre y apellido del autor; título del libro (en cursiva); editorial; ciudad; año de publicación (si la edición empleada no es la primera, conviene indicarlo).
- **Artículos o capítulos de libros:** Nombre y apellido del autor; título del artículo o capítulo (entre comillas); nombre y apellido del editor o compilador, si corresponde; título del libro (en cursiva); editorial; ciudad; año de publicación.
- **Artículos de publicaciones periódicas:** Nombre y apellido del autor; título del artículo; nombre de la revista o periódico; número; institución editora y/o ciudad (si resultan necesarios para identificar la publicación); fecha.

¹ Ej. Mauricio Carvajal Vélez, Abogado de la Universidad Andina, Especializado en Derecho Económico de la misma entidad. Autor de numerosos artículos sobre temas de interés jurídico y económico en esta revista, corresponsal permanente del diario "PORTAFOLIO ECONÓMICO" de Venezuela, coautor del libro: "La Escisión Financiera". Segunda edición. Bogotá D.C. ISSN 812354697. Ediciones Jurídicas. 2.003. 343 Pág. El presente artículo es uno de los productos concluidos del proyecto "Observatorio de la Ley 550", Grupo de Derecho Comercial, Línea de Investigación en Derecho Privado, Centro de Investigaciones Socio jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Militar Nueva Granada.

- Recursos de Internet: Nombre y apellido del autor (si el texto está firmado); si se trata de una parte de una obra mayor, nombre de la parte (entre comillas); nombre del sitio web o de la obra (en cursiva); dirección electrónica (entre comillas angulares o signos de menor y mayor); fecha de consulta.
- **El uso de *Ibíd.***: se hace cuando la cita que le antecede es la misma fuente (autor, libro) pero diferente página. Ej. *Ibíd.* p. 26.
- **El uso de *Ibídem.***: se hace cuando la cita que le antecede es la misma fuente y la misma página. Ej. *Ibídem.*
- En la bibliografía se utilizarán los mismos datos, anteponiendo el apellido al nombre del autor. (NTC 1486)

Los artículos, previo envío a la revisión por pares académicos serán seleccionados por el Comité Editorial, y éste se reserva el derecho de seleccionar los que cumplan con los criterios propios de un artículo científico para el correspondiente proceso de edición.

No se hará devolución de los originales entregados para revisión, por tal motivo es importante que el autor o autores conserven una copia con todas las modificaciones que se hagan para efectos de la revisión. El Comité Editorial se reserva también el derecho de modificar la forma del artículo para que cumpla con los requisitos de la revisión, de acuerdo con la diagramación que se plantee internamente para cada publicación.

1. **Requisitos de fondo:** Los artículos que presenten resultados de investigación deben contener un balance a manera de confrontación entre el problema inicialmente planteado y los hallazgos finales, los objetivos propuestos y objetivos cumplidos, la metodología diseñada y la desarrollada y las conclusiones.
2. **Temática:** La temática jurídica o sociojurídica
3. **Envío de los artículos:** Se deben enviar 2 ejemplares impresos y en medio magnético a la Dirección postal: Carrera 11 No. 101 – 80 o al E-mail: derechos.valores@unimilitar.edu.co
4. **Proceso de arbitraje:**
 - 4.1 Los artículos recibidos serán evaluados por el Comité Editorial.
 - 4.2 Aprobados por el Comité editorial se enviarán a un PAR experto en la temática para la evaluación de la calidad científica del artículo. El PAR podrá:
 - 4.2.1 Aprobarlo.
 - 4.2.2 Aprobarlo con correcciones.
 - 4.2.3 Rechazarlo.
 - 4.3 Si el artículo es aprobado por el PAR, pasará nuevamente al Comité Editorial, para participar en la selección final de artículos.
 - 4.4 Si el artículo es aprobado con correcciones, el artículo se devolverá al autor, quien tendrá 5 días hábiles para analizar y realizar los cambios sugeridos por el PAR.
 - 4.4.1 Si el autor acoge las sugerencias del PAR, una vez realizados los cambios se enviará nuevamente al PAR para su revisión y aprobación.

- 4.4.2 Si el autor no está de acuerdo con las sugerencias del PAR, deberá informarlo inmediatamente al Comité Editorial, quien designará segundo PAR para la revisión y reiniciará el procedimiento.
- 4.4.3 Si dentro de los 5 días hábiles siguientes no se realizan las modificaciones solicitadas o se manifiesta el desacuerdo, el artículo será rechazado.
- 4.5 Si el artículo es rechazado, el autor tendrá 5 días hábiles para solicitar la segunda revisión del mismo, al Comité Editorial, quien designará segundo PAR para la revisión y reiniciará el procedimiento.
- 4.6 Una vez revisados todos los artículos, los que fueron aprobados regresarán al Comité editorial para la selección final.
- 4.7 Los artículos que aprobados por el PAR no fueren seleccionados por el Comité editorial quedarán en turno para la siguiente publicación.

Publicación

PROLEGÓMENOS Derechos y Valores es publicado semestralmente, en junio y diciembre. A cada autor se le envían tres ejemplares.

Los colaboradores son responsables de obtener el permiso para reproducir cualquier material, incluyendo ilustraciones para los que no cuenten con derecho de autor, así como para asegurar que los reconocimientos adecuados sean incluidos en el artículo.

INSTRUCTIONS TO AUTHORS

Magazine *PROLEGOMENOS – Rights and Values* is a biannual journal with numbers whose goal is to make visible the products of research institutions and other entities associated with the discipline.

The target audience which are legal professionals, students and institutions of national and international (public and private) relating to different areas of law.

The Research Center of the Faculty of Law at the Nueva Granada Military University, organizer of the Journal *PROLEGOMENOS – Rights and Values*, invites students, teachers and national and international researchers associated with the development of legal thought and legal partner to submit articles for publication, under the fulfillment of the following criteria:

Only original papers will be published and unpublished. The official language of the magazine is Spanish. The articles that are written in English will be published in the same language. Those who are considered unpublished and have been published in other languages and translated Spanish for the first time.

Once a job has been accepted, authors must assign copyright to the Center for Policy Research, legal and social implications of the Law Faculty of the Nueva Granada Military University.

Content and profile articles necessarily be appropriate to one of the following categories:

- **Article of scientific and technological research.** Document that presents, in detail, the results of original research projects completed. The structure generally used contains four major sections: introduction, methodology, results and conclusions.
- **Article of reflexion.** Paper that presents results of research completed since an analytical, interpretative or critical of the author, on a specific topic, using original sources.
- **Review article.** Result of a research paper which analyzes completed, systematize and integrate research findings published or unpublished, on a field in science or technology in order to account for progress and development trends. It is characterized by a thorough literature review of at least 50 references.

The formal establishment of the article must contain:

- Summary in Spanish
- Keywords.
- Title in English.
- Abstract (summary translation of the English language)
- Key - words (translation of the English language keywords).
- Introduction
- We must distinguish specifically paragraphs relating to socio-legal problem or question, the method used in research to solve the problem, the results of applying the scientific method and the discussion from the results obtained.

- Citations or references (preference is given to those items that do cogitation more doctrines national than international). For the citations predominates the technical norm of Icontec NTC 1486 updated to 2008.
- Notes. (New Time Romans TNR size 10 text at one space).
- Conclusions.
- Bibliography. (NTC 1486)
- When using drawings, paintings, photographs, graphics or tables, these should be accompanied by a brief text or caption to illustrate or explain the thrust of its content and its relation to the subject of the article. In the event that these visual aids were drawn from a website, book, magazine, or any other document of relevance and interest legal partner or legal, shall refer to this by a citation, given the respect due to copyright.
- The articles must have an extension between twenty (20) or thirty (30) pages. Including the Bibliography text spacing at one and an half, half –size letter and margens (superior, inferior, left and right) of 3 x 3.
- All work must be attached a separate sheet with the summary of life of the author, mailing address and email address in order to maintain communication with him and for the corresponding presentation. The abstract must be written in the following order: a) name of the author, b) professional qualification, c) postgraduate degrees d) books or products, or parallel to the previous article in which development has involved e) name of research project from which the article appeared, f) the name of the group and the research project to which it belongs, g) an entity or entities that sponsor proyecto². If the author or authors of the article have some link with the **Nueva Granada Military University**, make explicit mention of this in the abstract will also indicate the institution where he works, his academic position and, where appropriate, telephone and fax.

Citations may be included in the footnotes with the references in a bibliography at the end. Shall contain the following elements:

- **Books:** Name of author, title of book (in italics), publisher, city, year of publication (if the issue is not the first employee should indicate this).
- **Articles or chapters in books:** Name of author, title of article or chapter (in quotes), name and surname of the editor or compiler, if applicable, title of book (in italics), publisher, city, year of publication.
- **Articles from periodicals:** Name of author, title of article, name of magazine or newspaper, number, institution editor and / or city (if they are required to identify the publication), date.
- **Internet Resources:** Name of author (if the text is signed), if it is a part of a larger work, the name (in quotes), name of the website or the book (in italics), email (between quotation marks or signs of lower angle and higher), date of consultation.

² Example. Mauricio Carvajal Vélez graduated from the Andina University, specializing in Economic Law from the same entity. Author of numerous articles on topics of legal and economic interest in this magazine, permanent correspondent of the newspaper "ECONOMIC PORTFOLIO" of Venezuela, co-author of the book: "The Finance Division." Second Edition. Bogotá D.C. ISSN 812354697. Juridical. 2003 editions. Page 343. This article is a product of the completed project "Monitoring of the law 550", Commercial Law Group, Line Research in Private Law, Socio Legal Research Center, Faculty of Law, Military University Nueva Granada.

The use of Ibid: is done with the previous citation, with the same font (author, book) but different page: example Ibid page 26.

The use of Ibedem done with the previous citation, in the same font and in the same page. Example ibedem

- In the bibliographies will be used the same data, making the name the surname of the author. (NTC 1486).

The articles, on submission to peer review will be selected by the Editorial Board, and it reserves the right to select those that meet the criteria of a scientific article for the corresponding editing process.

No refund will be given to the original review, therefore it is important that the author or authors retain a copy with all the changes that are made for purposes of review. The Editorial Board also reserves the right to modify the shape of the article to comply with the requirements of the review, in accordance with the layout as it arises internally for each publication.

1. Substantive requirements: The articles presented results of research should include a balance sheet as a confrontation between the problem initially raised and final findings, the proposed objectives and goals accomplished, the methodology designed and developed and the conclusions.

2. Theme: Juridical Thematics and Social-juridical

3. Submitting Articles: We should send 2 hard copies and on magnetic media to the address: Carrera 11 No. 101 - 80 or E-mail: derechos.valores@ unimilitar.edu.co

4. Arbitration process:

4.1 The items received will be evaluated by the Editorial Board.

4.2 Approved by the Editorial Committee shall be sent to a person skilled in the PAR group for assessing the scientific quality of the article. The RAP will:

4.2.1 Approve.

4.2.2 Approve with corrections.

4.2.3 Refuse.

4.3 If the item is approved by the PAR, go back to the editorial committee, to participate in the final selection of items.

4.4 If the item is approved with corrections, the article was returned to the author, who will have 5 days to analyze and make the changes suggested by the RAP.

4.4.1 If the originator receives the suggestions of the RAP, once the changes are sent back to the RAP for review and approval.

4.4.2 If the author disagrees with the suggestions of the PAR, shall immediately report to the Editorial Board, who shall designate second PAR for the revision and the procedure restarts.

- 4.4.3 If within 5 working days are not made the requested changes or apparent disagreement, the item will be rejected.
- 4.5 If the article is rejected, the author will have 5 days to request a second review, the Editorial Board, who shall designate second PAR for the revision and the procedure restarts.
- 4.6 Once you've reviewed all the articles, which were approved back to the publisher for final selection.
- 4.7 The items approved by the pair were not selected by the Editorial Committee will be on duty for the next publication.

Publication

PROLEGOMENOS – Rights and Values are published biannually in June and December. Each author was sent three copies.

Employees are responsible for obtaining permission to reproduce any material, including illustrations for those who do not hold copyright, and to ensure that the appropriate acknowledgments are included in the article.