

LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA Y SOCIOJURÍDICA EN COLOMBIA: INFORMES DE INVESTIGACIÓN 2011

Ana Patricia Pabón Mantilla

Editora Académica



LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA Y SOCIOJURÍDICA EN COLOMBIA:
INFORMES DE INVESTIGACIÓN 2011

Comité editorial:

Ana Patricia Pabón Mantilla
Armando Castro Pérez
Carlos Andrés González León
Javier Alejandro Acevedo
Jorge Eduardo Lamo
Luis Guillermo Rosso B.
René Álvarez Orozco

© Universidad Autónoma de Bucaramanga
www.unab.edu.co
Campus El Jardín – Avenida 42 N° 48 – 11

© Universidad Industrial de Santander
www.uis.edu.co
Ciudad Universitaria, Calle 9 N. 27-02

© Universidad Pontificia Bolivariana
www.upb.edu.co
Autopista Piedecuesta Kilometro 7

Reservados todos los derechos

Primera edición: 2012

ISBN: 978-958-46-1471-1

Diseño, diagramación e impresión:
División de Publicaciones UIS

Prohibida la comercialización y reproducción parcial o total de esta obra,
por cualquier medio, sin autorización escrita de la UIS, la UNAB y la UPB

Impreso en Colombia

PRESENTACIÓN

En el marco del XI Encuentro de la Red de Grupos y Centros de Investigación Jurídica y Sociojurídica se desarrollaron interesantes discusiones en torno a los avances y resultados finales de las investigaciones que, profesores de las diferentes universidades vinculados a los nodos que hacen parte de la red, presentaron con ocasión del Encuentro en la ciudad de Bucaramanga, que en sus tres intensos días de trabajo tuvo como sedes la Universidad Industrial de Santander, UIS, la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB y la Pontificia Universidad Bolivariana, Seccional Bucaramanga, gracias al esfuerzo de los profesores, estudiantes y de las escuelas y facultades de derecho anfitrionas.

Sin duda alguna el espacio que durante los últimos diez años ha propiciado la Red y cuya segunda década inicia con este encuentro ha fortalecido los lazos entre universidades, centros de investigación, profesores investigadores y estudiantes que tienen un escenario de discusión y diálogo académico en torno a problemas comunes.

En esta oportunidad se recoge en este libro una muestra de las ponencias que fueron mejor evaluadas en cada Nodo como memoria de los resultados que durante este año se han alcanzado en las diferentes regiones.

El libro se ha dividido en ocho partes, en la primera se presentan los resultados de algunos trabajos en torno a la argumentación jurídica, seguido de un capítulo en torno a la decisión judicial. En un tercer apartado se presentan dos interesantes trabajos en torno a la enseñanza del derecho para luego problematizar en torno a los derechos de la infancia. En los apartados cinco y seis se presentan trabajos referidos a acciones constitucionales y a la Constitución de 1991 para finalizar con una investigación multidisciplinar y una en Derecho privado.

Se hace un especial reconocimiento a todos los ponentes, a los autores de las ponencias que se presentan y a todas las universidades participantes y se extiende una cordial invitación a que se sigan estrechando los lazos con miras a la construcción de una comunidad científica en torno a la discusión pertinente y de calidad en torno a los problemas del derecho.

Los editores.

Presentación

1. Debates en torno a la argumentación jurídica

EL JUICIO DE PONDERACIÓN Y EL TEST DE NECESIDAD EN LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE ROBERT ALEXY: SUBPRINCIPIOS DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD..... 9

Aury Mayerly Acevedo Suárez

LA ARGUMENTACIÓN COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO 25

Rodolfo Pérez Vásquez

LA RACIONALIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES..... 42

*Ferney A. Rodríguez Serpa
Sandra Viviana Díaz Rincón*

2. Debates en torno a la decisión judicial

LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: PATRONES DEL CONFLICTO 58

Fabio Enrique Pulido Ortiz

EL ESTÁNDAR DE PRUEBA Y EL INDICIO EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA ADMINISTRATIVA, ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO..... 73

Luis Bernardo Ruiz Jaramillo

3. Discusiones en torno a la enseñanza del Derecho

LA TRADICIÓN DE CONTENIDOS Y MOMENTOS CURRICULARES DEL DERECHO COMO FUNDAMENTO ORIENTADOR PEDAGÓGICO PARA SU REEVALUACIÓN COMO CIENCIA SOCIAL 91

Jorge Eduardo Vásquez

EL CINE COMO ESTRATEGIA PEDAGÓGICA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE CONOCIMIENTO EN MATERIA DE DERECHO..... 112

Jorge Alfredo Gómez Bautista

4. Investigación sobre infancia y sus derechos

LA REALIDAD PRAGMÁTICA DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA EN COLOMBIA..... 126

Raul Santacruz López

PERSPECTIVA PSICOJURIDICA DEL INCESTO EN BARRANQUILLA..... 151

*Ibeth Villanueva Sarmiento
Patricia Guzman Gonzalez
Maria Alonso Hernández
Feyli Beltrán Acosta
Yulis Gomez Garcia
Inés Perez Villalba*

5. Indagaciones en torno a derechos y acciones constitucionales

LA DEFENSA JUDICIAL DEL MEDIO
AMBIENTE EN BUCARAMANGA..... 169

*María del Rosario Santos
Úrsula Fernanda Castellanos*

CONCEPTO DEL DERECHO DEL
PATRIMONIO CULTURAL EN PERSPECTIVA
DE DESC..... 183

Juan Andrés Villota

6. Estudios en torno a la Constitución Política de 1991

LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN LA
ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE
DE 1991..... 193

Alejandro Guzmán Rendón

EL FUERO PARLAMENTARIO
CONSTITUCIONAL: IMPUNIDAD O
INMUNIDAD EN LA CONSTITUCIÓN
DE 1991, FRENTE A LOS PROCESOS POR
PARAPOLÍTICA..... 220

Armando Castro

7. Investigaciones multidisciplinarias

LA OPERATIVIDAD PSICOPOLÍTICA DE LA
IDENTIDAD..... 238

Carlos Arturo Hernández Díaz

8. Sobre derecho privado

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL LEASE
BACK O RETROARRIENDO..... 254

Carlos Andrés González León

EL JUICIO DE PONDERACIÓN Y EL TEST DE NECESIDAD EN LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE ROBERT ALEXY: SUBPRINCIPIOS DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD¹

AURYMAYERLY ACEVEDO SUÁREZ²

Resumen

El derecho ha dado un giro a un nuevo paradigma, que busca dar solución a los vacíos que deja el Positivismo el cual limita al juez a proferir pronunciamientos fuera de la norma escrita, provocando en muchas situaciones la inaplicación de Derecho, frente a las lagunas, anomias y antinomias como la Colisión de Principios con respecto a Derechos Fundamentales, también llamados casos difíciles o Hard Cases; originando diversas teorías que buscan dar al juez un nuevo papel en el ordenamiento jurídico, que le permita recurrir a otros métodos de solución de conflictos jurídicos cuando se configuren casos difíciles. Robert Alexy propone en su Teoría de los Derechos Fundamentales el Juicio de Ponderación de Principios y el Test de Necesidad como sub principios del Test de Proporcionalidad, con el fin de resolver la colisión sin llegar a la eliminación de alguno de estos, sino ponderarlos de acuerdo al grado de importancia que presenten en un caso determinado. La presente Investigación esta orientada a determinar la influencia del Juicio de Ponderación y el Test de necesidad en los fallos de Tutela proferidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en aras de resolver casos difíciles por colisión de Principios sobre Derechos Fundamentales.

Abstract

The right has turned to a new paradigm, which seeks to solve the gaps left Positivism which limits the judge to utter statements written out of the norm, resulting in many situations the non-application of law, address gaps, anomie and contradictions as the collision of principles concerning fundamental rights, also called hard cases or hard Cases, causing various theories that seek to give the judge a new role in the legal system, that allows you to use other methods of resolving legal disputes when setting difficult cases. Robert Alexy proposes in his Theory of Fundamental Rights on Trial Balance of Principles and the necessity test as early sub proportionality test, in order to resolve the collision without actually removing any of these, but weighted according the degree of importance that occur in a particular case. This research is aimed at determining the influence of the Judgement of Weights and necessity test

¹ El presente trabajo es un avance de la investigación desarrollada en la maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho de la UIS como tesis para optar por el título de Magister.

² Aurymayerly Acevedo Suárez, abogada titulada egresada de la Universidad de Santander UDES, estudiante de la Maestría de Hermenéutica Jurídica y Derecho de la Universidad Industrial de Santander UIS, email: auryderechoudes@gmail.com Grupo de Investigación de Jurisprudencia y Activismo Constitucional de la Universidad de Santander.

failures Guardianship proffered by Superior Court Judicial District of Bucaramanga in order to solve difficult cases by collision of Principles on Fundamental Rights.

Palabras clave:

Interpretación, Derechos Fundamentales, Ponderación, Colisión de Principios.

Key words:

Interpretation, Rights, Weight, Collision of Principles.

INTRODUCCIÓN

El Derecho contemporáneo se enfrenta desde hace un tiempo a problemas como las antinomias, anomias y lagunas en el Derecho, donde el Positivismo formalista se ha quedado corto para la interpretación frente a casos difíciles, lo que ha llevado al juez a trascender más allá de la norma escrita y convertirse en sujeto creador de Derecho. La Colisión de Principios específicamente Derechos fundamentales, es una aporía que ha incentivado un avance en el área de la interpretación y argumentación jurídica. Robert Alexy ha formulado su Teoría de Derechos Fundamentales basada en el Juicio de Ponderación, que busca pesar y sopesar los principios que se encuentran envueltos en un caso jurídico en aras de lograr su solución.

El Dr. Jorge Baquerizo Minuche, Docente de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, a través de su artículo “La crisis de Derechos fundamentales y el Juicio de Ponderación”, donde se demuestra cómo los derechos fundamentales colisionan entre sí configurando un caso difícil o Hard case. Esta antinomia se caracteriza porque se trata de derechos que tienen la misma jerarquía, temporalidad y especialidad y por este motivo no es posible ser resueltos por los clásicos criterios de interpretación. Se dice que las antinomias internas en las que operan los criterios tradicionales, se resuelven: o una de las normas incompatibles no es válida o no es vigente cuando entra en contradicción con una norma de carácter superior o posterior, o una norma actúa como excepción frente a otra. Y las Antinomias en concreto, no pueden resolverse con los criterios tradicionales pues son insuficientes por cuanto se ven inmersos principios, normas jurídicas constitucionales. Se hace imprescindible destacar el peso de los principios constitucionales como lo estipuló Dworkin y más adelante Robert Alexy lo plasmó en la Teoría de los Derechos Fundamentales, siendo acertada la solución de colisión de principios calificándolos como mandatos de Optimización.

Por otra parte, el Dr. Luis Arroyo Jiménez, letrado del Tribunal Constitucional y Profesor de la Universidad de Castilla – La Mancha de España, realiza un análisis sobre la Ponderación a través de su artículo titulado “Ponderación, Proporcionalidad y Derecho Administrativo” publicado en el año 2009. A través de ésta producción académica buscó analizar las relaciones entre la ponderación, proporcionalidad

y el Derecho Administrativo. En este trabajo investigativo La Ponderación es un método de optimización que permite solucionar conflictos de colisión entre normas de rango constitucional. Más adelante el autor realiza una diferenciación entre Principios y reglas; Se trae a colación que los conflictos de Reglas “*se resuelven mediante el establecimiento de una relación de preferencia a favor de una de ellas y en perjuicio de la otra, que puede calificarse como incondicionada en la medida que se enuncia en abstracto, de modo que por muchas que sean las veces en que se plantee dicho conflicto, siempre habrá de resolverse de la misma manera.*” (Jiménez, 2009, p. 7).

El Derecho contemporáneo exige cambios radicales como la separación con la interpretación exegética y el formalismo, y dar paso a un discurso principialista, donde se premie los principios de mayor peso a través de un juicio de Ponderación fundamentado a partir de un nuevo paradigma interpretativo. Se resalta de igual manera el buen trabajo que ha venido haciendo el Consejo de Estado, aplicando directrices constitucionales en los fallos de acciones populares y de grupo. Sin embargo, aún falta que se extienda ese constitucionalismo a las sentencias ordinarias, en las cuales se aparta de la argumentación ponderada y vuelve al formalismo, la exégesis.

De acuerdo al bosquejo realizado en los párrafos anteriores, surge la idea de analizar el método de Ponderación y Test de Necesidad como herramientas de interpretación y argumentación de la corte constitucional, como punto de partida para determinar si el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga aplica estos controles de constitucionalidad en los fallos de Acciones de Tutela que configuran Hard Cases o casos difíciles por colisión de principios sobre Derechos Fundamentales. La presente investigación está orientada a determinar si la teoría de Derechos Fundamentales expuesta por Robert Alexy, la cual enmarca el test de proporcionalidad, la técnica del Juicio de Ponderación y la integración realizada por la corte constitucional con el test de igualdad, influyen en la argumentación jurídica del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, para resolver en sus fallos de tutela casos difíciles por colisión de principios sobre Derechos Fundamentales.

Para alcanzar el objetivo general y los específicos se empleara la metodología cualitativa orientada a Conclusiones, porque se está frente a una investigación basada en el análisis subjetivo e individual, haciendo lectura crítica sobre las sentencias la Corte Constitucional a través del análisis y descripción; es holística porque comprende la realidad jurídica desde diversos puntos de vista; es inductiva porque busca entender un complejo contexto jurídico específicamente.

El tipo de estudio que se llevara a cabo en esta investigación según la orientación del trabajo es el descriptivo, ya que se pretende definir la aplicación del Juicio de Ponderación y el test de Necesidad por parte de la corte constitucional frente a casos difíciles por Colisión de Principios sobre Derechos Fundamentales mediante la interpretación, análisis y descripción de sentencias de la corte.

El método de utilizar es el análisis jurisprudencial propuesto en el libro El Derecho de los Jueces de Diego López Medina.

Teniendo en cuenta que se está iniciando el trabajo investigativo, el presente artículo da un bosquejo sobre el test de proporcionalidad en el marco de la Teoría de Derechos Fundamentales de Robert Alexy estudiando tres sentencias relevantes de la corte Constitucional en las cuales se aplica éste método de interpretación y control constitucional, en aras de conocer la posición de la corte al respecto.

JUSTIFICACIÓN

Los Derechos fundamentales son todos aquellos que están adscritos a todas las personas, como derechos indisponibles e inalienables. En el campo internacional, éstos derechos se encuentran establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en los pactos internacionales de 1966 y en las demás convenciones internacionales de los derechos humanos.

Teniendo en cuenta la importancia de los derechos fundamentales, es necesario estudiar la colisión de éstos derechos lo que configura un caso difícil; Es muy común que se presenten colisiones de derechos fundamentales, dificultando al juez la toma de decisiones; la argumentación jurídica juega un papel importante en estos casos, por lo que se han propuesto diversas teorías de interpretación y argumentación que faciliten un equilibrio entre los derechos enfrentados. La corte constitucional aplica para resolver la colisión de Principios, el test de ponderación base de la teoría de derechos fundamentales de Robert Alexy y en algunas oportunidades integra el test de proporcionalidad con el test de igualdad para la colisión de conflictos, por lo tanto es importante conocer si los jueces de tutela se acogen a ésta teoría para dar solución a un caso difícil por colisión de derechos fundamentales, tomando como referencia los fallos de tutela del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

La colisión de Principios específicamente sobre Derechos Fundamentales, es un nuevo reto al cual se está enfrentando el Derecho contemporáneo, la corte constitucional Colombiana utiliza el Juicio de Ponderación y el Test de Necesidad para resolver estos conflictos, demostrando una vez más que el Derecho es un sistema abierto a los cambios, a las interpretaciones, a las argumentaciones en aras de proferir fallos justos.

“Hay casos que no pueden solucionarse de acuerdo a las reglas referidas de la meta-subsunición: es lo que sucede cuando concurren aquellas normas que establecen (consiste en mandato u optimización de Principios) y que se caracterizan por la particular fisonomía del deber que imponen, a saber, una cierta conducta finalista que pueden ser realizada de distintas maneras. Esto significa que no puedan conocerse por adelantado los supuestos o casos concretos de aplicación y que en caso de colisión entre principios no pueda resolverse en abstracto la contradicción.” (Serna, 2008, p. 354)

La Ponderación busca pesar y sopesar los principios que se encuentran en el caso en concreto para lograr resolver el conflicto jurídico. En cuanto al test de Necesidad, es necesario iniciar por definir que es Intervención, este concepto hace referencia a la restricción o la afectación de un derecho, pero esto no implica que sea inconstitucional; Puede ser constitucional siempre y cuando cumpla con los requisitos del Principio de Proporcionalidad. Un ejemplo de supuesto de intervención puede ser: Prohibición de tránsito de vehículos pesados en determinada zona u horario, lo que configura en la intervención en la libertad de tránsito y movilidad.

El nuevo Paradigma interpretativo protagonizado principalmente por Robert Alexy es una respuesta al surgimiento de las antinomias, anomias y las lagunas en el derecho, donde la norma escrita se vuelve insuficiente para lograr una solución a un caso jurídico, lo que conlleva al juez a tener libertad de interpretación cuando las normas no son suficientes, se estaría hablando entonces de la aplicación del “Pensamiento problemático” consiste en “Poner el acento en el problema” (Aguiló, 2009, p. 6), buscar la solución a partir del caso, dicho de otra manera la “fuente desde el problema o caso”, del mismo problema emergen los elementos que conllevan al juez a crear normatividad.

Principios vs Reglas

Un Principio se define como un axioma que refleja una valoración de justicia y base de las normas jurídicas en una sociedad, es la base de toda garantía. Y un Principio constitucional es la regla base de una constitución en un Estado determinado, que busca garantizar el respeto y estabilidad de la carta magna. De acuerdo a la jerarquía de normas, los principios son la fuente de toda norma incluyendo la constitución, también llamada Propuesta Fundamental Hipotética. En cuanto a las reglas, “Son entendidas como directivas precisas cuya aplicación es más bien formal, lógica, mecánica, literal y restrictiva. En cambio los principios se asocian con una aplicación argumentativa, teleológica, creadora y evolutiva.” (Barros, 1984, p. 11) Las reglas logran ingresar al ordenamiento jurídico gracias a procedimientos formales, los cuales son a través de un acto legislativo y el Precedente Judicial.

Según Alexy, la distinción entre Principios y Reglas:

“Constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico.” (Alexy, 1993, p. 81)

Alexy resalta que dentro de las normas *ius* fundamentales existen normas con carácter de Principios y normas con carácter de Reglas, un ejemplo de distinción entre Principio y norma es:

Norma I:

Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. (Artículo 51, Convención Interamericana de Derechos Humanos)

Norma II:

Durante el Proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o interprete, si no entiende ni habla el idioma del juzgado o tribunal. (Artículo 8, Convención Interamericana de Derechos Humanos).

La primera norma es un Principio, que admite varios niveles de cumplimiento, es decir puede ser optimizada; y la segunda es una Regla, que no admite varios niveles de cumplimiento, se acata la norma o no. Ahora bien, cuando se da una colisión entre reglas hay que decidir entre la precedencia de una sobre la otra, y se soluciona introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción en aras de eliminar el conflicto o puede declarar la invalidez en una de las reglas; En cambio, cuando se presentan colisión de Principios, el juez va más allá de la validez de la norma y no es posible que deje de aplicar alguno de los dos principios. Para este caso se recurre al método de la Ponderación con el fin de determinar la precedencia de uno sobre otro, pero sin llegar a la anulación de los principios, se mira el peso de los principios en una balanza.

Colisión de Principios sobre Derechos Fundamentales

Como ya se ha reiterado en párrafos anteriores, los principios son mandatos de optimización que buscan adecuación, idoneidad y necesidad; Los principios no son absolutos, ya que en algunas situaciones uno precede de otro de acuerdo al grado de importancia dentro del conflicto jurídico, no significa que uno elimine al otro sino se pondera, se balancea.

“En efecto, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que (...) en relación con los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos” (Ruíz, 2006, p. 63)

Cuando colisionan derechos fundamentales se configura un caso difícil por cuanto son normas que pertenecen al mismo cuerpo constitucional, la misma jerarquía, temporalidad y especialidad; Por tal motivo, no pueden ser resueltos por subsunción o por los métodos de interpretación clásicos, se requiere de un método de interpretación que vaya más allá de la validez y taxatividad de la norma.

Robert Alexy en su Teoría de Derechos Fundamentales propone el Juicio de Ponderación y el test de necesidad de la intervención de los derechos fundamentales, como subprincipios del test de proporcionalidad. En el siguiente numeral se profundizará en lo relacionado con éstos subprincipios.

El Test de Igualdad en el Juicio de Ponderación

El *Test de igualdad* es aplicable solamente cuando exista una intervención en el principio-derecho a la igualdad. La sentencia de Constitucionalidad No. 022 de 1996 de la Corte Constitucional, busca a través del test de razonabilidad o proporcionalidad dar respuesta a la siguiente pregunta ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual? La corte inicia su argumentación trayendo a colación a Bobbio, quien afirma que el concepto de igualdad es relativo, al menos en tres aspectos: a. Los sujetos entre los cuales se quieren repartir los bienes o gravámenes; b. Los bienes o gravámenes a repartir; c. El criterio para repartirlos.

“hablar de igualdad o desigualdad, siguiendo alguna variante de la fórmula clásica tiene sentido sólo en la medida en que se respondan las siguientes tres preguntas: ¿igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué?, ¿igualdad con base en qué criterio? Los sujetos pueden ser todos, muchos o pocos; los bienes a repartir pueden ser derechos, ventajas económicas, cargos, poder, etc.; los criterios pueden ser la necesidad, el mérito, la capacidad, la clase, el esfuerzo, etc.”³

La corte en esta sentencia, expone que el Principio de Igualdad se puede desintegrar en dos principios parciales los cuales son:

- a. “Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual.
- b. Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual.”⁴

A partir de estos enunciados la corte analiza dos puntos, como primera medida la carga argumentativa se inclina favoreciendo el principio de la igualdad ya que la carga de la prueba tiene mayor peso sobre quien pretende establecer un trato diferente; y el segundo punto se basa en la razón suficiente que justifique un trato desigual. Este análisis la corte lo ha realizado mediante la aplicación del test de proporcionalidad.

³ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-022 de 1996.

⁴ *Ibidem*, C-022/96

En la sentencia T-499 de 1992, la corte constitucional define la igualdad como un criterio de distribución de beneficios o de cargas; estos beneficios o cargas hacen alusión a bienes o intereses. La corte ha acudido al juicio o Test de Igualdad, en aras de determinar el criterio de igualación que resulta compatible con la constitución nacional. Este juicio *“Dicho juicio supone partir de una situación fáctica determinada, a partir de la cual se analiza si el trato igualitario o desigual, según el caso, resulta constitucionalmente admisible.”*⁵

A través de la sentencia C-055 de 2010, la corte señala que si un trato diferente a dos grupos de situaciones o personas transgrede el derecho a la igualdad es necesario establecer un criterio de comparación, a partir del cual se pueda determinar si aquéllas son iguales o no, este criterio debe ser relevante. Para esto la Corte constitucional ha diseñado un test o juicio de igualdad, a efectos de analizar si una norma transgrede o no este principio, la corte realiza el siguiente análisis 1) El juez constitucional debe establecer si en relación con el criterio de comparación o *tertium comparationis*, las situaciones de los sujetos bajo revisión son similares. En caso de hallarlas notoriamente distintas, el test no procede; 2) Si resulta procedente el juicio de igualdad, deberá analizarse la razonabilidad, proporcionalidad, adecuación e idoneidad del trato diferenciado que consagra la norma censurada, destacando los fines perseguidos por el trato disímil, los medios empleados para alcanzarlos y la relación entre medios y fines⁶.

En la misma sentencia la corte constitucional modula la intensidad del Test o Juicio de Igualdad, de acuerdo al grado de potestad normativa del legislador. Esta determinación de grado de potestad del legislador depende de: la Materia regulada; de los principios constitucionales afectados por la norma; y de los grupos de personas perjudicados o beneficiados con el trato diferente.

*“Así, el juicio de igualdad será más estricto a medida que el margen de configuración del legislador sea menor y, contrario sensu, será menos estricto en los casos en que el legislador goce de amplia potestad de configuración normativa”*⁷

A través del test de proporcionalidad se busca determinar cual es el criterio relevante para dar un trato desigual, al respecto la sentencia C-022 de 1996 estipula que después de verificar la existencia de un trato desigual, se procede a realizar un análisis del criterio de diferenciación el cual se desarrolla en tres etapas:

⁵ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-499 de 1992.

⁶ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-055 de 2010.

⁷ *Ibidem*.

1. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.
2. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.
3. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

Al aplicar la proporcionalidad a un caso en el cual se debate el principio de igualdad, se logra determinar el trato desigual es constitucional siempre y cuando se configuren los siguientes presupuestos:

1. Que el medio sea **ADECUADO** para lograr un fin válido constitucionalmente.
2. Que sea **NECESARIO**, es decir que no exista otro medio menos oneroso
3. Que sea **PROPORCIONADO**, que el trato desigual no sacrifique valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer.

El principio de igualdad es una base fundamental en toda sociedad y en un Estado constitucional, el cual se encamina a tratar a todos los individuos de tal manera que las ventajas y desventajas sociales se distribuyan de forma equitativa entre todos los miembros de la comunidad.

Juicio de Ponderación y el Test de Necesidad en la Hermenéutica Jurídica

El Juicio de Ponderación es un método complejo de interpretación en la Hermenéutica Jurídica, que opera cuando no es posible solucionar los conflictos jurídicos por medio de los métodos clásicos de interpretación basados en la meta-subsunción. Las normas que requieren del Juicio de Ponderación, establecen un mandato de optimización y se caracterizan porque imponen un deber a saber una conducta que puede ser realizada de diversas maneras; Por consiguiente, no es posible tener un conocimiento a priori sobre los supuestos o casos concretos de aplicación y en que casos no pueda resolverse la contradicción. *“El resultado de ponderación de principios, es así, un enunciado de preferencia sobre una relación de precedencia condicionada, del cual se sigue una regla que prescribe la consecuencia jurídica del Principio que tiene preferencia cuando se dan las condiciones de preferencia.”* (Serna, 2008, p. 355)

La Corte Constitucional a través de la Sentencia de constitucionalidad No.354 de 2009, expone sobre la importancia del Test de Proporcionalidad, sobre sus niveles de intensidad, el juicio de Ponderación y lo relevante del tema de manera reiterativa. La corte señala que la importancia del test de proporcionalidad radica en que intenta

dar objetividad y previsibilidad al juicio de constitucionalidad. Trae igualmente a colación la Sentencia C-720 de 2007, en la cual expresa que una restricción de los derechos fundamentales puede considerarse constitucional siempre y cuando no vulnere garantías constitucionales y supere el test o juicio de proporcionalidad. Este juicio queda superado si se cumplen los siguientes presupuestos:

“1) Que tal restricción **persiga un fin constitucionalmente legítimo**; 2) Que constituya un **medio idóneo** para alcanzarlo; 3) Que sea **necesaria**, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) Que **exista proporcionalidad** entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada.”⁸

De igual manera, La corte manifiesta en la Sentencia C-354 de 2009, que existe tres grados de intensidad para aplicar el test de proporcionalidad, los cuales son:

*Test Leve de Proporcionalidad: Es la regla general en el control de constitucionalidad, es un examen de medida legislativa, la presunción de constitucionalidad de las leyes. Busca establecer la legitimidad del fin y de la medida, la cual debe ser adecuada para alcanzar el fin buscado, este test leve se aplica en casos que versan sobre materias económicas, tributarias, de Política Internacional o cuando está de por medio una competencia específica definida por la constitución en cabeza de un órgano constitucional; Cuando se trate de un análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente o cuando el contexto normativo del artículo demandado no se aprecie *prima facie* una amenaza para el derecho en cuestión.

* Test Intermedio de Proporcionalidad: La corte ha utilizado este test para analizar la razonabilidad de una medida legislativa cuando: Pueda afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental; o cuando existe indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de libre competencia o cuando se trata de una medida de acción afirmativa. Este test requiere mayor exigencia de análisis, ya que no sólo se busca la legitimidad del fin, también que sea constitucionalmente importante, porque promueve intereses públicos o dependiendo de la magnitud del problema que el legislador busca resolver y además que el medio sea conducente para alcanzar el fin.

* Test en sentido estricto de proporcionalidad: De acuerdo a la Sentencia C-673 de 2001, la corte señala los casos en los cuales se aplica este test: 1) Cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3)

⁸ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-720 de 2007.

cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos, *prima facie*, afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental, o, 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio.

El análisis realizado en éste test es más exigente en su análisis, en la medida en que el fin debe ser legítimo e importante, y además imperioso; y en cuanto al medio, debe ser adecuado, efectivamente conducente y además necesario, esto quiere decir que no se puede reemplazar por un medio menos lesivo. Este test es el único que incluye como cuarto paso el Juicio de Proporcionalidad en sentido estricto.

A través de la Sentencia C-673 de 2001, la corte constitucional hace un barrido del Derecho comparado sobre el test de Proporcionalidad, y llega a la conclusión que en la jurisprudencia nacional, comparada e internacional este test se desarrolla en tres pasos: 1. el análisis del *fin* buscado por la medida, 2. el análisis del *medio* empleado y 3. El análisis de *la relación* entre el medio y el fin. Cada uno de estos pasos busca absolver diversas preguntas, según se trate de un test estricto, intermedio o leve.

En los Estados Unidos desde 1920 se empezó a nombrar el test leve aplicable a una medida legislativa para determinar si se vulnera el principio de igualdad de trato. Ya en 1937, la corte suprema aplica test estricto de constitucionalidad con el fin de proteger derechos fundamentales a la luz de la constitución, y a las minorías insulares.

En Francia, se ha distinguido los grados de intensidad del control del más leve al más estricto. De igual manera la corte hizo un análisis de la aplicabilidad del Test en Italia, Canadá, y España.

En cuanto a la Corte Europea de Derechos Humanos, aplica de igual manera el test de proporcionalidad desde el año de 1968 a las normas acusadas de violar la Convención de los Derechos Humanos.

“sostuvo que la ley belga del 2 de agosto de 1963 violaba el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos en conjunto con el artículo 2º del primer protocolo adicional al impedir a algunos niños acceder a las escuelas de lengua francesa de las seis comunas de la periferia de Bruselas con el único fundamento del sitio de residencia de sus padres. Estimo la Corte que debe haber una justificación objetiva de la norma, esto es, que ella persiga un fin legítimo y que exista proporcionalidad entre los medios empleados y el fin buscado. La Corte adoptó esta metodología por considerar que debía seguir “los principios que pueden ser extraídos de la práctica jurídica de un amplio número de estados democráticos según la cual el principio de igualdad de trato es violado si la distinción carece de una justificación objetiva y razonable. La existencia de dicha justificación debe ser apreciada en relación con el objetivo y los efectos de la medida bajo consideración. El principio de igualdad también se viola cuando se establece claramente que no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y los objetivos que se pretende sean realizados.”⁹

⁹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-673 de 2001.

El test de Proporcionalidad tiene tres subprincipios, los cuales se mencionan a continuación:

*Idoneidad: Consiste en la relación de causalidad entre el medio adoptado a través e la intervención legislativa, el cual debe ser adecuado y el fin propuesto por el legislador, el cual debe ser relevante constitucionalmente.

* Necesidad: Hace Referencia al Test de Necesidad, es un análisis de una relación medio-medio, se realiza una comparación entre medios; el que elige el legislador y el que hubiera podido adoptar para alcanzar un fin. Estos medios hipotéticos alternativos deben ser igualmente idóneos.

* Ponderación: Se basa en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin y la intensidad de la intervención del derecho fundamental.

La influencia del Test de Proporcionalidad en la Corte Constitucional

La corte constitucional ha aplicado el test de proporcionalidad el cual enmarca el Juicio de Ponderación y el Test de Necesidad como subprincipios, de acuerdo a la teoría de Derechos Fundamentales, cuando se encuentra frente a una Colisión de Principios sobre Derechos Fundamentales, como herramienta de control de constitucionalidad que permite ponderar derechos de acuerdo a su grado de importancia sin llegar a eliminar uno de ellos. Se tomó como punto de partida la sentencia C-663 de 2009 y aplicando el Método de análisis jurisprudencial propuesto por Diego López Medina en el Libro el Derecho de los Jueces, se realizó un barrido, identificando otras sentencias relevantes sobre el tema. A continuación se realiza un breve análisis de dos sentencias relevantes en aras de determinar la posición de la corte frente a la herramienta a utilizar frente a los Hard Cases por colisión de Derechos Fundamentales.

Sentencia C-663 de 2009. Mp. José Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional Colombiana.

Se acusa de inconstitucional la expresión del inciso 5° del artículo 1° de la Ley 755 de 2002, conforme a la cual para acceder a la prestación económica denominada licencia de paternidad, a cargo de la EPS respectiva, es necesario que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de dicha prestación.

La norma mencionada restringe el acceso al disfrute de la licencia de paternidad, pues, ciertamente, sólo cuando el padre cumpla con el anterior requisito, podrá acceder al beneficio económico que le permite no asistir a su trabajo durante ocho días, sin dejar de percibir la remuneración que hubiera obtenido de seguir

trabajando, beneficio económico que debe ser cancelado por la EPS a la que se encuentra afiliado durante los ocho días siguientes al nacimiento. La norma restringe un derecho de rango fundamental, el derecho de los niños y niñas recién nacidos(as) a recibir cuidado y amor en los primeros días de su existencia. Además, es una restricción que afecta derechos en cabeza de sujetos de especial protección, como lo son los bebés y las bebés recién nacidos (as), por su evidente condición de debilidad manifiesta.

La limitación de la norma para el goce del derecho tiene su fundamento en razones económicas, “al distinguir entre padres que han contribuido a la financiación del Sistema de Seguridad Social en Salud durante un largo periodo de tiempo, y padres que no lo han hecho. Este criterio de clasificación puede calificarse de *sospechoso*, pues hace depender la efectividad de un derecho fundamental en cabeza de sujetos de especial protección, como lo son los niños y niñas recién nacidos(as), del hecho de que su titular sea hijo o hija de un padre que haya gozado de un largo período de estabilidad laboral, que le haya permitido contribuir de mejor manera al sostenimiento financiero del Sistema”.¹⁰ La corte constitucional considera ante este caso se debe aplicar el Test de proporcionalidad en Sentido estricto cuando se trata de normas que desconocen el derecho a la igualdad, se exige al juez estudiar en primer lugar si la disposición realmente otorga un trato diferente a personas colocadas en la misma situación de hecho, si es así se debe examinar “(i) si la medida es o no *“adecuada”*, esto es, si ella constituye un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; luego (ii) examina si el trato diferente es o no *“necesario”* o *“indispensable”*, para lo cual debe el funcionario analizar si existe o no otra medida que sea menos onerosa, en términos del sacrificio de un derecho o un valor constitucional, y que tenga la virtud de alcanzar con la misma eficacia el fin propuesto. 1’; (iii) finalmente el juez realiza un análisis de *“proporcionalidad en sentido estricto”* para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial”.¹¹

Sentencia C-354 de 2009. Mp. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Corte Constitucional Colombiana.

Esta sentencia de Constitucionalidad define la importancia del test de proporcionalidad, su aplicación y los niveles de intensidad. En cuanto a la importancia del test, de manera reiterativa la corte a través del análisis de la constitucionalidad de las restricciones impuestas por el legislador a determinados derechos, especialmente cuando se refieren a violación al derecho de igualdad, se recurre al test de proporcionalidad, en aras de ponderar los derechos de acuerdo al grado de importancia.

¹⁰ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-663 de 2009.

¹¹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-663 DE 2009.

La corte trae a colación la sentencia C-720 de 2007, donde se establece los parámetros que deben configurarse para que una restricción de los derechos fundamentales pueda considerarse constitucionalmente aceptable, en pocas palabras se debe superar el test de proporcionalidad, el cual queda superado cuando: 1) tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada.

En cuanto a los niveles de intensidad del test de proporcionalidad se clasifican en:

TEST LEVE DE PROPORCIONALIDAD: El test leve se orienta a establecer la legitimidad del fin y de la medida, la cual debe ser adecuada para alcanzar el fin buscado.

TEST INTERMEDIO DE PROPORCIONALIDAD: Se exige un nivel de análisis mayor, se busca que el fin sea legítimo, constitucional y que el medio sea adecuado y efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial.

TEST AVANZADO DE PROPORCIONALIDAD: El test estricto de razonabilidad está integrado por elementos de análisis de la constitucionalidad con el mayor grado de exigencia, en la medida en que, en desarrollo del mismo, el fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además **imperioso**, y el medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino, además, **necesario**, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, en el test estricto se incluye un paso adicional que consiste en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida deben exceder claramente las restricciones impuestas por la medida sobre otros principios y valores constitucionales.

Sentencia T-422 de 1992. Mp. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional Colombiana.

Fue la primera sentencia a través de la cual se habló del principio de proporcionalidad, la cual resalta que debe existir una justificación razonable frente a un criterio diferenciador, el cual debe ser proporcional. El juicio de proporcionalidad entre el fin buscado por la norma y los medios escogidos, debe tener en cuenta la necesidad, la adecuación y la existencia de otros medios alternativos que, siendo menos gravosos de intereses o bienes jurídicos legítimos, podrían lograr igual cometido. De igual manera se expresa que “El principio de proporcionalidad busca que la medida no solo tenga un fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo. De esta forma, la comunidad queda resguardada de los

excesos o abusos de poder que podrían provenir del empleo indiscriminado de la facultad legislativa o de la discrecionalidad atribuida a la administración.”¹²

A modo de conclusión, la corte constitucional colombiana ha aplicado de manera reiterativa el test de proporcionalidad a través del Juicio de Ponderación de derechos, el test de necesidad e igualdad, como herramientas de control de constitucionalidad consolidando a la corte como un ente principialista.

CONCLUSIONES

El presente documento contiene los avances que hasta la fecha se han logrado; Por esta razón, las siguientes conclusiones no pretenden dar respuesta al problema planteado en la investigación, sino describir la trascendencia del trabajo investigativo.

La constitucionalización que ha tenido el Derecho contemporáneo, ha logrado alcanzar la solución de casos difíciles que se presentan por vacíos, penumbra o ambigüedad, basándose en crear argumentos persuasivos para la audiencia no sólo en demostrar la norma; la aplicación única de la exégesis es insuficiente para resolver éstos casos por esta razón es resulta necesario se debe dar prevalencia a los principios que allí se debaten. La argumentación es la herramienta perfecta para lograr la diferencia de lo justo e injusto, la aplicación taxativa de la norma en muchas situaciones no imparte justicia sino que injusticia, ir más allá de la norma escrita es vital para aplicar con éxito el derecho. Los Casos difíciles o también llamados Hard cases han impulsado al derecho a la creación de teorías que permitan dar solución a éstos casos que surgen diariamente en todos los estrados judiciales. Los casos difíciles que se configuran por una Colisión de Principios específicamente sobre Derechos Fundamentales, motivó al Dr. Robert Alexy ha crear la Teoría de Derechos Fundamentales basada en el Test de Proporcionalidad a través del Juicio de Ponderación y Test de Necesidad, ligado también el test de igualdad.

La Corte Constitucional Colombiana desde la sentencia T-422 de 1992 empezó a hacer referencia sobre el Principio de Igualdad, argumentando que el Juicio de Proporcionalidad busca relación entre el fin buscado por la norma y los medios que se escogen para ello deben tener en cuenta la necesidad y la adecuación de los últimos con los primeros. A partir de estos primeros pronunciamientos, la jurisprudencia colombiana se ha orientado a la protección de los principios a través de métodos como la Ponderación de Principios, el test de necesidad e incluso lo han integrado con el principio de igualdad; Construyendo un Derecho colombiano principialista que busca romper el paradigma positivista formalista que ha caracterizado al derecho.

¹² Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-422 de 1992.

En el transcurso de este trabajo investigativo, se analizará la esencia del test de proporcionalidad a través de análisis jurisprudencial de sentencias de la corte constitucional, con respecto a casos difíciles por colisión de principios sobre derechos fundamentales determinando sentencias relevantes sobre el tema; y posteriormente analizar la argumentación jurídica del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga frente a estos Hard Cases, en aras de realizar una comparación con la argumentación jurídica de la corte constitucional.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Aguiló Regla, Josep. Fuentes del Derecho y Normas de Origen Judicial.
- Arroyo Jiménez, Luis. Ponderación, Proporcionalidad y Derecho Administrativo, Revista del Análisis del Derecho, Madrid, Mayo de 2009.
- López Medina, Diego. El Derecho de Los Jueces, Editorial Legis, 2000.
- Serna, Pedro. El Juicio de Ponderación: Reflexiones en torno a su naturaleza.
- Sentencia T-422 de 1992. Mp. Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional Colombiana.
- Sentencia C-475 de 1997. Mp. Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional Colombiana.
- Sentencia C-354 de 2009. Mp. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Corte Constitucional Colombiana.
- Sentencia C-663 de 2009. Mp. José Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional Colombiana.

LA ARGUMENTACIÓN COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO¹

RODOLFO PEREZ VASQUEZ²

Resumen

La labor judicial no es una actividad simple o sencilla, que se enmarca en la mera aplicación del derecho. Se tiene conocimiento que es imposible que el legislador provea un ordenamiento jurídico acabado y perfecto, capaz de llevarle al Juez todos los criterios normativos que le sirvan para soportar sus decisiones.

En este sentido, la normatividad se torna en ocasiones insuficiente. Otras veces la manera como se encuentra redactada la disposición legal hace que de ella se inferan diversos sentidos o puntos de vista, lo que de alguna manera imposibilita al operador judicial tomar decisiones satisfactorias como ideal de la justicia que todos anhelamos.

La necesidad de resolver casos complejos y la validez sobre la existencia de lagunas en el derecho, ha generado el surgimiento de escuelas de pensamiento que defienden la teoría de que los jueces deben crear el derecho para resolver el caso, usando su discrecionalidad y sobre la base de justificar su decisión mediante una adecuada motivación, entre los que se mencionan Pérez Lledó, Laporta, Dworkin, mientras otros se distancian de esta teoría como Kelsen y Hart.

Abstract

The judicial work is not a simple or straightforward activity, which is part of the mere application of law. It is known that it is impossible that the legislature provide a finished and perfect law, the judge can take all the legal criteria that will serve to support their decisions. In this sense, the regulation becomes sometimes inadequate, sometimes the way it is worded statutory provision that it does infer different meanings or points of view, that somehow precludes judicial operator satisfying as taking a decision ideal of justice we all want. The need to resolve complex cases and the validity of the existence of gaps in the

¹ Esta ponencia se deriva de la tesis doctoral en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Investigador principal: Rodolfo Pérez Vásquez. Tesis doctoral avalada por la Universidad Simón Bolívar dentro del Grupo de Investigación Derecho Procesal en categoría B de Colciencias. Esta investigación fue iniciada en el año 2009

² Abogado. Especialista y Magister en Derecho Procesal. Candidato a Doctor en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Líder del Grupo Derecho Procesal de la Universidad Simón Bolívar. Línea de investigación Argumentación, discrecionalidad y decisión judicial. e-mail:rodolfoperezvasquez@yahoo.com

law have led to the emergence of schools of thought advocate the theory that judges should establish the right to settle the case, using their discretion and based on to justify its decision with adequate motivation, among those mentioned Pérez Lledó, Laporta, Dworkin, while others distance themselves from this theory as Kelsen and Hart.

Palabras clave

Argumentación, garantía constitucional, debido proceso, jueces, decisión judicial

Key words

Argument, constitutional guarantee of due process, judges, court

INTRODUCCIÓN

Existe hoy un gran vacío jurídico que pone en duda una eficaz administración de justicia, la complejidad de los problemas cada día es mayor y muchos jueces se encuentran maniatados para resolverlos porque solo acuden a la fuente de las reglas escritas (ley). El proceso no es ajeno a esta realidad, muchos problemas judicializados son complejos y el juez debe resolverlos aunque no encuentre en el ordenamiento jurídico una norma que responda a su solución, por encima de todo está la justicia y el derecho del usuario a obtener una respuesta.

Para Francisco J Laporta (2007), el papel del Juez se centra en tres deberes profesionales: 1. El deber de fallar, 2. El deber de aplicar el derecho y 3. El deber de motivar. Siendo coherente con el criterio de Laporta y con la concepción tradicional de la insuficiencia del derecho, es pertinente resaltar que uno de los deberes del Juez consiste en resolver la controversia que se le ha puesto a su consideración, profiriendo una decisión que debe estar articulada con la normatividad vigente y con los hechos concretos. En el caso que al seleccionar la norma observe que ésta es compleja o que por alguna circunstancia no exista para resolver la controversia, no por ello, debe omitir su deber de fallar o de resolver, sino que debe acudir a otra norma jurídica como serían los valores y los principios que sirven como plataforma o inspiración para que pueda crear la regla que debe aplicar a ese caso concreto.

La laguna del derecho genera una dificultad en la práctica judicial toda vez que existen jueces que esperan encontrar todas las respuestas en el derecho, pero cuando tienen a su consideración un caso difícil, el apego a la ley, no les permite acudir a otras fuentes normativas, lo que los lleva a impartir decisiones arbitrarias.

El Jurista Osvaldo Alfredo Gozaini, refiriéndose a un tipo de Juez Director, afirma “este sería un Magistrado que potencia sus poderes de iniciativa y dirección. Respecto a la instrucción se confirma el papel activo que le toca asumir en el proceso,

confiriéndole una amplia iniciativa en la verificación de los hechos relevantes para la solución del litigio, tal como fue sometido a su conocimiento, es decir, sin rebasar los límites que marca la *litis contestatio*. En líneas generales, se robustece el juzgamiento más que la composición, esto es, se dota al Juez de poderes – deberes de investigación, sin asignarle otro cuadro que no sea el que las partes concretan” (Gozaini, 2010, p. 76)

Por este último tipo de Juez se inclina el autor y se adhiere bajo el entendimiento que su rol permite asegurar que la administración de justicia será eficaz y que los justiciables recibirán soluciones a sus conflictos, con observancia del debido proceso; circunstancia ésta que quedará materializada en las decisiones judiciales.

Se ha predicado que este Juez moderado y director del proceso, debe tener actividad de dirección y de iniciativa, en el contexto del debate sostenido por las partes, en el marco de los hechos expuestos por las mismas y de sus pretensiones probatorias. De igual manera, debe concebir que el proceso no sea de interés exclusivo de las partes, sino también de la sociedad y del Estado mismo.

Esta concepción que del proceso se tenga influye en el rol que el Juez debe desempeñar. La manera de controlar su actividad para no caer en el límite de un Juez dictador radica de forma particular en la racionalidad en que base su decisión, a través de la argumentación.

Entendida la argumentación como una actividad humana mediante la cual se procura exponer y justificar las razones que se tienen acerca de un punto de observación y de estudio con el objeto de establecer que la valoración hecha en los razonamientos, ha cumplido con las reglas de la lógica para ser aceptada como correcta.

El Juez se mueve en medio de unas limitaciones que le vienen dadas por la regla de Derecho, la norma superior, los tratados internacionales, los principios, los valores, los precedentes, de allí que su labor sea compleja; no obstante cuenta con un grado de discrecionalidad que le facilita decidir de una manera eficaz.

Para conocer qué sentido le da un operador de la justicia a una norma general que ha de aplicar a un caso concreto, que valoración ha hecho de las pruebas y que estimación ha tenido de los hechos expuestos por las partes, necesariamente debe ser a través de la argumentación, que implica el conjunto de razonamientos que en su labor ha realizado para resolver la controversia.

En este orden de ideas, la argumentación sirve como un filtro o un instrumento de control a esa actividad judicial, dado que de la misma se puede detectar si se incurrió o no en falacias que deslegitiman su razonamiento. Del mismo modo le da herramientas a las partes de poder comprender si se vulneraron sus garantías constitucionales del debido proceso, para que éstos haciendo uso de los instrumentos legales puedan cuestionar la decisión.

Esta investigación procura consolidar la doctrina que niega la pasividad de los jueces y resalta su natural función de cumplir a cabalidad con sus deberes entre los que se puede mencionar el de motivar las sentencias de manera racional, evitando así decisiones arbitrarias, muchas de las cuales adquieren firmeza ante la dejadez de operadores judiciales y litigantes que no han comprendido aún la necesidad de esculcar estas teorías que defienden la existencia de un juez creador, activo, racional y razonable, que entiende que la argumentación de la decisión judicial constituye una garantía de debido proceso.

Este planteamiento llevó a formular la siguiente pregunta problema ¿La decisión judicial racional desde un enfoque argumentativo lógico garantiza el debido proceso?

Esta es una investigación cualitativa, abordada desde el paradigma histórico hermenéutico. Se trata de interpretar el sentido y alcance de los criterios que orientan las normas que regulan la Racionalidad judicial como una perspectiva hacia una sentencia eficaz, así como los criterios jurisprudenciales que lo desarrollan, con el objeto de que el operador judicial disponga de un soporte conceptual y doctrinario que le sirva de sustento en la decisión de los casos, cuando en especial éstos ofrecen un alto nivel de complejidad y el derecho no le ofrezca una respuesta concreta.

Justificación del problema de investigación

El servidor de la justicia como se mencionó antes, debe tener siempre presente que existen muchos casos difíciles y complejos, que no tienen una respuesta en el ordenamiento jurídico, lo que la doctrina viene denominando “laguna del derecho”, de ahí que tenga que acudir a otras fuentes como los principios, los valores y los precedentes jurisprudenciales para cumplir con su deber de decidir el conflicto.

Las reglas de derecho provenientes del órgano natural son necesarias y garantes de la convivencia y el buen vivir, son indispensables e imperativas para procurar un orden justo y una relación humana que se desarrolle sobre la base del respeto y el reconocimiento de los derechos ajenos.

Una de las producciones humanas de mayor arraigo es la de haber creado las reglas de conducta conocidas como derecho positivo. Pero no se puede caer en la exagerada creencia que el legislador posee la omnipotencia de poder prescribir los distintos criterios normativos para la solución de los conflictos, o dicho de otra manera, no puede prever la situación fáctica conflictiva que pueda surgir en una sociedad que permanentemente está en desarrollo y en una dinámica de crecimiento para subsumirlo en la norma general preestablecida.

Su esfuerzo es grande y merece reconocimiento, lo cual no implica desconocer que las sociedades cambian permanentemente en sus costumbres sociales, políticas, económicas y el derecho no puede vaticinar una respuesta precisa a cada problema.

La sociedad entera se sentiría muy complacida al contar con jueces abiertos, amplios y discretos que sin caer en el exagerado realismo jurídico, ni en un decisionismo, hagan una adecuada interpretación del derecho que de manera definida plantee una respuesta al caso, o que existiendo alguna laguna, recurra a otras fuentes y bajo una actividad razonable fundamente su decisión. De esta manera, se puede asegurar que la administración de justicia es más eficaz y creíble y con ello, se enaltecen los principios y valores constitucionales que gobiernan la pureza de la justicia.

El problema se justifica atendiendo a que los jueces cumplen funciones trascendentales en la vida del ser humano como es la de resolver los conflictos que entre los asociados se presenten y la Constitución Nacional privilegia el establecimiento de la verdad y la justicia y para saber si los jueces se han ajustado a los parámetros constitucionales y legales para cumplir con estos valores superiores, las decisiones que deben tomar tienen que ser bajo la racionalidad y para poderse adherir a lo decidido o para cuestionarlo es pertinente conocer las razones del juzgador y solo esto se asegura en la medida en que sea basada en una argumentación.

Metodología

Esta es una investigación abordada desde el paradigma histórico hermenéutico, es cualitativa, el método aplicable es el analítico hermenéutico de la libre investigación científica. Para efecto de tener una información pertinente sobre el tema se han tenido en cuenta las conclusiones de las investigaciones que autores nacionales y extranjeros han hecho que nos permita conocer los diferentes enfoques y definir nuestro criterio sobre el mismo. Las técnicas de investigación son el análisis de texto (doctrina, jurisprudencia, norma jurídica) y la encuesta.

La población objeto de estudio son las decisiones emanadas de los Jueces Civiles de Circuito de Barranquilla dentro del lapso de 2009 a 2011 dentro de los cuales se ha tomado una muestra aleatoria.

Plan de datos

Gestión del dato: Para la investigación se ha empleado todo tipo de soportes Bibliográficos como textos especializados, códigos, revistas, Ensayos, jurisprudencias, doctrinas, consultas en Internet que ha permitido conocer el estado del arte y construir los referentes Teóricos conceptuales del tema tratado, todo ello mediante fichas de análisis conceptuales, literales y mixtas que nos ha permitido obtener de manera organizada la información pertinente.

Obtención del dato: Para la obtención del dato se han empleado fichas bibliográficas y resumen que registran las actividades realizadas, así como las sentencias nacionales y extranjeras que interesan al estudio.

Recolección de datos: dada la circunstancia que lideramos un grupo de derecho procesal categorizado actualmente en Colciencias en la categoría B, donde se cuenta con la participación de estudiantes que conforman el semillero y dedicados al estudio del derecho procesal, la recolección de los datos está a cargo de los estudiantes que integran el semillero, quienes se han encargado de aplicar las encuestas, y recoger datos bibliográficos.

Control de sesgos: Con el fin de evitar incurrir en sesgos, se ha procedido a desarrollar una capacitación a los estudiantes responsables a fin de que cumplan satisfactoriamente la labor de recolección de los datos.

Plan de análisis: Mediante el plan de análisis se dará respuesta a cada uno de los objetivos propuestos, así como a la hipótesis planteada, a efecto de obtener una respuesta a todo el proceso diseñado.

Avances

La determinación de los roles de los Jueces se puede precisar en lo siguiente: Jueces pasivos que entienden que sus funciones se limitan exclusivamente para aplicar la ley, los cuales se encuentran completamente convencidos que en la creación del legislador encuentran las herramientas para resolver los casos sometidos a su consideración. Quiere esto significar que el rol de este tipo de Juez se limita solo a la aplicación del derecho y no a la interpretación del mismo, fortaleciendo de esta manera la teoría de la exégesis. Para ellos el único razonamiento que existe es el que el legislador consagra en las reglas por ellos creadas, que es tomada por el operador judicial para aplicarla bajo el sentido idéntico que el legislador le presenta privándose de la facultad de interpretarla y establecer diferente sentido.

Por otro lado, se encuentran jueces con un rol completamente diferente, como aquellos que siguen lineamientos de gobiernos absolutistas y autoritarios, que hacen del proceso un desarrollo fundado en su poder desmedido donde se termina quebrantando las garantías constitucionales, como sucede con los llamados jueces dictadores.

Un tercer rol de Juez es aquel que podría ubicarse entre los extremos de los roles anteriormente mencionados, es decir, que no es pasivo y tampoco se constituye en un dictador, por el contrario que sea moderado en su labor y que conciba las instituciones procesales bajo las premisas de las teorías contemporáneas que

privilegian las garantías y derechos constitucionales, que propendan por el respeto al debido proceso. De esta manera, estos funcionarios cuya dimensión va más allá a lo previsto por el legislador, bajo el entendido que creen en que su labor no radica únicamente en la aplicación del derecho, sino, en la interpretación del mismo, dado que la controversia que debe resolver es difícil y compleja y el contenido literal de la regla no es suficiente para decidir de manera racional.

Se ha predicado que este Juez moderado y director del proceso, debe tener actividad de dirección y de iniciativa, en el contexto del debate sostenido por las partes, en el marco de los hechos expuestos por las mismas y de sus pretensiones probatorias, bajo el entendido de que esa iniciativa probatoria no debe ser abierta sino que esté conforme a las dudas que puedan surgir del debate probatorio provocado por las partes. De igual manera, debe concebir que el proceso no sea de interés exclusivo de las partes, sino también de la sociedad y del Estado mismo.

Esta concepción que del proceso se tenga influye en el rol que el Juez debe desempeñar. La manera de controlar su actividad para no caer en el límite de un Juez dictador radica de forma particular en la racionalidad en que base su decisión, como es la argumentación.

La racionalidad argumentativa debe seguir las reglas de la lógica, entendiendo por esta el método que propende establecer la veracidad del razonamiento, lo que no significa que se esté frente al silogismo formal, porque lo que se pretende es ir más allá, es decir, utilizar esas reglas para asegurar que los razonamientos del juez, obedecen a las delimitaciones necesarias para su estructuración adecuada.

Entender que el silogismo formal solo aplica a los casos fáciles es un completo error porque para los casos difíciles y complejos la estructura silogística también es importante por cuanto que con ella se propende mas por la certeza de la decisión, en razón de que se sumarían nuevas premisas sustentadas en la argumentación.

Caracteriza a los jueces directores y permite diferenciarlos de los jueces dictadores en razón a que las decisiones de éstos últimos pueden estar inmersas en actos de irracionalidad.

Para Francisco J Laporta (Laporta, 2007), el papel del Juez se centra en tres deberes profesionales: 1. El deber de fallar. Es decir la prohibición del non liquet, la prohibición de abstenerse de decidir a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes como decía el artículo 6 del viejo código Civil. Hoy el juez tiene que dar una solución al caso. 2. El deber de aplicar el derecho, es decir, el deber de resolver los conflictos pero no de cualquier manera sino recurriendo a ingredientes del ordenamiento jurídico, es decir el deber de atenerse al sistema de fuentes establecidos por los criterios de identificación de las normas jurídicas. 3. El deber de motivar. Si el sistema de fuentes no le proporciona el derecho, el juez tiene que inventarlo, o crearlo para que pueda motivar su decisión. A propósito de la motivación hay que distinguir,

una cosa es explicar una decisión a partir de sus motivos, y otra es justificar una decisión sobre la base de las razones. En el primero de los casos se está frente a lo que los filósofos llaman <contexto de descubrimiento>, entendido como el conjunto de circunstancias que rodean el hallazgo científico o la toma de la decisión, y viven en el reino de la causalidad (azar, mala digestión, presión de los medios, convicciones personales, estado psicológico, etc.). Pero cuando se persigue justificar una decisión judicial, y no solo explicarla a partir de los ingredientes causales que la ha producido, se sale de ese reino y se sitúa en el llamado <contexto de justificación>. El contexto de justificación es el conjunto de premisas y argumentos a partir de los que puede inferirse racionalmente el contenido del fallo o decisión.

Desde este punto de vista se puede construir la teoría de que la racionalidad judicial argumentativa es una garantía constitucional para un debido proceso, una adecuada valoración probatoria y para asegurar que la sentencia sea indemne.

En las épocas primarias del hombre las decisiones judiciales estaban dominadas por los sentimientos sagrados y religiosos, toda vez que eran los sacerdotes los encargados de decidir las diferencias del hombre.

Esta forma de administrar justicia se caracterizaba por provenir de actos decisorios de los sacerdotes y continuó fortaleciéndose en la época clásica del derecho romano cuando los pretores crearon los edictos como fuente directa de aplicación del derecho, y las decisiones que tomaban tenían la fuerza suficiente para ser en casos análogos aplicados como un precedente.

Posteriormente utilizan los *Forum* como el mecanismo para resolver los conflictos entre el derecho vigente y las costumbres, tenía la fuerza de las leyes y se consideraban verdaderas fuentes del derecho.

Esta manera de administrar justicia donde el acto proveniente de la autoridad con funciones judiciales, hizo un viraje en la historia, es así como en la época del imperio el emperador Justiniano, le restó importancia a las decisiones como fuente de derecho y en su defecto contempló la obligatoriedad y el acatamiento a la ley que provenía de su mandato. Este cambio fue estructural, porque no solo se desconoció el precedente, sino que además surgieron las constituciones imperiales que conllevaron a la implementación de la ley como la única fuente para resolver los conflictos.

En la edad media para el año 700 a 800 la península ibérica es invadida y se impusieron las costumbres árabes por muchos años. Al reconquistar los peninsulares sus tierras encontraron que sus costumbres fueron cambiadas y asentaron en su territorio personas provenientes de distintos lugares, con costumbres distintas y el derecho que los unificaba estaba ausente. De ahí que los jueces empiezan a jugar un papel importante ya que las decisiones se dejaban en sus manos. Estas decisiones de los

jueces se conocieron como *Judicium* que significa juicio. Los jueces atendían los casos sin que existiera una ley preexistente hasta resolverlo lo cual se hizo reiterativo hasta volver al precedente.

En la edad moderna surgieron muchos defensores del imperio de la ley como única fuente de derecho que tienen los jueces para soportar sus decisiones. Para ellos la racionalidad del legislador para producir la ley era tan completa que le prohibían al juez apartarse de ella, en consecuencia no tenían opción de crear el derecho.

El extremado sometimiento al imperio de la ley iba ligado al concepto de poder, ya que les permitía consolidar su autoridad y gobernar bajo la relación mandato-obediencia.

Un hecho histórico que refleja cómo se ejerce el poder a través del derecho fue la Revolución Francesa donde se contempló en los códigos que las decisiones judiciales estaban sometidas únicamente a la ley, no se permitía que se justificaran con motivaciones propias y razonables, sino que tenían que inspirarse en el espíritu del legislador, tal como dan cuenta de ello Hans Kelsen, Hart.

El maestro Alfredo Rocco (2008), afirma “Una vez establecido así que la sentencia es en su esencia un acto de la inteligencia del juez y, precisamente, un juicio lógico que reviste la forma de silogismo, se ha dicho ya implícitamente cual es la materia de este juicio; es la declaración de la norma jurídica aplicable en el caso concreto, o sea, de la tutela jurídica que la ley concede a un determinado interés. La norma, tanto puede ser una regla de derecho material, como una regla procesal, y de interés concreto cuya tutela se trata de declarar, tanto un interés material o primario como un interés procesal o secundario. Hay, pues sentencias cuyo contenido es una relación de derecho material, y sentencias, cuyo contenido es una relación procesal. Pero siempre es necesario para que haya esencialmente una sentencia, que se trate de declarar una relación concreta, jurídica, controvertida o incierta. Si el acto del juez no se encamina a hacer cesar la incertidumbre sobre la norma aplicable en el caso concreto, sino solamente a regular el orden del procedimiento, tendremos una providencia que no es substancialmente una sentencia.”

A lo expuesto anteriormente por el maestro Rocco, donde toma algunas consideraciones de Kisch, sugiere tres precisiones: la primera es relacionada con la expresión “norma jurídica” debe entenderse como tal no solo la ley sino todas aquellas fuentes que le sirvan de inspiración para decidir correctamente, como la costumbre, los principios, los valores, los precedentes y los tratados internacionales reconocidos por Colombia, la segunda, relacionada con la expresión “que haya esencialmente una sentencia” debe entenderse como una sentencia indemne, es decir, que no esté contaminada, afectada o viciada, por una falta de motivación o defectuosa racionalidad en la interpretación del derecho o en la valoración de la prueba, y la tercera relacionada con la expresión “hacer cesar la incertidumbre

sobre la norma aplicable en el caso concreto”, solo es posible esto en la medida que se cuente con jueces que hayan tomado conciencia que el legislador no puede prever criterios de claridad en todos los casos, de manera que si el operador de la justicia nota una ausencia de regla o existiendo ésta permite inferirle varios sentidos, tendrá que acudir a una justificación razonable aplicando la norma si llega a la certeza que existe una que da la respuesta a ese caso concreto o en su defecto deberá crearla.

A su vez el jurista Dante Barrios de Angelis (2005), refiriéndose a la forma, contenido y eficacia de las sentencias precisa unas correcciones a la doctrina generalmente admitida y afirma que “la sentencia como acto jurisdiccional, es decir, manifestación de la situación jurídica: jurisdicción, poder-deber atribuido a órganos característicos y capaz de proporcionar el grado máximo de certeza oficial. Esto significará que es sentencia, desde un punto de vista ontológico, y no meramente formal-legal, la decisión que resuelve la cuestión propia de la jurisdicción voluntaria”

La racionalidad como juicio lógico requiere para su concreción de cierto grado de discrecionalidad, entendida ésta como la posibilidad que se tiene para escoger entre varias opciones. Pero, no es discrecionalidad simplemente por el hecho de poder contar con la facultad de seleccionar una de varias alternativas, sino que además esa decisión debe estar justificada y soportada en un razonamiento, de ahí que la discrecionalidad vaya de la mano con la racionalidad.

Resulta apropiado también precisar que la racionalidad no se limita únicamente en llegar a la certeza de que existe una regla que dé respuesta al caso concreto, sino que además debe justificar, el porque considera que esa norma es la que ha de regir en esa situación jurídica procesal, aunque se esté en presencia de uno de los llamados casos fáciles. Como tampoco se limita a hacer un estudio sistemático para llegar a la conclusión de que no existe tal regla, en razón de estar frente a un caso de los llamados difíciles. Púes, lo que pretendo exponer es que la racionalidad no solo fluye en relación a la actividad de interpretar el derecho, sino también en derramar esa actividad intelectual en el estudio de los hechos y especialmente en la valoración de las pruebas, que al final son las que van a determinar la certeza de los primeros.

En consideración a lo dicho el maestro Taruffo expresa: “que la función de la prueba es la de suministrar al juez elementos para establecer si un determinado enunciado, correspondiente a un hecho, es verdadero o falso. Correlativamente se suele decir que un enunciado fáctico es verdadero si es confirmado por pruebas, es falso si las pruebas disponibles confirman su falsedad, y es no probado si en el proceso no se han adquirido pruebas suficientes para demostrar la verdad o la falsedad. Según que se verifique una u otra de estas posibilidades, el juez decidirá de manera distinta y de ahí derivará diferentes consecuencias jurídicas”. (TARUFFO, 2006, p. 268),

Este mismo jurista, después de analizar las distintas teorías que giran en torno a la verdad de los hechos dice “se trata de la cuestión de si es posible el conocimiento

de la verdad absoluta de los hechos o si sobre éstos es posible un estado de certeza total, incontestable fuera de toda duda (TARUFFO, 2002, P. 63).

“Podría observarse, al respecto, que sean cuales sean las respuestas que se den a otros campos a una cuestión de ese tipo desde la lógica hasta la ciencia empírica, ésta resulta ociosa y no merece siquiera ser planteada en referencia al conocimiento procesal de los hechos. En realidad, podría decirse que el proceso al no ser una empresa científica o filosófica, no necesita de verdades absolutas pudiéndose contentar con mucho menos, es decir, con verdades relativas de distintos tipos, pero suficientes para ofrecer una base razonablemente fundada a la decisión. En resumen: incluso si las verdades absolutas fueran posibles en abstracto, no serían necesarias en el proceso, y si aquellas fueran imposibles, no importaría a los efectos de lo que es necesario conocer en el proceso. Como se podrá ver mejor con el avance del análisis, estas observaciones constituyen el punto de partida correcto para la discusión de las cuestiones referentes a la prueba y a la determinación de los hechos”.

La certeza sobre los hechos solo se halla en la medida en que el juez se forme un convencimiento claro sobre la responsabilidad o no del procesado, tratándose de un asunto penal o podrá llegar al convencimiento de condenar o de absolver tratándose de un asunto civil, esto solo es posible cuando existen suficientes elementos de prueba, en aras a impartir una decisión justa, es por ello que cuando surja la necesidad de esclarecer algunas dudas o incertidumbres el juez pueda decretar pruebas de oficio, para hacer valer la justicia como valor superior, su rol de juez activo lo faculta para lograr con imparcialidad el esclarecimiento pleno de los hechos debatidos en el proceso y lograr su fin a través de una sentencia justa.

La Corte Constitucional según cita que hace Julio Tarazona (TARAZONA, 2002) “los litigios y controversias cuya resolución pacífica se somete a la decisión de los jueces, deben tener un fin y reclaman una pronta composición por parte del Estado. Así se satisfacen los deberes del Estado frente a las demandas de estabilidad jurídica y paz social. Llega un momento en que las sentencias deben adquirir revocabilidad e inmutabilidad, para no poner en peligro la estabilidad jurídica. De otra parte, para asegurar la agilidad que debe caracterizar al Estado en la definición de los procesos, la Constitución Política ordena a los jueces cumplir diligentemente los términos procesales (CP Art. 228), pues de lo contrario, no solamente se pierde la utilidad y la oportunidad de la justicia sino que se incuba un germen de desorganización social que puede quebrantar la paz. Pero la paz también exige que la decisión de los jueces sea justa, como quiera que la injusticia es la mayor causa de congoja e insatisfacción que puede soportar un pueblo”.

Además se evitaría que se tomen decisiones judiciales injustas al tener el juez la prohibición de hacer uso de esta facultad oficiosa, por lo que no podría despejar las dudas que surgen del debate probatorio, impidiendo lograr el propósito de la

función pública de administrar justicia de manera racional, que es uno de los fines esenciales del Estado para el establecimiento de un orden justo de conformidad con el artículo 2º de la Constitución Nacional.

Muchas razones de orden constitucional justifican la facultad oficiosa para que los jueces puedan decretar pruebas entre las que se pueden mencionar : el derecho que tiene toda persona de solicitar una tutela judicial efectiva (Art. 229), la imparcialidad de los jueces al emitir sus fallos (Art. 228), la actuación de los jueces puede ser pronta y diligente, uno de los fines del Estado es asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Art. 2º C.N), la existencia del interés público consistente en que se investiguen los delitos, se reconstruya la verdad para conocerla, que los responsables reciban su castigo y se indemniza las víctimas, la Constitución Nacional para efecto de investigación confirió la salvaguarda de ese interés público a la Fiscalía General de la Nación (Art. 250, 253) y la función jurídico política de la cual se encuentra revestido al juez, al velar por el cumplimiento de los fines constitucionales del proceso penal, como es alcanzar el valor de la justicia material, que se encuentra por encima de la situación particular.

Para estos logros el juez no puede ser pasivo, necesariamente debe ser dinámico porque su labor no se limita a interpretar las leyes, sino que su labor debe trascender hacia la búsqueda y alcance de los valores superiores que caracterizan al estado social del derecho.

Como lo ha venido sosteniendo la Sala de Casación Penal en sentencia del 12 de junio/05 esos valores fundantes de la organización estatal se resumen en el preámbulo de la Carta, desde cuya óptica, a los jueces como autoridad pública también corresponde velar porque se asegure a los habitantes del territorio nacional la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo.

Siendo los jueces los llamados a interpretar y aplicar las normas jurídicas y los encargados por velar por los valores indicados, no podría pensarse en que su rol debe ser pasivo, antes por el contrario, solo podrían ser garantes de esos valores superiores los cuales se encuentran resumidos en el preámbulo de la Carta Constitucional cuando su rol es de un juez dinámico, activo y director.

Transitando por el mismo sendero y bajo la convicción que el proceso no solo interesa a las partes, sino que es también del interés de la sociedad y del Estado, que por ello son ambas partes las que tienen las cargas de demostrar los hechos que se debaten en el proceso el jurista Augusto M Morello comenta “las modernas tendencias probatorias predicen que son ambas partes las que deben contribuir a conformar el plexo probatorio, llegándose a sostener que el favor probationis o la “teoría de las cargas dinámicas” se inclina más allá de todo elemento presuncional por poner el peso de la acreditación sobre la parte que está en mejores condiciones

de hacerlo. Superándose el sistema de las reglas clásicas absolutas-estáticas en la materia, poniéndose en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla sin preceptos rígidos en la búsqueda de la solución justa, según las circunstancias de cada causa.” (2004)

En torno a la valoración de la prueba de antaño vienen exponiéndose diversas teorías que van de la tarifa legal a la libre convicción, y fundadas encontrando cada una de ellas en las escuelas de pensamiento connotados defensores.

Por otro lado Wroblewski citado por Gascón sostiene que “fallar con arreglo a conciencia no puede significar basar la sentencia en una íntima e intransferible convicción, en una corazonada no exteriorizable ni controlable; no puede significar, como desgraciadamente ocurre tantas veces en la práctica, refugiarse en una cómoda declaración de hechos probados sin exponer las razones por las que lo han sido. Si la racionalidad de la decisión probatoria de ser controlada, es evidente que ese control se proyecta sobre las razones que fundamentan la libre convicción del juez.” (WROBLEWSKI, 1989, P. 168)

En la actividad judicial el operador de la justicia debe necesariamente hacer una selección adecuada de los hechos, de las pruebas y de la norma jurídica que haga aplicar del caso concreto y respecto a esta última establecer las diferentes alternativas o sentidos que desde la hermenéutica esa norma presenta a efecto de escoger entre ellas la que más se ajuste a esa realidad, desde este punto de vista la racionalidad surge como una cualidad importante dentro de la motivación que obligatoriamente debe realizar para sustentar la decisión.

El juez es un sujeto dentro del proceso y desde esa condición no solo debe observar los hechos sino todo el acervo probatorio y la norma jurídica concreta. Su labor no se cumple de alguna manera desarticulada sino como a ciertos parámetros y limitaciones que tanto la Constitución como la Ley le dispensa.

Dentro de los cuidados que debe tener el juez está el de verificar que la norma que va aplicar al caso no vulnere disposición constitucional, al respecto afirma Agustín Squella Narducci que “el juez , además del marco formal que señala quien y como debe fallar, tiene siempre un marco material que respetar, esto es, ciertos límites de contenido, de manera que no es ninguna novedad que para decidir acerca de la validez de la norma particular que el establece halla que efectuar un examen no solo de su origen o pedigree, sino también de su contenido”. (SQUELLA NARDUCCI, 2005) Como se sabe, esto último es lo que permite que cuando la norma inferior establecida por el juez vulnere los límites de contenido de que pueda haberle fijado la o las correspondientes normas superiores, lo que se puede afirmar de aquella norma inferior es que ella es anulable por medio de los recursos del caso.

En cuanto a la valoración probatoria de manera racional para sustentar la decisión, además de establecer la idoneidad y la pertinencia de la prueba para acreditar los enunciados asertivos sobre los hechos que son relevantes para la decisión el juez debe precisar que tales medios de pruebas fueron allegados al proceso de manera oportuna y que se hayan cumplido con todas las reglas que garanticen el debido proceso probatorio.

No basta con que se entienda que una decisión judicial está justificado solo si se deriva de una norma jurídica y la descripción de unos hechos, es un deber en el juez en la argumentación de su decisión, explicar y justificar el porqué de la coherencia y articulación de esos hechos con la respectiva norma. Partiendo de las premisas normativa y fáctica debe a la mayor profundidad posible exponer las razones que lo llevaron a tomar determinada decisión, no en un sentido de corazonada, sino, desde la racionalidad como una garantía al control judicial de su decisión.

Muchas son las teorías que en la historia se han aplicado en las decisiones judiciales como el de la argumentación a través de la lógica, que sostenía la integridad de la decisión judicial, es decir que el proceso de construcción por parte del juez de la decisión que iba tomar al caso concreto podría definirse sin ningún tipo de inconveniente a través de la lógica; otros por el contrario afirman que el razonamiento jurídico no tiene nada que ver con la lógica sino con la ideología, las subjetividades y las intenciones de corazón, tipificándose esto como unos irracionalistas; otros estiman que el verdadero razonamiento jurídico recae en una simple técnica para lograr la persuasión de los destinatarios de la justicia; una vertiente crítica, por su lado concibe el razonamiento jurídico como una vertiente ideológica utilizada por las clases dominante para lograr sus fines y propósitos, utilizando prácticas correctivas o parte de los operadores judiciales. También están los que justifican el razonamiento jurídico mediante las concepciones divinas y la persuasión de que frente a la divinidad se puede lograr de manera correcta las decisiones judiciales más acertadas representadas en el iusnaturalismo, otros como Dworkin que afirma que los jueces requieren de una argumentación para decidir los casos difíciles y finalmente está la teoría de la argumentación racional de la decisión judicial.

Con la bifurcación de los poderes se estableció que cada uno de ellos no solamente debía tener una independencia, sino que además debía respetársele las funciones asignadas constitucionalmente. En este orden de ideas el legislativo cuya función estaba la de expedir las normas jurídicas que debían regir las relaciones entre particulares y de estos con el Estado, se consolidó la teoría de que el legislador era capaz de prever toda las circunstancias en que el hombre podría verse envuelto y de esta manera se entendía que en caso de surgir cualquier conflicto el legislador en el orden jurídico garantizaba la norma que había de aplicarse, por lo tanto, los jueces no tenían otra función sino la de aplicar la ley.

Con el correr del tiempo los jueces se encontraron en serias dificultades para aplicar la norma jurídica al caso que se le había sometido para su decisión, dado que la disposición ofrecía varias interpretaciones, en este sentido los jueces debían realizar interpretaciones que fueran más allá a lo que los jueces anteriores venían haciendo, como el de dar un alcance adicional a la norma para poder escoger la interpretación adecuada entre varias existentes, por lo tanto requiere de una labor impregnada de racionalidad.

Cuando el operador judicial argumenta desde su corazonada, o llevado por las emociones o por los sentimientos no solo esa argumentación se forja como irracional, sino que se identifica con la arbitrariedad, lo cual impide que se ejerzan los controles adecuados a su decisión, o que en otro sentido significa vulnerarse el derecho de defensa por la ausencia de las razones justificadas.

La teoría de la argumentación de las decisiones judiciales sin lugar a dudas pasó a ocupar un lugar preponderante en la práctica judicial, y de los diferentes matices que esta teoría presenta está el de la argumentación racional, como la más idónea para establecer las garantías de la defensa de las partes del debido proceso y de la realización de la justicia.

La jurista Eveline Feteris (Feteris, 2007) en su obra *Fundamento de la argumentación jurídica* nos dice que “en los años 70 se publicaron varios estudios sobre el argumento jurídico. El primero de ellos se ocupaba de los enfoques lógicos. Horowitz (1972) presentó una revisión general de la investigación en el campo de la lógica jurídica formal e informal. Kalinowski (1972) examinó diversos enfoques de lógica jurídica. En las publicaciones posteriores, la atención se trasladó a la teoría de la argumentación jurídica en sí misma. Struck (1977) examinó diversos modelos de argumentos y Alexy (1989) desarrolló una teoría del argumento jurídico adaptada de los principios más generales de la teoría de la argumentación. Rieke revisó los resultados de la investigación acerca de los diversos usos que acompañan el lenguaje argumentativo”. (1982)

Las anteriores maneras de decidir los casos le dieron a los jueces una particular identificación, como el juez Júpiter denominado así por el apego absoluto al formalismo y al positivismo, es decir, a esos jueces que creían en la omnipotencia del legislador y que en el orden jurídico creado por éstos encontraban la solución a los casos sin que tuvieran necesidad de acudir interpretaciones adicionales; también están llamados los jueces Hércules tal como lo denomina Dworkin, que frente a los casos difíciles, comprende que el legislador no puede prever toda solución ni ser capaz de determinar las circunstancias especialmente problemáticas que el desarrollo de la sociedad pueda traer, en tal virtud ese juez debe crear el derecho cuando el caso concreto lo amerite.

La diferencia entre el juez Júpiter y el juez Hércules radica entre otras en que el primero utiliza el método deductivo bajo la convicción que la norma jurídica que va aplicar proviene de un legislador racional, mientras que el segundo parte de una racionalidad inductiva.

CONCLUSIONES

La argumentación entendida como un conjunto de razonamientos que propenden por el establecimiento de proposiciones que aseguran la certeza de lo que se está afirmando o negando, sin lugar a dudas refleja una garantía para el debido proceso por cuanto permite conocer cuáles fueron las razones que llevaron al juez para tomar una decisión, de la misma manera tratándose de las partes cuando éstas sostienen una posición dentro del proceso como por ejemplo alegar una nulidad o interponer un recurso, a través de la argumentación se conoce las razones de su inconformidad.

En el caso particular de los jueces, sus decisiones necesariamente deben estar argumentadas, para que los demás sujetos procesales conozcan no solo los criterios que tuvo el operador judicial para llegar a determinada conclusión, sino los fundamentos jurídicos y fácticos que la estructuran. Ese conocimiento que expone el juez puede garantizar que la parte afectada con la decisión pueda en un momento determinado cuestionarla a través de los instrumentos legales como podrían ser los recursos, lo que implica que sirve como un control a la actividad judicial a efectos de que el superior pueda revisar su actuación y si es del caso modificarla o revocarla. Si los jueces no argumentaran sus decisiones judiciales no podría conocerse las razones que tuvo para decidir de una u otra forma, en consecuencia el derecho de defensa de la parte perjudicada no estaría garantizado porque no sabría sobre que fundamentar su cuestionamiento, del mismo modo no podría hacer buen uso del principio constitucional de la doble instancia.

El maestro Manuel Atienza sostiene que en relación con las decisiones básicamente existen dos tipos de razones: explicativas y justificativas. Las primeras tratan de dar cuenta de porque se tomó una determinada decisión- cual fue la causa que la motivó-, y que finalidad perseguía: a diferencia de los hechos naturales, las acciones humanas, las acciones intencionales como “decidir”, presuponen fines. Las segundas, las razones justificativas, están dirigidas a lograr que la decisión resulte aceptable o correcta. (2006)

Se puede concluir que la decisión judicial por ser una acción humana no solo debe ser explicada sino que fundamentalmente debe ser justificada, esto último es precisamente lo que asegura las garantías para un debido proceso.

BIBLIOGRAFIA

- BARRIOS De Angelis, (2005) Teoría del proceso, editorial B de F Ltda., Buenos Aires.
- GASCON Abellán Marina, (2004) Los hechos en el derecho marcial Pons Madrid
- GOZAINI, Osvaldo Alfredo, (2010) Elementos de Juicio. Editorial. José Gregorio Hernández Galindo, Publicaciones y Medios EU. Bogotá.
- LAPORTA Francisco, (2007) El imperio de la ley, Editorial Trotta, Madrid.
- MORELLO Augusto, (2004) Dificultades de la prueba en procesos complejos, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires.
- ROCCO Alfredo, (2008) La sentencia civil, editorial Leyer, Bogotá
- SQUELLA Narducci, Agustín. (2005) Justificar decisiones jurídicas y justificar decisiones judiciales, seminario de la Universidad Austral de Chile. Marzo 23.
- TARAZONA Navas, Julio Alberto, (2002). El Estado Social de Derecho y la Rama Judicial. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá.
- TARUFFO Michelle, (2002), La prueba de los hechos. Editorial Trota, Madrid
- TARUFFO Michelle. (2006) Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil. Editorial Temis S.A. Bogotá.
- WROBLEWSKI, J. (1989) La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación, en sentido y hecho en el derecho, San Sebastián País Vasco.

LA RACIONALIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES¹

FERNEY A. RODRÍGUEZ SERPA²
SANDRA VIVIANA DÍAZ RINCÓN³

Resumen

La presente ponencia tiene como propósito presentar un análisis riguroso entorno a la racionalidad. Categoría esta que se estudiara, con el fin de observar la racionalidad vinculada a las decisiones judiciales proferidas por los jueces de la Republica. Para tal propósito, el análisis se desarrollara con base en los presupuestos epistemológicos de la racionalidad y la idea Kantiana de imperativos hipotéticos, donde la racionalidad se constituye en una condición al lado de la interpretación y la argumentación en toda correcta decisión judicial. Así mismo, se ilustrara a partir de la deconstrucción de tal categoría y del estadio contemporáneo de la misma, los argumentos iusfilosóficos que fundamenta el objeto de estudio.

Abstract

This paper aims to present a rigorous analysis around rationality. Category is to be studied in order to observe the rationality linked to judicial decisions handed down by judges of the Republic. For this purpose, the analysis is developed based on the epistemological assumptions of rationality and the Kantian idea of hypothetical imperatives, where rationality is in a condition to the side of the argument interpretation and correct decision in any court. Also, be illustrated from the deconstruction of such categories and contemporary stadium itself, the arguments underlying the legal philosopher studied.

¹ Esta ponencia se deriva de los resultados parciales del proyecto de investigación titulado “Imperativos hipotéticos de la correcta decisión judicial”; adelantado por el grupo de investigación científica en Derecho Procesal de la Universidad Simón Bolívar, escalafonado en categoría B de Colciencias. Este proyecto inicio el 1 de enero de 2010. Tiene el aval del Centro de investigaciones en ciencias sociales, humanas y jurídicas de la Universidad Simón Bolívar.

² Abogado de la Universidad Simón Bolívar. Sociólogo de la Universidad del Atlántico. Maestrante en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Investigador del Grupo de Investigaciones Científicas: en Derecho Procesal de la Universidad Simón Bolívar, categoría B de Colciencias. Docente-investigado. Email: ferneysociojuridico@hotmail.com

³ Filósofa de la Universidad Industrial de Santander. Estudiante de IX semestre de Derecho de la Universidad Simón Bolívar. Integrante del Grupo de Investigación en Derecho Procesal Categoría B de Colciencias y joven investigadora de Colciencias 2011.

Palabras clave

Racionalidad, decisión judicial, imperativos hipotético, y razonabilidad.

Key words

Rationality, judicial decision, hypothetical imperatives, and reasonableness.

INTRODUCCIÓN

La presente ponencia se deriva del proyecto de investigación titulado “La racionalidad, la interpretación y la argumentación como imperativos hipotéticos para la correcta decisión judicial”; la cual, se fundamenta epistemológicamente en el paradigma histórico hermenéutico, puesto que su finalidad no es otra, a la de procurar interpretar y comprender, las características, los elementos, la estructura del fenómeno objeto de estudio. Del mismo modo, para efectos de la ponencia, nos centraremos en los avances de investigación de corte teórico correspondientes al objetivo⁴ segundo de la investigación referenciado en el citado pie de página. Así mismo, la presente investigación se enmarca dentro de un nivel de investigación explicativo, un enfoque cualitativo y desde la perspectiva del método deductivo que será descrita en el acápite de la metodología de investigación.

Por su parte las técnicas empleadas para la conquista de las metas definidas en los objetivos específicos de la investigación, están constituidas por entrevistas semiestructuradas, y el análisis de textos. Este último, está constituido por el análisis de las sentencias de <procesos ordinarios> de conocimiento de los jueces civiles del circuito de la ciudad de Barranquilla. También, por el análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana y el análisis doctrinal de donde se desprende en esencia los avances de esta investigación.

En resumen, la presente ponencia pretende analizar la racionalidad de las decisiones judiciales, con la finalidad de comprender el actuar de la racionalidad como imperativo hipotético para la correcta decisión judicial. Ahora, para dar cuenta de ello, en este avance de investigación se hará un primer acercamiento al estadio contemporáneo de la racionalidad con fundamento en los teóricos más representativos; luego se realizara una ligera deconstrucción epistemológica de la categoría de la racionalidad vinculada a la idea Kantiana de Imperativo Hipotético; en un tercer momento de la ponencia se efectuara un análisis de la racionalidad a partir de visión del abogado y sociólogo alemán Max Weber; posterior a esta análisis, se establecerá una necesaria distinción entre la racionalidad y la razonabilidad; y finalmente, se presentaran los avances de investigación en cuanto a la decisión judicial.

⁴ Analizar la racionalidad como imperativo hipotético de la correcta decisión judicial

Justificación del problema

A los países en vía de desarrollo donde se ubica Colombia, se nos ha sugerido, que de acuerdo a lo apremiante de nuestras necesidades estructurales, debemos de realizar solo investigación aplicada, sin embargo, la presente investigación y los avances aquí presentados a pesar de proyectar la realización de un trabajo empírico, que pone en contacto los investigadores con el objeto de estudio, pretende dignificar la capacidad científica de los colombianos en la realización de una investigación rigurosa en sus aportes teóricos.

Así las cosas, con esta investigación, se pretende construir una teoría de la correcta decisión judicial, que no solo pueda servir de referencia a juristas, jueces y magistrados nacionales, sino también, de ser una teoría de referencia internacional, que establezca criterios orientadores mediante los cuales los jueces y magistrados puedan tomar decisiones judiciales correctas, para contribuir a instaurar criterios valorativos mediante los cuales la comunidad política y jurídica examine la corrección de las decisiones de los jueces (Bernal, 2005, p. 61)

En el plano de la racionalidad práctica del derecho, esta investigación es trascendental, en la medida en que la correcta decisión judicial, se constituye en una garantía del debido proceso constitucional, al permitirle a los sujetos procesales vencidos en el, reconocer la eficacia de la ejecución de lo decidido, la validez de lo motivado y legitimidad de la decisión judicial que los afecta, y en el caso contrario, de que la decisión genere inconformidad a uno de los sujetos procesales, estos puedan hacer un uso con mayor garantismo de los medios de impugnación sobre la decisión judicial que se estima correcta, pues lo correcto, no significa para los efectos de esta investigación, la negación de los medios de impugnación, sino, la posibilidad diáfana de entendimiento que le otorga el juez al justificar el acto jurisdiccional que condena a uno de los sujetos procesales.

Por último, esta investigación es importante en razón, a que la correcta decisión judicial, le permite al juez jurisdiccional, los sujetos procesales y a las partes dentro del proceso, identificar cuales habrán de ser los imperativos hipotéticos, que la decisión judicial racional deberá adquirir para ser correcta, de manera, que se alcance a partir de tal resultado confianza legítima, legitimidad de la decisión, rigor judicial y seguridad jurídica. (Corte Constitucional. Sentencia T- 086 de 2007)

Metodología

Como se había descrito anteriormente la presente investigación, se fundamenta en el paradigma de la ciencia histórico hermenéutico, puesto que su finalidad no es otra, a la de procurar interpretar y comprender, las características, los elementos, la estructura del fenómeno objeto de estudio. Con esto destacamos el análisis

doctrinal efectuado a las grandes teorías y por supuesto tratadistas sobre el tema, así como, la descripción de las tensiones y aporías que desencadenan argumentos disimiles sobre el objeto de estudio, y que en definitiva corresponden al objetivo segundo donde se busca “analizar la racionalidad como imperativo hipotético de la correcta decisión judicial”.

El nivel de investigación del citado proyecto es explicativo, en razón de poner “de manifiesto el objeto estudiado [...] el contenido de algunas unidades cuyas partes adquieren independencia y pueden diferenciarse entre sí” (Cerda, 2002, p. 76-77) como ocurre con la racionalidad, la interpretación y la argumentación jurídica.

En cuanto al enfoque es cualitativo, en la medida que el análisis de la racionalidad de la decisión judicial no puede cuantificarse, pues sería superfluo el conocimiento de su contenido expresado en la decisión del Estado jurisdicción, de modo que, que cualificar la investigación es reconocer, interpretar y comprender la importancia de la presencia de la racionalidad en la decisión judicial.

En consonancia a lo precedido, el método es deductivo, ya que tanto el fundamento teórico de la investigación como los resultados que se esperan del mismo, tienen la pretensión de universalidad, es decir, los argumentos traídos a esta investigación -a pesar de reconocer la cultura de los sistemas jurídicos internos-, son generales y no distinguen fronteras en sus propósitos, así como, los resultados esperados de la investigación condensados en una teoría de la correcta decisión judicial.

Por su parte las técnicas empleadas para la conquista de las metas definidas en los objetivos específicos de la investigación, están constituidas por entrevistas semiestructuradas, realizadas a los jueces civiles del circuito, y análisis de textos. Este último, está formado por el análisis de las sentencias de <procesos ordinarios> de conocimiento de los jueces civiles del circuito de la ciudad de Barranquilla. También, por el análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana y el análisis doctrinal de donde se desprende en esencia los avances de esta investigación.

Por último, no existe un solo objeto de estudio en esta investigación, por tal motivo, es parte de la población objeto de estudio en términos extensivo, las sentencias de <los procesos ordinarios> proferidas por los jueces civiles del circuito, los jueces civiles del circuito, la jurisprudencia analizar y la doctrina sobre el tema.

Avances de investigación

1. Un primer acercamiento al estadio contemporáneo de la racionalidad.

En palabras de Bourdieu y Teubner, “los abogados y los jueces pocas veces se preguntan por la racionalidad de su actividad y cuando lo hacen es para afirmar de donde procede y para qué sirve”. (2005, p.15)

La racionalidad ha sido a lo largo de la historia del derecho, un tema que ha causado alergia a la mayoría de juristas en el mundo, dando como resultado la negación al estudio de la racionalidad del derecho y dejando la discusión solo para los sociólogos y filósofos.

No obstante esta última disciplina, a través de la filosofía del derecho de algunos teóricos como Bernal Pulido, Habermas, Atienza, Alexy, García Amado, entre otros, han abordado el tema de la racionalidad, para manifestar que no es posible comprender la racionalidad como un ente desvinculado de la ejercitación de la razón, en la cual, “la razón y la racionalidad se consideran como: 1) la capacidad de conocer o concebir lo universal, y 2) la exigencia de conocer el por qué de las cosas, exigencia que lleva al sujeto a argumentar deductivamente, es decir, a establecer relaciones de consecuencia lógica entre enunciados” (Agazzi, 2009, p.62)

Esta racionalidad, comprende tres grandes tipos de racionalidad: 1) Una racionalidad pura o de conocimiento teórico; 2) Una racionalidad práctica o empírica y 3) Una racionalidad técnica. El derecho centra su actuar en las tres, pero en particular en la racionalidad práctica, la cual desarrolla la razonabilidad, que “consiste en una valoración axiológica de justicia que nos muestra lo que se ajusta o no, conforme a la justicia, lo cual tiene razón suficiente”(Londoño, 2009, p. 76). Así mismo, “la racionalidad práctica determina las condiciones que un acto humano debe reunir para ser racional. La racionalidad práctica expresa un sentido evaluativo de racionalidad que es especialmente relevante en el derecho, cuando se analiza la toma de decisiones judiciales relativas a la aplicación de las normas jurídicas” (Bernal, 2007, p. 60)

De esta forma, ¿qué es la racionalidad? El concepto de racionalidad expresa el ejercicio de la razón como regla y medida de los actos humanos. Para Mariana Gascón (Calvo,(s.f.), p.15), -entiende- la racionalidad no como el mero mecanismo o automatismo, sino como comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes, por lo que a sensu contrario se refería a la necesidad de rechazo de la incoherencia, la irracionalidad, de la arbitrariedad y del capricho lógico.

En Carlos Bernal (2005,p.63-64), la racionalidad comprende seis criterios: 1) el criterio de claridad y consistencia conceptual, 2) el criterio de consistencia normativa, 3) el criterio de situación; 4) el criterio respecto a la lógica deductiva; 5) el criterio respecto de las cargas de la argumentación, y 6) el criterio de consistencia argumentativa y coherencia.

No obstante, no es suficiente lo planteado para ser riguroso en el estudio de la categoría de la racionalidad vinculada a las decisiones judiciales. Se necesita un plus que parta desde una perspectiva meta jurídica que decostruya esta categoría científica en otras fronteras epistemológicas, como la filosofía y la sociología.

2. Deconstrucción epistemología de la racionalidad en la idea Kantiana de imperativo hipotético.

El término racionalidad proviene de la palabra razón que a su vez tiene una raíz griega-*diánoia*- y latina-*ration-rationis*- que ha sido objeto de estudio y divergencias por los diferentes filósofos y teóricos desde la finalización del periodo de la mitología, caracterizado por la explicación del hombre y los fenómenos naturales a partir de creencias, tradiciones arraigadas a la religión politeísta y a las figuras simbólicas imaginarias, carentes de reflexión alguna y de conocimientos científicos. Sin embargo, posterior a esa fase los filósofos correspondientes a cada época de la historia, le dieron un giro significativo a estas concepciones naturalistas, plantearon una forma lógico-racional de analizar al hombre y a su entorno, dejando como legado sus valiosos pensamientos a las siguientes generaciones. Muestra de la trascendencia de ese legado, se resume en la filosofía de Kant, quien obtuvo tanto auge en el periodo de la ilustración e influyó sobre las disertaciones de sus seguidores y contradictores. Es por ello, que aún sus ideas continúan latentes y son utilizadas para fundamentar teorías vigentes.

Kant (2002, p.155), en su libro *Fundamentos de la Metafísica de las Costumbre* propone que las leyes morales al constituir un deber ser, no pueden desligarse del ideal del hombre racional, puesto que al obedecer éstas, actuaría de acuerdo a las leyes universales exigibles y a los principios morales establecidos, conducentes a formar “un ser racional que posea la facultad de obrar según la representación de las leyes, esto es, según principios o una voluntad” (Kant, 2002, p.155). Entendida, la voluntad como la posibilidad de elegir aquello que es aceptado por la razón como bueno y de acuerdo a un principio objetivo carente del querer ser. De ahí que, hablar en términos de deber ser es traer a colación la idea de imperativo y de sujeción a unos parámetros universales, prohibitivos, cuyos fines son válidos por sí mismos y convertidos en leyes para todos.

Sin embargo, ocurre una situación contraria cuando para llegar a determinados fines se requiere la selección de unos medios específicos; es decir de unos supuestos modificables necesarios pero no impositivos y unívocos como los imperativos hipotéticos que traen intrínseco la relatividad en sus fines, en cuanto están conformados por proposiciones condicionadas. Es así como, el filósofo alemán establece una distinción entre los imperativos categóricos y los hipotéticos al postular que: “Lo que en cambio contiene meramente el fundamento de la posibilidad de la acción cuyo efecto es fin se llama medio. El fundamento subjetivo del deseo es el resorte, el fundamento objetivo del querer es el motivo, y de ahí la diferencia entre fines subjetivos, que dependen de motivos que valen para todo ser racional” (Kant, 2002.). Los imperativos categóricos tienen un carácter general y persiguen un fin objetivo, sustentados en premisas que buscan convertirse en reglas morales para un conglomerado social y exponen las causas y los efectos de no actuar de acuerdo a estos principios buenos en sí mismos. A diferencia de los imperativos hipotéticos que son subjetivos, tienen un componente relativo y de posibilidad intrínseco; y enfatizan en que si los medios utilizados son malos-desde la percepción de la moral kantiana-, los resultados también lo serán.

En este orden de ideas, Kant manifiesta que “la razón es una facultad práctica que ha de tener influjo sobre la voluntad, tenemos que el verdadero cometido de la razón ha de ser producir una voluntad buena no acaso como medio en otro respecto, sino en sí misma, para lo cual la razón era necesaria absolutamente, si es que la naturaleza en la distribución de sus disposiciones ha procedido en todas partes con arreglo a fines”. (2002, p. 123) Es decir, para este filósofo alemán, la razón es un elemento determinante en la voluntad buena del individuo y está relacionado con el deber ser, puesto que ésta en cierta forma es condición para que la voluntad del hombre, sea el resultado de una correcta elección orientada a un fin. Además, porque su propósito debe ser bueno en sí mismo y querer su realización de forma autónoma, independientemente si es retribuida su acción; asumiendo como punto de partida la ineludible participación de la moral.

Al abordar la teoría de la racionalidad desde la perspectiva de universalidad propuesta por Kant en los imperativos categóricos, es insoslayable pensar ¿cómo se podría llevar a la praxis el principio de la universalidad, cuando en derecho cada caso es particular y requiere de un razonamiento propio? No obstante, para dar respuesta a este interrogante el filósofo de la ilustración propone que este principio se oriente hacia los que imparten justicia; es decir, hacia los jueces porque éstos deberían obrar seguidos por la moral, la buena voluntad o intención, reflejada en una correcta y racional decisión. De igual manera, juristas como Atienza afirman que es necesario la existencia de una regla general que guíe a las demás y garantice una acertada y coherente decisión. Así mismo, Alexy sostiene que “toda decisión judicial debe estar fundada al menos en una norma universal” (1989, p. 214); y los criterios de interpretación de los jueces, sustentados en la racionalidad, imparcialidad y seguridad jurídica. Un ejemplo del principio de universalidad es

la presencia de la *ratio decidendi* en la sentencia, en cuanto es fuerza vinculante y representa la aceptación de teorías, fundamentos y normas reconocidas, que no pueden ser violadas porque han sido utilizadas como soporte para posteriores decisiones.

Finalmente, en relación con la racionalidad, no puede desconocerse que puede incurrirse en un error cuando el ejercicio de la interpretación se vuelve repetitivo y exegético, subsumido a una doctrina jurídica equívoca y a precedentes que deben ser modificados; obviando de esta forma la preponderancia de la razón como eje a partir del cual, debe girar el problema de los imperativos hipotéticos de interpretación y de argumentación jurídica.

3. Una mirada desde la Sociología weberiana.

Sociólogos como Weber, hace referencia a “la racionalidad de una acción social y de orden social y la variación de la racionalización dentro y a través de las distintas culturas”. A pesar de que lo racional tiene un carácter universal, su aplicabilidad está sujeta de manera indirecta a la moral y ésta es subjetiva, pero no se puede desconocer la preponderancia ejercida por una cultura en la formación de creencias de sus individuos, porque sin duda alguna, aunque la racionalidad no cambia de acuerdo al país o lugar de procedencia, no puede pensarse que todos los territorios tienen las mismas tradiciones y son movidos por la fuerza imperante de la religión, la moral cristiana y la de los principios ordenadores de la sociedad. Asimismo, establece una diferenciación entre racionalidad en el ámbito de las ciencias empíricas, racionalidad en el campo de los saberes intelectuales o en la interpretación de los significados y racionalidad en el ámbito ético.

En cuanto, a la primera Weber afirma que “someter la naturaleza al análisis hipotético o matemático experimental (y por lo tanto bajo tal concepto de racionalidad se incluye también la técnica) puede aplicarse a la organización basada en teorías científicamente elaboradas, de los ámbitos económico, político y social. La segunda equivale a pensar sistemáticamente, elevándose a los principios últimos y desarrollar los significados hasta sus extremas consecuencias lógicas. Y la tercera al comportamiento autónomo y responsable del individuo, implicando la desvinculación de la ética respecto de las construcciones religiosas y su transformación en instancia propia de acción personal metódicamente controlada y capaz de dominar los instintos individuales”. (1992, p. 71)

El análisis de la racionalidad desde los tres ámbitos descritos, puede reducirse a dos planteamientos: 1. Material: comprende el estudio de normas generales sustentadas en la subjetividad y en concepciones materialistas. 2. Formal: se refiere a los constructos lógicos creados con el fin de fortalecer el sistema jurídico e imprimirle dinamismo a la dialéctica de la hermenéutica.

Al igual que Weber, autores como Michele Taruffo postularon sus ideas en torno al problema de la racionalidad, pero desde la óptica de la ley procesal. Por ejemplo, Taruffo consideraba que la racionalidad “podía relacionarse con la ley procesal en dos sentidos principales: 1. racionalidad como coherencia de la ley procesal y 2. racionalidad como funcionalidad (o racionalidad instrumental) de la misma ley”. (1999, p. 311) A pesar de que, los dos sentidos parecieran estar muy distantes el uno del otro, están relacionadas entre sí; el primero de ellos, alude a la estructura organizada, lógica y eficaz que debe poseer ésta; y el segundo, al fin de justicia al cual debe apuntar toda ley procesal como la defensa de los derechos de los individuos involucrados en un proceso y la veracidad de las decisiones tomadas, es decir; la adecuada administración de justicia fundamenta en el último acto de la decisión judicial: la sentencia.

Al discurrir sobre la ley procesal y sus pretensiones respecto a la regulación de los mecanismos de procedimientos idóneos para lograr decisiones judiciales racionales en la praxis, se incurre en el deber ser y en la moralidad presupuesta, porque continuamente se atenta contra la unidad del ordenamiento procesal al violentar el derecho a la igualdad de todos los sujetos involucrados en una situación jurídica y se falla de manera desproporcional. Además, no se subsanan los vacíos en las normas existentes, la falta de utilización de manejo de herramientas del derecho procesal por algunos jueces; y en últimas por la errada interpretación de estas leyes y la deficiente funcionalidad de las mismas. Es un asunto interminable mientras no haya cambios substanciales en la aplicabilidad del derecho y se desconozca los tres imperativos necesarios para una correcta decisión judicial.

4. De la racionalidad a la razonabilidad. Una necesaria distinción.

En relación con el tema de la racionalidad, otros estudiosos del derecho como Atienza y Hare postulan sus disertaciones sobre ello, pero suministrándole un matiz distinto, asumiendo una postura escéptica, en cuanto se niegan a afirmar que existen respuestas jurídicas correctas en su totalidad, argumentando que hay límites a la racionalidad jurídica y sólo es posible hallar un grado mínimo de certeza. En otros términos, podría decirse que infortunadamente los fallos de los jueces no están exentos del dogmatismo moralista; convirtiéndose éste, en algunas ocasiones en un elemento distractor al momento de interpretar, racionalizar y argumentar sus decisiones judiciales; las cuales se consideran que no pueden ser correctas, según los mencionados autores, porque están sujetas a variable como los preceptos religiosos, políticos, económicos, culturales y morales-inhíben o motivan a actuar-. En efecto, estas decisiones no son imparciales y objetivas, pues están enmarcadas bajo parámetros legales, manipulados por factores exógenos o endógenos.

En torno a este planteamiento, surgen una serie de discusiones porque al decir que algunos hechos jurídicos no tienen respuesta correcta o para hallarla se requeriría

traspasar los límites del derecho, implica aceptar la teoría moral e ideal de filósofos como Kant y con ello la idea de juzgar como buenas o malas las acciones del hombre.

En la realidad no existe ningún procedimiento que permita, con una seguridad intersubjetivamente necesaria, llegar en cada caso a una única respuesta correcta (Alexy, 1993, p. 45). En este planteamiento Alexy (1993) propone la posibilidad de elegir entre varias opciones la más correcta, porque la factibilidad de encontrar una sola que sea cierta requiere de un análisis objetivo.

Otro aspecto sobresaliente en la función del juez es el principio de imparcialidad “garantía básica del Estado de Derecho, se encuentra reconocido en numerosos instrumentos de derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos humanos” (Bovino, 2002, p.52). El juez debe actuar de forma justa, tomando un distanciamiento crítico respecto al caso tratado, sus intervinientes y sujetos procesales. Es por ello que, según Bovino (2002), la imparcialidad se define como “ausencia de prejuicios o parcialidades, y su existencia debe ser apreciada tanto subjetiva como objetivamente. Mientras el aspecto subjetivo implica la averiguación sobre la convicción personal de un juez parcial en un caso, el aspecto objetivo se vincula con el hecho de que el juez ofrezca las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable. En este aspecto objetivo, todo juez en relación con el cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer en el caso, ya que lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática” (Bovino, p. 55). Es decir, los juicios de juez durante el proceso que este a su cargo, deben ser racionales, carentes de apreciaciones valorativas que puedan perjudicar el curso normal del proceso.

“El proceso decisonal es de carácter heurístico, de búsqueda o descubrimiento de las premisas y de los parámetros o criterios de decisión” (Ibáñez, 2006, p. 35). La decisión no debe ser arbitraria, implica remontarse a las premisas, analizar las reglas de juicio, y emitir un razonamiento lógico. En efecto, es fundamental que el juez motive su decisión sobre los hechos, justifique el ¿por qué? Y que la misma sea inteligible, clara, certera, justa, prudente y específica en cuanto señale o parta de un caso particular. De ahí que, “Motivar una sentencia en materia de hechos es justificar una inducción” (Ferrajoli, Citado por Ibáñez, 2006, p. 34), remite a la dinámica del método inductivo que significa estudiar un caso particular y legislar sobre él; utilizarlo como precedente para interpretaciones futuras, pero no como un análisis inmodificable y exegético. Así mismo, Taruffo alude que, así como el abogado busca incesantemente demostrar la culpabilidad o inocencia de su cliente, el juez también motiva su decisión en la sentencia con el fin de persuadir (Taruffo, Citado por Parra Quijano, 2004.)

En términos de Parra Quijano (2004), para formar una decisión judicial se necesitan dos fases: 1. El descubrimiento 2. La justificación. La primera de ellas, corresponde

a la indagación, investigación, selección; y la segunda a explicar su decisión, después de haber efectuado la interpretación, racionalización y argumentación. Para Wroblewski (Citado por Parra, 2006, p. 37) hay “dos planos dentro del área de la justificación: 1. Interno: debe resultar que existe una relación de coherencia entre las premisas que vertebran la sentencia y la conclusión. 2. Externa: que mira a asegurar la racionalidad probatoria en la fijación de las premisas fácticas”. Es decir, debe existir una conexión lógica entre cada una de las etapas previas a la postulación de la decisión judicial, para que ésta sea el producto de un ejercicio racional.

De otra parte, desde la interpretación de Rawls lo racional dista de la razonabilidad en cuanto esta última opera en el sujeto como un ser capaz de deliberar y perseguir unos fines y lo racional comprende la selección de los medios y la praxis de éstos para la obtención de un propósito (Rawls, 1993, p. 50) Asimismo, la Corte Constitucional en Sentencia de Tutela 544 del año 2004 estableció que el criterio de razonabilidad de la interpretación es el resultado de una correcta fundamentación jurídica, donde la constitución y las fuentes formales deben estar en concordancia. En suma, la razonabilidad implica un análisis de las justificaciones del ordenamiento jurídico, de los medios y fines del derecho; y por lo tanto representa una garantía constitucional que está en conexidad con otros principios como el de proporcionalidad y economía procesal; los cuales deben ser ponderados por el juez al momento de impartir sus decisiones y promover la legitimación de ese control.

En suma, la razonabilidad es comprendida también como principio, de ahí que Mónica Bustamante, la vincula a la “debida motivación de la sentencia para evitar la arbitrariedad y permitirle a las partes hacer un uso adecuado de los recursos contra la sentencia y se puedan plantear al superior jerárquico las razones [...] que desvirtúan los errores que condujeron al juez a su decisión final” (Bustamante, 2010, p. 112).

5. La decisión judicial.

En términos de Taruffo (2004, p. 225) la decisión judicial es legal, justa y racionalmente correcta si está fundamentada en hechos verdaderos, pero es menester aclarar que no hay verdades absolutas, porque éstas son relativas y están sujetas a factores culturales, sociales, políticos, económicos y jurídicos, agrupados en dos grandes razones: “1. La existencia de límites a los instrumentos cognoscitivos que puedan ser empleados para determinar la verdad, por ejemplo: límites temporales, humanos y jurídicos. 2. Se presenta una relatividad respecto del contexto, entendiendo éste, no sólo los medios cognoscitivos disponibles, sino también, el conjunto de las presuposiciones, de los conceptos, de las nociones, de las reglas, de los marcos de referencia, mediante los que se construya versiones de hechos; la influencia del aspecto cultural en la administración de justicia” (Taruffo, 2004, p. 225). Es decir; cada una de ellas corresponde a una explicación que se ciñe a elementos endógenos

y exógenos que se convierten en condicionantes para que pueda efectuarse una verdadera aproximación a una decisión judicial racional.

De igual forma, Ferrajoli y Parra Quijano coinciden en el concepto de relatividad en cuanto a la verdad absoluta, porque argumentan respectivamente que toda decisión judicial debe tener como trasfondo hechos reales y criterios legales y racionales a partir de los cuales el juez realiza su interpretación, porque el objeto de éste es el descubrimiento de la verdad como diría Antonio Dellepiane (2003).

Otro aporte significativo es la tesis de Dworkin, el cual afirma que la decisión judicial es el objetivo fundamental de la actividad judicial, la determinación de los derechos subjetivos de las partes de un proceso, tomando como punto de referencia los argumentos más destacados (Rojas, 2006, p. 44). No obstante, aunque el juez en su decisión procure aferrarse al sistema complejo de fuentes del derecho, siempre estarán presentes en él pre-conceptos, pre-juicios, emociones e instintos que lo llevarán a fallar subjetivamente como lo afirma Kaufmann en su obra la filosofía del derecho en la posmodernidad (2007).

Así las cosas el juez al fallar debe tener presente las reglas instauradas con anterioridad por el legislador y tomarlas como alternativas viables para resolver el conflicto, al igual que los principios como el modelo constitutivo de justicia, opción esta determinante al momento de proferir su sentencia y aplicables a cada sujeto en particular. Por ejemplo, para Dworkin existen unos principios relevantes que son: el de la integridad e igualdad, el primero de éstos conlleva a una interpretación coherente del derecho por parte del juez, que no es más que observar y analizar la sociedad y sus valores con el objetivo de construir una decisión judicial correcta, y el segundo a ponderar, fundamentar su elección y aplicarla sin violar los derechos de ningún ser humano, sujeto procesal e interviniente. Es decir, aquí se presenta una discusión moral que tiene como trasfondo equilibrar los intereses con el objetivo de llegar a un momento reflexivo que procure llevar al juez a una decisión judicial racional y en efecto correcta.

Al igual que Dworkin, Manuel Atienza argumentan que existen casos fáciles y difíciles, en los primeros la justificación proviene de una deducción lógica, donde no hay lugar a varias interpretaciones, controversias, confusiones; en los segundos hay conflicto entre los razonamientos y juicios valorativos, existencia de varias reglas válidas o el análisis equívoco de la norma y su aplicabilidad.

Según MacCormick (Citado por Atienza, 2006, p.177) “la justificación judicial de tipo deductivo es suficiente en los casos fáciles (tiene como límites los casos difíciles), pero siempre y cuando se acepten dos presupuestos: uno de carácter político (la obligación de los jueces de utilizar como premisas las normas del derecho válido, la lógica por sí misma no da razones para aceptar las premisas) y otro de carácter teórico (se cuenta con el criterio de regla de reconocimiento) para identificar cuáles son esas normas”.

Existe otro elemento importante para construir una decisión judicial racional: la congruencia que “es la relación que debe mediar entre los fundamentos de la decisión y los criterios que definen las condiciones de su posible inserción; se piensa en el ámbito de la teoría de la interpretación, y se reconoce en la condición de que la decisión resulte de la aplicación de una norma al caso concreto” (Taruffo, 2006, p. 189-191). Debe preservarse una relación lógica y coherente entre la selección de la norma y su aplicabilidad al caso analizado, interconexión entre el ordenamiento jurídico y la parte fáctica.

Siguiendo el discurso de Habermas en su libro *Facticidad y Validez* (1998), éste asevera que una decisión judicial debe caracterizarse por su fundamentación racional, brindar seguridad jurídica, soporte al ordenamiento jurídico y la pretensión de legitimidad. Es por esto, que aunque los usos y costumbres influyan sobre la racionalidad de una decisión en cuanto forman parte de la estructura jurídica y de los estándares previos e históricos; al igual que las reglas de la experiencia, no dejan de ser elementos contingentes e hipotéticos, aplicables a hechos como objetos de prueba conducentes a la valoración de un caso concreto.

La decisión judicial del juez debe “constar de los actos de prueba producto de los criterios de valoración utilizados y del resultado de esa valoración. Se trata de expresar los antecedentes probatorios, de dar cuenta del proceso de elaboración de los datos de ese carácter, de modo que el lector de la sentencia pueda entender porque se afirman ciertos hechos como probados” (Ibáñez, 1994, p. 261). Los criterios de valoración del juez, conlleva a apreciar en conjunto los medios probatorios, elementos materiales probatorios y la evidencia física, de tal manera que no excluya ningún aspecto importante por simple que parezca, porque precisamente el objetivo del derecho es escudriñar aquello que no es perceptible a simple vista, para establecer una relación directa; el cual conduce a un serio ejercicio intelectual y a una acertada interpretación, dada en la valoración y originaria de la decisión judicial.

Volviendo al procesalista italiano Michele Taruffo, este postula tres condiciones necesarias para que la sentencia sea justa: “1. La existencia de un procedimiento que respete todas las garantías procesales, esto es, un procedimiento correcto, equilibrado, por un juez independiente, imparcial y que respete los derechos de las partes a ser oídas. 2. La fijación precisa, veraz y completa de los hechos objeto de decisión, ya que no puede haber una decisión judicial justa, sino está basada en una determinación verdadera de los hechos. 3. La identificación adecuada y precisa de la norma legal relevante, al igual que su correcta interpretación y aplicación al caso concreto” (2005, p. 102).

En efecto, para que exista una idónea y congruente motivación de la decisión judicial es necesario acudir a tres criterios o valores “1. La corrección de la escogencia y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso 2. Comprobación confiable de los hechos importantes del caso. 3. Empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión” (Taruffo, 2006, p. 203). En suma para hablar de una decisión justa y racional se requiere que la elección de la norma, la interpretación y argumentación de ésta sea correcta, válida, legal y legítima, eficaz, sustentada en

hechos demostrables y que el juez posea un conocimiento adecuado de los mismos; que le permitan llegar a un convencimiento más allá de toda duda razonable de su veredicto. No obstante, para ello el juez debe ponderar los principios constitucionales y fundamentar su fallo en criterios cognoscibles que protejan los derechos fundamentales de los sujetos procesales.

CONCLUSIONES

Si bien, como se ha comprobado en esta investigación la racionalidad es uno de los intereses superiores del derecho y más aun cuando se vincula a la decisión judicial, no ha sido asumido con rigor su estudio por juristas, sino por filósofos y sociólogos, como Kant y Weber. Adicionalmente, queda claro que la racionalidad practica, es el tipo de racionalidad donde se desenvuelve el derecho.

La racionalidad es universal, de modo que se le adjudica su objetividad en toda pretensión, y sin embargo, a pesar todas las decisiones judiciales son particulares o se fundamentan en el caso concreto, el actuar de la racionalidad como condición necesaria de la correcta decisión judicial, no es de un imperativo categórico, sino hipotético, los cuales, tienen un componente relativo y de posibilidad intrínseco; y enfatizan en que si los medios utilizados son buenos-desde la percepción de la moral kantiana-, los resultados también lo serán. De ahí, que se estime la búsqueda de la racionalidad de las decisiones judiciales como algo bueno que garantice su carácter de correcta.

En Weber, como en la mayoría de los racionalistas de los tres últimos siglos, la racionalidad se desarrolla, tanto en la acción social, como en el orden social, a través de medios racionales que justifican los fines, es decir, bajo la premisa de la racionalidad de los medios con arreglos a fines.

En la distinción ineludible entre la racionalidad y la razonabilidad se logra demostrar que dicha distinción está separada en la práctica por un hilo fronterizo, donde la racionalidad es el fundamento que guía el desarrollo de la razonabilidad, o sea la racionalidad, es la exigencia de conocer el por qué de las cosas, el fundamento de comprensión de la racionalidad que le permite al sujeto como un ser capaz de deliberar y perseguir unos fines y lo racional comprende la selección de los medios y la praxis de éstos para la obtención de un propósito.

Finalmente, toda decisión judicial tiene como objetivo fundamental en su actividad jurisdiccional gozar de la racionalidad que se expresa en la determinación de los derechos subjetivos de las partes en un proceso, tomando como punto de referencia los argumentos más justificados. Es más, una decisión judicial correcta, debe caracterizarse por su fundamentación racional, la cual brinda la seguridad jurídica, que soporta en el ordenamiento jurídico, la pretensión de validez, legitimidad y eficacia de lo decidido.

BIBLIOGRAFIA

- AGAZZI, Evandro. (2009). Filosofía técnica y filosofía práctica. En. Racionalidad científica y racionalidad humana. Edición Universidad de Valladolid. Citado por César Augusto Londoño Ayala. Principio de proporcionalidad en el derecho procesal penal. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá.
- ALEXY, Robert. (1989). Teoría de la Argumentación. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- _____ . (1993). Derecho y Razón Práctica. Fontamara: México.
- ATIENZA, Manuel (2006). Derecho como Argumentación. Editorial Ariel. Barcelona.
- BERNAL PULIDO, Carlos. (2007). La racionalidad de la ponderación. En: el principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Edición Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- _____ . (2005). El derecho de los derechos. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Edición Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- BOURDIEU, Pierre & TEUBNER, Gunther. (2005). La fuerza del derecho. Edición Universidad de los Andes. Editorial Siglo del Hombre. Bogotá.
- BUSTAMANTE RÚA, Mónica. (2010). Principios del derecho procesal. En: derecho procesal contemporáneo. Edición Universidad de Medellín. Editorial Sello editorial. Medellín.
- BOVINO, Alberto. (2002). Problemas de Derecho Procesal Contemporáneo. Editores del Puerto: Buenos Aires.
- DELLEPIANE, Antonio. (2003). Nueva teoría de la prueba. Editorial Temis. Bogotá D. C.
- CALVO GONZALES, José. (s.f.). Hechos difíciles y racionamiento probatorio. (Sobre la prueba de hechos disipados). Edición Universidad de Málaga. España Málaga.
- CERDA GUTIERREZ, Hugo. (2002). Los elementos de la investigación. Editorial El Buho. Bogotá. D.C.
- COLOMBIA. C.Const. Sentencia T-086 de 2007. Cepeda Espinosa. M.
- COLOMBIA. C.Const. Sentencia T-544 del año 2004.
- IBAÑEZ, Perfecto. (2006). Jueces y Ponderación Argumentativa. Universidad Nacional Autónoma de México: México.

- KANT, Emmanuel. (2002). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Editorial Espasa-Calpe: Barcelona.
- KAUFMANN, Arthur. (2007). *La Filosofía del Derecho*. Editorial Temis: Bogotá.
- LONDOÑO AYALA César Augusto. (2009). *Principio de proporcionalidad en el derecho procesal penal*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá.
- PARRA QUIJANO, Jairo. (2006). *Manual de Derecho Probatorio*. Editorial ABC: Bogotá.
- _____ . (2004). *Racionalidad e Ideología en las Pruebas de oficio*. Temis: Bogotá.
- RAWLS, John (1993). *Liberalismo Político*. Colombia University Press: Nueva York.
- ROJAS, Víctor. (2006). *El Concepto del Derecho de Dworkin*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: México.
- TARUFFO, Michele. (1999). *Racionalidad y Crisis de la Ley Procesal*. Editorial Doxa: Madrid.
- _____ . (2005). *Conocimiento Científico y Estándares de Prueba Judicial*. En: *Nuevas Tendencias del Derecho Procesal, Constitucional Legal*. Editorial Universidad de Medellín: Medellín.
- _____ . (2006). *Sobre las Fronteras: Escritos sobre la Justicia Civil*. Temis: Bogotá.
- _____ . (2004). *La Prueba de los Hechos*. Atalaya: Madrid.
- _____ . (2005). *La Prueba, la Verdad y la Decisión judicial*. En: *Nuevas Tendencias del Derecho Procesal Constitucional y Legal*. Universidad de Medellín: Medellín.
- WEBER, Max (1992). *La Racionalidad del Derecho*. Editorial Temis: Bogotá.

LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: PATRONES DEL CONFLICTO.

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ¹

Resumen

En este artículo se presentan y discuten los resultados de una investigación en la que se determinaron las materias que fueron evaluadas por la Corte Constitucional en la revisión de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y que a la postre desencadenaron la crisis de la acción de tutela contra sentencias. Se demuestra que el sistema de precedentes y la figura del órgano de cierre son los patrones de conflicto entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en el escenario de la acción de tutela contra sentencias. Se concluye, además, que los precedentes de la Corte Constitucional en la materia son insuficientes para materializar la seguridad jurídica y la igualdad como argumentos para la obligatoriedad de su jurisprudencia.

Abstract

This article shows and discussed the results of an investigation that identified the patterns of conflict between the Supreme Court of Justice and Constitutional Court as a result of tutelage against sentences (TCS). It shows that are the system of precedents and the closing institution, such as institutional arrangements to address the legal indeterminacy, the patterns of conflict. It was further concluded that the Constitutional Court precedents in this area are insufficient to realize the legal security and equality as grounds for binding precedents.

Palabras clave

Decisión judicial, teoría legal, indeterminación, administración de justicia, sistema de precedentes.

Keywords

Judicial decisions, Legal Theory, Legal indeterminacy, administration of justice, system of precedents.

¹ Abogado Universidad Católica de Colombia. Magister en Derecho por la Universidad de Palermo. Miembro del grupo de investigación "Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia" del Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio jurídicas de la Universidad Católica de Colombia. Investigador principal en el proyecto "Doctrina Judicial de la Corte Constitucional". Correo electrónico: fepulido@ucatolica.edu.co

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de Colombia de 1991 trajo consigo fundamentales reformas jurídico-políticas al país. En lo referente al sistema de control de constitucionalidad, las innovaciones más sobresalientes fueron la creación de una Jurisdicción Constitucional con un control mixto de constitucionalidad y la creación de una Corte Constitucional a la que se confió la guarda y la supremacía de la Constitución (Art. 241), a través de dos mecanismos específicos: (1) competencias de control concentrado y abstracto de constitucionalidad, y (2) revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela (en adelante AT) para la protección de los derechos fundamentales de las personas.

La AT ha sido objeto de diversas discusiones. Una de ellas ha girado en torno a la procedencia de la acción de tutela contra sentencias y providencias judiciales (en adelante TCS), en especial cuando por medio de ésta se pretende impugnar providencias de las altas Cortes (Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura). Además, a partir de la sentencia SU120-2003 -la cual definió que la acción de tutela contra sentencia procede cuando no se cumplan con las cargas argumentativas en la interpretación de precedentes- el número de AT contra sentencias de las altas Cortes ha aumentado. La discusión, incluso, ha tomado tintes de crisis institucional, dada la renuencia que mostraron las altas Cortes, por una parte al negar rotundamente la procedencia de las tutela contra sentencias (en adelante TCS) y por otra al negarse a enviar los procesos de tutela a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Debe tenerse en cuenta que a mediados del 2004, la CSJ negó darle trámite a las AT en contra de sus propias sentencias, ante lo cual la Corte Constitucional respondió mediante el Auto 004 estableciendo que todas las personas a cuyas demandas de tutela les había sido negado el trámite, podrían presentarlas directamente ante cualquier juez, incluyendo las demás altas cortes. El conflicto llegó a ser tan grave que en 2004 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos admitió una petición de un ciudadano colombiano que demandó al Estado por denegación de justicia cuando la CSJ se negó a cumplir la sentencia SU-1185 de 2001 de la Corte Constitucional, que le reconoció una pensión de jubilación al peticionario.

Por otra parte, el problema de los precedentes judiciales, por ejemplo el resuelto en la sentencia SU120-2003, obedece a dos dificultades íntimamente ligados pero distinguibles: la identificación de precedentes judiciales y su obligatoriedad. En la identificación de precedentes judiciales surgen dos problemas específicos: (i) el carácter complejo de las sentencias en la que se presenta un el amalgamamiento de distintos tipos de normas y (ii) la naturaleza y estructura de las normas de origen judicial. El carácter complejo de los precedentes radica en el hecho de que en una sentencia –como texto normativo- se entremezclan normas conceptuales, normas deónticas, normas legisladas y normas casuísticas. En cuanto a la naturaleza y estructura de los precedentes, es especialmente problemático el hecho de que, en su

esencia, las normas jurídicas de origen judicial no se pueden reducir a las palabras (al texto) de la sentencia, a diferencia de los textos legislados en donde las normas dependen del acto de una autoridad (v.g el Congreso), el acto deliberado (v.g la ley) y su publicidad.

En este orden de ideas, la interpretación de los precedentes constitucionales consiste en identificar a partir del texto (la sentencia como texto), la norma judicial (precedente judicial). En este sentido existen dos concepciones antagónicas acerca de la identificación del precedente judicial: (i) el precedente judicial como norma establecida y (ii) el precedente judicial como norma recibida. Son normas establecidas aquellas cuya justificación depende del acto de una autoridad. En otras palabras, este tipo de normas dependen de actos ejecutados por órganos competentes con la intención de establecer tales normas mediante un acto lingüístico consignado en un texto normativo. En cambio, las normas cuya creación es independiente de dicho acto son “normas recibidas”. Es así como las normas recibidas son aquellas cuya creación y contenido son independientes del acto humano deliberado. Las concepciones acerca de las normas recibidas pueden ser ontológicas o empiristas. (F. Pulido, 2011a). Ahora bien, para quienes los precedentes son normas establecidas, las normas judiciales no se distinguen de las legisladas: en toda sentencia (como enunciado jurídico) puede identificarse una norma general que es extrapolable del caso concreto en virtud de los principios de universalidad y generalidad (C. Bernal, 2005). Por el contrario, las normas judiciales como normas recibidas, no se deben identificar con referencia a las palabras usadas por el juez en su sentencia sino al contenido normativo real (concepción ontológica) o al trasfondo económico, social, político o psicológico de la decisión (concepción empirista).

Debe tenerse en cuenta que el concepto de norma judicial tal y como es entendido en el *common law* depende de la respuesta a un problema jurídico concreto. Recuérdese tan solo la clásica definición de *holding*: “bajo este derecho, con estos hechos, este resultado” (J. Cueto, 1997). La tradición romano-canonica también ha enfatizado en ese carácter de las normas jurídicas de origen judicial. En esta tradición el concepto *ius*, consiste en el acto humano (paradigmáticamente el del juez) de dar a cada uno lo suyo (determinar la cosa que perteneciendo a alguien debe dársele). En resumen, la estructura de las normas de origen judicial, bien sea desde el concepto de *ius* o de *holding*, depende del caso el derecho y la solución (F. Pulido, 2011a).

En lo que tiene que ver con la obligatoriedad del precedente, se conciben tres formas para su reconcomiendo: de hecho, formal e intrínseca. Como hemos concluido en otra parte, el problema de la obligatoriedad del precedente y de las normas jurídicas en general depende esencialmente de las razones subyacentes a la existencia de la norma. En otras palabras, lo relevante para definir la obligatoriedad de una norma no está dado por la existencia de una práctica o de una norma que la defina sino de las razones para seguirla o respetarla (F. Pulido, 2011b). En este sentido; la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha definido que el valor de

su jurisprudencia está fundamentado en que ella precisa el sentido de los textos normativos, garantizando el valor de la seguridad jurídica entendida como el grado de certeza de los comportamientos permitidos, prohibido o facultativos y asegurando el principio de igualdad de trato².

Teniendo en cuenta las características de los precedentes judiciales como normas jurídicas y que a partir de la sentencia SU120 de 2003 se definió que la TCS procede cuando los jueces no cumplen con las cargas que exige la interpretación y obligatoriedad de los precedentes judiciales, en este artículo se presentan los resultados de un estudio en el que se establecieron cuáles fueron los patrones normativos de las sentencias de la Corte Constitucional en la revisión de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, desde el 12 de febrero de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2010 (fecha de la SU120-2003). Para ello (i) se seleccionaron las sentencias de la Corte Constitucional que revisaron sentencias de la Corte Suprema de Justicia en el periodo estudiado, (ii) se identificaron los problemas jurídicos concretos y la respuesta de la Corte Constitucional a los mismos, (iii) se clasificaron los problemas y reglas en función de las Salas de la CSJ que profirió la sentencia y si la Corte consideró que la CSJ había violado o no derechos fundamentales.

Metodología

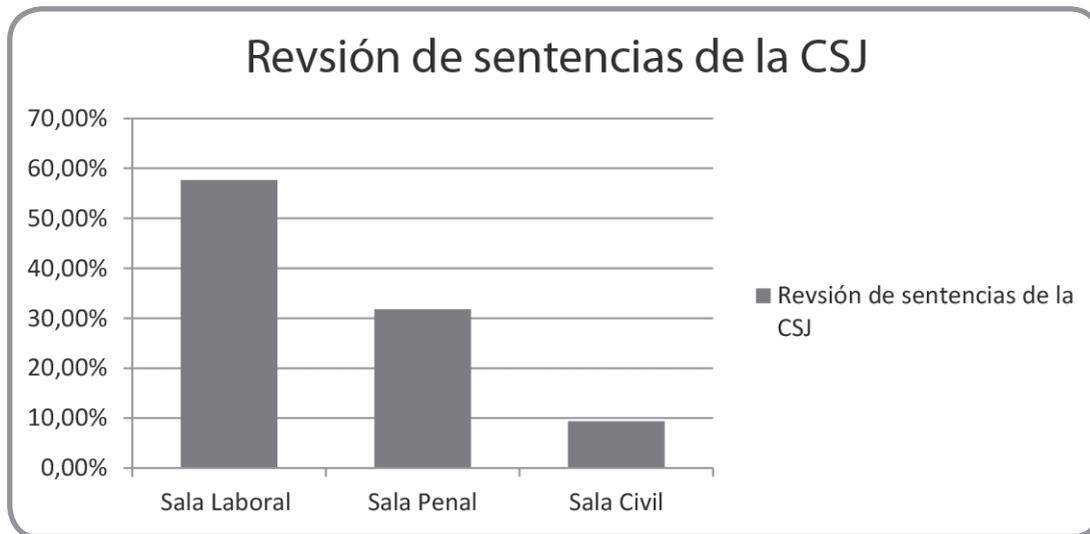
Para abordar el problema de investigación planteado se desarrolló una metodología inductiva con enfoque analítico. En efecto, a partir del análisis concreto y específico de las sentencias seleccionadas se identificaron los problemas jurídicos y reglas de decisión que sirvieron para elaborar una conclusión general acerca de los motivos que generaron la crisis de la TCS. La técnica empleada para la identificación de los elementos de las sentencias consistió en identificar el problema jurídico, la norma o parámetro normativo relevante, la regla del caso y las razones de la regla (J. Lancheros 2009). La formulación tipo para los problemas jurídicos obedeció a las siguientes estructuras: “La Sala de Casación (X) de la CSJ incurrió en vía de hecho cuando (P)” en donde p es la síntesis de la decisión de la CSJ. El otro problema tipo se diseñó con la siguiente estructura: La Sala de Casación (X) violó los derechos fundamentales de (S) cuando (P)”. El parámetro normativo es la formulación normativa que la Corte emplea para resolver el problema jurídico. La regla del caso es la respuesta afirmativa o negativa a la problema más una síntesis de las razones que le dan sentido a dicha respuesta. Posteriormente se clasificaron los elementos identificados en las sentencias en función a la Sala de Casación, materia y en relación con si el respectivo problema y regla determinaba la anulación de una sentencia de la CSJ.

² Véase , entre otras, las sentencias C-836-2001, C-083-1995 y T-292-1996

Resultados

Desde el 13 de febrero de 2003, la Corte Constitucional revisó ochenta y cinco (85) sentencias de tutela en las que se decidió acerca de la constitucionalidad de sentencias proferidas por la CSJ. De ese total, se revisaron cuarenta y nueve (49) sentencias de la Sala de Casación Laboral (57,64 %); veintisiete (27) de la Sala de Casación Penal (31,76%); y ocho (8) de la Sala de Casación Civil (9, 41%). (Ver grafico 1). Se debe tener en cuenta, que en el periodo estudiado la Corte revisó una decisión de la Sala Plena de la CSJ en el marco de una elección de un magistrado de Tribunal Superior. La Corte Constitucional consideró que la CSJ violó los derechos a la igualdad, el debido proceso, al trabajo y al acceso a cargo y función pública del accionante considerando que el ciudadano que ocupa el primer lugar en una la lista de elegibles para juez o magistrado, tiene derecho a ser nombrado en dicho cargo³ (Corte Constitucional, T-969-2010).

Grafico 1: Revisión de sentencias de la Corte Suprema de Justicia*



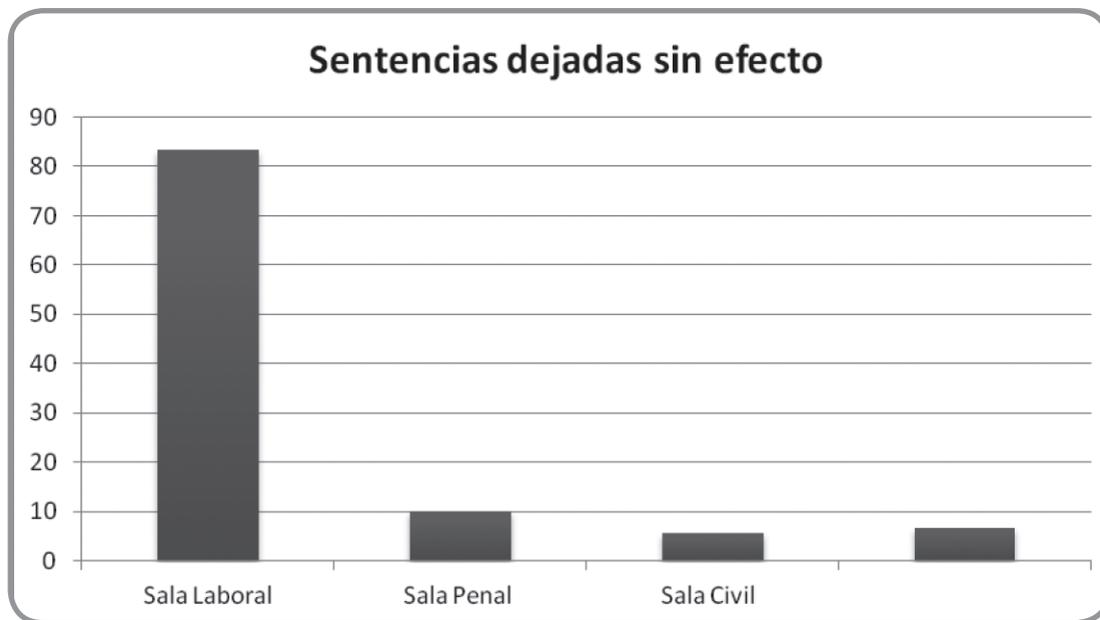
**Gráfico de elaboración propia*

Del total de sentencias revisadas, la Corte Constitucional decidió conceder el amparo y por tanto dejar sin efecto treinta sentencias (35,29%). Sin embargo, se debe tener en cuenta que del total de sentencias dejadas sin efecto veinticinco (25) provenían de la Sala Laboral (83,33%), tres sentencias de la Sala Penal (10,00%), y dos sentencias de la Sala Civil y Agraria (6,66%) (ver gráfico 2). Como se observa, un alto porcentaje de sentencias revisadas y dejadas sin efecto corresponden a

³ En la sentencia se estudió el siguiente caso: un aspirante, quien se presentó al concurso para elección al cargo de magistrado de tribunal administrativo y superior de distrito judicial, ocupó el primer puesto en la lista de elegibles. La CSJ decidió no nombrarlo y eligió a otra persona para este cargo.

providencias proferidas por la Sala Laboral de la CSJ. Desde ya debe resaltarse que de las sentencias de la Sala Laboral dejadas sin efectos, veinte resolvieron problemas jurídicos relativos a la indexación de la primera mesada pensional.

Grafico 2: Sentencias de la Corte Suprema de Justicia dejadas sin efecto mediante sentencias de la Corte Constitucional*



**Gráfico de elaboración propia*

En efecto, el asunto de la indexación de la primera mesada pensional ha resultado especialmente problemático. El problema consiste en determinar sí, cuando el trabajador no cumple la edad para ser pensionado, la liquidación de la primera mesada pensional debe hacerse con el valor que ésta representaba al momento del retiro, o con el valor actualizado o indexado al momento de cumplir con el requisito de la edad. Desde la sentencia SU120 de 2003, la Corte Constitucional sostiene que la Sala Laboral desconoce los derechos fundamentales de los ex-trabajadores a los que decide no indexarles la primera mesada pensional. Es necesario resaltar que la Corte Constitucional pretendió definir el asunto mediante sentencias de constitucionalidad abstracta. En la sentencia C-863-2006 se resolvió la demandada de inconstitucionalidad contra el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo en cuanto establece que el cálculo de la pensión de vejez se debe hacer “del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio” y que el “trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad...tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad”. En concreto, el problema jurídico que resolvió la Corte Constitucional consistió en determinar si la norma demandada desconocía

la Constitución en cuanto no contempló expresamente el derecho a la indexación de la primera mesada pensional. La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma acusada siempre y cuando se entendiera que es el mecanismo idóneo para la protección del poder adquisitivo en los casos que exista un considerable periodo entre el cumplimiento del tiempo de servicios y el momento en que el trabajador alcanza la edad prevista para ser titular de la pensión. De la misma manera, en la sentencia C-891A-2006 se definió que, dado que la disposición demandada (artículo 8° de la Ley 171 de 1961) “no contempla la actualización de la pensión sanción que el Constituyente de 1991 previó para todas las pensiones, la Corte Constitucional decretará su exequibilidad, bajo el entendimiento de que comprende la actualización constitucionalmente prevista”.

Por otra parte, en la sentencia T-018-2008, la Corte Constitucional consideró que la Sala Laboral incurrió en error sustantivo al no aplicar el principio de optar por la situación más beneficiosa al trabajador para solventar las dudas que surjan en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho (*in dubio pro operario*). En la sentencia T-957-2010, la compañera permanente de un servidor público fallecido, solicitó ante la jurisdicción ordinaria la indemnización sustitutiva. Las sentencias de instancia y la proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia concluyó que no se cumplían los requisitos para acceder a la sustitución pensional argumentándose que el régimen previsto para los servidores públicos de los entes departamentales y municipales no incluía esta prestación; así mismo, no se encontraba vigente la ley 100 de 1993, cuerpo normativo que previó la indemnización sustitutiva. La Corte Constitucional dejó sin efecto esas decisiones argumentando que la interpretación efectuada por la Sala Laboral desconoce un precedente jurisprudencial consolidado de la Corte Constitucional según el cual se viola el derecho fundamental a la seguridad social, el principio de favorabilidad en materia laboral y la prohibición de enriquecimiento sin justa causa, cuando no se reconoce la indemnización sustitutiva, pues “el no devolver los aportes realizados durante la vida laboral de un servidor público que no alcanzó obtener su derecho a pensión va en contra de la interpretación constitucionalmente adecuada de disposiciones legales” (Corte Constitucional, sentencia T-957-2010)

En definitiva, salvo la sentencia T-018-2008, el asunto sobre el cual se ha marcado la difícil relación entre la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la CSJ es el manejo e interpretación de precedentes (ver tabla 1). En efecto, en la sentencia SU-120-2003 se argumentó que a pesar de no haber ocurrido un cambio en el material jurídico relevante ni un cambio en la situación social y política que tuviese injerencia directa en la forma como se había conformado el precedente, en ese caso el de la procedencia de la indexación de la primera mesada pensional, la Sala de Casación Laboral modificó su línea de jurisprudencia sin una debida argumentación que justificara la superioridad jurídica y moral de la nueva posición con respecto a la anterior. De esta manera, a juicio la Corte Constitucional, la Sala de Casación Laboral no expuso un razonamiento justificado para realizar el cambio de jurisprudencia, dado

que los principios que le permitieron a esa entidad “resolver las pretensiones de los trabajadores utilizando para el efecto una sola doctrina probable, basada en la justicia, la equidad y los principios rectores del derecho laboral, continúan en el ordenamiento, y han tenido un amplio desarrollo constitucional, legislativo y jurisprudencial”. En las restantes sentencias de la Corte Constitucional referentes a la primera mesada pensional y que decidieron anular las sentencias de la Sala de Casación Laboral se observa como uno de los argumentos fundamentales el hecho de no respetar el precedente constitucional sentado en la sentencia SU-120-2003. Además, en la sentencia T-957-2010, como se dijo, se dejó sin efectos una sentencia de la Sala Laboral argumentándose que se desconoció un precedente de la Corte Constitucional en torno a la sustitución pensional.

La problemática del precedente judicial resulta igualmente relevante para las sentencias de la Sala Penal de la CSJ revisadas y anuladas por la Corte Constitucional. En la sentencia T-272-2005, la Corte Constitucional consideró que se violó el principio de favorabilidad penal al tramitarse un recurso de casación de casación por un homicidio culposo ocurrido el 15 de agosto de 1996, de conformidad con la Ley 600 de 2000, y no con el Decreto 2700 de 1991, a pesar de que al aplicarse este último la casación resultaba improcedente. Para la Corte Constitucional, “las leyes procesales, pueden tener efecto inmediato sobre situaciones jurídicas en curso, que, en consecuencia, no se han consolidado bajo la vigencia de la ley anterior, ni han constituido derechos adquiridos”. En la Sentencia T-678-2003, se anuló una sentencia argumentándose que el fundamento para inadmitir una casación una disposición declarada inexecutable por la Corte Constitucional. En la T-659-2005 se consideró que la Sala Penal de la CSJ vulneró el derecho a la libertad personal de un ciudadano continuándose una pena de prisión por el tiempo que tarde en surtirse una acción de revisión, a pesar de que existía sentencia condenatoria en firme contra otra persona, quien había confesado la autoría exclusiva del delito.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el precedente en TCS se pueden identificar dos tipos: (i) un “estándar” general acerca de lo que se ha denominado por la Corte Constitucional casuales genéricas y específicas de procedibilidad y (ii) reglas concretas en donde resuelve a la luz de los elementos del caso si procede la TCS o si existe o no una violación de derechos fundamentales o de la Constitución en general. Se debe desatacar que el estándar general resulta altamente indeterminado especialmente por la vaguedad del precedente como estándar y la ausencia una práctica argumentativa para la interpretación y aplicación de precedentes como reglas concretas para resolver problemas referidos a la unidad de materia.

En todas las sentencias estudiadas, la Corte Constitucional enuncia un estándar general, formulado en la sentencia C-590-2005, y en el cual pretende fundamentar el fallo⁴. Sin embargo, en muchos casos existe una amplia brecha entre el estándar

⁴ Véase el apartado de este trabajo en el que se describe el estándar general de TCS como precedente constitucional.

general y las reglas concretas, de manera que no se concretizan los postulados de seguridad jurídica y certeza empleados como fundamento del valor del precedente constitucional. El estándar general es empelado homogéneamente por la Corte Constitucional y la argumentación en dichas sentencias sugiere que el estándar se aplica de forma deductiva para resolver los problemas jurídicos. Dado el alto grado de indeterminación del estándar requiere de premisas intermedias entre aquel y la resolución del caso concreto que por lo general son omitidas en la argumentación de las sentencias.

Como excepción al uso del estándar general y a la aplicación de una regla concreta podríamos mencionar la línea de precedentes sobre la indexación de la primera mesada pensional. Sin embargo, en la sentencia la sentencia T-815 de 2004, la Corte Constitucional definió un nuevo estándar general pero limitado al problema de la indexación mediante TCS cuando la jurisdicción ordinaria la ha negado. Según esta sentencia la TCS procede siempre y cuando (a) que el actor empleó los medios de defensa ordinarios; (b) que se ha desconocido el precedente de la SU-120-2003 y el precedente de unificación ordinario constitucionalizado, y (3) que no existen otros medios de defensa.

En definitiva la Corte Constitucional tiende a identificar los precedentes judiciales a normas establecidas, es decir con referencia a un texto normativo general. En otras palabras, la Corte Constitucional identifica e interpreta los precedentes judiciales como si fueran normas legisladas. Por último, en lo que tiene que ver con la obligatoriedad de los precedentes la Corte Constitucional entiende que el fundamento de los mismos se encuentra generalmente en los valores de la igualdad y seguridad jurídica. En todo caso, se debe resaltar que la Corte, a pesar del manejo general de los precedentes como norma establecida, acostumbra formular argumentos de justicia –es decir el contenido per se de los precedentes- para justificar la obligatoriedad de los precedentes.

4. Discusión

El énfasis del normativismo contemporáneo en la seguridad jurídica -sea entendido como un asunto de técnica legislativa o de técnicas de interpretación- colisiona con el problema de la indeterminación de los lenguajes normativos, generando tradicionales discusiones tales como la de la existencia de la respuesta judicial correcta. La indeterminación del derecho⁵ ha sido definida por B. Leiter (1995) como la imposibilidad de los enunciados normativos de prever un único resultado. Como lo afirma el citado autor la imposibilidad de asegurar resultados unívocos depende de la indeterminación de: (i) las fuentes (textos), (ii) las operaciones

⁵ No sobra advertir que el problema de la indeterminación se enmarca en una concepción normativista del derecho. En otras palabras, sería más preciso hablar de indeterminación normativa o indeterminación de las normas.

interpretativas, (iii) los hechos y (iv) de las operaciones racionales. Este autor afirma que, además, la (in)determinación de las normas jurídicas depende de los contextos relevantes de las decisiones, es decir de las circunstancias o contextos que efectivamente influyen en las decisiones. (1995, p. 482-492). En otras palabras, es natural encontrar diferentes resultados interpretativos, pues “la tarea de asignar significado a actos lingüísticos, textos y prácticas es un paso valorativo sumamente complejo y controvertido” (Nino, 1992, p. 82). Incluso, se ha llegado a afirmar que el ordenamiento jurídico incorpora un fuerte componente de moralidad que determina un proceso interpretativo inherentemente incierto y controvertido⁶.

Las respuestas al problema de la indeterminación de las normas jurídicas han sido variadas y de distintos matices. En primer lugar, están quienes piensan que la indeterminación no es necesariamente un defecto, pues son útiles para satisfacer la necesidad social de no cerrar cuestiones que sólo pueden ser apreciadas y resueltas en el futuro (Hart, 1963), y que, por tanto, los textos constitucionales funcionan como capacitadores de la democracia, al evitar el cierre de los debates y soslayar así los problemas antidemocráticos que ello acarrearía, potenciando, por el contrario, la libertad de la comunidad que se autogobierna (Holmes, 1999).

En segundo lugar, se defiende que la salida a la indeterminación normativa debe encontrarse en la lectura moral de los enunciados normativos. En este sentido las teorías coherentistas defienden que el desarrollo de las cláusulas constitucionales requiere de una práctica posterior coherente por parte de los diferentes actores, con el fin de que se realicen las expectativas constitucionales de una manera integrada. Constitucionalización coherente del derecho significa, siguiendo a autores como Nino (1992) o Dworkin (1988), que el hilo conductor en el desarrollo de la práctica constitucional debe ser el valor de la integridad del derecho⁷, para lo cual el razonamiento práctico en la toma de decisiones debe derivarse de un esquema coherente de principios, con el fin de que las decisiones de los diferentes actores jurídicos formen parte del cuerpo de dicho esquema. Se pretende que, en la medida en que evoluciona la práctica, se respeten las decisiones legítimas del pasado y, naturalmente, los derechos de las personas. Respecto de la actividad judicial en particular, se espera que sus decisiones estén limitadas y fundamentadas por decisiones legítimas del pasado (Caracciolo, 2001). En consecuencia, se afirma que la coherencia constituye un límite para la discrecionalidad de los funcionarios, lo cual no implica que ellos tengan una simple tarea de reproducción mecánica de las decisiones del pasado, sino que pueden actuar según sus convicciones siempre que éstas logren ser justificadas dentro de un sistema coherente de principios⁸.

⁶ Esto es lo que Dworkin (1999) entiende como *lectura moral de la constitución*, algo que, quiérase o no, está inevitablemente incorporado a la práctica jurídica.

⁷ Según Dworkin, los jueces “no pueden leer sus propias convicciones en la constitución. No pueden leer las cláusulas morales abstractas como si expresaran un juicio moral particular, sin importar cuánto les importa ese juicio, a menos que lo consideren consistente, en principio, con el diseño estructural de la Constitución como un todo, y también con los lineamientos dominantes de antiguas interpretaciones de otros jueces” (1999, p. 110).

⁸ Cabe aclarar que estas teorías no aluden a la coherencia del ordenamiento jurídico como cualidad necesaria de todo

En tercer lugar, existen quienes piensan que los anhelos de seguridad jurídica, coherencia y respuestas correctas no son más que dogmas ideales sin ningún fundamento empírico, y que, por el contrario, la práctica demuestra que las normas jurídicas no son más que “juguetes” esencialmente manipulables en la actividad judicial y que no tiene la posibilidad de determinar respuesta alguna. (D. Kennedy, 1999, 2006 y 2010).

Por otra parte, se defiende que, ante la imposibilidad de lograr la determinación del derecho *a priori*, la única salida son los arreglos institucionales. Para ello, los ordenamientos jurídicos han diseñado dispositivos institucionales que sirven de auxilio a la seguridad jurídica. Paradigmáticamente, los mecanismos institucionales para enfrentar los problemas de la indeterminación normativa son: (1) la institucionalización de un órgano de cierre que tenga la última voz en las discusiones jurídicas que se presentan en el desarrollo del derecho (R. García & Uprimny, 2006), y (2) el respeto por los precedentes (decisiones judiciales del pasado). Tales dispositivos dependen, además, de la estructura jurisdiccional y de mecanismo jurídicos de garantía. En el caso particular de la estructura jurisdiccional colombiana se tiene que ella se caracteriza por ser dualista impura y contar con un sistema flexible de precedentes.

Según Ferreres Comella (2005), los modelos de justicia constitucional pueden ser centralizados (modelo europeo) o descentralizados (modelo americano). El primero se caracteriza por establecer una estructura dualista en tanto que divide el poder judicial en (1) una función constitucional encargada al Tribunal Constitucional y (2) una función ordinaria encargada de aplicar la legislación a casos concretos. Asimismo, la estructura dualista puede ser más o menos rígida, según dos variables: la pureza y la autonomía. La primera variable depende de si el control constitucional abstracto es la única competencia del Tribunal Constitucional, por lo que, en ese caso, se dirá que la estructura dualista es *pura*. La segunda variable depende del grado en que el Tribunal Constitucional está desligado de la Jurisdicción Ordinaria, y en este sentido la estructura dualista será más pura cuanto menor sea la vinculación del Tribunal Constitucional con la Jurisdicción Ordinaria. De esta manera, si mediante algún tipo de recurso o acción judicial el Tribunal Constitucional tiene la capacidad de revisar las decisiones provenientes de la Jurisdicción Ordinaria, el sistema pierde su pureza y se convierte en un verdadero tribunal judicial de cierre en lo referente a derechos fundamentales e interpretación constitucional.

sistema jurídico, según el tradicional modelo dogmático, sino al derecho como integridad, de acuerdo con Dworkin. Este modelo exige que los jueces se guíen por el *valor moral de la coherencia* con el propósito de que interpreten las decisiones del pasado de tal manera que se tornen consistentes por principio (Marmor, 2000). La coherencia aquí formulada, entonces, no es igual a la coherencia de los sistemas normativos lógicos. En estos sistemas la coherencia responde a la necesidad, connatural a todo sistema, de no integrar soluciones normativas contradictorias. La coherencia como principio ha de entenderse como algo más que una mera consistencia lógica del sistema: dando por sentado que los diferentes principios y reglas de los sistemas constitucionales son comúnmente contradictorios, este ideal de coherencia pretende que los diferentes actores de la práctica constitucional ajusten entre sí los diferentes planes de acción derivados de dichos sistemas, de tal manera que formen un programa de acciones coherente. Al respecto, v. Dworkin (1989), Marmor (2000) y Rawls (2004).

La jurisdicción colombiana está conformada dentro de una estructura dualista *impura*, en donde una delimitada Jurisdicción Ordinaria, con órganos de cierre independientes, coexiste con una Jurisdicción Constitucional, cuyo órgano de cierre es la Corte Constitucional. Se trata de una estructura dualista impura, dado que las Jurisdicción Ordinaria está vinculada a la Constitucional a través de la AT para la protección de los derechos fundamentales, por medio de la cual todos los jueces, tribunales y Cortes orgánicamente pertenecientes a la Jurisdicción Ordinaria están involucrados en asuntos relativos a la defensa y la garantía de estos derechos, instituyéndose la Corte Constitucional como órgano de cierre en la materia. Además, mediante la TCS se asegura que las decisiones de los jueces ordinarios, y principalmente las de sus órganos de cierre, estén conformes a la práctica constitucional definida por la Corte Constitucional (F. Pulido, 2009).

De conformidad con los resultados presentados en este trabajo y la definición de la TCS como un dispositivo institucional para superar las indeterminaciones normativas, se concluye que el núcleo de la problemática de la TCS, por lo menos en lo que tiene que ver con las sentencias de la CSJ, se enmarca dentro del diseño de la jurisdicción colombiana como mecanismo institucional para superar las indeterminaciones normativas. Mas aun, se puede concluir, problema de la AT contra sentencias de la CSJ se centra llamativamente en la interpretación y obligatoriedad del precedente.

Ahora bien, en lo que tiene que con las características de las sentencias estudiadas como precedentes se debe observar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de la TCS se presentan las siguientes dificultades: (i) el precedente típicamente empelado para justificar los fallos es un precedente como norma establecida. (ii) Dicho precedente tiene altos grados de indeterminación lo cual genera problemas en la justificación de las jurisprudencia de la Corte Constitucional como norma obligatoria, pues no cumple con los postulados de seguridad jurídica e igualdad, y en el dialogo institucional con la CSJ. Por el contrario, los precedentes como reglas concretas (a la manera del concepto de *holding*) no son explorados suficientemente por la práctica argumentativa de la Corte Constitucional. Ahora bien, el precedente como norma establecida responde a un estándar general definido en la sentencia C-590-2005. Podemos sintetizar dicho estándar de la siguiente manera:

Para determinar la procedencia de la TCS se deben tener en cuenta los requisitos generales de procedencia y las causales especiales de procedibilidad. Los requisitos generales de procedencia son: (a) que la cuestión que se discuta sea de evidente relevancia constitucional; (b) que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable; (c) que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que

originó la vulneración; (d) cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio. (e) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere, siéndole posible, alegue tal vulneración en el proceso judicial; y (f) que no se trate de sentencias de tutela. Por su parte los requisitos o causales especiales de procedibilidad son: (a) defecto orgánico, cuando el funcionario judicial que profirió la providencia carece absolutamente de competencia para ello. (b) defecto procedimental, cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. (c) Defecto fáctico, cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. (d) Defecto material o sustantivo, cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. (e) Error inducido, cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. (f) Decisión sin motivación, es decir, inexistencia de fundamentos fácticos y jurídicos. (g) Desconocimiento del precedente y (h) violación directa de la Constitución.

Se debe resaltar que existe una brecha muy grande entre el estándar y las reglas concretas definidas por la Corte Constitucional que definen problemas de fondo en TCS. En todo caso, el estándar general es empelado comúnmente por la Corte Constitucional mediante una argumentación que sugiere que el estándar se aplica de forma deductiva. Sin embargo, dado el alto grado de indeterminación del estándar de unidad de materia, requiere de premisas intermedias entre aquel y la resolución del caso concreto que por lo general son omitidas en la argumentación de las sentencias. Debe observarse que incluso cuando se recurre explícitamente a conceptos como defecto sustantivo, defecto factico o violación de la constitución, no logran precisarse los límites normativos del mismo.

CONCLUSIONES

La Corte Constitucional debe ser prudente en lo relativo a tales sentencias para evitar convertirse, mediante la revisión de las TCS, en órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria. Por supuesto que éste es un reto complicado, ya que, en numerosas ocasiones, la línea divisoria entre los asuntos ordinarios y los constitucionales no es clara. Debe, además, refinar los criterios en la identificación de precedentes y

perfeccionar la doctrina en torno a los argumentos para modificarlos. Asimismo, en materia de precedentes sentados por la Jurisdicción Ordinaria, la Corte Constitucional debe ser muy cuidadosa y tratar de practicar alguna forma de *virtud pasiva* al evaluar si una sentencia de los órganos de cierre de la Jurisdicción Ordinaria desconoció el sistema de precedentes ordinarios o si, efectivamente, se presentó un cambio legítimo.

Existen razones institucionales para defender la TCS. Especialmente, la TCS es el principal mecanismo para fortalecer el precedente constitucional y garantizar un órgano de cierre en la jurisdicción constitucional. En este sentido, puede ser relatada la discusión en torno a la TCS pues como lo demuestran los resultados de la investigación.

Sin embargo, tales razones se ven afectadas por la indeterminación de los precedentes de la Corte Constitucional en el tema. El alto grado de indeterminación en el estándar general típicamente empelado por la Corte Constitucional y la ausencia de una práctica argumentativa que decida los casos a partir de un ejercicio comparativo con casos efectivamente resueltos en el pasado, dificultan que la jurisprudencia cumpla con los postulados de seguridad jurídica certeza e igualdad.

Por último, debe ser objeto de estudio las razones por las cuales existe un porcentaje tan alto de decisiones de la Sala de Casación Laboral de la CSJ anuladas por la Corte Constitucional en relación con las demás Salas.

BIBLIOGRAFÍA.

- Caracciolo, R. (2001). *Discreción, respuesta correcta y discreción judicial*. En Saba, R. (Ed.) *Estado de derecho y democracia: un debate acerca del rule of law* (p. 213-220). Buenos aires: Editores del Puerto.
- Dworkin, R. (1988). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa
- Dworkin, R. (1999). La lectura moral y la premisa mayoritarista. En Hongju, H. y Slye, R. (Ed.). *Democracia deliberativa y derechos humanos* (p. 101-139). Barcelona: Gedisa.
- Ferreres Comella, V. (2005). Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. En Saba, R. (Ed.) *Los límites a la democracia* (p. 305-326). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- García Villegas, M. y Uprimny, R. (2006) ¿Qué hacer con la tutela contra sentencias? En Guarnido, D., Botero, C., García Villegas, M., Jaramillo, J. y Uprimny, R., *Tutela contra sentencias: Documentos para el debate* (p. 63-72). Bogotá: De Justicia.

- Hart, H.L.A. (1963). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abedelo-Perrot.
- Lancheros, J. (2009). Metodología En Aguilar, Juan, Mantilla, María José. Lancheros, Juan Carlos y Pulido, Fabio (2009). *Manuales Legislativos: Síntesis Jurisprudenciales*. Bogotá: Konrad Stiftung Adenauer.
- Leiter, B. (1995). Legal indeterminacy. En *Legal theory 1* (1995), 481-492.
- Hervada, J. (2008). *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*. España: EUNSA.
- Marmor, A. (2000). *Interpretación y teoría del derecho*. Barcelona: Gedisa
- Nino, C.S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Pulido, F. (2011a). La coherencia del derecho en la relación entre la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Universidad de Palermo, 2009.
- Pulido, F. (2011a). Control Constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista. En *Revista Prolegómenos* (27) 1 p. 118-142.
- Pulido, F. (2011b). Estructura, identificación y obligatoriedad de los precedentes judiciales. (manuscrito).
- Twining, W & Miers, D. (1999) *How to Do Things With Rules?* London: Butterworths.
- Referencias jurisprudenciales.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencias: T-016-2006, T-174-2002, T-594-2008, T-623-2002, T-759-2003, T-950-2006, T-189-2009, T-509-2009, T-890-2006, T-1204-2008, T-354-2002, C-590-2005, T-815 de 2004, SU-1185 de 2001, SU-120-2003, C-836-2001, C-083-1995, T-292-1996, T659-2005, T-018-2008, T-469-2005, T -815-2007, T-076-2010, T 678-2003, T-908-2008, T-991-2008, T-1226-2004, T-045-2007, T-107-2009, T-129-2008, T 311-08, T-425-2007, T-789-2008, T-969-2006, T-1055-07, T-677-2003, T-642-2005, T-328-2005, T-098-2005, T-635-2005, T-815-2004, T-296-2005 y T-805-2004

EL ESTÁNDAR DE PRUEBA Y EL INDICIO EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA ADMINISTRATIVA, ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO¹

LUIS BERNARDO RUIZ JARAMILLO²

Resumen

Una de las singularidades de la jurisprudencia del Consejo de Estado, desde el año 1990 hasta el presente, consiste en que la misma ha explorado diversas alternativas en aras de resolver las dificultades de prueba en materia de responsabilidad médica. El reconocimiento de la dificultad de prueba y su solución ha tenido como foco de atención los siguientes aspectos de la responsabilidad médica: la falla y la relación de causalidad. En cuanto a la prueba de la causalidad, han existido dos tendencias, la una, la utilización de la disminución del estándar de prueba o de los favorecimientos probatorios, y la otra es el uso el estándar de la certeza probatoria y la utilización de la prueba indiciaria para superar la dificultad probatoria. La tendencia en la actualidad en tal jurisprudencia es tener como estándar de prueba la certeza probatoria y el uso del indicio ante la dificultad probatoria. En el plano político puede ubicarse la posición de la mayoría como una perspectiva liberal, ya que se prefiere la solución que da seguridad jurídica, que se apuntala sobre la idea de la verdad como correspondencia y en las reglas procesales propias del sistema dispositivo.

Abstract:

One of the peculiarities of the case law of the State Council, from 1990 to the present, is that it has explored various alternatives in order to resolve the difficulties of proof in medical liability. Recognizing the difficulty of proof and its solution has been to focus the following aspects of medical liability: fault and causation. As proof of causality, there have been two trends, one using the standard test decreased or

¹ Esta ponencia es producto de una investigación terminada cuyo título era “La argumentación de los hechos en la valoración de la prueba y el concepto de probabilidad en la responsabilidad administrativa por la actividad médica”. Esta investigación se inscribió en el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, lo mismo que en el CODI de la misma Universidad y tiene como fecha de terminación del 21 de octubre de 2010. Proyecto que fue ejecutado por los docentes investigadores: Oscar García, Adriana Ruiz, Victor Pérez, Rosmery Velásquez y Bernardo Ruiz (investigador principal); y por los estudiantes investigadores: Yeison Manco, Alejandra Ortiz y Juliana Restrepo.

² Docente ocasional de la Universidad de Antioquia, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Magíster en Filosofía. Director del Semillero “El Derecho a la Prueba” de la misma Universidad. Correo electrónico: luisbernardo.ruiz@gmail.com.

favoritism proof, and the other is the use of certain standard and proof test using circumstantial evidence to overcome the difficulty. The trend nowadays in this case is to have as standard test certain evidence and the use of evidence of the difficulty of proof. Politically can locate the position of the majority and a liberal perspective, as it prefers the solution that gives legal certainty, which is propped up on the idea of truth as correspondence and procedural rules of the system own device.

Palabras clave

Prueba, el estándar de prueba, la causalidad, la carga de la prueba y la prueba indiciaria.

Keywords

Test, the standard of proof, causation, the burden of proof and circumstantial evidence.

INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia sobre la responsabilidad médica en el Consejo de Estado ha reconocido la dificultad de cumplir con el estándar de certeza probatoria, principalmente, en el ámbito del nexo causal. El reconocimiento de esta dificultad, por parte del Consejo de Estado, ha conllevado a que la jurisprudencia de tal entidad haya esgrimido diversas teorías, entre ellas la de la probabilidad preponderante (o grado suficiente de probabilidad), los aligeramientos probatorios y la prueba indiciaria. Teorías estas que han buscado superar las inconsistencias en cuanto al estándar de la prueba necesaria para las personas perjudicadas con el servicio médico asistencial estatal, a fin de que puedan acceder a una indemnización por vía judicial.

Precisamente, la pretensión indemnizatoria por los perjuicios en la actividad médica tiene como objeto el derecho fundamental a la salud (Sentencias de la Corte Constitucional: T-760 de 2008 y T-016 de 2007). Derecho social éste que se constituye en uno de los componentes centrales de la legitimidad del Estado contemporáneo. De esta forma, la importancia de este trabajo se relaciona con el hecho de que la medicina es una de las herramientas más importantes de la modernidad en la administración de la vida y la salud de la población. Por ello, cuando se trata de una indemnización por el perjuicio en la actividad médica, el estudio de los condicionamientos como el de la prueba del nexo causal adquiere mucha relevancia, ya que de las teorías que se haga uso en tal ámbito depende la mayor o menor protección del derecho a la salud de la población.

El objeto de esta ponencia es hacer un estudio crítico de la jurisprudencia del Consejo de Estado con respecto a las teorías jurídicas, especialmente, las concernientes a las teorías de la falla del servicio, la carga de la prueba, la teoría de la probabilidad preponderante, los aligeramientos probatorios y la prueba indiciaria.

La metodología del proyecto de investigación se caracteriza por ser un estudio documental de la jurisprudencia del Consejo de Estado desde 1990 hasta marzo del año 2010. De esta jurisprudencia se obtuvo la relacionada con la responsabilidad administrativa por la actividad médica, de la cual, con este primer informe, se da cuenta del estado del arte sobre la temática en cuestión, como también se realiza el análisis de las diversas posiciones que sobre la materia han aparecido en tal jurisprudencia. Se utilizó como instrumento de recolección de información el programa informático AtlasTi, con el que se sistematizó la jurisprudencia mediante diversas categorías y códigos que permiten organizar, clasificar, relacionar y cuantificar la información cualitativa.

Este ensayo contiene, en los dos primeros capítulos, la descripción de las teorías que invoca el Consejo de Estado sobre la temática en cuestión, las sentencias más importantes que tocan tales aspectos y se hace un ejercicio crítico frente a esas posturas. En el capítulo tercero se explica el indicio y su utilización por la jurisprudencia para abandonar teorías como la disminución del estándar de prueba y retornar al cauce clásico de certeza probatoria.

Entre las conclusiones del trabajo se encuentra que un estándar de prueba de certeza probatoria si bien potencializa el derecho a la contradicción del ente o el personal médico demandado, dificulta al perjudicado obtener indemnizaciones ya que se amplía el espectro de casos en los que el juez aplica la carga de la prueba desfavoreciéndolo. Si se disminuye el estándar de prueba, serán menos los casos que desfavorecerán la pretensión indemnizatoria del perjudicado. También se concluye que el concepto de equidad se ha constituido en una especie de comodín para justificar posiciones que enarbolan los favorecimientos probatorios para el perjudicado, como también para retornar al sistema clásico de responsabilidad subjetiva. Finalmente, el paso de las líneas jurisprudenciales que apoyaban las facilidades probatorias para el usuario del servicio médico hacia el retorno a la responsabilidad subjetiva, se hizo con una cuestionable concepción del indicio.

1. Dificultades probatorias en la falla del servicio y la carga de la prueba

Sin duda alguna, las grandes teorías jurídicas surgen en aquellos conceptos que tienen un amplio grado de indeterminación. Precisamente, la dificultad probatoria de la responsabilidad médica la ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de

Estado, principalmente, con fundamento en que los avances técnicos y científicos en la medicina dificultan al perjudicado del servicio probar los condicionamientos de causalidad y el subjetivo de la responsabilidad. Inicialmente, la dificultad se planteó en el aspecto subjetivo de la responsabilidad, y debido a ello apareció la doctrina de la presunción de culpa en 1990³, la cual se consolidó, con la falla presunta en 1992⁴; doctrina ésta que gozó de estabilidad hasta el año 2000 y desapareció en el 2006. También la dificultad de prueba sobre el aspecto subjetivo se trató de superar con la teoría de la carga dinámica de la prueba en año 2000⁵; teoría ésta que no tuvo aplicación en la prueba de la causalidad. Luego, a partir de 1999, se admitió la dificultad de prueba para el nexo causal; ámbito en que se enarbolan las teorías del grado suficiente de probabilidad (disminución del estándar de prueba)⁶, los aligeramientos probatorios y la prueba indiciaria. También la dificultad probatoria de la responsabilidad médica ha generado una teoría que incide en sus aspectos objetivos y subjetivos: la imputación objetiva.

En esta jurisprudencia, según Ruiz y García, el estado del arte en la actualidad, hasta la época de marzo de 2010, se puede resumir en dos hallazgos: la incidencia de la sentencia 15772 de 2006⁷ en la línea jurisprudencial dominante actual (a marzo de 2010) y la teoría de la imputación objetiva como línea alternativa. De la línea dominante puede ponerse como paradigmática a la providencia 15772/06, la cual

³ La Sentencia del octubre 24 de 1990 —Consejo de Estado. Expediente 5902. Consejero Ponente: Gustavo de Greiff Restrepo— introdujo la presunción de culpa en el ámbito del servicio médico aplicando el artículo 1604 del Código Civil, por lo que la prueba de la diligencia y cuidado corresponde es al demandado en los casos de responsabilidad médica.

⁴ La falla presunta se consolida en la decisión del 30 de julio de 1992, expediente 6897 —Consejo de Estado, Sección Tercera. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández. Expediente 6897—, fundándose jurídicamente en la equidad en consideración a que los profesionales médicos, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”, tienen la facilidad probatoria de responder a cuestionamientos que se puedan realizar contra sus procedimientos.

⁵ A partir de la sentencia 11878 —Consejo de Estado, Sección 3ª, sentencia del 10 febrero 2000, M.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez— la carga dinámica de la prueba se convierte en una doctrina que seguirá el Consejo de Estado hasta que es abandonada por la sentencia 15772 de 2006. Advierte la sentencia 11878 que esta teoría dinámica de la carga probatoria significa una ardua tarea para el juez ya que éste, en cada caso, tendrá que determinar a cuál de los litigantes se le facilita la prueba de la falla del servicio. La carga dinámica es seguida por la sentencia del 22 de marzo de 2001—Consejo de Estado, Sección 3ª. Radicado número: 25000-23-26-000-1992-8384-01(13166). Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque—, en la que se trata de un caso en el que al paciente se le diagnostica posible varicela, sin embargo, éste muere y en la necropsia se evidencia que tenía SIDA. Encuentra el juzgador que la prueba de la pérdida de oportunidad no era contundente ya que el sistema inmunológico del paciente estaba débil y sucumbió ante el virus. Considera la sentencia que en este evento existe alto grado de dificultad de acreditar hechos científicos, por lo que era al profesional médico al que se le facilitaba la prueba de la diligencia.

También siguen la carga dinámica, las siguientes sentencias de la misma entidad y sección:

- 11 de abril de 2002. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente 13330.
- 24 de enero de 2002. Expediente 12706. Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.
- 10 de junio de 2004. Expediente 25416. Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque.

⁶ Consejo de Estado, Sección 3ª. Sentencia del 3 de mayo de 1999. Radicado 11169. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

⁷ Consejo de Estado, Sección 3ª. Sentencia del 31 de agosto de 2006, Radicado: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772). Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

se caracteriza por lo siguiente: 1) el regreso a la falla probada⁸, la vuelta a la carga de la prueba del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y la restauración, como estándar probatorio, de la necesidad de “demostrar la existencia del vínculo causal”. 2) Defiende una concepción del indicio, según la cual, esta modalidad de prueba permite superar las dificultades que implicaría retornar a las mencionadas teorías sobre la responsabilidad. 3) Los supuestos de la responsabilidad estatal se tornan fundamentalmente empíricos al abandonar valores como la solidaridad. 4) Utiliza como argumento central para hacer los mencionados retornos teóricos, la equidad (2010, p. 18).

Por su lado, la línea jurisprudencial alternativa de la imputación objetiva la jalona, principalmente, el consejero Enrique Gil Botero, lo cual constituye un cambio trascendente en la jurisprudencia contencioso administrativa. Línea ésta que prefiere los contenidos normativo-valorativos para la prueba de lo subjetivo y lo objetivo en la responsabilidad frente los componentes empíricos a los que recurre la posición mayoritaria (Gil, 2010, 72 y 127). Como consecuencia de esto, esta vertiente jurisprudencial jalónada por Gil Botero busca prescindir del concepto de causalidad, tal cual lo comienza a pregonar en la sentencia 16010 de 2007 (Ruiz y García, 2010 p.18).

De acuerdo a Ruiz y García, el resurgimiento de la falla probada y de la carga de la prueba del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil es la doctrina dominante a partir de la sentencia 15772 en el sentido de que al futuro es seguida por la mayoría de los consejeros: Myriam Guerrero de Escobar (expedientes 28106 de 2007, 16132 de 2008 y 19566 de 2009), Ramiro Saavedra Becerra (expediente 16147 de 2009), Ruth Stella Correa Palacio (expedientes 28106 de 2007) y Mauricio Fajardo Gómez (expedientes 17425 de 2009 y 16700 de 2009). Hay que precisar que el consejero Mauricio Fajardo Gómez en algunas decisiones de 2009 y, en especial, las del 2010 aclara que la falla probada la aplica al caso concreto, dando a entender que podrían existir casos en los que no opera esa forma de responsabilidad con todas sus consecuencias y se abriría una posibilidad de aplicar otra teoría sobre la falla o la carga de la prueba (2010, p.18-19)⁹.

⁸ En efecto, la sentencia 15772/2006 cita a la sentencia 11878 de 2000, en la que se cuestiona la aplicación generalizada de la presunción de falla del servicio ya que implica una inversión de prueba permanente en contra del demandado, prestador del servicio de salud; y se evidencia que algunos eventos al demandante, el paciente, se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos. Se advierte que la carga dinámica de la prueba ha servido tanto para fundar la falla presunta, como también para cuestionarla, y de otro lado, para apuntalar la falla probada.

⁹ En efecto, el Consejero Ponente, Mauricio Fajardo Gómez, en sentencia del 14 de abril de 2010 —Consejo de Estado. Sección 3ª. Radicado 25000-23-26-000-1994-00379-01(18285)— cita como precedente de su posición la sentencia 11878 del 10 de febrero de 2000, que es la jurisprudencia hito de la carga dinámica de la prueba. El mismo consejero Fajardo Gómez, en la sentencia del 11 de mayo de 2006, expediente 14.400 —Consejo de Estado, Sección 3ª— dice que “[...] el demandante [...] deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquélla y ésta [...]”. En sentido similar se pronuncia el mismo consejero en sentencia 18163 de 2009 —Consejo de Estado, Sección 3ª, sentencia del 11 de noviembre 2009. Radicado: 05001-23-26-000-1995-01935-01—.

Se advierte que el tránsito entre la falla presunta y el resurgimiento de la falla probada fue muy complejo pues interviene, de un lado, la teoría de la carga dinámica de la prueba, fundando y a la vez cuestionando tanto a la falla presunta como a la falla probada¹⁰; del otro, aparece la teoría de la disminución del estándar de prueba en lo relacionado con la dificultad de prueba de la relación de causalidad. También apareció una teoría de carácter ecléctica, con fundamento en la carga dinámica, consistente en la determinación en cada caso en concreto de los eventos en que se aplica la presunción de la falla o cuando no es necesario acudir a ella y se decide con base en la falla probada¹¹; teoría ésta que abandona la sentencia 15772 de 2006¹², con la salvedad dicha del consejero Fajardo Gómez. Lo particular de todo es que en nombre de la equidad se estructuró la falla presunta, luego sirvió para apuntalar la carga dinámica, fue útil para refundar la falla probada¹³, y asimismo, sirvió de base para estructurar la probabilidad preponderante en el ámbito de la causalidad. Incluso, para esta sentencia, una mejor valoración de la prueba, en especial de la indiciaria, ayuda a superar la desigualdad entre el paciente y el servicio de salud; y por ende, permite retornar al sistema clásico de responsabilidad abandonando las teorías como la falla presunta, la carga dinámica y la probabilidad preponderante (Ruiz y García, 2010, p.19-20).

2. La probabilidad preponderante

Según Ruiz y García, la sentencia 11169 de 1999, del consejero Ricardo Hoyos Duque, inaugura una línea jurisprudencial que cuestiona otra de las bases de la

¹⁰ Según la sentencia 11878 de 2000 el fundamento para la falla presunta se encuentra en la carga dinámica de la prueba ya que permite la inversión de prueba en contra del prestador del servicio médico; pero al mismo tiempo la carga dinámica socava la falla presunta ya que la inversión no es estática sino que puede variar, pues a veces, al paciente en algunos eventos, se le facilita la prueba. Puede decirse, entonces, que la carga dinámica favorece la inversión de prueba a favor del perjudicado, lo cual es propio de la falla presunta; pero también puede invertir la carga, en sentido contrario, a favor del prestador del servicio, lo cual cuestiona la falla presunta y es compatible con la falla probada.

¹¹ Ejemplo de jurisprudencias del Consejo de Estado, Sección 3ª, en las cuales se pregona que la decisión de aplicar un régimen de falla se define según las condiciones del caso concreto:

- La Sentencia 13675 de 2002, aunque parte de la falla presunta considera que el caso se resuelve con falla probada.
- La Sentencia 14170 del 24 de febrero de 2005 (Magistrado Ponente: Ramiro Saavedra Becerra) considera, ante un caso evidente de impericia en que incurre una enfermera al aplicar un medicamento a un niño deshidratado, que el asunto se resuelve con falla probada y no es necesario recurrir a la falla presunta.
- En la sentencia 14786 del 28 de abril de 2005 (Radicado: 47001-23-31-000-1995-04164-01(14786), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio) aparece una clara tendencia a considerar como regla general la falla probada a no ser que se presente una situación excepcional.

¹² Advierte el consejero Gil Botero, en aclaración de voto a la sentencia 28106 (del 18 de julio de 2007), en contravía al pensamiento de la sentencia 15772/06, que para el año 2006 se encuentra aún vigente la jurisprudencia sobre la carga dinámica de la prueba, ya que la defienden, por ejemplo, los consejeros Fajardo Gómez (sentencia 15201) y Alier E. Hernández (sentencias 25063 y 15283).

¹³ La sentencia 15772 de 2006, para retornar a la falla probada, antepone la equidad para rebatir el argumento de la desigualdad en el que se funda la falla presunta, con apoyo de la doctrina de Mazeaud y Tunc (Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual. Buenos Aires: EJE, 1962. T.I, VII, p. 405), según la cual “[...] quien se encontraba en mejores condiciones de probar era el paciente y no el médico, pues a éste le resultaba extremadamente difícil demostrar su diligencia permanente”.

jurisprudencia tradicional: la certeza de la verdad procesal. La interpretación de la regla del artículo 174 Código de Procedimiento Civil, según la cual, “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”, se mantuvo inalterada hasta tal sentencia en el sentido de que obligaba al juez a reconocer el derecho sólo con la certeza probatoria. Sólo cuando sea probaba la existencia de los hechos del supuesto jurídico podía reconocerse el derecho; y en caso de ausencia o duda probatoria se aplicaba la carga de la prueba del artículo 177 *ibíd.*, desfavoreciendo al litigante que aduce su interés jurídico y no lleva al proceso la prueba necesaria. Con la probabilidad preponderante se genera un cambio en el estándar de prueba necesario para reconocer la existencia del nexo causal, ya que el hecho puede probarse aún sin el nivel de certeza; esto implica, a su vez, que el perjudicado con el servicio de salud se vea con menos frecuencia desfavorecido con la carga probatoria ya que se reducen los estados de duda (2010, p.24-25).

Antes de esta sentencia no ha existido un reconocimiento expreso a la dificultad de prueba sobre la relación de causalidad, por lo que el tratamiento que se le daba era el del régimen común del derecho probatorio; es decir la aplicación del principio de necesidad de prueba. La sentencia 11169 se constituye en una providencia fundacional en lo relacionado con la teoría de la probabilidad preponderante o, como también se le ha denominado, doctrina de la disminución del estándar de prueba (Ruiz y García, 2010, p.25)¹⁴.

Esta sentencia 11169 se refiere a una menor de edad a quien, a raíz de una masa en la zona dorso-lumbar, los médicos optaron por practicarle una biopsia sin ordenar otro análisis más específico; procedimiento que le produjo una hemorragia al lesionar la arteria de la médula. Para esta sentencia, aunque la menor se movilizaba por sí misma antes del procedimiento médico, no existe certeza sobre la causa de la paraplejía porque en la menor preexistían problemas sensitivos. La sentencia condenatoria no se basa en la certeza probatoria, sino en la probabilidad prevaleciente de que la causa de la invalidez de la menor fue la mala práctica médica¹⁵.

¹⁴ Esta sentencia 11169 de 1999 toma como apoyo de la doctrina de la probabilidad preponderante al español Ricardo de Ángel Yagüez —Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño). Madrid: Civitas, 1995, p. 77—, para quien “En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad [...] no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos [...] sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación [...] cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”.

¹⁵ La sentencia 11169 de 1999 es luego seguida por otras decisiones en la misma corporación en su sección 3ª:

- La Sentencia del 10 de febrero de 2000 (Radicado 11878, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez) se refiere a un caso en el cual a un le diagnóstica, erróneamente, parasitosis, y luego muere a consecuencia de un *shock séptico* causado por una apendicitis. No hay certeza de que con el diagnóstico acertado se hubiera salvado el paciente pero existe una probabilidad de que sí hubiera podido sobrevivir.
- La sentencia del 22 de marzo de 2001 (Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Radicado 13284) trata de un caso en el que se duda sobre si la muerte de una recién nacida fue a la falta de atención de la institución médica o por una regurgitación de leche en sus vías respiratorias. La sentencia absuelve al demandado ya que no se llegó a un suficiente grado de probabilidad preponderante.
- Sentencia del 21 de febrero de 2002, Radicado 13166, Consejero Ponente Alier E. Hernández Enríquez.

No obstante, comienza a perfilarse al mismo tiempo una línea jurisprudencial en la que la disminución del estándar de prueba se une a una teoría indiciaria. De esta forma, la sentencia 12655 de 1999 dictaminó que “aceptada la dificultad que suele presentarse en la demostración directa de la causalidad en materia médica, puede probarse indirectamente – indiciariamente”¹⁶. Luego, la sentencia 11901 de 2001, ha precisado que es al demandante a quien le incumbe probar el nexo causal y que no es posible que se invierta la carga de la prueba; por lo que ante una extrema dificultad probatoria es aceptable [...] que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil —si no imposible— para el demandante, la prueba directa de los hechos [...]”¹⁷.

Es de anotar que el uso del indicio por parte del Consejo de Estado, como remedio a la dificultad probatoria del nexo causal en los años 2002 y 2004, en especial con el consejero Alier Eduardo Hernández Enríquez (Expedientes 13330 de 2002 y 14696 de 2004), sigue unido al concepto de probabilidad preponderante, ya que se le concebía como una prueba de disminuida capacidad demostrativa. No obstante, la prueba indiciaria, como el medio para establecer el nexo causal, deja de considerarse al lado de la disminución del estándar de prueba en sentencias posteriores con ponencias de Ruth Stella Correa (Expediente 15276 de 2005 citada por el 16085 de 2008, Expediente 15772 de 2006, 16085 de 2008 y 16350 de 2008) y Ramiro Saavedra Becerra (expediente 16350 de 2008). Puede decirse, entonces, que existe una tendencia jurisprudencial en la que se acude a la prueba indiciaria como solución preferida a la dificultad probatoria que se le presenta al demandante en la verificación de la relación de causalidad entre el daño sufrido y la falla del servicio médico asistencial (Ruiz y García, 2010, p.26-27).

Del recorrido histórico que sufre la teoría de la probabilidad preponderante, sobre la prueba de la relación de causalidad, se colige que el mismo se inicia sin importar algún medio probatorio en particular (sentencia 11169 de 1999), luego se le conecta a la prueba indiciaria ya que se considera que ésta, por su carácter de indirecta, solo alcanza a la “probabilidad” (sentencias 11901 de 2001, 13330 de 2002 y 14696 de 2004), y finalmente, esta teoría es reemplazada por la prueba indiciaria. En esta última fase puede ubicarse a la sentencia 15772 de 2006; la cual se refiere al tema en los siguientes términos:

“De manera más reciente se precisó que la exigencia de un grado suficiente de probabilidad”, no implicaba la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que hiciera posible imputar a la

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 7 de Octubre 1999. Exp.12655.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado Ponente: Hernández Enríquez, Alier Eduardo. Sentencia del 14 de junio de 2001. Radicado 13001-23-31-000-1990-7392-01. Expediente 11901.

entidad que prestara el servicio, sino que esta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios <Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, exps: 15.276 y 15.332>”.

Según esta providencia, las sentencias 15276 y 15332 de 2005 contienen el argumento según el cual la probabilidad preponderante no significa “exoneración del deber de demostrar el vínculo causal”. No obstante, estas sentencias sólo se limitan a describir los precedentes sobre la probabilidad preponderante y el indicio como soluciones a la dificultad de prueba, y en ambas se resuelve el caso del que se ocupan, mediante el indicio, sin argumentar la razón por la que se excluye la probabilidad preponderante en la solución. Puede concluirse del estudio en conjunto de estas sentencias del 2005 y del 2006, que la probabilidad preponderante se entiende como una figura próxima a la prueba indiciaria; y por lo tanto, ante la dificultad de prueba del nexo causal resulta innecesario acudir a la disminución del estándar de prueba, pues para ello, puede hacerse uso de la prueba indiciaria. En suma, se puede interpretar a partir de esta línea jurisprudencial que la probabilidad preponderante desaparece por sustracción de materia, ya que se le equipara con la prueba indiciaria, y al mismo tiempo, se rechaza que el juez pueda conformarse un “grado suficiente de probabilidad”.

Se puede percibir que esta línea jurisprudencial no argumenta cuáles son las dificultades de la probabilidad preponderante, ni menciona en qué sentido tener una forma de disminución de estándar probatorio sea o no ilegítimo de cara a la Constitución Política colombiana. Tampoco se argumenta de cuál concepción sobre el indicio es de la que se parte para hacer la equiparación entre éste y la probabilidad preponderante. Lo que sí queda claro del estudio de las sentencias posteriores a la sentencia 15772, es que se retornó, en cuanto a la causalidad, a los cauces de la certeza probatoria de los años precedentes a 1999. La excepción a esta posición jurisprudencial se tiene desde la imputación objetiva que defiende el Consejero Gil Botero, quien expresamente admite la disminución del estándar probatorio, bien porque se entienda el indicio como una forma de aligeramiento probatorio, o porque se acepte la probabilidad preponderante (Ruiz y García, 2010, p.18-19)¹⁸.

A continuación se abordan los cuestionamientos a la teoría de la disminución del módulo o estándar de prueba:

[La crítica] radica en el hecho de que se revierte en una disminución de los requisitos de prueba toda vez que el enunciado fáctico que el juez declara como verdadero no resiste las garantías de verdad o reglas epistemológicas de la contrastación, la necesidad

¹⁸ Cfr. la mencionada aclaración de voto de Enrique Gil Botero a la sentencia 28106 de 2007 menciona el indicio como aligeramiento. Asimismo, en la citada sentencia 15382 de 2007 habla en términos de “probabilidad determinante”. La mencionada sentencia 16701 de 2009 se refiere a la prueba “indiciaria” o “probabilística” como una categoría que no llega a la certeza.

de prueba y la refutación, que precisamente se instauraron como cautela contra el arbitrio judicial. Se abandona con estas decisiones judiciales el sentido de verdad como correspondencia o como principio regulativo de la jurisdicción para acoger los principios de coherencia o aceptabilidad justificada que son criterios de decisión sobre la verdad pero que no son la verdad misma. (Ruiz, L.B. y Velásquez, R. (2006, 183)

No obstante, esta crítica solo es aplicable cuando se entiende la disminución del estándar de prueba como lo verosímil o lo meramente posible, evento en que la sentencia se emitiría con duda probatoria. Sí se entiende la probabilidad preponderante en el sentido en que la epistemología lo ha tomado no tiene problema alguno en acogerse. En la epistemología, explica Ferrajoli, la probabilidad preponderante hace referencia a que en todo proceso judicial que se rige por la libre apreciación el razonamiento probatorio es probabilístico, y para efectos de hacer corrección del mismo se acude a los criterios de la coherencia y a la aceptabilidad justificada. La coherencia le permite al juez aceptar o rechazar la hipótesis esgrimida por una de las partes si la misma se encuentra acorde con los principios lógicos, entre ellos, el principio de no contradicción, el cual impide tener como verdadera una hipótesis si se ha contradicho con argumentos que se tienen como verdaderos. Por ello, la coherencia no resulta suficiente criterio para establecer la verdad. En este tipo de conflictos surge el criterio pragmático de la aceptabilidad justificada, con el fin de que el juez pueda declarar la verdad a favor de la hipótesis más simple, la dotada de mayor capacidad explicativa y, sobre todo, que sea compatible con el mayor número de pruebas y conocimientos adquiridos con anterioridad (Ferrajoli, 2005, 53-66, 149-150. Gascón, 1999, 157-160).

En materia penal, dice Ferrajoli (2005), para ser aceptada como verdadera, la hipótesis acusatoria no sólo debe ser confirmada por varias pruebas y no ser desmentida por ninguna contraprueba, sino que también debe prevalecer sobre todas las hipótesis en conflicto con ella, las cuales deben resultar refutadas. Cuando no resulten refutadas ni la hipótesis acusatoria ni las hipótesis en competencia con ella, la duda se resuelve, conforme al principio del *in dubio pro reo*, contra la primera (p. 151).

En materia civil, según Marina Gascón (2010), “[...] la racionalidad exige un grado de probabilidad mínimo del que ningún orden jurisdiccional debería abdicar, a menos que estemos dispuestos a concebir la decisión probatoria como irracional. Ese grado mínimo lo constituye la probabilidad preponderante [...] [según este estándar] una hipótesis sobre un hecho resultará aceptable o probada cuando sea más probable que cualquiera de las hipótesis alternativas sobre el mismo hecho manejadas o consideradas en el proceso y siempre que dicha hipótesis resulte “más probable que no”, es decir, más probable que su correlativa hipótesis negativa (p. 140). El concepto del “más probable que no” o de la *preponderance of evidence*, de acuerdo con Taruffo (2005), es explicable ya que resulta racional a la vista de los objetivos que se le asignan al proceso civil. Incluso en caso de exigir un grado más

exigente de probabilidad, como el caso de la jurisprudencia alemana, no se llega a la alta exigencia que se requiere en los procesos penales, prueba más allá de la duda razonable (p. 119).

Por lo tanto, cualquier conjunto de pruebas, incluyendo la prueba indiciaria, conlleva a una verdad probabilística y usualmente, implica acudir a criterios pragmáticos como la coherencia y la aceptabilidad justificada para determinar en cada caso cuál de las hipótesis tiene mayor capacidad demostrativa. No obstante, en materia penal es necesario que la hipótesis de la acusación no sólo sea prevalente sino que también se encuentre descartada la hipótesis contraria o de la defensa. En materia civil basta para acoger la hipótesis que sea prevalente y que la hipótesis contraria resulte menos probable. Por lo tanto, probabilidad, *per se*, no es sinónimo de duda probatoria, sino la condición habitual en que el juez se encuentra frente a la prueba. Por lo tanto, no puede confundirse prueba indiciaria con la probabilidad.

Cuando la corriente jurisprudencial condensada en la sentencia 15772/06 asimila la probabilidad preponderante al indicio lo que se genera es una forma de argumentar en la que se incurre en la falacia de la falsa analogía, ya que en cierto modo se equipara la prueba indiciaria con la probabilidad preponderante, y por esta vía, los efectos y características de ésta son reconducidos hacia aquélla y se le hace desaparecer por sustracción de materia. La probabilidad es la forma de ser de todas las pruebas judiciales; el indicio, por su parte, como se verá en el acápite que sigue, es una prueba que tiene una doble inferencia, pero muchas veces con mayor capacidad demostrativa que otras pruebas.

En términos del iusfilósofo español Juan Igartua (2009), el conocimiento humano se consigue por constatación o por inferencia. No obstante, el juez no puede constatar el hecho que interesa al proceso, ya que el mismo ocurrió en el pasado, y por ello sólo puede demostrarlo inferencialmente. Pero como la inferencia probatoria “[...] es una técnica racional consistente en el caso de un «particular a otro particular a través de la mediación de un universal», siendo el primer «particular» no evidente y careciendo normalmente el «universal» de valor absoluto, se desemboca en una conclusión carente de necesidad lógica y, por lo tanto, solo probabilista” (p. 486). En función de esta consideración, se estudia a continuación el asunto del razonamiento judicial y el indicio.

3. Crítica al uso del indicio en la sentencia 15772 de 2006

Es usual hablar de los aligeramientos probatorios haciendo referencia a tres eventos: de un lado, la teoría de la probabilidad preponderante, del otro, la teoría de la prueba *prima facie* o *res ipsa loquitur* (culpa virtual), y finalmente, al indicio. Para los efectos del presente trabajo, la probabilidad preponderante se toma, propiamente, como una teoría de la disminución del estándar de prueba; posición que no puede asumirse

con respecto a las pruebas *prima facie*, ni la indiciaria. La prueba *prima facie* es el reconocimiento de una situación especial que facilita la prueba, no tanto porque el grado de la misma se disminuya sino, sobre todo, por lo evidente o flagrante como aparece el nexo entre la conducta del agente y el daño. Con respecto al indicio, la tesis que se defiende, es que si se toma en serio, como prueba, no puede concebirse como una *probatorio minor* o una forma de prueba incompleta, ni tampoco como un sucedáneo ante la ausencia de una prueba directa o completa.

Se parte aquí de la idea de Ferrajoli (2005, p. 132), según la cual, prueba es el hecho probatorio experimentado en el presente y el indicio es un hecho probado del pasado del que se infiere el delito u otro hecho. Las pruebas contienen indicios, pero éstos mismos no son los medios de prueba. Por tanto, de las pruebas, con la ayuda de las máximas de experiencia, se infieren hechos que se denominan indicadores, y a partir de éstos se hacen inferencias, con ayuda de las máximas de experiencia, de otros hechos. El indicio no se produce en el proceso de la misma manera que una fuente o un medio de prueba, sino que tiene vocación de ser apreciado y creado por el juez al momento de la valoración de la prueba. Esto significa que el indicio se estructura es en el razonamiento del juez en la valoración de la prueba, pues este es el momento en el que aquél hace inferencias a partir de los medios de prueba que están disponibles en el proceso (Ruiz y García, 2010, p.18-19).

En efecto, en materia probatoria existen dos tipos de inferencias: la una es directa y consiste en que del medio o la fuente de prueba se deduce inmediatamente, con la ayuda de las máximas de experiencia el asunto que interesa probar; la otra, es indirecta o indiciaria, en ella el medio de prueba revela un hecho del pasado del cual, a su vez, se extrae el hecho tema de prueba. En este último caso existe una doble inferencia: la que se forma con ayuda de las máximas de experiencia que va del medio o la fuente de prueba al hecho base del razonamiento y de éste, también mediante las máximas de experiencia, se establece el hecho que interesa al proceso. De esta forma, la prueba judicial, sea directa o indirecta, implica al momento de su valoración de la realización de inferencias a partir de las máximas de experiencias (comunes o científicas). En muchos casos, la inferencia directa tiene mayor fuerza demostrativa que la indirecta; pero en otros, la indirecta tiene mayor capacidad demostrativa, como en el caso de la huella genética como indicador de la filiación natural (Ruiz, L.B., 2010, 108-110). En términos de Igartua (2009), ontológicamente, la prueba indirecta o indiciaria no puede tomarse como diversa, o como menor, o incompleta con respecto a la directa; las pruebas se clasifican mejor por la fuerza de convicción que tengan y esto depende es de la calidad de las máximas de experiencia que se usen para hacer las inferencias más que del carácter directo o indirecto de las mismas (p. 493-496).

La prueba indiciaria es utilizada en diversos eventos por la jurisprudencia administrativa en aras de establecer el nexo causal. Por ejemplo, la sentencia 14400 de 2006 trata del caso de una mujer que fue sometida a una cirugía de vesícula, luego,

en el postoperatorio, a pesar de que se estaba recuperando satisfactoriamente, en la misma clínica, le da una infección respiratoria y finalmente muere por tromboembolitis pulmonar. Esta sentencia en cuanto al nexo causal hace un estudio de los indicios así: es una mujer joven, con buen estado de salud, excepto por la afección de la vesícula; la cirugía que se le había practicado estaba evolucionando positivamente; al quinto día de la cirugía presentó fiebres y se le practicaron exámenes que dieron como resultado una posible infección. A pesar de los síntomas de infección no se le realizaron las pruebas diagnósticas específicas a tiempo, ni tampoco los tratamientos indicados para la situación.

En este caso, según Ruiz y García, estrictamente no se hace uso de la prueba indiciaria para establecer el hecho generador del nexo causal, sino que más bien se hace una interpretación de las circunstancias que integran la ley de cobertura que permite conectar el hecho generador y el generado. Por lo tanto, más que prueba indiciaria se está haciendo uso más bien de la relación indiciaria; la cual se constituye por la máxima de experiencia o ley de cobertura que permite hacer la inferencia directa o la indirecta. Hay que tener en cuenta que la experiencia científica también opera con razonamientos inferenciales en la interpretación de hechos. En este caso, el juez está haciendo uso de su conocimiento privado para sustituir el papel del perito, que es, entre otras cosas, el de integrar al proceso la experiencia científica. En efecto, las circunstancias de que se trata de una mujer joven y que el posoperatorio sobre la vesícula evolucionaba positivamente se interpretan con las leyes de cobertura para descartar la conexión del resultado muerte con la actividad quirúrgica y reforzar a su vez, el nexo entre la muerte y la omisión de tratar adecuadamente la infección pulmonar. En este evento se confunde el indicio con la experiencia científica misma (2010, p.18-19).

No se trata de decir aquí que la causalidad no pueda establecerse con ayuda de la prueba indiciaria, por el contrario, hay unos indicios que resalta la sentencia 15772 de 2006 que se constituyen a partir de las pruebas en el proceso, los cuales, interpretados a partir de las máximas de experiencia, permiten establecer posibles causas del daño de que trate el caso. La misma sentencia 15772 resalta que la falla o la causalidad se pueden establecer así:

“[...] por ejemplo, de la renuencia a suministrar la historia clínica, o hacerlo de manera incompleta, o no documentar datos relevantes de la prestación médica, puede inferirse el interés de la parte de ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses; como puede serlo también en contra de la parte demandante, el negarse a la práctica de un examen médico con el fin de establecer la veracidad de las secuelas que hubiera podido derivarse de una intervención, o el ocultar información sobre sus antecedentes congénitos, que por ejemplo, pudieran tener incidencia sobre la causa del daño aparentemente derivado de la intervención médica”.

De otra parte, en el campo de la obstetricia se ha fundado una línea jurisprudencial en la que se rechaza la responsabilidad objetiva y se acoge la prueba indiciaria. En efecto, se toma como indicio la circunstancia de que el diagnóstico sea de normalidad en la salud de la gestante, y luego, inexplicablemente, aparecen enfermedades o patologías en la paciente que conducen a graves daños en su salud o a la muerte¹⁹. En estos casos, hay que estar de acuerdo con esta línea jurisprudencial que es propio hablar de prueba indiciaria ya que un diagnóstico de normalidad en la gestación y luego, en forma sorpresiva aparece una patología, lleva a considerar por inferencia que hay una conducta negligente; la cual a su vez, con la ayuda de ley de cobertura tiene nexos con el daño. Se advierte que este indicio no debe aplicarse a la manera de prueba tarifada, ya que implicaría una inversión probatoria permanente, por lo que debe someterse a la libre valoración racional por el juez en cada caso concreto. La figura de la prueba *prima facie*, también se ha tratado de explicar a partir del indicio. Con tal figura se acepta que en situaciones excepcionales se puede dar por probada la culpa o el nexo causal a partir de la presencia de ciertos daños debidamente probados, que por su característica especial y por las circunstancias que los rodean permiten inferir al Juzgador la existencia de la falla del servicio y del nexo causal.²⁰ Por ejemplo, en el caso en el que en el posoperatorio se descubre un compresoma, la jurisprudencia considera que el hecho de que la infección hubiera empezado pocos días luego de la cesárea es indicio del nexo causal²¹. Si bien el indicio podría usarse para establecer que el último ente o personal médico que realizó un tratamiento quirúrgico le es atribuible oblitio quirúrgico generador del daño; no obstante, el nexo entre esta conducta y el daño es un asunto que se establece con la experiencia médica. Esta experiencia opera con inferencias que se hacen de unos hechos particulares (temperatura, tiempo, cuerpo extraño) hacia otros (fiebre, infección, procedimiento quirúrgico). Se insiste que cuando el juez realiza el mismo razonamiento de los peritos, está haciendo uso de un conocimiento privado que le está prohibido. Lo particular de estos casos es que se trata de una ley de cobertura tan evidente, que se exime de prueba pericial su acreditación al proceso, y el juez puede integrarla por sentido común. Explica Devis (1995) que en la llamada *prima facie evidence* hay que probar el hecho; pero las máximas de experiencia utilizadas para apreciar la prueba del daño resultan tan evidentes e indiscutibles que se exime de prueba más específica sobre la causalidad y la culpa (p. 178).

Por lo tanto, la prueba indiciaria tiene idoneidad para probar la conducta generadora del daño; pero el nexo entre esta y el daño mismo no es un asunto del indicio sino

¹⁹ Ver las siguientes sentencias del Consejo de Estado, Sección 3ª: 14400 del 11 de mayo de 2006. 15332 del 14 de julio de 2005. 16085 del 26 de marzo de 2008 (Rad. 25000-23-26-000-1993-09477-01). Y la 18364 del 19 de agosto de 2009 (Rad: 76001-23-31-000-1997-03225-01, Consejero Ponente Enrique Gil Botero)

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 2009, exp. 15033 Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Citada en la Sentencia 18364 de 2009, Consejera Ponente: Enrique Gil Botero.

²¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección 3ª. Sentencia 11301 del 22 de mayo de 1996. Consejero Ponente: Jesús María Jaramillo Ballesteros. Casos similares se pueden apreciar en las sentencias de la misma entidad: 18364 del 19 de agosto de 2009 (Radicado: 76001-23-31-000-1997-03225-01), y 16451 del 8 agosto de 2009 (Consejero Ponente: Enrique Gil Botero).

de las máximas de experiencia científicas. Decir que el indicio prueba el nexo entre la conducta y el daño es confundir el indicio con la máxima de experiencia o la ley de cobertura.

Ahora bien, en cuanto a los casos en los que se ha reconocido la pérdida de oportunidad es pertinente analizar el papel del indicio en los mismos. En la pérdida de oportunidad existe un patrón consistente en que, usualmente, se presentan dos o más cursos causales dirigidos hacia el mismo resultado: o el perjuicio obedece a la evolución natural de la patología, o puede ser el producto de una omisión (en cuanto al diagnóstico o al tratamiento adecuados) que permite el desarrollo de los efectos del primer curso causal. Por ejemplo, el caso de la sentencia 16270 de 2008 en la que una mujer, luego de una inyección en un glúteo, le comienza un acceso infeccioso, luego de 3 meses de tratamientos muere por una sepsis generalizada. La sentencia consideró que al descuido de la paciente se le sumó también un tratamiento médico inadecuado, pues observa que la actuación de la entidad resulta mayormente reprochable, y su conducta mucho más censurable al no asumir con seriedad la patología con la cual ingresó la paciente al servicio, ya que le dio de alta en condiciones de salud que no ameritaban su salida, y por la interrupción del antibiótico en la fase más delicada del tratamiento.

Esta sentencia anuncia probar la causalidad mediante indicios pero no determina cuáles son los hechos base, ni hacia a qué están dirigidos, ni las máximas de experiencia que sirven de soporte. Este caso, sin duda, encuentra mejor explicación y solución bajo la teoría de la probabilidad preponderante que pregonaba la jurisprudencia anterior. Precisamente, sobre la teoría de la oportunidad perdida, dice Marina Gascón (2010), que “[...] se trata de un instrumento normativo que permite imputar responsabilidad y obtener una indemnización cuando no está probada la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño (por no alcanzar ésta el estándar de prueba exigido) pero está probado que dicho comportamiento ha hecho perder una significativa oportunidad de evitarlo” (p. 163). Por lo tanto, bajo la égida del estándar de prueba de la certeza no es posible hacer justicia en estos casos, pero bajo la probabilidad preponderante si es viable considerar tal pérdida de oportunidad. Ni el indicio, ni ningún otro tipo de prueba, sirven para resolver el problema de los cursos causales concurrentes. Este problema debe ser resuelto mediante las herramientas normativas de la imputación objetiva, entre ellas, la disminución del estándar de prueba para calcular el riesgo adicional al que se somete el paciente por el prestador del servicio.

En suma, el indicio en la jurisprudencia del Consejo de Estado no siempre se toma como una prueba racional, en serio, que se construye a partir de los medios de prueba disponibles en el proceso y a partir de los mismos se hacen inferencias con ayuda de las máximas de experiencia. En muchos casos se toma el indicio más bien a la manera de “caja de pandora” que se presenta como el remedio de todas las falencias o dificultades de prueba. Hay que decirlo, una concepción laxa y poco ortodoxa del

indicio le ha servido, a la línea jurisprudencial dominante mencionada, retornar a la solución de los casos a los cauces de un derecho con un modelo de Estado liberal clásico: figuras jurídicas predominantemente empíricas (culpa probada), sistema dispositivo procesal (carga de la prueba del artículo 177 *Ibíd.*) y certeza probatoria como estándar de prueba, que generen seguridad jurídica y libertad para los sujetos económicos que desarrollan el negocio de la salud, aunque en detrimento del axioma del Estado social de derecho que le da preferencia al derecho fundamental a la salud de la persona.

CONCLUSIONES

1) El componente que más caracteriza a la jurisprudencia del Consejo de Estado, en cuanto a la responsabilidad médica, desde 1990 hasta marzo de 2010, consiste en el uso, como una “caja de pandora” del concepto de equidad. En efecto, con base en la equidad, en los años 90, la jurisprudencia varió de falla probada a presunta. De 1992 hasta el año 1999 hubo gran estabilidad en la jurisprudencia, haciendo uso de la teoría de la falla presunta y sosteniendo como estándar de prueba clásico, la certeza probatoria de la causalidad. No obstante, a partir de 1999, con el argumento de la equidad, se comenzó a socavar la seguridad jurídica anterior y la certeza en la verdad judicial, e inicialmente, se ingresó a la probabilidad preponderante y luego en el año 2000 entró en juego la carga dinámica de la prueba. Asimismo, se estructuró una teoría ecléctica consistente en hacer uso de la falla probada como regla general y permitir en casos especiales la carga dinámica de la prueba o algún aligeramiento probatorio. Por último, a partir de la sentencia 15772 de 2006 el Consejo de Estado, como doctrina dominante, retorna a las doctrinas clásicas anteriores a los 90, reasume la falla probada, retoma la carga privatística del artículo 177 *Ibíd.* y abandona la disminución del estándar probatorio del nexo causal.

2) El retorno a los moldes clásicos de la prueba de la responsabilidad por parte de la jurisprudencia dominante que se produce a partir del año 2006 tuvo figura central la prueba indiciaria. El concepto de indicio tiene un amplio grado de indeterminación lo cual ha permitido que se le utilice asignándole diversos contenidos; en efecto, desde el mismo año 1999 se fue generando un movimiento alrededor del indicio consistente en ver en éste como una especie de aligeramiento probatorio semejante a la disminución del estándar probatorio en cuanto al nexo de causalidad. El movimiento hacia las figuras clásicas liberales del derecho probatorio se consolidó con la sentencia 15772 de 2006 en la que finalmente terminó por retornar a la prueba de la existencia del nexo causal, y se usó el indicio como “cajón de sastre” en la medida en que proporcionaría las herramientas para solucionar cualquier dificultad probatoria. No obstante, se demostró que tal línea jurisprudencial parte de una concepción del indicio en la que en algunos eventos se confunde con la relación indiciaria, en otros, simplemente se enuncia su utilización al caso pero no se nota de qué forma se le hizo uso, y en muchos otros se nota su uso en forma seria y estricta.

Debe tenerse presente que el indicio es una construcción racional a partir de los medios de prueba del proceso que permite extraer inferencias de las cuales a su vez se establecen hechos, a partir de los cuales, con la ayuda de las máximas de experiencia, se busca probar el hechos constitutivos del *thema probandum* del proceso. En consecuencia, los indicios no pueden tomarse como formas de aligeramiento probatorio, o como una *probatio minor*, o como una suerte de prueba imperfecta.

Infortunadamente, hay que decirlo, en la jurisprudencia dominante analizada se nota un uso estratégico del concepto de prueba indiciaria y con distintas acepciones se quiere dar la apariencia de favorecimientos probatorios o disminución del estándar de prueba; no obstante, el resultado final fue el de estructurar un sistema de responsabilidad por la actividad médica de carácter clásico, bajo las figuras procesales de corte liberal de fines del siglo XIX y principio del siglo XX, de tipo dispositivo, con la exigencia de la certeza probatoria y de supuestos empíricos y subjetivos, en desmedro de los fines sociales y solidarios que tiene la responsabilidad estatal bajo el Estado Social de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Devis, H. (1995). *Teoría general de la prueba judicial*. Tom. I, 5ª ed. Bogotá: ABC
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta
- Gascón, M. (1999). *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons
- Gascón, M. (2010). La prueba del nexo de causal en la responsabilidad patrimonial sanitaria. *Responsabilidad Civil y del Estado*, 27 (2010, Junio), 127-164. Medellín: Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado.
- Gil, E. (2010). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. 4ª ed. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez
- Igartua, J. (2009). Los indicios tomados en serio. En ATIENZA, M. et all. *Interpretación y razonamiento jurídico* (pp. 477-509). Vol. 1. Lima: Ara.
- Ruiz, L.B. y García, O.A (2010). La relación de causalidad en la valoración de la prueba en la responsabilidad médica administrativa, estudio de la jurisprudencia del Consejo de Estado, *Estudios de derecho*, V. LXVII, 15 (2010, Diciembre). pp. 13-38). Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-Universidad de Antioquia.
- Ruiz, L. B. (2010). La valoración racional de la prueba como derecho fundamental. El caso de la verdad procesal en el proceso penal. En Ferrer, J. et all, *La prueba y la decisión judicial*. Medellín: Universidad de Medellín

- Ruiz, L. B. y Velásquez, R. (2006). La valoración de la prueba en la responsabilidad por la actividad médica, concepto de probabilidad y las garantías procesales, Medellín: *Estudios de Derecho*. 142, Vol. LXIII, 183-209. Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-Universidad de Antioquia.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons
- Taruffo, M. (2005). Tres observaciones sobre “por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar” de Larry Laudan. *Doxa, cuadernos de filosofía del derecho*, 28 (2005), 115-126.
- Jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera:
 - Sentencia del octubre 24 de 1990, Expediente 5902.
 - Sentencia del 30 de junio de 1992, expediente 6897.
 - Sentencia del 14 de abril de 2010. Expediente 18285
 - Sentencia del 10 de febrero de 2000, expediente 11.878
 - Sentencia del 31 de agosto de 2006, expediente 15.238; y del 30 de noviembre del mismo año, expedientes 15.201 y 25.063;
 - Sentencia del 23 de abril de 2008, expediente 15.750
 - Sentencia del 11 de mayo de 2006, expediente 14.400.
 - Sentencia 18163 de 2009, Magistrado Ponente: Fajardo Gómez
 - Sentencia del 11 de noviembre 2009. Expediente 15772.
 - Sentencia del 10 febrero 2000, expediente: 11878.
 - Sentencia del 22 de marzo de 2001, Expediente 13166.
 - Sentencia del 11 de abril de 2002. Expediente 13330.
 - Sentencia del 18 de julio de 2007. Expediente 28106.
 - Sentencia del Primero de octubre de 2008. Expediente 16132.
 - Sentencia del 12 de febrero de 2009. Expediente 16147.
 - Sentencia del 23 de septiembre de 2009. Expediente 19566.
 - Sentencia del 10 de junio de 2009, Expediente 17425.
 - Sentencia del 28 de enero de 2009. Expediente 16700.
 - Sentencia del 11 de abril de 2002. Expediente 13330.
 - Sentencia del 1º de julio de 2004. Expediente 14696.
 - Sentencia de 14 de julio de 2005, Expediente 15276, citada por la providencia del 26 de marzo de 2008, Expediente 16085.
 - Sentencia del 31 de agosto de 2006. Expediente 15772.
 - Sentencia del 26 de marzo de 2008. Radicado. Expediente 16085.
 - Sentencia del 15 de octubre de 2008. Expediente 16350.
 - Sentencia del 11 de mayo de 2006. Radicado: 14400.

TRADICIÓN DE CONTENIDOS Y MOMENTOS CURRICULARES DEL DERECHO: FUNDAMENTO ORIENTADOR PEDAGÓGICO PARA SU REEVALUACIÓN COMO CIENCIA SOCIAL¹

JORGE EDUARDO VÁSQUEZ SANTAMARÍA²

Resumen

Desde los currículos de los programas de Derecho del departamento de Antioquia, el artículo presenta los contenidos y momentos de enseñanza que conforman los planes de estudio de los programas de Derecho de Antioquia, evidenciando una alta tendencia tradicionalista y hermética en la que se encasilla el panorama formativo y científico de la enseñanza del Derecho, constituyéndose en fundamentos orientadores propios del escenario pedagógico que conducen a la reevaluación del Derecho a partir de las tendencias y dinámicas identificadas.

Abstract

Since the curricula of law programs in the department of Antioquia, the article presents the contents and teaching moments that make up the curricula of law programs in Antioquia, showing a strong tendency in traditional and sealed to pigeonhole the picture scientific training and teaching of law, constitute the foundations properly orient the pedagogical scenario leading to the reassessment of the Right from the identified trends and dynamics.

Palabras clave:

Derecho, pedagogía, currículo, enseñanza.

Keywords:

law, pedagogy, curriculum, teaching.

¹ Resultado de avance del proyecto de investigación “*Indisciplinar el Derecho: Fundamentos orientadores pedagógicos, jurídicos y fácticos para una ciencia social rendida*” adscrito a la línea de investigación Cultura Latinoamericana, Estado y Derecho del Grupo de Investigación Ratio Juris de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana, institución que financia la investigación. El autor interviene en la investigación como investigador principal.

² Abogado y candidato a Magister en Derecho Universidad de Medellín. Especialista en Docencia Investigativa Universitaria Funlam. Docente Investigador de tiempo completo del Grupo de Investigaciones Ratio Juris, Facultad de Derecho Universidad Autónoma Latinoamericana. jorge.vasquez@unaula.edu.co

INTRODUCCIÓN

Indisciplinar el Derecho: Fundamentos orientadores pedagógicos, jurídicos y fácticos para una ciencia social rendida, es la denominación de la investigación de la cual se desprende este producto de avance en el que se da desarrollo parcial a dos de los objetivos específicos, consistentes en identificar los fundamentos pedagógicos, jurídicos y fácticos tradicionales y no tradicionales que deben orientar la reevaluación del Derecho, y hacer su descripción evaluativa en el sistema jurídico continental actualmente imperante en Colombia para acreditar la pertinencia del Derecho como ciencia social.

Los mencionados objetivos se articulan a una investigación que gira en torno al interrogante *¿Qué fundamentos pedagógicos, jurídicos y fácticos deben orientar la reevaluación del Derecho para acreditar su naturaleza y pertinencia como ciencia social en el sistema jurídico continental imperante en Colombia?* problema al cual se llega gracias a las reflexiones propuestas por la investigadora vallecaucana Patricia Botero en el pasado encuentro nacional de la Red de Grupos y Centros de Investigación Jurídica y Socio Jurídica de Colombia, aunado por las amplias críticas que el Derecho viene recibiendo desde décadas pasadas por su inercia en las respuestas que debe ofrecer ante las problemáticas sociales.

El interrogante problemático es contextualizado en una triada de escenarios complejos en los que el Derecho es objeto de permanente manipulación, dinámica y recreación; el escenario pedagógico, el jurídico y el fáctico son la delimitación para la extracción de los fundamentos orientadores que pueden reevaluar el Derecho, consolidando el pedagógico como el escenario base que marca el punto de partida del surgimiento de las diversas dificultades que afronta el Derecho. Por ello en este escrito se identifican y evalúan los contenidos y sus momentos de enseñanza en los programas de Derecho como manifestación de una alta tendencia hermética y tradicionalista que afecta la pedagogía y desacredita su naturaleza científica.

¿Qué contenidos tienen los programas de Derecho para la formación, la transmisión, la construcción, la liberación o la reproducción del aprendizaje? La respuesta implica el retorno al marco problemático de la investigación, donde los programas educativos evidencian cotidianamente un sesgo marcado a tendencias tradicionales compuestas por áreas codificadas de arraigo en los programas de Derecho, la temeridad a proponer giros innovadores en áreas y estrategias pedagógicas donde al docente poco le importa el pensamiento, la reflexión y la comprensión, donde aparece y toma fuerza el término *alumno*, proveniente del latín *alumnus*, participio pasivo del verbo *alere*, que significa nutrir, alimentar o alimentarse, el cual se ve primordialmente enmarcado en dinámicas memorísticas y repetitivas soportadas en la estricta clasificación de áreas jurídicas tradicionales que difícilmente han venido dando cabida a nuevos tópicos jurídicos y que permitan ejercicios hermenéuticos, argumentativos, prácticos e investigativos.

Para la ejecución de la investigación se propuso de manera general un diseño metodológico soportado en el paradigma de investigación mixto o cuantitativo, en el que tendrá prevalencia el modelo cualitativo de investigación, apoyado en el enfoque histórico hermenéutico. Como estrategias de la investigación se acude a la documental, manifiesta en fuentes formales del Derecho, y en balances y producciones sobre componentes científicos del mismo en Colombia; así como en el trabajo de campo con actores pedagógicos y jurídicos insertados en las dinámicas cotidianas del Derecho con quienes se implementan las estrategias de *la historia oral, la encuesta semi estructurada y cerrada, y los grupos de discusión*.

Currículos del Derecho en Antioquia: Contenidos y momentos

El contenido en la enseñanza del Derecho de los programas de Colombia sigue viendo en la codificación un derrotero irrenunciable para la formación de sus profesionales, con ello, el Derecho Privado, el Derecho Público, el Derecho Laboral y el Derecho Penal siguen acaparando los más altos porcentajes de los contenidos curriculares de los programas de Derecho en el país, aislando como áreas optativas innovadoras cursos como Derecho Bancario, Derecho Ambiental, Derecho Empresarial, Derecho Urbano, Derecho Médico, Derecho y Género, entre otros.

¿Cómo afirmar esta tendencia? La aplastante predisposición de los programas de Derecho sella particularidades muy evidentes en los componentes temáticos que marcan los contenidos dispuestos para la formación de los profesionales en Colombia. En el transcurso de la investigación, se vio la necesidad de adoptar una estrategia metodológica que permitirá asumir con responsabilidad tal apreciación.

Para ello se propuso un trabajo de campo consistente en el rastreo de 13 planes de estudio de programas de Derecho de Universidades del departamento de Antioquia, y 17 planes de estudio de programas de Derecho de Universidades de otros departamentos de Colombia. Correspondiente al departamento de Antioquia fueron trabajados los planes de estudio disponibles en la web asociados a los programas de Derecho de la Corporación Universitaria Remington, la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, la Universidad Católica de Oriente ubicada en el municipio de Rionegro, la Universidad Autónoma Latinoamericana, la Universidad CES, la Institución Universitaria de Envigado, la Universidad de Medellín, la Universidad Cooperativa de Colombia sede Medellín, la Universidad Eafit, la Universidad Pontificia Bolivariana, la Universidad de San Buenaventura ubicada en el municipio de Bello, y la Corporación Universitaria de Sabaneta J. Emilio Valderrama, ubicada como su nombre lo indica en el municipio de Sabaneta.

La estrategia de investigación se centra en identificar los contenidos de los planes de estudio de los programas de Derecho, a partir de los cuales se evidencia la marcada tendencia en el mantenimiento de áreas denominadas como necesarias

y tradicionales, sin las cuales los estudiantes de Derecho, se evidencia entre los actores del medio, no tendrían una formación profesional completa en el área jurídica. Dichas áreas se soportan en la tradición codificadora y tradicional del sistema jurídico continental.

Para alcanzar la validación de la hipótesis propuesta, se despliega la fase de trabajo de campo, donde se implementa un ejercicio de clasificación de información a partir del desarrollo de varios cuadros de codificación como técnica de sistematización que permitieron el análisis comparativo y conversacional (Vélez y Galeano: 2000; p. 48). Los cuadros de codificación fueron clasificados en dos grupos generales: un grupo de cuadros correspondientes a los programas de Derecho de las Universidades de departamentos diferentes a Antioquia, y un segundo grupo correspondiente a los cuadros de codificación para los programas propios del departamento de Antioquia.

Los cuadros de codificación fueron estructurados a partir de dos componentes para facilitar el contraste de la información y la correspondiente codificación de las áreas tradicionales como de las no tradicionales o comunes de los planes de estudio; de un lado se ubican en columna los programas de las universidades, y de otro la fila con los 10 semestres académicos en los cuales se programan los planes de estudio de Derecho. Desde allí se hace un análisis comparativo que permite evidenciar la fuerte tendencia de los contenidos del modelo continental en los claustros educativos, así como extraer las innovaciones y componentes diferenciadores de los abundantes programas de Derecho en el departamento y en el país.

Como cursos que componen las áreas tradicionales fueron seleccionadas las áreas del Derecho Privado, el Derecho Penal, el Derecho Laboral y el Derecho Público, todas ellas caracterizadas por estar plasmadas en codificaciones comúnmente difundidas en los programas de Derecho. Adicionalmente se conforma un grupo de áreas generales, para el caso de la hipótesis propuesta, de gran valor en la medida que la mayoría representan la tradición histórica e irrenunciable de los programas de Derecho en Colombia, y son defendidas como fundamentos jurídicos necesarios para la comprensión de los cursos temáticos y ramificados de semestres posteriores de la formación. Es el caso de Introducción o Teoría General del Derecho, Derecho Romano, Filosofía del Derecho, Hermenéutica Jurídica, Historia de las Ideas Políticas, Teoría General del Proceso, Derecho Probatorio, Metodología de la Investigación, y por supuesto, Consultorio Jurídico.

En el área de Derecho Privado se han indagado los cursos que derivan propiamente del Código Civil como herramienta central en la enseñanza y formación de profesionales en el área: Personas que es tratado en el libro primero del Código Civil³, Bienes que está regulado en el libro segundo⁴, sucesiones y donaciones del

³ Va del artículo 73 al artículo 648.

⁴ Va del artículo 653 al artículo 1007.

libro tercero⁵, obligaciones y contratos del libro cuarto⁶. A su vez se extraen cursos que tienen un gran referente en el Código como es el caso del Derecho de Familia⁷ y la Responsabilidad Civil.

En el caso del Derecho Laboral se acude también a los cursos que derivan de los tópicos temáticos del Código Sustantivo del Trabajo: Derecho Laboral Individual, Derecho Laboral Colectivo, Derecho Procesal Laboral, y Seguridad Social. Lo propio se hace con el área de Derecho Penal, donde a partir de la ley 599 de 2000 se edifica el área de Derecho Penal General y Derecho Penal Especial; y desde la legislación procesal penal reciente, el Derecho Procesal Penal. Se incluye en este grupo el curso de criminología, toda vez que la criminología encuentra articulación plena con el objeto del Derecho Penal.

En el Derecho Público aparece una figura de trascendental importancia en todos los ámbitos jurídicos actuales del sistema Colombiano: La Constitución; la cual marca uno de los más profundos tránsitos y evoluciones del Derecho en la corriente continental, tal como se expondrá más adelante. Pero aquella sigue siendo presa tradicional de áreas puntuales que parecen tener la custodia de dicho instrumento, el cual se reitera, a desbordado todas las áreas y saberes del quehacer jurídico moderno. En el Derecho Público, y con la Constitución al frente, se reúnen el Derecho Constitucional en su versión general y colombiano; también ingresan, con soporte en el Código Contencioso Administrativo, el Derecho Administrativo en sus versiones general y colombiano, así como el Derecho Procesal Administrativo.

Derecho Privado

La hipótesis parece corroborar, más allá de la tendencia de la conformación tradicional de los programas de Derecho a partir de las áreas comunes y difundidas a lo largo de la historia, una tendencia a la mínima innovación y creatividad de parte de las Instituciones de Educación Superior con programas de Derecho que se atrevan a tomar nuevos rumbos y directrices frente a la composición curricular de sus programas. Estos resultados fuera de dar respuesta al elemento de contenido de un modelo pedagógico, despejan también el cuándo de ese contenido, quiere decir, el momento que es transmitido al estudiante.

En el caso del curso de Personas, 9 de los 13 programas lo tienen ubicado en el primer semestre, uno en segundo y otro más en tercero; sobresale el caso particular de la Universidad Santo Tomás que no lo contempla. De los 13 programas la Universidad

⁵ Va del artículo 1008 al artículo 1493.

⁶ Va del artículo 1494 al 2684, aclarando que del artículo 2546 al 2636 esta derogado por el artículo 232 del Decreto 960 de 1970; y del artículo 2637 al 2682 esta derogado por el artículo 96 del Decreto 1250 de 1970.

⁷ Cuenta con disposiciones entre el artículo 110 al artículo 338.

de Medellín y la Institución Universitaria de Envigado tienen el curso de forma anual, característica que identifica a ambas instituciones en la mayoría de cursos de áreas comunes o tradicionales.

El curso de Bienes presenta una situación muy similar, donde los momentos en los cuales está programado en los programas de Derecho de las universidades de Antioquia seleccionadas varían muy poco; 4 de los 13 programas lo tienen en segundo semestre, 5 de 13 lo tienen en tercero, 2 más en quinto y 2 no lo contemplan. Vale destacar como la Universidad de Medellín, la Universidad Pontificia Bolivariana, la Universidad Cooperativa de Colombia y la Universidad Autónoma Latinoamericana programan este curso por periodo anual.

Para Negocio Jurídico y Obligaciones fue necesario hacer un trabajo más depurado y minucioso, en la medida que no hay uniformidad entre los programas seleccionados para la denominación del curso ni para su organización en los currículos. Propiamente el curso denominado Negocio Jurídico lo contemplan la Universidad Eafit en primer semestre, la Universidad CES en segundo, la San Buenaventura y la Católica de Oriente en tercero, la Universidad Autónoma Latinoamericana y la Universidad de Medellín en cuarto semestre, siendo en la última un curso anual, y finalmente la Universidad Cooperativa de Colombia en séptimo. Con ello son 7 de los 13 programas los que cuentan con el mencionado curso de forma dispersa en los semestres de duración de la carrera de Derecho.

El curso de Obligaciones programado sólo para un (1) semestre lo contemplan la Corporación Universitaria de Sabaneta J. Emilio Valderrama, Universidad CES y la Universidad Eafit en cuarto semestre, la Institución Universitaria de Envigado de forma anual en quinto, y semestral la Universidad Católica de Oriente y la San Buenaventura, en sexto la Universidad Autónoma Latinoamericana, y en séptimo la Universidad Cooperativa de Colombia.

De organización semestral, el curso de Obligaciones aparece dividido en dos semestres en los programas de la Corporación Universitaria Remington, la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, y la Universidad Pontificia Bolivariana; en la primera se ubica en tercer y cuarto semestre, en la segunda en cuarto y quinto, y en la última en quinto y sexto semestre.

No obstante dicha dispersión, se identifica claramente como estos cursos se mantienen programados entre segundo a séptimo semestre en el caso de los 13 programas, sobresaliendo una concentración en el cuarto y quinto semestre, donde coinciden 7 de los 13 programas con alguno de estos cursos. Ello podría dar lugar a proponer un aparente factor diferenciador e innovador entre los programas de Derecho de Antioquia, más con un componente relevante consistente en que Negocio Jurídico – Obligaciones, es un contenido que dentro de la comunidad académica de los programas de Derecho es de gran relevancia.

No obstante eso no se considera como un elemento diferenciador que hace de los planes de estudio de Derecho currículos únicos y específicos, en la medida que contrario a esa idea, estas materias figuran de forma preponderante y mayoritaria en los programas de Derecho, buscando brindar seguridad por medio de definiciones que garanticen su especificidad. Es un curso irrenunciable desde todos los programas indagados, los cuales lo anualizan como es el caso de la Universidad de Medellín y de la Institución Universitaria de Envigado, lo dividen en semestres bajo la misma denominación como en la Universidad Pontificia Bolivariana, la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, y la Corporación Universitaria Remington; o lo brindan en dos semestres con ambas denominaciones, como es el caso de la Universidad CES, Eafit, Autónoma Latinoamericana, la Cooperativa de Colombia, la Católica de Oriente y la San Buenaventura, todas contenedoras de los cursos Negocio Jurídico en un semestre, y Obligaciones en otro.

El curso de Contratos sigue la línea de estar presente en casi la totalidad de planes de estudio de Derecho de Antioquia. De los 13 programas indagados, la Corporación Universitaria de Sabaneta J. Emilio Valderrama lo contempla en el cuarto semestre, 3 instituciones más lo ponen en quinto, 2 en sexto, 5 en séptimo, y en octavo tan sólo la Cooperativa de Colombia. Se mantiene la tendencia anualizada en la Universidad de Medellín y de la Institución Universitaria de Envigado, y se distingue la división en dos cursos semestrales en la Universidad CES y en la Universidad Pontificia Bolivariana.

Sucesiones figura como un curso que también está presente en la mayoría de planes de estudio de Derecho, pues no figura sólo en la Universidad Cooperativa de Colombia. Se reitera su aparición en tercer semestre en la Corporación Universidad de Sabaneta, sólo la Santo Tomás la contempla en quinto semestre, 2 programas en séptimo, 1 en octavo semestre, 5 programas en noveno donde se ubican una vez más la Universidad de Medellín y la Institución Universitaria de Envigado con el modelo anualizado, y finalmente 2 programas con el mencionado curso en décimo.

Hasta aquí, de manera bastante evidente e importante se corrobora como la tendencia en el Derecho Privado es casi igualitaria en los 13 programas de Derecho indagados en Antioquia. De 11 cursos previstos para la indagación, sólo 4 marcan verdaderas diferencias en los 13 programas como se expone a continuación, mientras que sin variaciones significativas 7 cursos se reiteran de forma muy similar, sellando la ya mencionada tendencia tradicional.

Los Diferentes del Derecho Privado en Antioquia

Los 4 cursos mencionados que marcan diferencia con la tradicional tendencia ya descrita son los correspondientes a Derecho Procesal, para el caso divididos en solo Procesal Civil, o general, y Procesal Civil Especial; el curso de Derecho de Familia, y el de Responsabilidad Civil.

El curso de Derecho Procesal Civil figura en 10 de los 13 programas indagados, y la variación a Derecho Procesal Civil Especial se presenta en menos de la mitad de los 13 programas. Procesal Civil General o simplemente Derecho Procesal Civil está incluido en los programas de la Universidad CES, la Corporación Universitaria de Sabaneta J. Emilio Valderrama, la Universidad Santo Tomás y la Corporación Universitaria Remington, en todas ellas en quinto semestre. En sexto semestre aparece en la Católica de Oriente, de San Buenaventura y la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas; y en séptimo como curso anual en la Universidad de Medellín, semestral en la Universidad Eafit, y dividido en dos semestres en la Universidad Autónoma Latinoamericana.

Aquel curso se concentra de forma concreta entre el quinto a séptimo semestre, lo que se reitera con el curso de Derecho Procesal Civil Especial, contemplado en quinto semestre por la Universidad Pontificia Bolivariana, en sexto por la Universidad CES y por la Corporación Universitaria Remington, quien lo tiene también en un segundo nivel en séptimo semestre. En este último también lo tienen la Universidad Católica de Oriente, la Cooperativa de Colombia, y la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas.

Para el caso de Derecho de Familia, la concentración temporal de los cursos de Derecho Privado se rompe; si bien este curso figura en 12 de los 13 programas, no es posible hablar de una tendencia a programarlo en un semestre específico como en el caso de los demás cursos, pues 2 programas lo contemplan en segundo semestre, 1 en tercero, otro más en cuarto, 2 en quinto semestre, 3 en sexto, ninguno en séptimo, 1 en octavo, y las Universidades de tendencia anualizada (Institución Universitaria de Envigado y Universidad de Medellín) en noveno y décimo. Sólo la Corporación Universitaria Remington no lo tiene en su currículo disponible al público.

Finalmente donde se marca una verdadera diferencia en el área de Derecho Privado es en el curso de Responsabilidad Civil, pues sólo 5 de los 13 programas lo incluyen en su plan de estudios. También se destaca la concentración temática de la Corporación Universitaria de Sabaneta J. Emilio Valderrama, programa que tiene la mayoría de los cursos de Derecho Privado en tercer y cuarto semestre, la anualidad de estos cursos en la Universidad de Medellín y la Institución Universitaria de Envigado, en contraste con la baja tendencia en la Universidad Cooperativa de Colombia donde no se reporta Sucesiones, Derecho Procesal Civil Especial ni Responsabilidad Civil.

Derecho Laboral

De forma bastante llamativa los cursos que integran el área de Derecho Laboral pueden considerarse como el mayor ejemplo que corrobora la tendencia tradicional de la composición y momento formativo en esta rama del Derecho. Prevalciendo casi por totalidad absoluta en los 13 programas, el Derecho Laboral Individual, el Colectivo, el Derecho Procesal Laboral, y la Seguridad Social se mantienen como componentes de esa área del Derecho.

Tan sólo la Universidad CES y la Universidad Santo Tomás tienen dos grandes y sorpresivas innovaciones en su plan de estudios; la primera con la inclusión del curso Historia del Trabajo y la Seguridad Social en cuarto semestre, y el curso Derecho Laboral Administrativo en sexto, convirtiéndose la abanderada del Derecho Laboral por número de materias en el departamento de Antioquia; y la segunda por registrar en noveno semestre el curso Derecho Internacional del Trabajo y el curso Economía y Derecho Laboral.

La tendencia a la programación de materias en los mismos semestres es una constante en el caso de estos cursos. Derecho Laboral Individual figura en quinto semestre en los programas de la Universidad Cooperativa de Colombia, Eafit, la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, CES, y la Universidad de Medellín e Institución Universitaria de Envigado como curso anual. La Universidad San Buenaventura, la Pontificia Bolivariana y la Corporación Universitaria de Sabaneta J. Emilio Valderrama lo contemplan en sexto, y tan sólo la Santo Tomás en séptimo, la Católica de Oriente en cuarto, y la Remington en tercero.

La anualidad casi desaparece en el curso de Derecho Laboral Colectivo, el cual sólo figura en esa modalidad en la Institución Universitaria de Envigado, aclarando que resulta fusionado con el curso de Derecho Laboral Individual, programado en quinto semestre, el mismo de la Universidad Católica de Oriente. En sexto semestre lo incluyen Eafit, la Cooperativa de Colombia y la Corporación Universitaria de Sabaneta J. Emilio Valderrama; en séptimo lo hacen la Universidad CES, la Universidad de Medellín, la Santo Tomás, la Pontificia Bolivariana y la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas. Finalmente este curso no figura, al menos no explícitamente en el caso de la Universidad de San Buenaventura.

El peso de las áreas de Derecho Procesal Laboral y Seguridad Social se evidencia en la Institución Universitaria de Envigado, donde ambas tienen programación anual, lo que diferencia este programa de su casi igual programa de la Universidad de Medellín, el cual es claramente antecesor del programa de la Institución Universitaria de Envigado, quien para el caso de Procesal Laboral la contempla como curso semestral de noveno semestre, y quizá como posible optativa Seguridad Social en la medida que no figura como materia del plan de estudios de esa institución; caso que

se repite con este curso en la Corporación Universitaria Remington. La Universidad Eafit no registra Derecho Procesal Laboral, 2 de los programas lo hacen en sexto semestre, 3 en séptimo, 5 en octavo, 1 en noveno, y otro más en décimo.

Derecho Penal

Bastante llamativo y particular resulta en Derecho Penal en los programas indagados en Antioquia. De forma englobante las áreas de Derecho Penal General, Derecho Penal Especial y Derecho Procesal Penal figuran en la totalidad de los programas indagados. Significativamente se identifica como en el curso de Derecho Penal General varios de los programas tienden a enfatizar o reforzar su prolongación en el programa. Si bien la Universidad Cooperativa de Colombia, la Universidad CES, la Autónoma Latinoamericana y la Corporación Universitaria Remington contienen dicho curso en segundo semestre, en el caso de las tres últimas instituciones lo extienden hasta tercer semestre. En este último lo registran la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas y la Universidad Católica de Oriente, también la Universidad de Medellín y la Institución Universitaria de Envigado en modalidad anual, y la Universidad Pontificia Bolivariana dividiéndolo en dos semestres. En cuarto semestre lo propone la San de Buenaventura, en quinto la Corporación Universitaria de Sabaneta J. Emilio Valderrama, y en octavo la Santo Tomás. Sobresale como la Universidad Eafit registra Derecho Penal en tercer, cuarto y quinto semestre sin detallar la especialidad.

En Derecho Penal Especial la tendencia se mantiene: sobresale la Universidad Cooperativa de Colombia con tres niveles del mencionado curso programados de tercero a quinto semestre; la Remington, el CES y la Autónoma Latinoamericana lo registran en cuarto semestre, pero las dos últimas instituciones lo programan en dos niveles extendiéndolo hasta quinto semestre. En quinto lo incorpora la Universidad de Sabaneta, en modalidad anual la Universidad de Medellín y la Institución Universitaria de Envigado, y en dos niveles extendiéndolo hasta sexto semestre la Pontificia Bolivariana y la Católica de Oriente.

Con el curso de Derecho Procesal Penal se evidencia como el quinto semestre es el de mayor concentración de cursos de Derecho Penal, pues específicamente el curso procesal lo programan allí la Corporación Universitaria Remington, la Corporación Universitaria de Sabaneta J. Emilio Valderrama, y la Universidad CES; la Universidad San Buenaventura y la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas lo registran en sexto al igual que la Universidad Cooperativa de Colombia y la Universidad Pontificia Bolivariana, quienes lo extienden hasta séptimo semestre por dividirla en dos niveles. A la Universidad de Medellín y la Institución Universitaria de Envigado se une en modalidad anual la Universidad Eafit, todas con el curso iniciando en séptimo semestre, en el cual también se programa el

primer nivel de la Autónoma Latinoamericana que lo extiende hasta octavo con un segundo nivel. En octavo semestre la Universidad Santo Tomás registra Derecho Penal General, y la Corporación Universitaria de Sabaneta J. Emilio Valderrama Derecho Procesal Penal.

Los Diferentes del Derecho Penal en Antioquia

Superados los cursos comunes que convocan la totalidad de programas seleccionados de Antioquia, sobresalen varios cursos diferenciadores de los programas en Derecho Penal, marcando tendencias y énfasis entre aquellos. El primer caso a destacar es el de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, única institución que registra el curso Derecho Penal Colombiano, posible similar con Derecho Penal Especial.

El curso Introducción al Derecho Penal figura en el primer semestre de la Universidad Cooperativa de Colombia, la Autónoma Latinoamericana, y la Institución Universitaria de Envigado, esta última en modalidad anual. También se identifica en tercer semestre de la Universidad San Buenaventura.

La Universidad Católica de Oriente incorpora en cuarto semestre el curso Teoría General del Delito; la Universidad Pontificia Bolivariana en séptimo y octavo semestre los niveles uno y dos del curso Práctica Forense Penal, y al igual que la Universidad CES el curso Derecho Probatorio Penal, figurando en aquella en sexto semestre y en el CES en séptimo. Finalmente el curso Criminología, del cual se esperaba abundante figuración en los programas seleccionados, sólo se presenta en modalidad anual en la Institución Universitaria de Envigado en el último año de estudio, en quinto semestre en la Universidad de Sabaneta, y en décimo en la Universidad de San Buenaventura.

De esa forma las tendencias al énfasis en Derecho Penal queda claramente marcado en los programas de Antioquia para la Universidad Pontificia Bolivariana con nueve cursos relacionados, la Universidad Cooperativa de Colombia y la Universidad Autónoma Latinoamericana con siete cursos, y la Institución Universitaria de Envigado con cinco cursos anuales.

El Derecho Público

Como un área compleja, mutable y evidentemente dispersa, el Derecho Público se presenta como la manifestación del Derecho que deslinda las tendencias de los programas de las Facultades de Antioquia. Un total de nueve cursos identifican de manera significativa a los trece programas indagados, lo que se traduce en un

número amplio para un área tradicional que se ha mantenido en la formación de los profesionales del Derecho. Derecho Constitucional General, Derecho Constitucional Colombiano, Teoría General del Estado, Derecho Administrativo General, Derecho Administrativo Especial, y Derecho Procesal Administrativo, se mezclan con la programación de los cursos de Derecho Internacional, Derecho Internacional Público, y Derecho Internacional Humanitario como cursos comunes que comparten los currículos de los programas.

La abundancia de cursos en el área viene presentando un incremento significativo que se contrapone a las demás áreas jurídicas que integran los programas de Derecho en Antioquia, fenómeno que parece no fijar parámetros claros por medio de los cuales se presente la motivación para profundizar con cursos obligatorios un área que afloja los límites conceptuales de materias consideradas fundamentales en la pedagogía del Derecho.

El panorama refleja la contundencia del proceso de cambio en los programas de Derecho en la medida que 12 de los 13 programas tienen entre sus cursos el de Derecho Constitucional General, destacando que 7 de ellos lo programan en segundo semestre. 11 de los programas incluyen Derecho Constitucional Colombiano coincidiendo en que 6 de ellos lo programan en tercer semestre. A su vez 10 de los programas de Derecho cuentan en su currículo con los cursos de Derecho Administrativo General, y Derecho Administrativo Colombiano, de donde 8 de los programas tienen Derecho Administrativo General en octavo semestre, mientras que 4 ubican Derecho Administrativo Colombiano en sexto semestre.

Los resultados de los programas de Derecho del departamento de Antioquia ejemplifican la tendencia tradicionalista en el sistema educativo del Derecho en Colombia, superando incluso las fuertes tendencias marcadas en el área del Derecho Laboral y del Derecho Privado, factor que se corrobora también en los resultados obtenidos con los 16 planes de estudio de programas indagados de otros departamentos del país.

En el área del Derecho Público confluyen varios aspectos interesantes y retantes para el Derecho desde su acepción científica, y desde ella en sus manifestaciones objetiva – como conjunto de disposiciones jurídicas – y subjetivas – como facultad del individuo. Los aspectos a los que debe hacerse referencia en esta área del saber jurídico son la discordancia en la denominación de los cursos, la ponderación en el número de cursos obligatorios en el área, la articulación entre los cursos programados, pero ante todo, los móviles que impulsan las iniciativas de ampliar la gama de cursos en el tema.

La denominación de los cursos trata de mantener la plena correspondencia con el objeto que regula el Derecho en cada área particular, así como los sujetos que intervienen en las relaciones específicas y los escenarios en las cuales se manifiestan

los efectos de esas relaciones, generando la intervención de ese Derecho. Pero como ocurre sin duda en las demás áreas del Derecho, la denominación de los cursos en el área del Derecho Público cae en un abismo amplio de posibilidades que generan ambigüedad y confusión frente a la razón de ser de los cursos, sus contenidos y finalidades en la formación de profesionales del Derecho.

Un caso simple y no problemático se presenta con la que aparenta ser la sinonimia entre Derecho Constitucional General y Teoría General del Estado, cursos que como se evidencia en los resultados obtenidos son programados únicamente en primero y segundo semestre, pero de los cuales si se hace un análisis profundo frente al alcance conceptual de su denominación se llega a una diferencia significativa que marcaría una diferencia que en la realidad no queda despejada, pues no es lo mismo hacer alusión al contenido del curso desde la figura del Estado a hacerlo desde la figura de una Constitución; si bien están necesariamente relacionadas, tienen orígenes, fundamentos y finalidades diferentes.

La denominación se convierte en elemento para promover la diferenciación más desde la superficie que desde la profundidad del curso, haciendo que el perfil del Derecho comience a sufrir una mutación causada en la ambigüedad y ligereza conceptual de los cursos que marcan los contenidos del programa.

La importancia de esta crítica radica en motivos históricos que han degenerado en una diferenciación que aún estigmatiza a varias ciencias, pues no debe olvidarse que la fortaleza de la verificación, objetividad, generalización, medición controlable, el trabajo explicativo, formal, estructural y esquemático de las ciencias radicadas prioritariamente en el paradigma cuantitativo han permitido el avance, credibilidad, defensa, inversión y admiración de las comunidades científicas y no científicas del mundo, en contraposición a la flexibilidad, interpretación, variabilidad, exploración, descripción y subjetivismo que ha marcado a las ciencias humano sociales soportadas principalmente en el paradigma cualitativo.

Los cursos para la formación de ingenieros, físicos, matemáticos y químicos han mantenido su denominación de forma segura, dando lugar a nuevos contenidos que resultan de forma válida por medio de resultados investigativos que arrojan productos sólidos y más confiables ante la comunidad en general que se siente más beneficiada por estos. Ello si bien contribuye a perpetuar figuras y denominaciones que otorgan un componente tradicionalista a los mencionados campos de formación en ciencias formales, también tiene el valor de promover significativamente el avance y la innovación científica por medio del planteamiento constante de nuevas ideas paradigmáticas que retan teorías establecidas y avaladas eficazmente en la experimentación.

Como legado histórico del deslinde entre la fundamentación paradigmática cuantitativa y cualitativa, el Derecho parece haber adoptado la tendencia por el arraigo de aquellos elementos que dan solidez a ciencias diferentes a él, y no presenta muestras claras de poder abandonar aquel arraigo en la medida que no ha pensado aún las razones para hacerlo.

El Derecho sigue aferrado a categorías pasivas del pasado para tratar de asegurar la fiabilidad de sus avances y dinámicas presentes, razón para que por ejemplo el Derecho Romano sea un curso que no deja proponer otra forma de abordar el Derecho sin pensar que de no estudiarse se desconoce su origen, y que por lo tanto se descarta una de las principales referencias de la elaboración de la ciencia jurídica.

Pero el Derecho debe enfrentar las cargas históricas no reevaluadas que ha decidido asumir para justificar su naturaleza científica, en contraposición a tener que adecuarse a los nuevos desafíos que su objeto de estudio radicalmente le impone, dando lugar a coexistencias contrarias a la esencia de las realidades sociales que debe atender como ciencia social.

Es por ello que el Derecho Público desde la composición de cursos en los programas de Derecho parece ejemplificar esta amenaza que cuestiona su objetividad, articulación y eficacia. En el Derecho Público convergen aquellas contrariedades que no despejan un camino concreto para el trabajo ante los nuevos desafíos del Derecho, y mucho menos para la enseñanza del mismo y la formación de profesionales. La coexistencia de cursos tradicionales e históricos con cursos originados en ideas dirigidas a atender las nuevas tendencias y necesidades jurídicas manifiestas en el área pública promueven choques y discursos amplios que desvirtúan la orientación de la formación profesional de abogados.

En el caso de los 13 programas de Derecho aquellos cursos tradicionales coexisten con cursos como los referidos al área internacional, donde ni la mitad de los programas cuenta con ellos en su programación, mientras que aparece un conjunto amplio de cursos como Derecho Comunitario, y Derecho Electoral y Partidos Políticos en el noveno semestre de la Universidad Santo Tomás, y en décimo semestre Historia de Acciones Constitucionales, Responsabilidad Estatal, Contratación Administrativa, Derecho Laboral Administrativo e Interpretación Constitucional. Régimen y Sistema Político Colombiano en Eafit, Introducción al Estado de Derecho, y Régimen Departamental y Municipal en la Institución Universitaria de Envigado; y Dogmática Constitucional y Estructura Constitucional en la Universidad Pontificia Bolivariana.

La confluencia de denominaciones acarrea el incremento de cursos en el área, relegando así a otras áreas del Derecho que comienzan a percibirse como secundarias o menos importantes. Lógicamente debe señalarse que todos estos procesos y modificaciones no son realizados de manera caprichosa, en la medida que el

Ministerio de Educación de Colombia como máxima autoridad administrativa valida y reconoce las condiciones mínimas para la funcionalidad de los programas educativos que proponen las Instituciones de Educación Superior, por lo que estas nuevas apariciones están siendo justificadas desde ópticas y argumentos avalados por el sector público y privado.

De esa forma el Derecho Público en los programas de Derecho de Antioquia se constituyen en una muestra donde el Derecho abre la posibilidad para sufrir grandes transformaciones, proceso que implica las dificultades y desafíos serios que se vienen presentando. A partir de ello vale dedicar en este punto atención especial al reto final que se considera enfrenta el Derecho desde la movilización de contenidos en el área de Derecho Público: ¿Cuál es el móvil de los cambios curriculares de los programas de Derecho de Antioquia en el área de Derecho Público? La respuesta identificada radica en tres figuras: Constitución, constitucionalización y Neoconstitucionalismo.

En los cambios recientes que el ordenamiento jurídico colombiano ha vivenciado se encuentra el cambio del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho, y con él un incremento imparable de la importancia de la Constitución Política en el ejercicio de los poderes públicos del Estado, principalmente del judicial. ¿Por qué la Constitución Política? Manifestación del sometimiento al orden jurídico positivo, expresión de soberanía y de regulación de poder, la Constitución consagra los principios y derechos a partir de los cuales gobernantes y gobernados adoptan un modelo de vida dirigido a la convivencia pacífica. Adicionalmente la Constitución da origen al Derecho Constitucional, el cual gira en torno a ella de forma permanente; resultando en el Pacto Político de base, en la norma fundamental (Schmitt, 1993. p. 301), con lo cual todas las normas jurídicas inferiores deben guardar plena coherencia con la finalidad y naturaleza de las disposiciones constitucionales procurando por el manteniendo del orden y la coherencia del sistema jurídico.

La Constitución Política de 1991 se corresponde a un destacado hecho social de iniciativa estudiantil en la que se proponía una reelaboración de la principal figura del ordenamiento jurídico. El trabajo de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 plasmó una Carta de derechos sustentados y dirigidos al reconocimiento y protección de la dignidad humana como finalidad de todo el andamiaje estatal.

La fuerza que la Constitución Política de 1991 cobraría en adelante es un tema que no ha tenido merma desde los diferentes ámbitos del ejercicio del Derecho, plasmando disposiciones en las que los cambios al ordenamiento jurídico han impulsado las modificaciones curriculares de los programas de Derecho en el departamento de Antioquia. Con el Estado Social de Derecho la Constitución comenzaría una labor de desplazamiento y sobreposición a las leyes como primera y más importante fuente jurídica:

El juez, en el Estado Social de Derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho. (Corte Constitucional, T – 406, 1992).

Los desafíos que comenzó a presentar el sistema en Colombia reposicionaron actores jurídicos en jerarquías de mayor relevancia, donde su ejercicio y decisiones comenzaron a surtir una serie de transformaciones que complejizan la comprensión del Derecho en sus aspectos sustanciales y procesales, fenómeno que viene siendo leído por los programas de Derecho con los impulsos por tratar de garantizar la enseñanza del Derecho y formación de profesionales idóneos con la inclusión de nuevos cursos que abarquen las nuevas realidades.

Estas nuevas dinámicas han generado el auge por el estudio de los derechos fundamentales, así como de los derechos sociales, económicos y culturales, y los derechos colectivos; cada vez adquieren más fuerza temas como la principalística, la argumentación e interpretación jurídica, las políticas públicas, la participación, la gobernabilidad y la gobernanza, los mecanismos de control y acciones judiciales para garantizar los derechos amparados desde la Constitución. El empoderamiento del sector judicial desplegó un trabajo de gran relevancia en el sistema jurídico colombiano donde la Carta Fundamental se instrumentaliza como recurso de primer orden que en ocasiones amenaza la discrecionalidad judicial y abre un escenario conflictivo entre las esferas de los poderes públicos del Estado.

La doctrina de la separación de poderes ha variado sustancialmente en relación con la formulación inicial. Aquello que en un principio tenía como punto esencial la separación de los órganos, cada uno de ellos depositario de funciones bien delimitadas, ha pasado a ser, en la democracia constitucional actual, una separación de ámbitos funcionales dotados de un control activo entre ellos. Lo dicho está en acuerdo, además, con una interpretación contemporánea de la separación de los poderes, a partir de la cual el juez pueda convertirse en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que este, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, adopte las responsabilidades de desarrollo legal que le corresponden y expida las normas del caso. Este contrapeso de poderes, que emergen de la dinámica institucional, es la mejor garantía de la protección efectiva de los derechos de los asociados. (Corte Constitucional, T – 406, 1992).

De la creciente importancia de la Constitución Política de 1991 se consolidan dos importantes corrientes que aportan a las modificaciones del Derecho. La

constitucionalización es un primer fenómeno a partir del cual se evidencia la intromisión de las disposiciones y su espíritu constitucional en todas las áreas del Derecho. La anterior primacía e individualidad de las disposiciones legales funcionales desde métodos de interpretación también dispuestos en la ley, se enfrenta a la interpretación y articulación de las leyes con los contenidos constitucionales. La constitucionalización del Derecho se acompaña del Neoconstitucionalismo como dinamizador del ordenamiento jurídico en Colombia; con ellos la herencia histórica tradicional subsiste pero desde un ámbito en el cual no tiene la misma importancia, en la medida que hay un sometimiento más evidente y directo de la ley a la Constitución, la jurisprudencia adquiere un valor inicialmente no estimado, y las modificaciones a las disposiciones legales comienzan a ser originadas por otros órganos alternos al inicialmente contemplado para ello. De acuerdo a Paolo Comanducci la constitucionalización se identifica por:

La existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales, la garantía jurisdiccional de la Constitución, la fuerza vinculante de la Constitución como conjunto de normas preceptivas y no programáticas, la sobreinterpretación de la Constitución, interpretada extensivamente y de ella se deducen principios implícitos; la aplicación directa de las normas constitucionales también para regular las relaciones entre particulares; y la interpretación adecuada de las leyes. (Comanducci, 2002: 8).

Por su parte el Neoconstitucionalismo puede definirse como el resultado de un proceso histórico resultado de una reflexión de las posturas iuspositivistas e iusnaturalistas que han permeado el desarrollo del Derecho, resultando un reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución Política, el crecimiento y ampliación de la jurisdicción constitucional radicada en los jueces de la República, y con ello, el comienzo y evolución de una nueva dogmática para la interpretación y comprensión de la Constitución Política. Desde el neoconstitucionalismo la posibilidad de relación entre Derecho y moral es defendida desde la preeminencia de los principios constitucionales, a partir de los cuales se diferencia de las reglas como disposiciones normativas, todos acordes con la Constitución Política.

Con estas nuevas corrientes y transformaciones en el Derecho, los programas de las instituciones de educación superior se debaten entre la enseñanza tradicional y los desafíos por atender las nuevas exigencias del medio, matizado en casi la totalidad de los casos por el temor de desprenderse de la herencia histórica que permitió el Derecho actual, pero que no obstante carece de validez y eficacia normativa, asumiéndose como una carga teórica que aún es impartida en los cursos de los programas de Derecho.

Cursos Generales

No muchas variaciones ni sorpresas presentan los cursos considerados como generales: aquellos con contenidos introductorios, básicos, considerados como necesarios e irrenunciables por los programas de Derecho y en el dialogo cotidiano de la mayoría de profesionales del gremio. Introducción al Derecho, Derecho Romano, Sociología Jurídica, Investigación, Derecho Probatorio, Historia de las Ideas Políticas, Hermenéutica, Teoría General del Proceso, Filosofía del Derecho, y Consultorio Jurídico son los cursos referentes que evidentemente sobresalen de forma mayoritaria en los programas de Derecho de Antioquia.

El que menos figuración tiene es Historia de las Ideas Políticas, presente en 7 de los 13 programas indagados. Introducción al Derecho está presente en la totalidad de programas siempre en el primer año de formación, tendencia que sigue Sociología Jurídica en 9 de los 13 programas.

Teoría General del Proceso es un curso programado por 10 de los programas entre cuarto a sexto semestre; mientras que Filosofía del Derecho, Derecho Probatorio y Hermenéutica si bien tienen una fuerte aparición en los currículos de los programas, presentan programaciones totalmente diversas.

Sorpresivamente los cursos de investigación no fueron identificados en todos los currículos disponibles al público, reservándose a 8 de las 13 instituciones indagadas, encontrando diversas modalidades y denominaciones en los cursos previstos por los programas, como es la amplia destinación contemplada por la Universidad Autónoma Latinoamericana, la Universidad de San Buenaventura y la Universidad Cooperativa de Colombia, frente a programas de gran auge investigativo como el de la Universidad de Medellín que no lo programa en su currículo, y la Universidad Pontificia Bolivariana, que simplemente lo reserva a primer semestre. Finalmente Consultorio Jurídico aparece inamovible en los dos últimos años de la carrera, como modalidad práctica de formación, y con leves variaciones en su destinación de tiempo.

Cursos Novedades

Hablar de cursos que sean novedades en los programas de Derecho de Antioquia conduce a tratar aquellas áreas que están ubicadas en la mayoría de los casos de forma aislada y con poca destinación de tiempo. Adicionalmente son áreas que en la mayoría de los casos no están articuladas con áreas tradicionales y por ello no marcan tendencia en la formación de los profesionales del Derecho.

Un primer grupo de cursos son aquellos que aparecen relativamente reiterados en programas de Derecho del departamento como es el caso de Ética, inglés, Derecho Tributario, Derecho Notarial, Derecho Ambiental, Derecho del Menor, Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos, Hacienda Pública, Argumentación y los cursos que abordan temas económicos.

A esta amplia gama de cursos debe agregarse la destinación de cursos optativos también contemplados en las mallas curriculares, lo que en algunos programas desborda los contenidos temáticos que tratan de ser delimitados por medio de las áreas tradicionales de formación jurídica.

El problema en este aspecto radica más que en el momento (Cuándo) enseñar el contenido o el tema de cada curso (Qué), en los contenidos y tópicos contemplados para la programación de cursos en las mallas curriculares de los programas de Derecho de Antioquia, abriendo la verdadera y profunda diferencia entre los programas de Derecho en la medida que un grupo de universidades apuesta por una notoria y amplia flexibilidad temática para la enseñanza del Derecho, mientras que otro grupo se mantiene en una programación más conservadora y fuerte en áreas tradicionales, dando lugar sólo a algunas modalidades diversas de temáticas de formación.

CONCLUSIÓN

¿Qué es mejor, muchos cursos sobre varios temas o cursos sobre menos temas pero más profundos? ¿Son ejemplos de flexibilidad curricular los programas de Derecho con amplia diversidad de cursos para la formación de sus profesionales? ¿Cuál modalidad es más efectiva? Para estos interrogantes se propone una postura media que debe ser reelaborada desde un ejercicio que retome experiencias y antecedentes de cada uno de los programas que funciona en Derecho.

Para poder proponer componentes que articulen un modelo pedagógico para los programas de Derecho pertinente para la realidad de la sociedad colombiana, antes de pensar en cómo formar profesionales del Derecho, y cómo enseñar el Derecho, debe pensarse en que es necesario ser enseñado y que aspectos de formación deben ser impartidos. El Derecho como ciencia evidencia en nuestro contexto una de sus principales amenazas, en la medida que el gremio científico está incurriendo en una desbordada tendencia al cambio sin ejercicios profundos en los que se evidencie la correspondencia con las necesidades y respaldos del medio al que se dirigen sus esfuerzos.

De seguir pretendiendo ejercer una pedagogía del Derecho por medio de una cantidad considerable de áreas en las que no se focalizan contenidos ni finalidades puntuales, mucho menos podrá consolidarse un modelo pedagógico que enfrente los desafíos que el Derecho afronta históricamente con su objeto de estudio, su metodología, y el desprestigio de sus actores jurídicos. Tampoco es respuesta mantener un modelo tradicional soportado en mallas curriculares aferradas a los contenidos reiterados de generación en generación, donde los cursos sobre temáticas diversas a las áreas tradicionales, se ven como tímidos intentos de innovación curricular.

Los programas de Derecho carecen de un punto medio que resulte de una reflexión científica y epistemológica sobre el papel que el Derecho cumple como instrumento social, como creación cultural, y como mecanismo pedagógico que dinamiza y retroalimenta el modelo cultura que le brinda la materia prima para su evolución. El Derecho parece sostenerse en la dicotomía teórico práctica, tanto en sus profesionales como en los destinatarios comunes de la norma, debido a que no hay claridad que dé cuenta de las lecturas complejas, profundas, dinámicas y trascendentes en las que el Derecho haya leído o se venga leyendo para cumplir su finalidad social.

BIBLIOGRAFÍA

- Vélez Restrepo, O. L. & Galeano Marín, M. E. (2000) Investigación Cualitativa, estado del Arte. Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia. p.48
- Comanducci, P (2005) Constitucionalización y Teoría del Derecho. Córdoba, Argentina: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. P. 1 – 7.
- Corte Constitucional de Colombia. (1992) Sentencia T – 406. M.P. Ciro Angarita Barón.
- Webgrafía
- Corporación Universitaria Remington. Plan de Estudios. Recuperado de: <http://www.remington.edu.co/programas/carrerasuniversitarias/derecho.htm> (septiembre 7 de 2010).
- Fundación Universitaria Autónoma de las Américas. Plan de Estudios y componentes temáticos por niveles del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas. Recuperado de: <http://www.uam.edu.co/CMS/Noticias/popups/documentos/Brochure%20de%20Derecho%20Definitivo%20Dic%2012-%202008%20%281%29.pdf> (septiembre 7 de 2010).

- Universidad Católica de Oriente. Plan de Estudios. Recuperado de: http://www.uco.edu.co/FuentesUCO/Pregrados/derecho_malla_curricular.pdf (septiembre 7 de 2010).
- Universidad Autónoma Latinoamericana. Plan de Estudios Derecho Universidad Autónoma Latinoamericana. Recuperado de: <http://www.unaula.edu.co/facultades/derecho/dereplan.html> (septiembre 7 de 2010).
- Universidad CES. Recuperado de: <http://www.ces.edu.co/Descargas/Malla%20Curricular%20Pregrado%20Derecho.pdf> (septiembre 7 de 2010).
- Universidad de Medellín. Derecho, Plan de Estudio, Plan de formación. Recuperado de: <http://www.udem.edu.co/UDEM/Programas/Pregrados/Derecho/Plan+de+estudio.htm> (septiembre 7 de 2010).
- Universidad Eafit. Derecho. Plan de Estudios. Recuperado de: <http://www.eafit.edu.co/programas-academicos/pregrados/derecho/informacion-general/Paginas/plan-estudios.aspx>(septiembre 7 de 2010).
- Universidad Pontificia Bolivariana. Plan de Estudios Derecho. Recuperado de: http://www.upb.edu.co/portal/page?_pageid=1054,32601406&_dad=portal&_schema=PORTAL (septiembre 7 de 2010).
- Corporación Universitaria de Sabaneta J. Emilio Valderrama. Malla Curricular. Recuperado de: http://www.unisabaneta.edu.co/documentos/maya_curricular_derecho_unisabaneta.pdf (septiembre 7 de 2010)

EL CINE COMO ESTRATEGIA PEDAGÓGICA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE CONOCIMIENTO EN MATERIA DE DERECHO

JORGE ALFREDO GÓMEZ BAUTISTA.¹

Resumen

El proyecto de investigación busca determinar mecanismos alternativos para la enseñanza del derecho utilizando el cine como una herramienta cognitiva para inculcar en los estudiantes los nuevos mecanismos de justicia y técnicas en el sistema judicial oral en Colombia.

El tener modernos sistemas audiovisuales, transforman la posibilidad de dar herramientas jurídicas en un mundo que cada día se adecúa a nuevas tecnologías, donde los equipos electrónicos hacen parte de la naturaleza misma de la humanidad, convirtiéndose en instrumentos necesarios para el desarrollo personal y profesional de cada individuo.

Replantear la forma de enseñar derecho, usando las condiciones de experiencia de otros sistemas que llevan mucho tiempo desarrollando técnicas de juicio oral en el sistema de *common law*, de desarrollo probatorio, de trámites en estrados judiciales, entre otros, permitiría dar un paso adelante en la educación universitaria de la profesión del derecho, ilustrando adecuadamente las necesidades jurídicas del sistema dentro de la gran gama de cambios normativos y jurisprudenciales del derecho colombiano.

Abstract

The research project seeks to identify alternative mechanisms for legal education by using film as a cognitive tool to instill in students the new justice mechanisms and techniques in the oral judicial system in Colombia.

To have modern audiovisual systems, transform the possibility of legal tools in a world that each day is suited to new technologies, where electronic devices are part of the very nature of humanity, becoming necessary tools for personal and professional development of each individual.

Thinking about how to teach law, using the conditions of experience of other systems that have long been developing techniques for trial in the common law system,

¹ Abogado Universidad de San Buenaventura Cali, Especialista en Derecho Administrativo Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Docente Investigador de tiempo completo, Coordinador del Área de Derecho Público, Universidad Cooperativa de Colombia Sede Cartago, Docente Tiempo Completo – Coordinador del área de Derecho Público

development of evidence, in proceedings in the courts, among others, would take a step forward college education in the legal profession, illustrating well the legal needs of the system within the wide range of legislative changes and case law in Colombia.

Palabras claves

Pedagogía - cine - juicio oral – didáctica - aprendizaje

Key words

PEDAGOGY - CINEMA - TRIAL - TEACHING – LEARNING

INTRODUCCIÓN

La evolución de la sociedad desde el primer estudio histórico de la humanidad ha mostrado que tanto las reglas de conducta como el arte, han ido concadenadas con el desarrollo cognitivo del hombre.

El conocimiento del arte desde tiempos remotos fue permitido a pocos; aquella población relacionada con la Iglesia, la burguesía o los estratos sociales más altos tenían el privilegio de conocerlas y apropiarse de ella, incluso de la tecnología generada en la época. Éstos hechos entorpecieron la expansión cultural de la sociedad, haciendo que su progreso fuera lento en las etapas de la historia del desarrollo medieval.

Con la caída de las Monarquías como forma de gobierno de los estados medievales, la democratización del Estado y la permanencia de la soberanía en el pueblo, planteada desde el siglo XVII y XVIII, el estudio del arte y el derecho se extendió a la mayoría de la población, comprendiendo una gama de actividades culturales enmarcadas en garantías, derechos y libertades que el ciudadano del común desconocía. Las revoluciones políticas se materializaron de igual manera en el arte, que se transformó de acuerdo a la manifestación social de emancipación política y administrativa que permitieron el desarrollo de revoluciones que trascendieron la administración y los sistemas de producción.

Ahora bien, el desarrollo de la cultura permeó a su vez el desarrollo de la academia, la cual crecía con una carencia de espacios pedagógicos acordes a la evolución de la sociedad, la economía, la política, etc., ergo, el impulso de la enseñanza,

permitió el uso e implementación de diferentes corrientes teórico-pedagógicas para el aprendizaje, aplicando principios básicos de la educación Griega, Romana y Eclesiástica a un sistema social impactado por los profundos cambios del siglo XVIII y XIX.

Toda esta transformación social, obligó a considerar el cambio de la tendencia pedagógica tradicional, debido a que no reflejaba el verdadero interés de aprendizaje del alumno, circunstancia que se fue consolidando con el auge de diferentes estudios técnicos y profesionales en la entrada del siglo XX.

En la actualidad, las diferentes herramientas tecnológicas han hecho que la esfera del estudio no se circunscriba exclusivamente al aula de clase, sino que se expanda a espacios que quizás antes no eran valorados como opciones académicas, buscando, no sólo modelar conocimientos y habilidades para el estudiante, sino potencializar aquellas capacidades que el alumno va adquiriendo en su proceso de aprendizaje.

Las posibilidades infinitas del video, la información en medio electrónico, la virtualidad de cátedras, el acceso remoto, la interacción simultánea, son algunos ejemplos de las necesidades de la educación moderna, aplicables al contexto académico de ésta generación.

Por tal razón el estudio del Derecho no puede ser ajeno a las nuevas tendencias. La posibilidad de encontrar caminos pedagógicos únicos para el desarrollo de temáticas relacionadas con aspectos eminentemente jurídicos, han permitido elaborar un proyecto pedagógico, que reúne instrumentos didácticos visuales, donde se busca no sólo analizar al abogado desde el punto de vista del ejercicio de la profesión, sino también comprender de las diferentes circunstancias que general conflictos de orden legal, el desempeño del Profesional del Derecho de acuerdo a las diferentes interpretaciones histriónicas de ésta profesión en el cine moderno, estableciendo qué circunstancias generan conocimiento jurídico, cuáles son los diferentes mecanismos de interpretación judicial, cuáles son las características de los diferentes procesos judiciales, cómo se realiza la presentación de los diferentes casos, etc.

Marco teórico y estado del arte

El proyecto de investigación ha tratado de resolver interrogantes que antes habían sido planteados para diferentes áreas académicas. El uso en la medicina ha permitido que los audiovisuales sean importantísimos para la realización de operaciones mediante laparoscopias, en materia de ciencias sociales, se han desarrollado actividades cognitivas a través del cine para el análisis de aspectos históricos, casos, gestas épicas etc.

En la investigación sobre “el cine y los valores educativos” se establece que los medios audiovisuales en general, y el cine en particular, tienen en la sociedad actual un gran poder de comunicación y de influencia (BONILLA, 2005), lo cual permite la aprehensión de conocimiento de manera versátil y didáctica, rompiendo los paradigmas educativos que se instituyeron desde la formalización de la educación universitaria.

Para Edward Burgo, el cine como estrategia didáctica es una propuesta donde se ven implicados algunos procesos cognitivos como el Aprendizaje significativo y la memorización comprensiva; algunos procesos en la enseñanza como la transposición didáctica y la evaluación.

Es por tal razón que el cine como estrategia didáctica, permite el uso de un conjunto de actividades, que siendo organizadas, planeadas, aplicadas y evaluadas en el aula de clase permiten generar conocimiento con el apoyo de un medio audiovisual, una película o documental en formato digital (VHS, DVD, VCD, Internet). Las actividades previas y posteriores de retroalimentación (por ejemplo: el cine fórum, plenarias, discusiones, realización de ensayos, artículos, etc.) permiten, no solo la aprehensión de conocimientos a los estudiantes, sino también la oportunidad de moldear diferentes aspectos útiles para el desarrollo de la profesión.

El cine como estrategia didáctica es pertinente en una sociedad educada a través de los *mass media*² y el cine, pero requiere de tiempo para la planeación y la búsqueda de películas y material adecuado para el trabajo con los estudiantes, lo cual requiere impacto y sobretodo facilidades logísticas para su desarrollo. (BONILLA, 2005)

Dado lo anterior, y debido a la información obtenida para sustentar el arte del presente proyecto, el uso de medios audiovisuales se ha convertido en cátedra obligada en algunas universidades del mundo, en especial para el desarrollo de la flexibilización curricular, aumentando el uso de blogs y de instrumentos electrónicos para la discusión y los foros programados, permitiendo el desarrollo de la asignatura, en cualquier espacio de tiempo y en cualquier lugar.

Es necesario recalcar, que para el estudio del derecho propiamente dicho, no se han establecido herramientas dentro del marco teórico, que indiquen alguna investigación de éste tipo para el desarrollo de actividades académicas en materia de derecho, en especial por la necesidad de encontrar instrumentos para el aprendizaje del nuevo sistema judicial oral en Colombia.

² Medios de comunicación masivos o de masas (término también muy utilizado directamente en inglés: *mass media*) son los medios de comunicación recibidos simultáneamente por una gran audiencia, equivalente al concepto sociológico de masas o al concepto comunicativo de público.

Problema de investigación y su justificación.

El aprendizaje del Derecho, se ha transformado por las nuevas tendencias pedagógicas, el estudiante asimila con mayor claridad los diferentes conceptos jurídicos utilizando herramientas cognitivas didácticas, tales como los audiovisuales, las herramientas virtuales, el conocimiento y manejo de TICs (Tecnologías de Información y Comunicación), el uso de material bibliográfico y webgráfico, las bases de datos, bibliotecas virtuales, etc.

Al aplicar todas éstas facilidades pedagógicas al estudio del derecho encontramos, que la mayoría, aunque son de constante consulta, no le permiten al Estudiante de Derecho establecer mecanismos de apreciación de los diferentes trámites legales, mucho menos, de actividades realizadas durante o en el transcurso de un juicio, en la presentación y análisis de pruebas, los debates probatorios de las partes intervinientes, en fin, de una gran gama de actuaciones que no se reflejan en textos guías, en consultas o en actividades de aula de clase.

La transformación del sistema legal colombiano, demanda conocimientos y experiencias de oratoria para la presentación y trámite de cualquier proceso legal, donde es indiscutible, que el estudiante adquiera todas las capacidades jurídicas del saber para su futuro desempeño profesional.

Ahora bien, la inexistencia de instrumentos audiovisuales, que indiquen cuál o cuáles son las variantes procesales dentro del marco del sistema jurídico oral nacional, obligan a indagar qué alternativas académicas existen para el desarrollo de la relación docente – docente, donde se apliquen conocimientos jurídicos en espacios diferentes de las aulas de clase, donde el estudiante asimile la información dada por el profesor de acuerdo con las nuevas tendencias didácticas y pedagógicas.

La cinematografía, permite, fuera de transmitir información, establecer lazos de conocimiento de una manera diferente, donde el estudiante fuera de entender el trámite procesal, comprenda las características de las actuaciones judiciales, permitiéndole percibir, no sólo la importancia del rol del profesional del Derecho, sino también, el valor de la asistencia legal en cualquiera de las variantes jurídicas de un juicio, siendo apoderado de alguna de las partes o en su defecto administrador de justicia.

Si nos detenemos a observar la cultura cinematográfica en los últimos años, encontramos que la relación Séptimo Arte - Derecho se ha afianzado con numerosas obras relacionadas directamente con temas jurídicos, que de una u otra manera, son útiles para obtener conocimientos por parte de los estudiantes de ésta profesión. Encontramos entonces, que desde la entrada del cine a color y audio, en los últimos cincuenta años, más de 100 producciones cinematográficas, tienen un estrecho vínculo legal.

Bajo el mismo orden de ideas, podríamos preguntar si: *¿Puede ser el cine un mecanismo pedagógico y didáctico para la enseñanza del derecho?* La respuesta quizás de antemano se fácil de obtener, sin embargo, la importancia de la cinematografía para la enseñanza de derecho, no ha sido en la actualidad estudiada por ningún claustro académico, razón por la cual, no es posible determinar con exactitud, que tan útil pueda ser éste tipo de didáctica como auxiliar de aprendizaje para un estudiante, circunstancia que se plantea abordar con la presente investigación.

Reviste importancia entonces, el analizar todas las temáticas relacionadas con aspectos eminentemente jurídicos, no sólo desde el punto de vista del ejercicio de la profesión, sino también de las diferentes circunstancias que general conflictos de orden legal, buscando descubrir cuál es el perfil del Abogado de acuerdo a las diferentes interpretaciones histriónicas de ésta profesión en el cine moderno, qué circunstancias generan conocimiento jurídico, cuáles son los diferentes mecanismos de interpretación judicial, cuáles son las características de los diferentes procesos judiciales, cómo se realiza la presentación de los diferentes casos, etc.

Para finalizar, es necesario obtener suficiente material cinematográfico, con el fin de establecer un diagnóstico de viabilidad de este mecanismo didáctico, circunstancia que de ser probada, pondría sin lugar a dudas a la Universidad Cooperativa de Colombia, como ejemplo nacional en materia pedagógica y didáctica para el desarrollo de futuros profesionales del Derecho.

OBJETIVOS.

Objetivo General.

- Establecer si el Cine es un mecanismo didáctico – pedagógico para procesos de enseñanza y aprendizaje en el estudio del derecho aplicable en el nuevo sistema judicial colombiano.

Objetivos Específicos.

- Reproducir el contenido temático de 30 películas relacionadas con aspectos de índole jurídico.
- Desarrollar actividades de discusión y evaluación de apropiación de conocimiento.
- Instituir las películas que aportan conocimientos aplicables al nuevo sistema judicial colombiano.

Metodología.

El Cine como Estrategia Pedagógica para la Construcción de Conocimiento en Materia de Derecho, es un proyecto de *investigación cualitativa*, cuyo fin fundamental es el de generar una estrategia didáctica a partir del análisis brindado por los estudiantes al analizar cada obra cinematográfica, estableciendo si la producción presentada aporta conocimientos adicionales aplicables en las diferentes áreas del Derecho.

La presente investigación abarcará el concepto de *Investigación Acción Participación*, ya que su objetivo es producir conocimiento y sistematizar las experiencias con el propósito de cambiar una situación pedagógica y didáctica sentida como necesidad, mediante un proceso investigativo donde se involucra tanto el investigador como la comunidad académica, siendo ésta quien orienta el rumbo de la investigación.

Al tratarse a su vez de una investigación descriptiva, su objetivo es especificar el estado, las características, factores y procedimientos presentes en fenómenos y hechos que ocurren en forma natural, sin explicar las relaciones que se identifiquen, el actual desarrollo de actividades cognitivas y didácticas, así como la aceptación de un modelo educativo que comprenda el desarrollo de Tecnologías de Información y Comunicación.

La problemática suscitada con la Investigación permitirá abordar, con base en el sustento teórico, didáctico y pedagógico la necesidad de buscar instrumentos diferentes para el desarrollo de clases magistrales aplicando instrumentos audiovisuales para el sistema de créditos académicos.

Para sustentar con claridad el desarrollo de los objetivos propuestos, será necesario establecer la utilidad didáctica de la cinematografía para el estudio del derecho, con base en la homogeneidad existente en los diferentes sistemas legales, permitiendo que los estudiantes de derecho asimilen conceptos jurídicos relacionados con la oralidad, la presentación y sustentación de casos ante estrados judiciales.

Desde una perspectiva más amplia, podremos establecer similitudes, diferencias y aportes de lo sistemas anglosajones jurídicos, en la conversión de nuestro derecho al nuevo sistema acusatorio oral determinado en la ley penal y en la transformación del sistema jurídico procesal colombiano.

Resultados esperados

Se pretende con la presente investigación, crear desde el punto de vista pedagógico y didáctico una herramienta cognitiva que permita determinar la necesidad de romper paradigmas académicos en la enseñanza del derecho, sustentándola como un instrumento de transmisor de conocimientos para el desarrollo del futuro profesional del Derecho

El grupo de investigación, participará activamente para desarrollar todas las acciones y los conceptos propuestos dentro de los objetivos, describiendo su importancia como fuente de conocimiento para estudiantes y profesionales de diferentes áreas, permitiéndoles razonar respecto de la necesidad de buscar alternativas educativas, didácticas y pedagógicas para los estudiantes de Derecho.

Resultado/Producto Esperado	Indicador	Beneficiarios
Determinar la importancia de los mecanismos alternativos de generación de conocimientos, amparados en las artes y el uso de Tics.	Comprobar la importancia de herramientas cognitivas que favorezcan el desarrollo intelectual del estudiante en materia de derecho	Estudiantes y profesionales de cualquier área

Apropiación social del conocimiento.

El establecer la importancia del uso de instrumentos flexibles, didácticos y pedagógicos, para el estudio del derecho, los cuales permitirían que los futuros profesionales adquieran competencias en el nuevo sistema oral jurídico colombiano.

Al crear tal precedente, las instituciones educativas se verán en la necesidad de establecer como propias estas herramientas, para permitir que el estudiante asimile conceptos propios de cada profesión para su desarrollo profesional.

Resultado/Producto Esperado	Indicador	Beneficiarios
Mejorar las experiencias académicas dentro de cada institución académica	Aumentar los niveles de conocimiento de los estudiantes de derecho	Estudiantes

Impacto de resultados.

Los resultados esperados de la presente investigación, permitirán establecer la importancia de la flexibilización curricular y pedagógica en el estudiante.

Impacto esperado	Plazo (años) después de finalizado el proyecto: corto (1-4), mediano (5-9), largo (10 o más)	Indicador verificable	Supuestos*
Fortalecer la enseñanza del derecho	Mediano	Apropiación de conocimiento	Adquisición de material cinematográfico y accesorios para su reproducción
Encontrar herramientas didácticas que faciliten el estudio del derecho	Mediano	Evaluación de estudiantes	Establecer jornadas académicas para la presentación y debate de los audiovisuales presentados
Aumentar las capacidades cognitivas de los estudiantes	Mediano	Evaluaciones de docentes Valores de flexibilidad académica	Crear mecanismos de evaluación que permitan establecer la adquisición de conocimiento

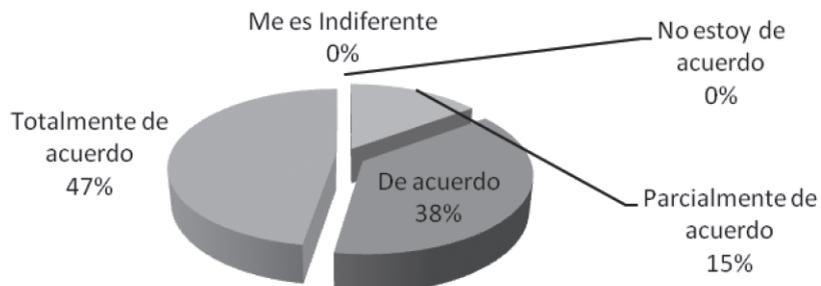
Resultados Parciales.

Aplicadas a 154 estudiantes las preguntas base determinadas dentro del instrumento establecido como Anexo No 1, aplicados los criterios de evaluación en la estrategia pedagógica y en el aporte para el aprendizaje, se pudo determinar lo siguiente:

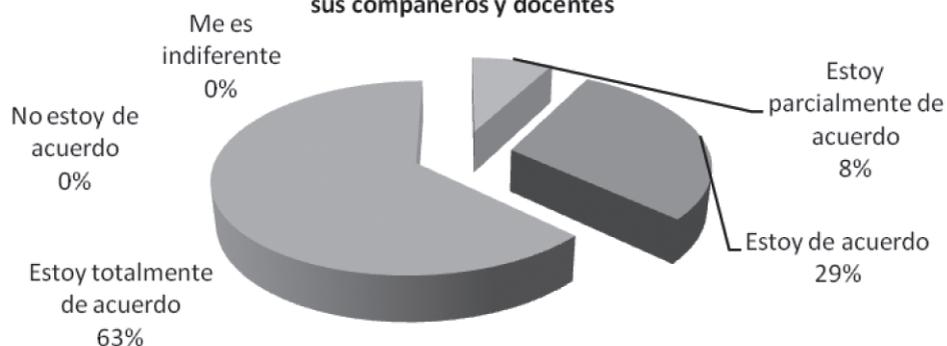
Se plantearon interrogantes relacionadas con el uso de una estrategia pedagógica, los cuales se reflejan a continuación:

Frente a la estrategia pedagógica

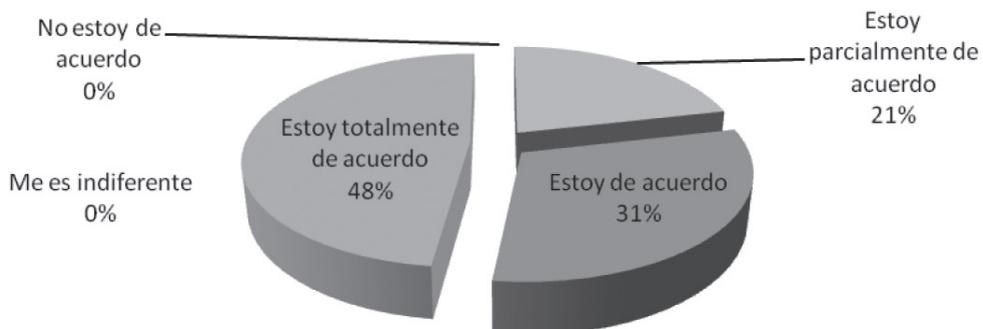
Considera Usted que la estrategia pedagógica es innovadora para adquirir conocimientos



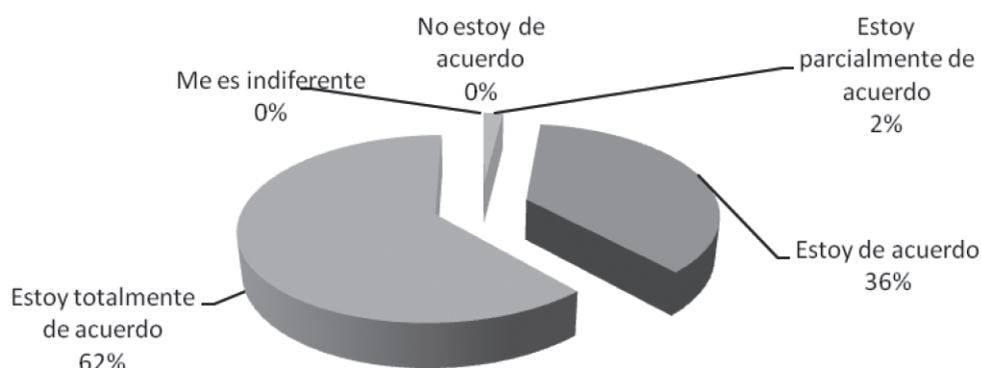
La actividad que acaba de realizar le permite intercambiar saberes con sus compañeros y docentes



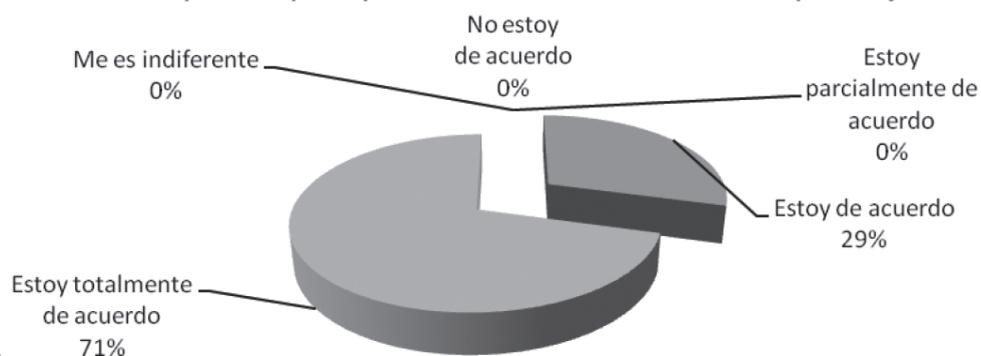
El audiovisual presentado fomenta la libre discusión y la participación del estudiante



Considera Usted que ésta herramienta genera transversalidad tematica con otras áreas del derecho



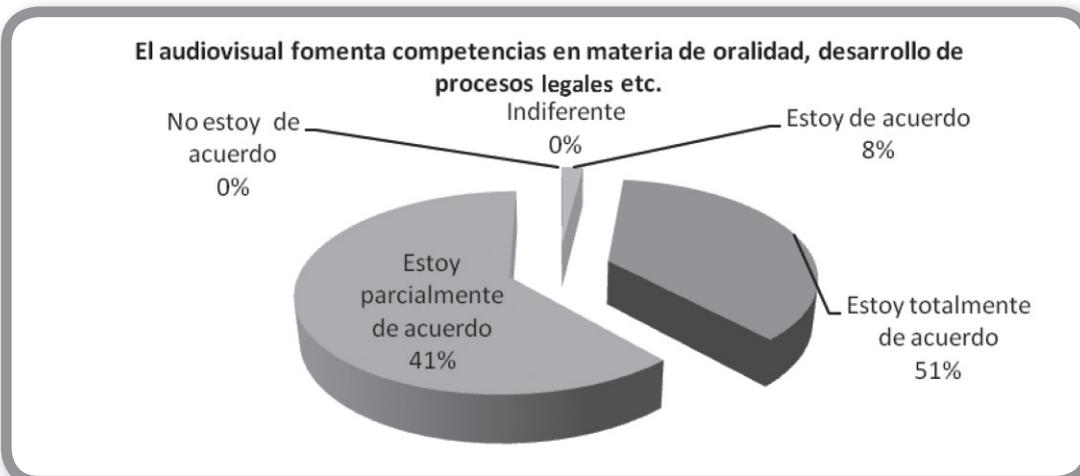
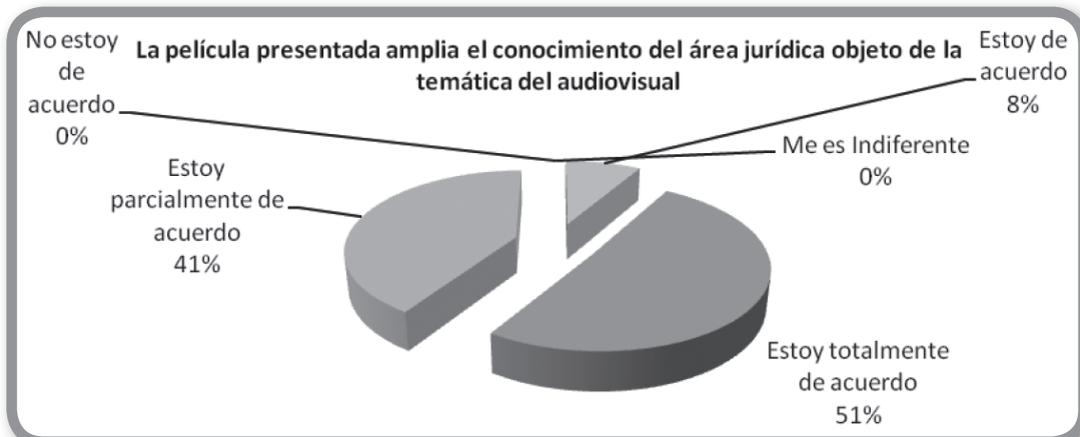
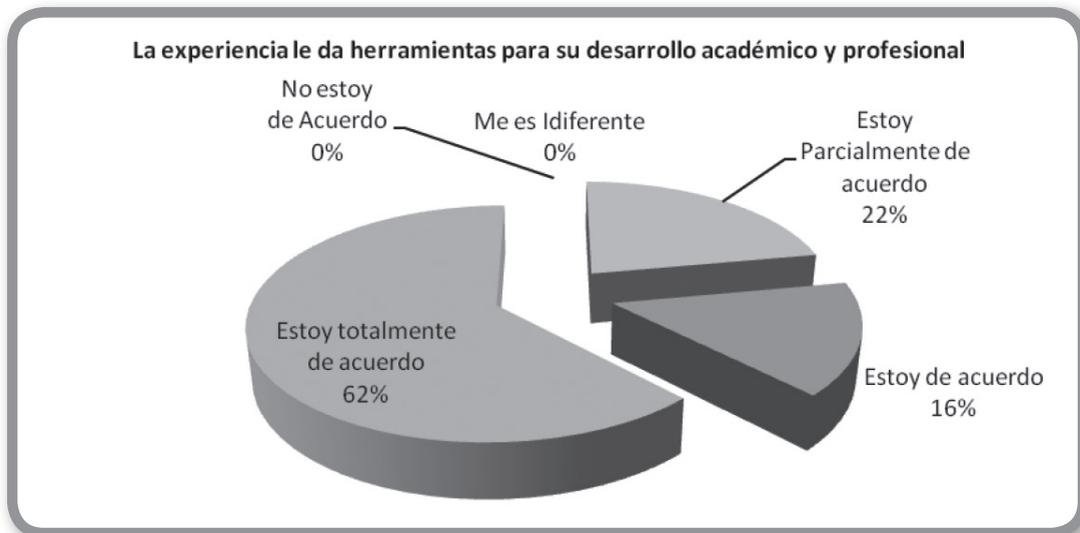
El espacio es óptimo para el desarrollo de esta actividad de aprendizaje



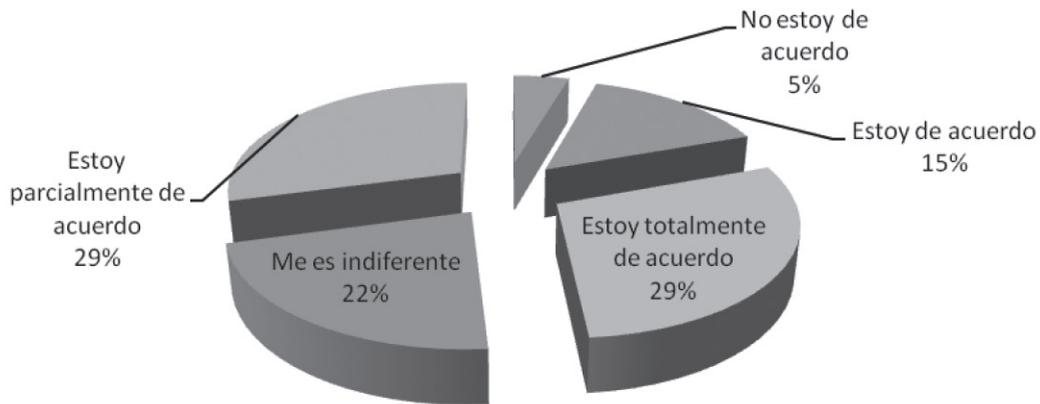
La logística del evento permite el adecuado desarrollo de esta estrategia pedagógica



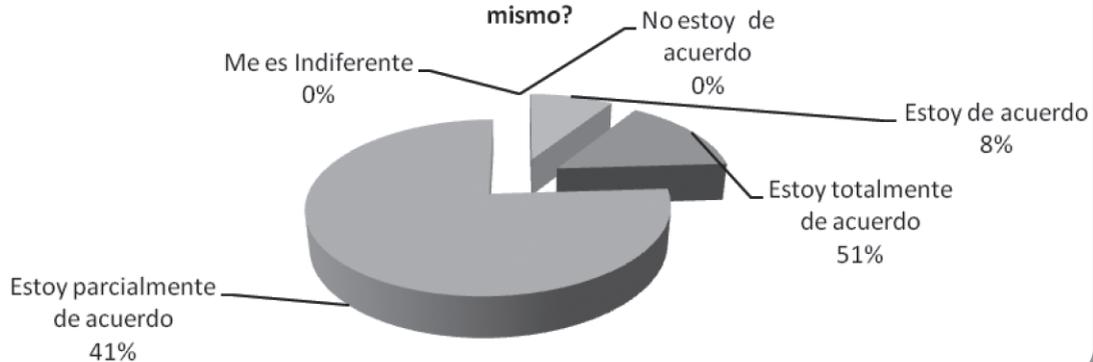
Frente al aporte para el aprendizaje



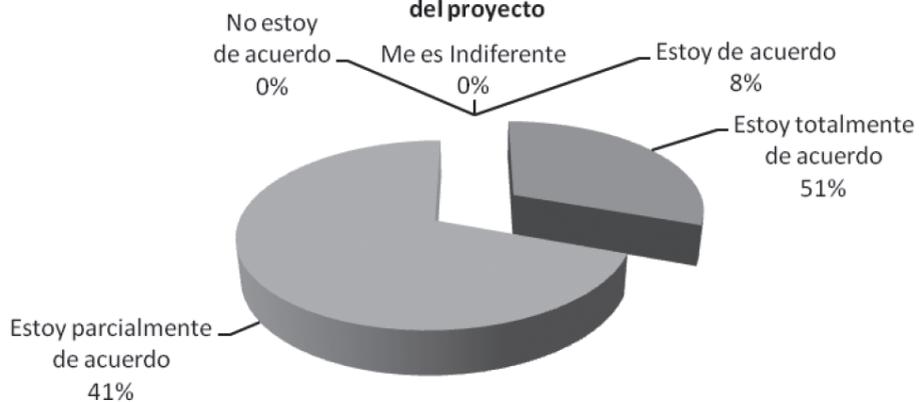
Considera Usted que el audiovisual presentado facilita el aprendizaje de una segunda lengua extranjera



El audiovisual presentado promueve un análisis crítico del área temática del mismo?



Cree Usted que la encuesta es útil para evaluar los objetivos planteados dentro del proyecto



BIBLIOGRAFÍA

- BONILLA, B.J. (2005). El cine y los valores educativos. Revista de medios y educación.
- BURGOS, E. El cine como estrategia didáctica en la enseñanza de las Ciencias Sociales. Disponible en: www.medellin.edu.co/sites/educativo/docentes/cienciassociales/paginas/cineforo.aspx

Web grafía

- <http://revistamedicinacine.usal.es/indez.php/es/vol6/num1/351>
- <http://cinedidactica.blogspot.com>
- <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/revistaeyp/article/viewFile/5779/5196>

LA REALIDAD PRAGMÁTICA DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA EN COLOMBIA

RAÚL SANTACRUZ LÓPEZ¹

Resumen

La Constitución Política colombiana de 1991 produjo, como consecuencia del reconocimiento y consagración como principio de la primacía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que la familia, la sociedad y el Estado centraran su interés en aquellas situaciones vulneradoras de sus derechos y asumieran una actitud reflexiva y comprometida dirigida a procurar su respeto y protección. Una muestra de esto se encuentra en la abundante legislación promulgada para ello.

Este interés, sin embargo, no ha sido suficiente ni determinante para la erradicación de tales situaciones. La revisión de las formas de vulneración, presentadas a lo largo de esta ponencia, permite establecer, de una parte, que a pesar de la normatividad existente y de la dinámica de algunos funcionarios del Estado, han fallado las políticas públicas dirigidas a su prevención y control; de otra parte, revela que muy poco es lo que se ha logrado al interior de la familia y por parte de la sociedad. En este campo se presenta lo que la Corte Constitucional ha denominado “estado de cosas inconstitucional”, acontecer nacional que obliga a todos los estamentos del país a buscar fórmulas, establecer campañas y adoptar políticas, eficaces para remediarlo.

Abstract

The Colombian Constitution of 1991 came as a result of the recognition and consecration as a principle of the primacy of the rights of children and adolescents, the family, society and the state focus its interest in situations that violate their rights and assume a reflective attitude and commitment are designed to bring respect and protection. An example of this is found in the extensive legislation enacted for this.

This interest, however, has not been sufficient or decisive for the eradication of such situations. The review of the forms of infringement, presented throughout

¹ Abogado egresado de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Instituciones Jurídico-Penales de la misma universidad, con estudios de maestría en Derecho Penal, Ciencias Criminológicas y Criminalísticas de la Universidad Externado de Colombia; con Diploma de Estudios Avanzados, DEA, en Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en la Universidad de Zaragoza, España, y aspirante a doctor de la misma universidad. En la actualidad Juez Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá. Docente de la Universidad Antonio Nariño e investigador principal del Grupo Interdisciplinario *iustitia*, reconocido en Colciencias. Fue integrante de la Red de Formadores en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los DDHH y de la Escuela de Estudios e Investigaciones Criminales y de Ciencias Forenses de la Fiscalía General de la Nación. Bogotá, D.C., Colombia. Correo: raul.santacruz@uan.edu.co

this paper, allows to establish, first, that despite the existing regulations and the dynamics of some state officials have failed public policies aimed at prevention and control, on the other hand, reveals that very little is what has been achieved within the family and by society. This field shows what the Constitutional Court has called “unconstitutional state of affairs” a national event that requires all levels of the country to find ways to establish campaigns and adopt policies, effective remedy.

Palabras clave

Interés superior del niño, derechos de la infancia, autonomía progresiva, maltrato infantil, abuso y explotación sexual infantil, trabajo infantil, víctimas del conflicto armado, enfoque diferencial de edad.

Key words

Superior interest of children, rights of the childhood, progressive autonomy, child abuse, child abuse and sexual exploitation, infantile work, victims of armed conflict, differential approach of age.

INTRODUCCIÓN

Esta ponencia contiene un avance de la tesis doctoral que el autor se encuentra desarrollando en materia de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, referida principalmente a la situación de los niños y las niñas involucrados con el conflicto armado. Pero este avance no se centra en el tema principal del trabajo. Recoge, como necesario punto de partida y de evaluación de la realidad existente, un balance de la situación de los derechos de la infancia en el ámbito colombiano, analizados desde la óptica de la realidad pragmática, esto es, desde las consecuencias de la aplicación de las políticas públicas y de la legislación vigente, como un juicio *a posteriori* de las mismas y sin centrar su contenido en el ámbito exclusivo de las situaciones propias del conflicto.

Metodología

En términos generales, la tesis de la cual se desprende este avance es una investigación fundamentalmente cualitativa, con un enfoque axiológico, dirigida a examinar la influencia de los valores imperantes en un momento histórico de esta sociedad, como determinantes de la normatividad que luego regulará la responsabilidad de los niños en algunos espacios previamente definidos.

La exploración, esencialmente bibliográfica, tiene así la pretensión de evidenciar el desarrollo de la normatividad existente y de las condiciones o circunstancias sociales que generaron su implementación.

AVANCES

1. El ideal teórico

En Colombia, los derechos de la infancia tienen expresa consagración en el artículo 43 de la Constitución Nacional (1991), bajo el siguiente texto:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

El impacto que sobre la sociedad ha tenido esta norma, especialmente en los aspectos prácticos del desarrollo de la niñez a partir de su consideración como sujetos de derecho, es enorme, lo cual es evidente si se tiene en cuenta:

Primero, que es la primera vez que en un texto constitucional se incluye como principio una disposición sobre los derechos del niño, siendo el país pionero en esta declaración, con la que privilegia en todo momento y bajo todas las circunstancias la condición del niño “...en razón de su especial vulnerabilidad, como un deber del individuo, la sociedad y los poderes públicos y como interés supremo de la raza humana.” (Cuevas, Guerrero, Marulanda, Perry y Garzón, 1991).

Segundo, que su consagración constitucional guarda plena armonía con las también innovadoras declaraciones: de los fines del Estado (artículo 2); de la inviolabilidad del derecho a la vida (artículo 11); de la igualdad de las personas ante

la ley y la protección especial de los más débiles (artículo 13); del reconocimiento de la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio que debe prestarse bajo el control del Estado, por constituir un derecho irrenunciable de todos los habitantes (artículo 48); del reconocimiento de la atención de la salud como un servicio público a cargo del Estado (artículo 49); de la consagración expresa de que todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado (artículo 50); de la educación gratuita y obligatoria que se le debe impartir a los niños con edades comprendidas entre los cinco y los quince años, velando siempre por la formación moral, intelectual y física de los educandos (artículo 67); y del establecimiento de la acción de tutela como mecanismo para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales (artículo 86), entre otras.

Tercero, que junto con esta disposición fueron incorporados a la Constitución, como normas del mismo rango², los tratados internacionales sobre la materia ratificados por Colombia, como la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada mediante la Ley 12 de 1991; el Convenio Internacional sobre aspectos civiles del Secuestro de Niños ratificado mediante la Ley 173 de 1994; el Convenio 138 de la OIT sobre la edad mínima para la admisión al empleo aprobado por la Ley 515 de 1999; la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores ratificado a través de la Ley 620 de 2000; el Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, adoptado por la Octogésima Séptima (87^a) Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo O.I.T., en Ginebra, Suiza, el diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999), que obliga al país a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto del mismo, aprobado mediante la Ley 704 de 2001; y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobado con la Ley 765 de 2002, entre otros.

Cuarto, que con posterioridad a esta nueva Constitución Política fue promulgada abundante legislación, en un número que en la actualidad supera las cuarenta leyes, como desarrollo de sus principios y disposiciones sobre la niñez, sin que pueda desconocerse la creación, por el legislador, de nuevos tipos penales destinados a reprimir aquellas conductas que atentan contra los derechos de las niñas y los niños.

² Constitución Política (1991), Artículo 93: *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia...”*

Con lo anterior se revela, sin lugar a dudas, la existencia en Colombia de la normatividad necesaria para garantizar, en principio, el bienestar de estos especiales destinatarios y el pleno ejercicio de sus derechos. Hay, sin embargo, algunos vacíos legislativos, sobre los que se hará el correspondiente comentario en este trabajo, que obligan a la sociedad colombiana a pensar en la posibilidad de una reforma sustantiva y adjetiva que corrija las falencias existentes y proteja, integralmente, a todos los niños y niñas del país.

1.1 La ideología imperante en la normatividad interna

Es indiscutible que a partir de la Constitución Política de 1991, ampliamente innovadora y garantista, se inició en Colombia una nueva era en materia de respeto de derechos de las personas y por supuesto de la infancia y la adolescencia, consideradas como el estadio más vulnerable del desarrollo natural del individuo.

La Carta Política dio lugar a que en Colombia se iniciara un proceso de transformaciones y de reorganización de las instituciones, que guió la acción del Estado hacia la eficacia de los derechos de sus habitantes y en especial de los niños y las niñas. Se aclara, sin embargo, que dos años antes ya se había iniciado este proceso, en el ámbito de la infancia, con la expedición del Código del Menor (1989), estatuto que consagró los derechos fundamentales y los principios generales relacionados con su protección, teniendo en cuenta las características sociales del país y el inocultable maltrato generalizado del que había sido víctima. Además de la definición de los derechos fundamentales de los niños y las niñas, en este estatuto se establecieron los principios para su protección y las situaciones irregulares, difíciles o de peligro, a las que podrían verse sometidos.

La infancia pasó a ser identificada entonces como un período en el que los niños y las niñas deben asistir a la escuela y ocupar su tiempo libre en recrearse, crecer y desarrollarse en medio del amor y el respaldo de sus familias y de la comunidad que les rodea, y vivir sin temores, protegidos contra el maltrato y la explotación.

Lo anterior podía ser considerado, a pesar de ser anterior a la norma constitucional, como el inicio del desarrollo de la ideología orientadora de la concepción plasmada en la norma de normas, que propugna porque la calidad de vida de los niños sea cada vez mejor. Pero la verdadera adecuación de esta normatividad a la Carta Política, siguiendo la ideología por ella inspirada, se produjo con la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia (2006), como una reacción a las evidentes falencias del Código del Menor.

Esta nueva codificación se constituyó entonces en el principal estatuto para la protección de los niños, las niñas y los adolescentes, dirigido a garantizarles su desarrollo integral mediante el pleno reconocimiento de sus derechos y bajo

principios acordes con sus verdaderas e inmediatas necesidades. Además, a través de él se logró la implementación de un sistema especial de responsabilidad penal para adolescentes, de corte acusatorio y eminentemente oral, que agilizó y humanizó los procedimientos existentes. Entre sus principios más destacados se encuentran, en relación con sus destinatarios: el de la **protección integral**, que implica su reconocimiento como sujetos de derechos y la prevención de su amenaza o vulneración; el de su **interés superior**, como imperativo que obliga a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, universales e independientes; La **prevalencia de sus derechos** en caso de conflicto con los de cualquiera otra persona; el de **corresponsabilidad**, que identifica a la familia, la sociedad y el Estado como corresponsables en su atención, cuidado y protección; el de **exigibilidad de derechos**, que permite a cualquier persona exigir a la autoridad competente el cumplimiento y el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; la **perspectiva de género**, como reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones de las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñen en la familia y en el grupo social, para alcanzar la equidad; la **responsabilidad parental**, como complemento de la patria potestad que contiene las obligaciones inherentes a su orientación, cuidado, acompañamiento y crianza durante su proceso de formación, para que puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos, sin que pueda conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan su ejercicio; y el **deber de vigilancia del Estado**, sobre las entidades que presten servicios de protección a los menores de edad o la familia y a las que desarrollen programas de adopción, entre otros (Ley 1098, artículos 1 a 16).

Las consideraciones anotadas conducen a concluir que la Constitución colombiana refleja una clara tendencia hacia la ideología política fundamental de corte liberal, individualista y progresista, que en materia de la infancia refleja el interés por procurar su defensa y bienestar, quedando en manos del legislador la posibilidad de producir todos instrumentos nacionales requeridos para ello.

1.2 Desarrollo ideológico de la concepción constitucional

El reconocimiento constitucional de los derechos de la niñez puede ser determinado abarcando tres espacios ideológicos:

1.2.1 La consideración de que los niños tienen derechos con fuerza jurídica obligatoria

Expresión clara de esta fuerza jurídica obligatoria que caracteriza los derechos de los niños y niñas se encuentra en la legitimidad de que gozan todas las personas para exigir el cumplimiento de estos derechos y la sanción de los infractores.

(...) como el niño no sabe ni puede pedir, la Constitución autoriza a todos a que pidan por él; como el niño no puede hacer que sus derechos se impongan cuando entren en conflicto con los de los demás, la Constitución define directamente su prevalencia. (Sentencia C-041 de 1994).

En la práctica, los conflictos en que aparezca involucrado un menor de edad deben resolverse aplicando el principio *pro infans*, reconocido en la jurisprudencia constitucional, y según el cual hay que salvaguardar, de manera preferente, los derechos de los niños. “...en aquellos eventos en que se haga presente la tensión entre prerrogativas de índole superior, deberá preferirse la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad.” (Sentencia T-268 de 2004).

De otra parte, es indispensable tener en cuenta, cuando de los derechos de las niñas y los niños se trata, la determinación previa de su *interés superior*,³ concepto que ha dado mucho que hablar y sobre el cual ha expresado la Corte Constitucional:

Sobre el interés superior del niño, ha de reiterarse lo dicho por la Corte en el sentido de que se trata de un principio de naturaleza constitucional que reconoce a los menores con una caracterización jurídica específica fundada en sus derechos prevalentes y en darles un trato equivalente a esa prelación, en cuya virtud se los proteja de manera especial, se los defienda ante abusos y se les garantice el desarrollo normal y sano por los aspectos físico, psicológico, intelectual y moral, no menos que la correcta evolución de su personalidad. (Sentencia T-556 de 1998).

³ Declaración de los Derechos del Niño. **Principio 2:** “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.” (Subraya fuera de texto).

Convención sobre los Derechos del Niño. **Artículo 3:** “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.” (Subraya fuera de texto).

A esta noción resulta adecuado agregar la recomendación de tener en cuenta algunos parámetros expuestos en providencia posterior:

Para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a consideraciones (i) fácticas -las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados-, como (ii) jurídicas -los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil-. En ese mismo sentido, es necesario tener en cuenta que el interés del menor "debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo"; no obstante, ello no implica que al momento de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, no se puedan tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres. (Sentencia T-510/03).

Cabe traer a colación, en este punto, lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002):

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño. (OC-17/02).

Este tribunal internacional finalmente concluye en el mismo documento: "...es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño".

El interés superior del niño es un concepto en constante evolución, que ha tratado de manipularse por algunos de sus aplicadores adecuándolo a sus propios fines y sin tomar en consideración la realidad objetiva a la que debe referirse, cual es que no puede haber un beneficio que trascienda o desconozca la vigencia efectiva de los derechos de la infancia. Ni el interés de los padres, ni de ninguna otra persona, ni el de la sociedad y ni aún el del Estado, pueden ser de mayor entidad cuando se toman decisiones que los afecten. No se trata de un interés excluyente ni absoluto: es un interés prioritario que convierte en prevalentes todos los derechos de los niños y las niñas cuando entran en conflicto.

1.2.2 El reconocimiento de las obligaciones del Estado frente a la niñez

La infancia tiene capacidad para ejercer ciudadanía (Minyersky, 2006)⁴ y por este motivo los niños deben ser identificados como *sujetos de derecho*, por lo que son y no por lo que pueden llegar a ser.

El Constituyente de 1991 fue consciente de la importancia que para la sociedad tiene el cuidado que se le brinde a la infancia, por lo que determinó la intervención del Estado en el ámbito de la familia para prevenir y conjurar las situaciones de peligro o abandono, bajo el entendido de que el móvil fundamental de esta intervención debe ser el de la protección del interés superior del niño. (Sentencia T-079 de 1993).

En virtud de lo anterior, todas las autoridades del país, de cualquiera de las ramas del poder público, están en la obligación de respetar y hacer respetar los derechos de la infancia reconociéndoles el valor prioritario que de su interés superior se deriva.

Desde la vigencia de la *Convención sobre los Derechos del Niño* (1989), el interés superior del niño dejó de ser un simple objetivo social deseable, dependiente del criterio de una autoridad progresista o benevolente, y pasó a ser un principio jurídico garantista obligatorio para las autoridades (Cillero Bruñol, 1998, p. 71), respaldado por la Carta Política, con lo que se constituyó en fundamento del respeto de los demás derechos de la infancia. Con esta concepción se abandonó aquella del paternalismo estatal que hasta entonces había caracterizado la actividad del Estado, cuando de asuntos de niños o niñas se trataba, con lo cual se convirtió en su limitante y al mismo tiempo en criterio orientador para las actuaciones de las autoridades y de las demás personas involucradas en cada caso.

1.2.3 La distinción clara entre la niñez y la edad adulta como etapas diferentes de la vida humana, con características propias

La ideología que los considera como “los adultos del mañana” está mandada a recoger porque los niños no son el futuro, son el presente; mañana ya no serán niños y niñas. Hay que otorgarles la oportunidad de construir pensamiento, de tomar decisiones y de manifestarse libremente. Los niños no son una *tabula rasa*, en el sentido estricto de la doctrina filosófica del entendimiento sin cultivo ni estudios, sino seres humanos que van acumulando conocimientos a partir de la experiencia,

⁴ “La CDN, como bien ha dicho Baratta, constituye un plexo que nos remite al concepto de ciudadanía. Es el primer instrumento acabadamente específico referido a los niños, como poseedores de derechos propios, y amplía, en consecuencia, el espectro del ejercicio de esos derechos. Da cuenta de los derechos humanos fundamentales, señalando los derechos civiles y políticos, así como los sociales, económicos y culturales que tiene el niño por ser reconocido como ciudadano.”

que empiezan por tener percepciones concretas sobre las que luego forman sus representaciones generales y conceptos. Los niños son fuente de creatividad, aunque determinada por su interacción siempre cambiante con el medio ambiente social.

La opinión de los menores de edad debe ser escuchada, tenida en cuenta y respetada, especialmente cuando se trata de establecer qué es lo que más les conviene. Hay que partir de la base de que los niños desarrollan una *autonomía progresiva* para el ejercicio de sus derechos a medida que sus facultades van evolucionando, por lo que negarles el derecho de expresión en asuntos de tanta trascendencia como los de su propio destino, equivaldría a vulnerar sus derechos fundamentales y a negarles su indiscutible condición de personas.

La *autonomía progresiva*, consagrada como principio en el artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵, implica entonces el reconocimiento de que ser niño es una forma de ser persona; y no significa ser menos que un adulto. Esta autonomía progresiva tiene su principal manifestación en el deber de los padres, y demás personas allegadas al mismo, de orientarlo y dirigirlo para el adecuado ejercicio de sus derechos.

2. Las vulneraciones a los derechos de la infancia

Un ensayo de clasificación incluiría, como las más importantes, en un intento por reducirlas a las expresiones similares más comunes y de reiterada ejecución en esta formación social, las siguientes formas de vulneración (Unicef. “Un árbol...”, 2005, p. 87):

2.1 Maltrato infantil

Se refiere concretamente a la agresión mediante violencia física o psíquica, de la que constantemente se hace víctima a los niños y a las niñas, y que afecta no solo sus cuerpos y sus sentimientos, sino su misma autoestima, generando complejos de culpa y traumas que seguramente repercutirán en su vida adulta con cargo a la sociedad y al Estado que no tuvieron la firmeza y el compromiso suficiente para evitarla.

El maltrato infantil comprende todas aquellas conductas realizadas sobre un menor de 18 años de edad por los adultos, que atentan contra su normal desarrollo, produciéndole alguna lesión física o psíquica.

⁵ Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 5: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

Los padres y demás parientes maltratadores justifican sus acciones argumentando que son castigos que aplican a sus hijos para corregirlos, para educarlos y formarlos, por lo que resulta fácil encontrar al interior de sus propios hogares los mayores excesos, sin proporcionalidad entre el castigo y la falta.

2.2 Abuso y explotación sexual infantil

Aunque la sociedad parece no notarlo o lo considera una práctica poco frecuente, el abuso sexual es más común y usual de lo que se piensa. Ocurre en todos los estratos sociales y ubicaciones geográficas, y también afecta, dejando huellas imborrables, la autoestima de los niños y las niñas que la padecen. Pero lo que es más grave, el abuso sexual es la antesala más importante para la incorporación de la infancia a la explotación sexual.

La sociedad colombiana es, todavía, predominantemente machista y por ello las oportunidades para la mujer son aún muy limitadas. Esta situación hace que ella dependa en muchos casos, dentro de la familia, del aporte económico de su marido y que por este motivo, para no afectar su estabilidad, a veces llegue al extremo de tolerar que el “jefe del hogar” abuse sexualmente de sus hijos o de sus hijas, cerrando los ojos ante la evidencia reveladora o negando, tercamente, sus quejas; actitud con la que lo único que logra es agravar la situación de los afectados y favorecer la impunidad del agresor.

En la mayoría de los casos los infantes agraviados conocen a su agresor: generalmente se trata del padre, el padrastro, un tío, un vecino, un profesor, un amigo de la familia, un conductor de transporte escolar y hasta un vigilante del barrio o conjunto residencial donde habitan, destacándose que el abuso sexual infantil afecta, con terrible frecuencia, desde los recién nacidos hasta los niños y niñas de catorce años (Gálvis Ortiz, 2003, p. 8)⁶, porque en esta edad, además de adquirir clara conciencia de su situación, ya pueden ofrecer resistencia y evitar la agresión.

La legislación penal sanciona drásticamente estos abusos y especialmente la explotación sexual infantil, en relación con la cual han sido detectadas verdaderas redes delincuenciales, dedicadas exclusivamente a promover la prostitución, el turismo sexual y la pornografía infantil.

⁶ “El acto sexual abusivo con menor de 14 años se presenta en un 45% en niños y el acceso carnal violento, se presenta en un 33% en niñas. Los/as agresores/as corresponden en un 20% a padrastros, 12% a parientes, y el 33% a conocidos. Los dictámenes sexológicos realizados en Bogotá por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, durante los últimos tres años corresponden en un 87% a personas de sexo femenino.”

2.3 Indigencia de niños y niñas

Una de las causas más importantes de esta forma de vulneración de los derechos de la infancia se deriva del desplazamiento forzado al que se ve sometida buena parte de la población rural, por el conflicto interno que afronta el país.

Pero hay otras causas de esta forma de indigencia, igualmente determinantes: la pobreza de la familia a la que pertenece el infante o su expulsión de la misma como consecuencia de las adversas condiciones de vida en el hogar; el abandono del que ha podido ser víctima; y la más alarmante: la explotación de la mendicidad, que como una forma de trata de personas es ejercida sobre ellos por algunos adultos e incluso por sus propios padres.

En Colombia también existen redes de delincuencia dedicadas a esta forma de explotación de los niños, que en algunos casos, documentados periódicamente, llegan al extremo de pagar un “arrendamiento” a sus padres para que les permitan utilizarlos en diferentes tareas en las calles, entre ellas la de la mendicidad.

También es este un grave problema, que demanda una reacción conjunta del Estado y de la sociedad en general, para prevenirlo y erradicarlo, antes que continuar sintiendo lástima o indiferencia. La explotación de la infancia es un delito, muy lucrativo para los adultos que lo ejecutan, y como tal debe ser reconocido y rechazado.

2.4 Trabajo infantil

Es otra consecuencia de la pobreza que agobia a muchos vastos de este país, tan rico en recursos pero con una riqueza tan mal distribuida. El trabajo infantil es una forma de exclusión social en la que el menor de edad se ve avocado a la necesidad de buscar empleo y trabajar tempranamente para sostenerse a sí mismo y a su familia.

Esta situación genera un fenómeno de empleo-desempleo infantil en el que los niños y las niñas desarrollan actividades laborales o buscan trabajo en sus propias casas, en la calle o en sectores informales. *“Pero el trabajo y el desempleo infantil es un arma que destruye dos veces: al niño como tal y al hombre que no puede llegar a ser; el trabajo infantil crea un subpaís dentro del país y reduce las posibilidades democráticas de generaciones enteras.”* (Arango Gaviria, O., Arango Gaviria, S. y Arango Salazar, M. 2000).

El problema es de tal magnitud en el país, que fue necesario crear un Comité Interinstitucional para la Erradicación del Trabajo Infantil y la Protección de los Jóvenes Trabajadores, integrado por varias entidades estatales y privadas, con un sistema de información desarrollado con base en un acuerdo celebrado entre

la Organización Internacional del Trabajo OIT, el Departamento Nacional de Estadística DANE y el Fondo Rotatorio del DANE, FONDANE.

Este sistema informativo elaboró un documento que:

...contiene la manera en que Colombia se propuso avanzar, desde 2008 hasta 2015 en la prevención y erradicación de las peores formas de trabajo infantil (PFTI). Por ser una estrategia, su rasgo esencial es la operatividad o la descripción de pasos claros y conducentes a transformar para bien, la vida de los niños, niñas y adolescentes (NNA) que están en situación de trabajo infantil, en peores formas de trabajo infantil (PFTI) o en riesgo de caer en ellas, y la de sus familias. Es la política nacional que se ha venido trazando hace más de diez años para enfrentar este problema, política de la que toma muchos elementos que le dan piso y panorama: criterios, normas, planes, metodologías, instancias planeadoras y ejecutoras, logros consolidados, y razonables propósitos de crear nuevas realidades personales, sociales e institucionales que le cierren, cada vez más, la vía al trabajo infantil (TI) y especialmente a sus peores formas (PF). (Sistema de Información sobre Trabajo Infantil. “Estrategia Nacional...”, 2008, p. 9).

En el documento contentivo de la Estrategia Nacional para Prevenir y Erradicar las Peores Formas de Trabajo Infantil y Proteger al Joven Trabajador 2008 – 2015 (2008, p. 11), son incluidos los resultados de la aplicación de un módulo sobre el tema en la Encuesta Continuada de Hogares (ECH) en 2003 y 2005, en la siguiente forma:

En el último ejercicio⁷ la muestra fue de 38.065 hogares, de los cuales 21.239 tenían NNA de entre 5 y 17 años. Esta población, que en total fue de 11'917.167, se dividió en cuatro grupos de edad: entre 5 y 9 está el 38.6%; entre 10 y los 11, el 22.6%; entre 12 y 14 hay un 22.6%; y entre 15 y 17 está el 21.7%. Veamos lo más destacado de estos datos. Los principales resultados son los siguientes⁸:

- *El total nacional de población de 5 a 17 años, o sea de NNA, es 11'917.167.*
- *El total nacional de hombres de 5 a 17 años es 6'092.919, es decir el 51,1%.*
- *Del total nacional de hombres de 5 a 17 años (6'092.919), trabajan 709.321 o el 11,6%.*
- *El total nacional de mujeres de 5 a 17 años es 5'824.248, que es el 48,9%.*

⁷ Citas incluidas en el texto original:

Los valores absolutos de la encuesta de 2005 se calcularon sobre las proyecciones de población del censo de 1993, y su ajuste a la población revelada por el Censo General de 2005 se ha venido haciendo desde enero de 2007.

⁸ DANE, ICBF, MPS. *Trabajo Infantil en Colombia – 2001 – 2003 – 2005*. 2006. Bogotá.
http://www.dane.gov.co/files/banco_datos/TrabInfantil/trabajo_infantil_2001_2005.pdf

- *Del total nacional de mujeres de 5 a 17 años (5'824.248), trabajan 349.489 o el 6%.*
- *Los NNA que trabajan se dividen en económicamente activos y dedicados a oficios del hogar más de 15 horas semanales. Los primeros son 1'058.810, o sea el 8,9% del total nacional de NNA y el 48% de los que trabajan; los segundos son 961.507, y llegan al 8% del total nacional de NNA, y al 43,6% de los que trabajan.*
- *De los 961.507 NNA que trabajan más de 15 horas semanales en oficios del hogar, 707.631 (el 74%) son mujeres y 253.876 (el 26%) hombres.*
- *El total nacional de NNA que trabajan es 2'020.317, o el 18,5% del total nacional.*
- *Del total nacional de NNA (11'917.167), el 70,5% (8'407.658) vive en áreas urbanas. En 2001 trabajaba el 9% de éstos (756.689); en 2003 lo hacía el 8% (672.612), y en 2005 ya había bajado al 6,3% (532.935).*
- *Del total nacional de NNA (11'917.167), el 29,5% (3'509.509) vive en áreas rurales. El 15% de éstos trabajaba en 2005 (525.876). Pero en 2003 lo hacía el 16,1% (565.031), y en 2001 el 19,4% (680.844). El descenso acumulado es de 4,4%.*
- *Los NNA económicamente activos han disminuido entre 2001 y 2005 así: en 2001 eran 1'525.398, o el 12,8% del total nacional; en 2003 fueron 1'239.886 (285.512 menos) o el 10,4% del total nacional (2,4% menos); y en 2005 fueron 1'060.628 (464.770 menos que en 2001 y 179.258 menos que en 2003), es decir el 8,9% del total nacional de NNA (1,5% menos que en 2003 y 3,9% menos que en 2001).*

Estos datos reflejan en gran medida los resultados de los tres Planes Nacionales de Erradicación del Trabajo Infantil ejecutados desde 1996, y la mejoría del crecimiento económico registrado en 2000 y 2003 que, según el Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2006 – 2010, favoreció proporcionalmente más a la población pobre que a la no pobre.

2.5 Niñas y niños participantes y víctimas del conflicto armado

Es evidente que el pueblo de Colombia afronta un conflicto interno, de inconmensurables consecuencias, en el que la infancia también ha sido llevada a jugar un papel preponderante. En muchas investigaciones se ha querido ubicar a las niñas y niños involucrados en dos ámbitos contrapuestos, como participantes activos y como víctimas del mismo, cuando lo cierto es que en ambos casos ostentan esta última condición, dada su alta vulnerabilidad, la inmadurez psicológica consecencial al hecho de no haber alcanzado el desarrollo de todas o algunas sus capacidades como seres humanos (físicas, cognitivas, afectivas, comportamentales,

etc.), y la ausencia de opciones o de alternativas con que cuentan y que los empuja a integrarse a ese mundo violento que nada bueno puede ofrecerles y del que solo pueden obtener el resultado de conducir sus vidas por el sendero de la desdicha y de la desgracia.

Para el desarrollo de lo anteriormente expuesto, en esta ponencia se resolvió ubicar a los niños y las niñas víctimas de tal conflicto y sujetos de este acápite de estudio, en tres subgrupos:

2.5.1 Desplazados

El 55% de la población desplazada por la violencia en Colombia es menor de 18 años. Esto equivale a decir que aproximadamente 412.500 menores de edad huyeron con sus familias por presiones de los participantes en las hostilidades propias del conflicto armado. La discriminación detallada de estos datos permite establecer que el 12.72% de la población infantil desplazada es menor de 5 años, el 19.78% oscila entre 5 y 10 años, el 12.78% entre 11 y 14 años y el 9.03% tiene entre 15 y 18 años. (Equipo Nizkor y Derechos Human Rights. “Un país que...”, 2001).

Esta información, correspondiente a las cifras conocidas del período comprendido entre 1985 y noviembre de 1994, totaliza una población desplazada de 750.000 personas integrantes de 150.000 familias obligadas a huir, revelando la magnitud de este problema y sobre todo, el escalofriante impacto sobre la población civil.

La Corte Constitucional, en el auto 251 de 2008 de la Sala Segunda de Revisión, proferido *con el objeto de proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes afectados por el desplazamiento forzado por causa del conflicto armado, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004*, consideró su situación como constitucionalmente inadmisibles y apremiantes, reconociendo la persistencia del estado de cosas inconstitucional en el campo del desplazamiento forzado, su competencia continua para verificar la superación de tal estado; la especial vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes desplazados por la violencia y la violación grave y sistemática de sus derechos fundamentales, así como la ausencia de un enfoque diferencial sensible a sus necesidades específicas, y sobre todo, declarando que **los niños, niñas y adolescentes desplazados por el conflicto armado son sujetos de protección constitucional imperativa y prioritaria**, en virtud de los mandatos de la Carta Política y de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, generando la obligación constitucional e internacional de adoptar un enfoque diferencial estricto de prevención del desplazamiento interno y su impacto desproporcionado sobre ellos.

La Corte reconoció, sin embargo, que la información recaudada también reveló avances en la protección de la población, algunos logros en educación y en la inclusión de las familias desplazadas en el sistema de salud y en el programa de Familias en Acción, con directo beneficio para los menores de edad.

El alto tribunal reafirmó la idea de que más del cincuenta por ciento (50%) de la población desplazada por el conflicto armado es menor de 18 años, y para precisar esta consideración indicó (p. 11):

En efecto, la Encuesta Nacional de Verificación, presentada por la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado a la Corte en febrero de 2008, señala que el 54.3% de la población desplazada incluida en el RUPD/SIPOD tiene entre 0 y 19 años de edad, proporción significativamente superior a la de la población colombiana en general, constituida en un 40.2% por menores de 20 años – y que no refleja el amplio subregistro del que demostradamente adolece el sistema oficial de medición, de donde es viable inferir que el número de menores de edad víctimas de desplazamiento forzado es mucho mayor de lo que se ha reconocido o apreciado hasta ahora. En consonancia con estos cálculos, UNICEF ha estimado que durante los últimos 15 años, más de un millón de niños, niñas y adolescentes han sido víctimas de desplazamiento forzado en Colombia.⁹ El Comité Internacional de la Cruz Roja considera que los menores de entre 5 y 14 años de edad representan aproximadamente el 44% de la población desplazada del país¹⁰. UNIFEM calcula que las niñas conforman el 23% de la población desplazada, mientras que los niños y adolescentes dan cuenta de otro 25%¹¹. Por su parte, la Fundación Dos Mundos indica con base en cifras oficiales que el 54% de las personas registradas como desplazadas entre 1995 y 2005 eran niños, niñas y adolescentes¹². Haciendo eco de estos reportes, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas expresó recientemente “su grave inquietud por el elevado número de niños que siguen siendo desplazados cada año en Colombia.”¹³ (Al pie de página se incluyen las citas originales, tal y como figuran en la providencia de la que se tomó este aparte).

⁹ Citas incluidas en el texto original:

UNICEF, Panorama Colombia, en: <http://www.unicef.org/spanish/infobycountry/colombia.html>

¹⁰ Comité Internacional de la Cruz Roja, Colombia – Informe Actividades 2004, Bogotá, mayo 2005, en www.cicr.org.

¹¹ PEDRAZA, Nubia, Género, Desplazamiento y Refugio en la frontera Colombia y Venezuela, UNIFEM – Colombia, diciembre 2005. Citado por la Fundación Dos Mundos - “Niños, Niñas y Adolescentes En Situación De Desplazamiento: Por un presente de oportunidades y un futuro de posibilidades.” Informe presentado a la Corte Constitucional en junio de 2008.

¹² Fundación Dos Mundos - “Niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento: Por un presente de oportunidades y un futuro de posibilidades.” Informe presentado a la Corte Constitucional en junio de 2008 (citando a Human Rights Watch: “Desplazados y Desechados: la grave situación de los desplazados en Bogotá y Cartagena”, 2006.)

¹³ Comité de los Derechos del Niño – 42º período de sesiones: “Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención – Observaciones finales: Colombia”. Documento de Naciones Unidas CRC/C/COL/CO/3, 8 de junio de 2006.

Al analizar el informe del Director de Acción Social, la Corte concluyó que “la política pública de atención a la población desplazada carece por completo de un enfoque diferencial de edad que responda a las necesidades urgentes de los niños, niñas y adolescentes que forman parte de esta población” (p. 23) y que ninguno de los programas mencionados en el informe constituye una respuesta adecuada a la apremiante situación de los menores desplazados.

2.5.2 Reclutados

Una investigación realizada por la Defensoría del Pueblo (2006), sobre niños, niñas y adolescentes desvinculados del conflicto armado, atendidos en instituciones de protección especial del ICBF entre el 20 de mayo y el 20 de junio de 2001, permitió establecer, sobre una muestra de 86, que el 70% era masculino y el 30% femenino y que sus edades oscilaban entre los 11 y los 18 años, aunque el 83% tenía edades comprendidas entre 15 y 17 años; que el 86% había sido víctima de tratos crueles, inhumanos o degradantes en sus espacios familiares (castigos físicos con correas, cueros o rejos, palos y manos); y que el promedio de escolaridad era de cuarto grado de primaria.

También se percibe aquí el alto índice participativo de la infancia, como víctima, en el conflicto armado. Según UNICEF y Human Rights Watch, entre 6.000 y 11.000 niños de ambos sexos están vinculados a los grupos armados ilegales. Afirman estas organizaciones que Colombia es el tercer país del mundo entre aquellos que tienen menores de edad en los grupos al margen de la ley.

En el ya mencionado auto 251 de 2008, la Corte Constitucional dedicó un buen espacio al análisis de la situación de los niños, niñas y adolescentes víctimas de esta práctica, reconociendo la existencia de una relación causal entre el riesgo de reclutamiento forzoso de niños y niñas y el desplazamiento forzado, cuyas magnitud y extensión territorial no han sido dimensionadas en sus verdaderos alcances por las autoridades o por la sociedad civil, que generalmente apareja una apariencia de “voluntariedad” en el ingreso de los mismos a los grupos armados ilegales y que existen factores de vulnerabilidad, de índole social, familiar, económica y afectiva, que ayudan a tal reclutamiento, para concluir en relación con las políticas públicas, que “desde el punto de vista de la prevención, el Estado colombiano ha realizado esfuerzos encomiables pero no ha dado una respuesta específica a los distintos factores causales del reclutamiento forzado de menores de edad por los grupos armados ilegales”. (p. 49).

Al referirse a las actividades bélicas o militares desarrolladas por estos niños, niñas o adolescentes, incluyó el siguiente aparte:

La realidad de la vida en las filas de los grupos armados ilegales para los menores víctimas de reclutamiento forzado es cruda, y les introduce directamente en un entorno de muerte, crueldad y violencia:

“...desde el principio se entrena a los niños reclutados tanto por la guerrilla como por los paramilitares a no tener piedad con los combatientes o simpatizantes del otro bando. Los adultos ordenan a los niños que maten, mutilen o torturen, preparándolos para cometer los abusos más crueles. Los niños no sólo se enfrentan al mismo tratamiento si caen en manos del enemigo, sino que también temen a sus compañeros. Los niños que incumplen sus deberes militares o intentan desertar se exponen a una ejecución sumaria por compañeros a veces menores que ellos. Los jóvenes reclutas están entrenados en el uso de modernos rifles de asalto desde los 11 años y marchan durante días con muy pocos alimentos, picados por los insectos y azotados por las tormentas. Muchos mueren o resultan heridos en los combates con tropas gubernamentales apoyados por helicópteros y artillería pesada. (...) al cumplir los 13 años, la mayoría de los niños reclutas han sido entrenados en el uso de armas automáticas, granadas, morteros y explosivos. En las fuerzas guerrilleras, los niños aprenden a ensamblar y lanzar bombas con cilindros de gas. Tanto con la guerrilla como con los paramilitares, los niños estudian el ensamblaje de minas quiebrapatatas y aplican sus conocimientos sembrando campos mortales. Es habitual que su primera experiencia de combate se produzca poco después”¹⁴. (p. 46).

2.5.3 Afectados por las minas antipersonal

Doctor, y cuando me vuelve a crecer? Es la pregunta que hace cada niño que ingresa al Hospital Infantil San Vicente de Paúl luego de que se le amputa alguna de las extremidades que le destrozó una mina antipersona. (Yarce, E. 2005).

La anterior es la desgarradora frase con la que comienza un artículo periodístico que revela los esfuerzos de un grupo de médicos colombianos que en el departamento de Antioquia trabaja incansablemente por brindar la mejor atención integral posible a los niños víctimas de las minas antipersonal.

En el país existe un *Observatorio de Minas Antipersonal de la Vicepresidencia de la República y UNICEF*, creado con el fin de combatir esta temible forma de violencia contra la población, cuyas estadísticas (“Víctimas según...”, 2006), reflejan la crueldad de esta práctica: en el período comprendido entre el año de 1990 y el

¹⁴ HRW, p. 7.

10. de mayo de 2006, resultaron afectadas 4.989 personas, de las cuales 542 fueron niños y niñas. En los cuatro primeros meses de 2006 el total de los mismos fue de 37.

En el informe de 2009 del Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH, (“Indicadores sobre...”, 2010, p. 51), se precisa que durante ese año, “el 93% de las víctimas de Map, AEI y Muse¹⁵ fueron mayores de edad (621) y el 7% restante (49) fueron menores de edad. De las víctimas menores de edad, el 22% falleció (11) durante el accidente, mientras que 78% resultó herido (38). Entretanto, de las víctimas mayores de edad, el 17% murió (105) y el 83% sobrevivió (516).”

La Corte Constitucional también abordó este tema en la providencia que se ha venido comentando, en los siguientes términos:

Los niños, niñas y adolescentes colombianos son víctimas demasiado frecuentes de minas antipersonal (MAP) y de municiones abandonadas sin explotar (MUSE) a lo largo del territorio nacional, principalmente en las áreas rurales del país.

A su turno, la victimización desproporcionada de niños, niñas y adolescentes por minas antipersonal y municiones abandonadas sin explotar genera directamente, en forma comprobada, el desplazamiento de sus familias y sus comunidades. También opera como una causa indirecta de desplazamiento, ya que situaciones de esta índole generan en muchos casos el confinamiento de familias y comunidades enteras, lo cual a su turno opera como causa de desplazamiento forzado a corto plazo. (Auto 251 de 2008, p. 52).

Concluye la Corte, respecto de este fenómeno, que cada caso de victimización bélica de niños, niñas y adolescentes constituye una de las peores violaciones de la Constitución Política al igual que del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario y que el hecho de conformar un segmento diferenciable y significativo de las víctimas civiles de tales “aparatos mortíferos”, exige una respuesta inmediata y diferencial del Estado.

2.6 El abandono físico, emocional y psicoafectivo

El abandono físico, emocional y psicoafectivo, también constituye forma de violencia con graves repercusiones para la infancia. Con él se compromete su normal desarrollo, que debería ser natural e integral, limitándolo en todas sus posibilidades.

¹⁵ Minas antipersonal, Artefactos explosivos improvisados y Municiones abandonadas sin explotar.

En Colombia se ha querido enfrentar este flagelo social por medio de un sistema institucional de protección que, pese a sus esfuerzos, poco o nada ha logrado ante la magnitud del problema. De todas maneras, no puede ignorarse el avance que en este campo significó el paso del Código del Menor al Código de la Infancia y la Adolescencia, y con él, de las *situaciones irregulares* a las *situaciones de vulnerabilidad*, en las que el abandono es la primera situación en la que el niño, niña o adolescente requiere de especial protección. Se les debe resguardar de “*El abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representante legales o de las personas, instituciones y autoridades que tienen la responsabilidad de su cuidado y protección*”. (“Código de la infancia...”, 2006, art. 20.1).

Lo anterior lo complementó al Corte Constitucional al indicar:

En este caso, el sistema de protección integral exige que el Estado intervenga para lograr el reestablecimiento de los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente abandonado, a través de diferentes medidas de protección, tales como la ubicación en la familia de origen o en la extensa, o en un hogar de paso o en uno sustituto, tal como lo regulan los artículos 56 y siguientes de la Ley 1098, hasta la adopción, que es una medida de protección que busca establecer de manera irrevocable la relación paterno filial entre personas que por su naturaleza no la tienen. (Sentencia T-775/10).

Pero las anteriores no son las únicas manifestaciones de vulneración de los derechos de la infancia en Colombia. Hay muchas más, de alarmante y continua reiteración, como el secuestro y la desaparición infantil; la discriminación infantil por género; la delincuencia infantil y juvenil; y el trato discriminatorio de las niñas y niños con deficiencias físicas, sensoriales y mentales, que sirven para demostrar el oscuro panorama al que se encuentra sometida la infancia, a pesar del cúmulo de buenas intenciones consagradas en la legislación.

3. La realidad pragmática y los proyectos de cambio

Pero una cosa es el ideal teórico, que en el caso colombiano se percibe como genéricamente adecuado, acorde con la mayoría de las exigencias internacionales y propicias para un apropiado desarrollo de la infancia, y otra la realidad que se vive y se palpa diariamente. Una cosa son los derechos y la preponderancia de la infancia reconocidos en la legislación interna, directamente o por aplicación de los tratados reguladores de la materia, y otra la situación objetiva de su existencia. Una cosa es la que se predica y otra la que se aplica.

La infancia-adolescencia, entendida en Colombia como el grupo de personas compuesto por los menores de dieciocho años - denominados genéricamente “niños” - no requiere de la reafirmación de sus derechos como personas humanas (de lo que ya se encargó la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁶), porque los tienen, por su misma naturaleza, ya que les son inherentes como parte de su existencia física. Sin embargo, el comportamiento de los adultos frente a los que no lo son tiende a demostrar que esta concepción, lógica y reiterativa, no es del todo compartida en la *praxis*, esto es, en las interacciones entre la teoría y la práctica, porque el trato que se les otorga parece destinado a seres inferiores, sin capacidad de comprensión ni de decisión.

En este momento son patentes los esfuerzos de muchos estamentos de la sociedad, de carácter gubernamental y no gubernamental, por procurar que la tutela de los derechos de los niños y las niñas sea, a partir de una nueva filosofía orientadora, una realidad reconocible.

La nueva filosofía, siguiendo las pautas marcadas por la Corte Constitucional, en sus providencias, los reconoce como sujetos de derecho y por esto sienta sus postulados en principios universales de tanta valía como: el interés superior del niño, la prevalencia de sus derechos y la participación en los asuntos de su interés; y los de: dignidad, igualdad, solidaridad y justicia social.

En este contexto se estima entonces que cualquier reforma dirigida a procurar una efectiva garantía de los derechos de la infancia debe tomar en consideración actitudes como las asumidas por la Corte Constitucional a través del auto 251 de 2008, en el que sin ambages ni cortapisas declara abiertamente, por lo menos en relación con los menores de edad en situación de desplazamiento, que “sus derechos fundamentales prevalecientes están siendo masiva y continuamente desconocidos” (p. 250), y que la política pública de atención a la población desplazada carece de un enfoque integral de atención diferencial para estos niños, niñas y adolescentes, que las autoridades están en la obligación de incorporar, por lo que ordena a las mismas realizar las acciones, concretamente señaladas, que considera necesarias para prevenir y remediar tal estado de cosas.

¹⁶ *Convención sobre los Derechos del Niño*. Adoptada el 20 de noviembre de 1989, aprobada en Colombia mediante Ley 12 de 1991. Artículo 37: “Los Estados parte velarán por que: (...)”

c) *Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana. (...)”*

DISCUSIÓN

- El análisis de la situación de los derechos de la infancia en Colombia, elaborado a partir de las normas constitucionales promulgadas en 1991, conduce a generar la idea de que se ha querido crear un saber, concebido sobre la base de las buenas intenciones del constituyente, que muestra una realidad pragmática muy diferente de aquella que se encuentra en los textos legales. El juicio normativo *a posteriori* revela la ineficacia de muchos de los preceptos y programas vigentes, motivando la adopción de políticas públicas correctivas de aplicación inmediata, en pro de una verdadera y efectiva protección de los niños, las niñas y los adolescentes.

Dicho en otras palabras, el reconocimiento integral de los derechos de los jóvenes y los infantes sigue siendo un buen propósito, generador de amplias expectativas, pero limitado por las realidades sociales y económicas del país, lo que exige la urgente intervención e implementación de programas de acción por parte del Estado.

- La responsabilidad de garantizar y efectivizar los derechos de la infancia recae sobre la familia, la sociedad y el Estado, por expresa disposición constitucional y legal. Se trata de una corresponsabilidad diferenciada, actuante en diversas esferas de su desarrollo, por lo que los obligados a aplicarla no pueden pretender disminuir su compromiso o distraerlo mediante un mutuo reenvío. Cada uno debe asumir su rol de manera real, con pensamiento crítico y mediante acciones efectivas, dirigidas a satisfacer esa necesidad de respetar y proteger a los niños, las niñas y los adolescentes.
- Para que la garantía de los derechos de la infancia reconocidos nacional e internacionalmente pueda llegar a ser una realidad, se requiere, además, de una armonización legislativa en la materia, que conjugue las diferentes disposiciones legales con las pregonadas buenas intenciones de los diversos estamentos de la sociedad, hasta colmar las urgentes necesidades de esta población. La Corte Constitucional colombiana no ha permanecido ajena a esta situación y por esto ha emitido pronunciamientos como los señalados en el cuerpo de esta investigación, que parecen desbordar los marcados límites de su competencia, pero que en la práctica conllevan soluciones inmediatas y efectivas para las inocultables e inaplazables situaciones vulneradoras de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arango Gaviria, O., Arango Gaviria, S. y Arango Salazar, M. (2000). *Pobreza y desempleo infantil*. En Revista de Ciencias Humanas No.20. Pereira: Universidad Tecnológica de Pereira. Recuperado de www.utp.edu.co/~chumanas/revistas/revistas/rev20/arango.htm. Consultada el 12 de marzo de 2011.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Adoptada el 20 de noviembre de 1989, aprobada en Colombia mediante Ley 12 de 1991.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1959). *Declaración de los Derechos del Niño*. Proclamada en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre.
- Cillero Bruñol, M. (1998). *El interés superior del niño, en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño*. En García Méndez, E. y Beloff, M. (compiladores). *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*. Bogotá: Temis - De palma.
- *Código del Menor. Decreto 2737*. (1989). Bogotá: Imprenta nacional. Diario Oficial No. 39.080 de 27 de noviembre.
- *Código de la Infancia y la adolescencia*. (2006). Ley 1098.
- *Constitución Política*. (1991). Gaceta Constitucional No. 116. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Corte Constitucional. (1993). *Sentencia T- 079*. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (1994). *Sentencia C- 041*. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (1998). *Sentencia T- 556*. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional. (2003). *Sentencia T- 510*. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. (2004). *Sentencia T- 268*. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

- Corte Constitucional. (2010). *Sentencia T- 775*. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión (2008) *Auto 251*. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). *Opinión Consultiva OC-017* de 28 de agosto de 2002.
- Cuevas, T., Guerrero, G., Marulanda, I., Perry, G. y Garzón O, A. (1991). *Ponencia de los constituyentes*. Bogotá: Imprenta Nacional, Gaceta Constitucional No. 85.
- Defensoría del Pueblo (2006). *Caracterización de las niñas, niños y adolescentes desvinculados de los grupos armados ilegales: Inserción social y productiva desde un enfoque de derechos humanos*. Bogotá: Taller Creativo de Aleida Sánchez.
- Equipo Nizkor y Derechos Human Rights. (2001). *Un país que huye. Marginalidad y Pobreza. Otro drama de los desplazados*. Recuperado de www.derechos.org/nizkor/colombia/libros/despl/02.html. Consultada el 23 de enero de 2011.
- Gálvis Ortiz, L. (2003). *Para que los niños y las niñas puedan vivir en dignidad*. Bogotá: UNICEF – ICBF.
- Minyersky, N. (2006). *Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Documento presentado por la autora (Argentina. Profesora Adjunta Consulta, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires), durante la IV Conferencia Internacional de Derecho de Familia celebrada en La Habana, Cuba: 22 a 24 de mayo.
- Observatorio de Minas Antipersonal del Programa Presidencial de Derechos Humanos y Aplicación del Derecho Internacional Humanitario. (2006). *Víctimas según sexo y edad de eventos por MAP/MUSE 1990 - 01 de mayo 2006*. Bogotá.
- Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH. (2010). *Indicadores sobre derechos humanos y DIH Colombia Año. 2009*. Recuperado de http://www.derechoshumanos.gov.co/Observatorio/Publicaciones/documents/2010/Indicadores/obs_indicadores_dic2009_100528.pdf. Consultada el 4 de abril de 2011.
- Sistema de Información sobre Trabajo Infantil. (2008). *Estrategia Nacional para Prevenir y Erradicar las Peores Formas de Trabajo Infantil y Proteger al Joven Trabajador 2008 - 2015*. Bogotá: Puntos Cardinales EU – Roberto Moncada Roa.

- UNICEF. Oficina de Área para Colombia y Venezuela. (2005). *Un árbol frondoso para niños, niñas y adolescentes. Una propuesta para gobernar con enfoque de derecho*. Bogotá: Federación Colombiana de Municipios, reimpresión.
- Yarce, E. (2005). *Médicos dan alegría a niños víctimas de minas*. Medellín: Diario El Colombiano, artículo de la serie “Gente de Paz”. 7 de octubre de 2005.

PERSPECTIVA PSICOJURIDICA DEL INCESTO EN BARRANQUILLA¹

*PATRICIA GUZMAN GONZALEZ
IBETH VILLANUEVA SARMIENTO²
MARIA ALONSO HERNÁNDEZ
FEYLI BELTRÁN ACOSTA
YULIS GOMEZ GARCIA
INÉS PEREZ VILLALBA*

Resumen

El incesto es una problemática que viene atacando cada vez más, silenciosa y reiterativamente a sus víctimas selectas, los niños, pues aunque su conocimiento se ha desatado solo hasta los últimos años, es una situación que se viene presentando hace mucho tiempo atrás, y sin embargo es imposible calcular con exactitud hace cuanto se manifiesta.

No se trata de un problema reciente. En mayor o menor medida los malos tratos a la infancia son una constante histórica que se produce en todas las culturas y sociedades y en cualquier estrato social, constituyéndose un problema universal y complejo resultante de una interacción de factores individuales, familiares, sociales y culturales que pueden, incluso, llegar a desembocar en la muerte del menor. El incesto es un problema que debe ser abordado desde la interdisciplinarietà, razón de este estudio con una mirada del Derecho Penal, la psiquiatría y la psicología. Esta ponencia muestra los resultados parciales obtenidos con el alcance de un objetivo específico: Describir el funcionamiento familiar en familias víctimas de incesto en Barranquilla.

Abstract

Incest is a problem that is attacking more and more silent and repetitively selected their victims, children, for though his knowledge has unleashed only until recent

¹ Esta ponencia se deriva del proyecto Perspectiva del abuso sexual intrafamiliar en el sistema penal acusatorio en Barranquilla. Investigador principal: Patricia Guzmán. Este proyecto es avalado por la Universidad Simón Bolívar dentro del grupo Violencia, criminalidad y familia en la costa Caribe colombiana en categoría B de Colciencias. Este proyecto fue iniciado en Enero del año 2010.

² Ibeth Villanueva Sarmiento-Psicóloga. Especialista y Magister en Psicología. Investigador del Grupo Violencia, Criminalidad y Familia en la Costa Caribe Colombiana-Línea: Criminalidad y control social. Universidad Simón Bolívar Barranquilla- ibethvillanueva@hotmail.com
Patricia Guzmán González-Abogada. Especialista en Pedagogía de las Ciencias. Candidata a Magister en Derecho Procesal. Líder del Grupo Violencia, Criminalidad y Familia en la Costa Caribe Colombiana-Línea: criminalidad y control social. Universidad Simón Bolívar-Barranquilla - pguzman@unisimonbolivar.edu.co

years, is a situation that is showing up long ago, and no But it is impossible to calculate exactly as it appears.

This is not a recent problem. To a greater or lesser degree child abuse is a historical constant that occurs in all cultures and societies and all social strata, becoming a universal problem resulting from a complex interplay of individual, family, social and cultural may even lead to reach the boy's death. Incest is a problem that must be addressed from an interdisciplinary, because of this study with a look of law, psychiatry and psychology. This paper shows partial results obtained with the scope of a specific objective: to describe family functioning in victims of incest in Barranquilla.

Palabras clave

Funcionalidad Familiar, Abuso sexual intrafamiliar, Adaptabilidad, Familia, Incesto.

Keywords

Familiar functionality, Domestic sexual abuse, Adaptability, Family, Incest.

INTRODUCCIÓN

Esta ponencia muestra los resultados parciales obtenidos con el alcance de un objetivo específico: Describir el funcionamiento familiar en familias víctimas de abuso sexual intrafamiliar (incesto) en la ciudad de Barranquilla, teniendo en cuenta las siguientes dimensiones: a) adaptación familiar para afrontar situaciones de conflicto, b) nivel de participación y crecimiento emocional en cada uno de sus miembros, y c) relaciones afectivas y compromisos existentes entre los miembros que conforman estas familias. Para el logro de este objetivo se realizó un estudio descriptivo mediante la aplicación del test de APGAR Familiar, el cual mide el grado de funcionalidad familiar a una muestra de diez (10) miembros de familias víctimas de abuso sexual intrafamiliar (incesto) que recibían intervención clínica en el Centro de Atención Integral para Víctimas de Abuso Sexual, CAIVAS, de Barranquilla. Atendiendo a los resultados parciales se puede decir que el 20% del total de la población presentó una disfunción familiar grave, el 0% del total de la población presentó una disfunción familiar moderada, el 20% del total de la población presentó una disfuncionalidad leve y finalmente el 60% del total de la población presentó una funcionalidad familiar normal.

Sin embargo la mayoría de los abusos sexuales contra los niños y adolescentes se producen en el hogar en tales casos, el abuso se llama intrafamiliar o incesto, (Braun. 2002).

Esto incluye madrastras, padrastros, tutores, medios hermanos, abuelos e incluso novios o parejas que viven junto con el padre o la madre y asumen el papel de cuidadores.

La familiaridad entre el niño y el abusador tiene fuertes lazos emocionales, tanto positivos como negativos, lo que contribuye a los abusos sexuales incestuosos con mayor impacto cognitivo-comportamental para el niño y su familia, (Furniss, 1993; Habigzang y Caminar, 2004)

En este caso la agresión presenta características distintivas donde el agresor manipula el vínculo familiar a través de la utilización del poder que le confiere su rol; generalmente es una agresión reiterada en el tiempo; se impone la dinámica del secreto, siendo tardía su revelación; suele darse en familias disfuncionales y son el resultado de múltiples factores que bloquean o perturban los mecanismos naturales que regulan la sexualidad al interior de la familia (Barudy, J., 1999; Policía de investigaciones Chile, 2004).

Las consecuencias psicológicas que suelen acompañar la vivencia del incesto son frecuentes y diversas, tanto aquellas que se producen en la infancia como las que, en muchas ocasiones, perduran hasta la edad adulta, los estudios constatan que las consecuencias afectan todas las áreas de la vida de la víctima, y que por lo tanto impiden hablar de un síndrome de abuso sexual infantil. (Browne y Finkelhor, 1986).

El abuso sexual de menores se refiere a cualquier conducta sexual mantenida entre un adulto y un menor. Más que la diferencia de edad, lo que define el abuso es la asimetría entre los implicados en la relación y la presencia de coacción explícita o implícita. No deja, por ello, de ser significativo que el 20% del abuso sexual infantil está provocado por otros menores. Las conductas abusivas, que no suelen limitarse a actos aislados, pueden incluir un contacto físico (genital, anal o bucal) o suponer una utilización del menor como objeto de estimulación sexual del agresor (exhibicionismo o proyección de películas pornográficas), (Echeburua, E. y Guerricaechevarria, C., 2008).

No es fácil determinar la incidencia real de este problema en la población porque ocurre habitualmente en un entorno privado (la familia) y los menores pueden sentirse impotentes para revelar el abuso. (Noguerol, V., 1997).

En la mayor parte de los casos el abuso sexual infantil suele ser cometido por familiares (padres, hermanos mayores, etc.), es el incesto propiamente dicho, o por personas relacionadas con la víctima (profesores, entrenadores, monitores, etc.). En uno y otro caso, que abarcan del 65% al 85% del total y que son las situaciones más duraderas, no suelen darse conductas violentas asociadas (Echeburua, E. y Guerricaechevarria, C., 2008).

Las investigaciones existentes muestran que el abuso sexual comienza tan temprano como a los cinco años de edad, y aumenta significativamente entre los cinco y los nueve años. La información de distintos países es coincidente también en que un 70% y un 80% de las víctimas son niñas; en la mitad de los casos los agresores viven con las víctimas y, en un 75% de los casos, son familiares directos de las niñas y niños abusados. (UNICEF, 2008)

Es así como la UNICEF (2010), arroja cifras en las que más de diez millones de niños sufren de explotación sexual forzada en el mundo. Esto quiere decir que hay aproximadamente 2.700 casos nuevos cada día del año.

El silencio, uno de los principales problemas para el abordaje de la temática es que hay un silencio generalizado respecto del incesto.

Debido a que el incesto resulta más frecuente en unas familias que en otras, fue preciso formular el siguiente interrogante:

¿Cómo se explica desde la perspectiva psicojurídica el comportamiento incestuoso del victimario en Barranquilla?

Justificación del problema

Más allá de los protocolos y de los acuerdos, están las diferentes realidades sociales, culturales, económicas. El abuso sexual de niños, niñas y adolescentes no es un fenómeno de los sectores pobres. El estudio de Naciones Unidas presentado ante la Asamblea General en Octubre de 1996 indica que lo que cambia es la modalidad de abuso según la clase social.

Nils Kastberg (2010), tiene el hábito de seguir casos individuales porque son un termómetro de cómo el sistema está ayudando o no en cada situación y así identificar las debilidades.

En Colombia y más específicamente en la ciudad de Barranquilla, desde el 1 de Enero hasta el 21 de Marzo del año en curso, el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses ha contabilizado 120 casos de menores abusados en el departamento. Cifras preliminares de 2010 indican que de los 610 casos de violación denunciados, el 87% corresponde a la población infantil.

Las estadísticas muestran además, que el 85% de los agresores sexuales son padrastros, los compañeros sentimentales permanentes de las madres o algún pariente cercano al niño.

“No hay una explicación racional del por qué un adulto quería sostener relaciones sexuales con un niño de tres, cuatro, siete, nueve años”, explica Carlos Newball, Fiscal 12 Coordinador de la unidad del Centro de Atención Integral e Investigación de Víctimas de Abuso Sexual, Caivas de la ciudad de Barranquilla.

Agrega que la mayoría de casos registrados en Caivas ocurrieron en estratos bajos. No obstante, aclara que el abuso se puede presentar en cualquier nivel social.

Metodología

Este estudio se aborda desde el paradigma empírico analítico. Es cuantitativo, con aplicación del método deductivo, nivel de profundidad explicativo. Como técnicas de recolección de información se utiliza el MINI, análisis de historia clínica, entrevista semiestructurada, observación, encuesta y APGAR familiar. La MINI es una entrevista diagnóstica estructurada de breve duración que explora los principales trastornos psiquiátricos del Eje I del DSM-IV y la CIE-10. Tiene una puntuación de validez y confiabilidad aceptablemente alta, pero puede ser administrada en un período de tiempo mucho más breve. El APGAR familiar es un instrumento que evalúa la función de la familia, se diligencia por sí mismo, es entendido fácilmente y en muy poco tiempo, evalúa la percepción de funcionalidad de la familia por parte de un miembro de ésta, a través de los parámetros: adaptabilidad, participación, gradiente de crecimiento, afecto y resolución. La población objeto de estudio se centra en el victimario judicializado desde el 2008 - 2010 en Barranquilla. Se estudiará a quienes han cometido el delito de incesto de acuerdo a la normativa penal donde la víctima haya sido un menor de 14 años.

Se toma una muestra aleatoria de los casos reportados en Medicina legal de la Regional Norte y en Caivas. Para el control de sesgos se ha preparado a un grupo de auxiliares de investigación, para aplicar las encuestas dirigidas a los jueces control de garantías y jueces de conocimiento, fiscales.

Resultados Parciales

Existen distintas teorías y enfoques que explican los fenómenos sociales y se ocupan de su evolución. La familia no ha estado ajena a estos procesos. A su conceptualización han aportado distintas disciplinas tales como la lingüística, el derecho, la antropología, la sociología, la psicología, y distintos enfoques: el psicoanalítico, el estructural-funcionalista, el comunicacional y el sistémico, entre otros.

Este último, sentado en la teoría general de sistemas (1940), es sumamente válido e importante en la comprensión y abordaje de la familia, pues se constituye en un nuevo paradigma del conocimiento, que brinda explicaciones tanto para las ciencias naturales como para las sociales y humanas y posibilita una aproximación interdisciplinaria a la comprensión de la familia para poder abordar la problemática del incesto.

En razón de lo cual se considera a la familia como el espacio vital del desarrollo humano para garantizar su subsistencia. Es un sistema íntimo de convivencia en el que la asistencia mutua y la red de relaciones de los miembros la definen y la determinan.

Lo que permite introducir el supuesto básico para la perspectiva holística: interrelación individuo-familia-sociedad. Donde los procesos individuales, familiares y socio-culturales están conectados de manera interdependiente y multicausal, influyéndose dinámicamente permanentemente.

A la luz de la concepción sistemática, la familia es considerada el principal de los sistemas humanos, donde se cumple el desarrollo del individuo a través de funciones que hasta el momento han sido intransferibles adecuadamente a otras instituciones o sistemas.

El sistema familiar es más que solo la suma de sus partes individuales. Por lo tanto, la familia como sistema será vitalmente afectada por cada unidad del sistema. Tan integral es esta relación entre las partes y el sistema total, que si un individuo o subsistema familiar flaquea en su funcionamiento, la totalidad del sistema familiar se verá afectada. A la inversa, si el sistema familiar no está funcionando adecuadamente, los síntomas de esa disfunción pueden desplazarse hacia uno de los miembros, (Valdés, 2007).

Lo que diferencia a la familia de los otros sistemas sociales son sus funciones esenciales, la calidad de las relaciones y la naturaleza de sus sentimientos.

En cuanto a las funciones de la familia, éstas se evidencian cuando dentro del grupo familiar se producen una serie de interacciones sociales que, por ser significativas para el sujeto, van a ser interiorizadas y por lo tanto van a influir de manera decisiva en el curso del desarrollo (Arranz y Olabarrieta, 1998).

En este grupo es donde el individuo obtiene su mayor fuente de afectos y donde puede desarrollar relaciones verdaderamente íntimas. Dentro de su contexto se originan situaciones e interacciones que influyen decisivamente en el desarrollo de la autoestima y la identidad personal de todos sus integrantes. Además se generan condiciones que permiten al individuo aprender tanto a asumir responsabilidades como a solucionar problemas.

La familia se constituye para la mayor parte de las personas, en la más importante red de apoyo social para las diversas transiciones vitales que han de realizar durante su vida: búsqueda de pareja, trabajo, vivienda, nuevas relaciones sociales, jubilación, vejez, etc.; así como las crisis impredecibles que se presentan a lo largo de la vida: divorcio, muerte de un familiar y desempleo por solo mencionar algunas.

Según Rodrigo y colaboradores (1998), con respecto a los hijos la familia cumple cuatro funciones esenciales:

1. Asegurar su supervivencia y sano crecimiento físico.
2. Brindarles un clima de afecto y apoyo sin los cuales el desarrollo psicológico sano no resulta posible. El clima de afecto implica el establecimiento de relaciones de apego que permiten un sentimiento de relación privilegiada y de compromiso emocional.
3. Facilitar a los hijos una estimulación que haga de ellos seres con capacidad para relacionarse competentemente con su entorno físico y social, así como para responder a las demandas y exigencias planteadas por su adaptación al mundo en que les toca vivir.
4. Tomar decisiones con respecto a la apertura hacia otros contextos educativos y sociales que van a compartir con la familia la tarea de educación de los hijos.

Para que los padres puedan cumplir de forma efectiva sus funciones deben dedicarle tiempo a la relación con sus hijos. Estimular adecuadamente a los hijos requiere una alianza afectiva entre padres e hijos; el establecimiento y mantenimiento de esta alianza demanda interacciones habituales y relajadas en diversos contextos y con distintas finalidades (cuidados físicos, juegos, salidas, realización de tareas escolares, etc.).

Una de las funciones esenciales de la familia es permitir la aparición de cambios que permitan la expansión y el desarrollo vital de sus integrantes; en general estos cambios abarcan:

1. Cambios en los límites, reglas, alianzas y normas entre los miembros de la familia.
2. Cambios entre miembros de la familia, que ocurren en relación con límites, reglas, alianzas, y normas.
3. Cambios determinados por factores sociales, que facilitan el ajuste de la familia a su contexto.

Dentro de los aspectos relevantes de la presente investigación es importante conceptualizar en qué consiste el Incesto.

El Título VI del Código Penal Colombiano tipifica como delitos todos aquellos comportamientos que lesionan de manera principal el bien jurídico de la familia. Este título está conformado por cinco capítulos y en este último capítulo V nos habla del Incesto (art. 237 C.P.).

El artículo 237 del Código Penal Colombiano tipifica el Incesto, así: “ El que realice acceso carnal u otro acto sexual con un ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años”.

La tipificación de los delitos sexuales en Colombia ha contado con una importante evolución normativa, principalmente en lo que se refiere a los menores cuando éstos son las víctimas del delito. En ese sentido las normas vigentes muestran una tendencia constante por parte del legislador de imponer severas y ejemplares condenas a las personas que cometen estos delitos, situación que reviste mayor

reproche cuando el victimario pertenece al núcleo familiar, independientemente de la existencia o no de un acuerdo de voluntad. Pero en el caso del incesto, el cual si bien no hace parte de los delitos contra la libertad, integración y formación sexual, tiene mucha afinidad con ellos, particularmente con el delito de acceso carnal y acto sexual abusivo, en la medida que en algunos casos el sujeto activo de estos dos últimos comportamientos delictivos está comprendido dentro de los grados de parentesco a que se refiere el artículo 237 del Código Penal; la pena para el delito de incesto resulta benigna comparada con la gravedad de las secuelas que produce en la víctima y con las penas previstas para los delitos de acceso carnal y acto sexual abusivo.

De allí que nuestra Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C 538 de 1998 avaló la constitucionalidad del artículo 259 del código penal anterior (Decreto 100 de 1980), norma que fue reemplazada por el artículo 237 del código penal actual (ley 599 de 2000) al resolver una demanda de constitucionalidad, por cuanto en concepto del actor el Derecho sólo puede sancionar los comportamientos del hombre *“cuando interfieran con la órbita de acción de otras personas”* y, por tanto, no es constitucional penalizar el incesto, pues *“la relación entre padre (madre) e hija (hijo), adoptante o adoptivo, o entre hermana o hermano, sea de acceso carnal u otro acto erótico sexual, consentido, no afecta a las demás personas, ni al núcleo familiar”*. En su opinión, el incesto, es *“una acción privada que no ofende siquiera la moralidad pública, sino que únicamente concierne a la moral individual”* y como acción privada, debe ser inmune a la actuación de las autoridades judiciales, pues *“un acto que no se exterioriza no puede ofender bienes del mundo exterior y mucho menos colocarlos en peligro, como son los bienes de la naturaleza jurídica.”* En otras palabras, para el demandante, la norma acusada viola el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 16 de la Constitución, que garantiza a todo individuo la posibilidad de proyectar su *“visión de sí mismo y la de tomar decisiones que pueden determinar su desarrollo como persona en el medio social”*.

Así mismo considera, que tal como se encuentra tipificada la conducta del incesto en el artículo 259 del anterior Código Penal, este delito solamente se configura cuando el trato sexual se cumple con el consentimiento mutuo de los protagonistas y, en consecuencia, es imposible determinar quién es la víctima o quién tiene la facultad para denunciarlo.

En últimas, lo que pretendió el actor con la demanda, es que el delito de incesto como tal *“no esté reprimido como figura autónoma”*, porque las consecuencias negativas que se pueden seguir de las relaciones incestuosas ya están sancionadas por el ordenamiento jurídico en otras disposiciones del Código Penal que regulan el tema sexual, como por ejemplo en los casos de violencia carnal, el estupro, los abusos deshonestos, corrupción de menores, y en los casos de violencia intrafamiliar.

En esta oportunidad la Corte Constitucional razonó de la siguiente manera : *“La prohibición del incesto es una restricción legítima del derecho al libre desarrollo*

de la personalidad. En efecto, los datos científicos aportados al proceso permiten sostener que la norma legal que penaliza el incesto persigue la protección de bienes constitucionalmente tutelados como la familia - y cada uno de sus miembros -, e instituciones sociales - como los sistemas de parentesco - de innegable importancia.

No escapa a esta Corte la posibilidad de que, en una sociedad plural, la utilización de argumentos morales a favor de la constitucionalidad de una determinada norma legal, puede originar atropellos inmensos en contra de la libertad de personas que, en ejercicio de su autonomía, no comparten los principios de la mayoría. No obstante, para evitar este tipo de abusos se han diseñado herramientas estrictas de control constitucional que, como el juicio de proporcionalidad, impiden o dificultan su ocurrencia, además de la obligatoriedad superior de los principios y libertades garantizados por la Constitución. En primer lugar, toda norma jurídica que persiga exclusivamente la defensa de un principio de moral pública debe estar sometida a un juicio estricto de proporcionalidad. En consecuencia, sólo si la finalidad corresponde verdaderamente a un principio de moralidad pública - en el sentido que se precisa más adelante - y, si es útil, necesaria y estrictamente proporcionada respecto de tal finalidad podrá resultar ajustada a la Constitución. En este sentido, se admite, por ejemplo, que la realización de determinados comportamientos o prácticas que pueden afectar gravemente principios de moralidad pública imperantes se vean sometidos a una restricción, consistente, por ejemplo, en limitar su realización a lugares privados o reservados o en someter su difusión pública a ciertas condiciones especiales (franjas, horarios, autorización previa, etc.)”.

“En otros términos, si la familia es un bien digno de protección para el Constituyente, y todas las disciplinas científicas que se ocupan de ella, han establecido que el incesto atenta contra ese bien, es ineludible concluir que el desestímulo de las relaciones sexuales entre parientes, mediante la penalización de esa conducta, resulta razonable y proporcionado en aras de la preservación de la familia.”

En lo que se relaciona con el proceso penal, desde el año 2004, Colombia modificó su sistema de enjuiciamiento criminal que era de menor tendencia acusatoria. Con el sistema de implementación gradual la ciudad de Barranquilla, al igual que las demás ciudades de la Región Caribe le dieron la bienvenida al sistema penal acusatorio el 01 de Enero de 2008. Este sistema maneja un nivel de exigencia en lo que se refiere al manejo de la prueba, dentro de esos medios se encuentra la prueba pericial, la cual constituye un medio de conocimiento de carácter técnico, con conocimientos específicos sobre una materia.

En el sistema penal acusatorio, ni el fiscal ni el juez tienen conocimiento directo de los hechos. En este sentido, el fiscal los conoce por intermedio de los funcionarios que ejercen funciones de policía judicial, a través de las evidencias físicas, elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida y el juez a través de las pruebas practicadas en el juicio oral y público. Ocurre en el cotidiano quehacer jurídico que en algunos de los procesos penales deba ser necesaria la intervención de expertos para el logro del esclarecimiento de esos hechos, entonces es cuando surge la necesidad del dictamen pericial como medio de prueba cuando sean

necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, en este caso en un proceso penal por delitos sexuales.

Otro de los objetivos específicos dentro de esta investigación es identificar si dentro del proceso penal de corte acusatorio en Colombia, las partes acuden a la prueba pericial de, por ejemplo, un psiquiatra forense, para mostrar posibles trastornos de personalidad del acusado que si bien, no constituye una causal de exoneración de responsabilidad, si pueda explicar el comportamiento incestuoso y por lo menos brindarle la posibilidad de un tratamiento profesional apropiado paralelo durante la ejecución a la pena con fines de reinserción social, no repetición de esos hechos y, lo primordial, con fines de prevención general.

El dictamen pericial (valoración psicológica y psiquiátrica) no solo sirve como medio de prueba idóneo para encontrar explicación al comportamiento incestuoso, también permite al juez tener los elementos de juicio necesarios para determinar la culpabilidad del acusado ya que tanto al juez como a las demás partes en el proceso les es imposible precisar en el juicio oral si una persona padece una afección neurológica o psíquica objetivable, y en su caso cuáles sean su etiología y efectos cuando se ha cometido un delito moralmente reprochable. Pero muy ligado al tema de la valoración judicial del dictamen pericial se encuentra el estudio de la incidencia de trastornos psiquiátricos y la dinámica familiar del incestuoso, y si ello está en estrecha relación con el comportamiento delictivo.

Es necesario por tanto que el juez al momento de valorar la culpabilidad de un incestuoso no solo lo haga desde el punto de vista jurídico sino que se apoye en la mirada de dos ciencias auxiliares como lo son la Psicología y la Psiquiatría ya que es a través de estas dos últimas las que permiten evaluar el comportamiento del hombre.

Se utilizará la palabra incesto para significar el contacto sexual entre miembros de la misma familia, incluyendo no solo el coito, sino también la masturbación mutua, el contacto manual-genital u oral-genital, la manipulación sexual, la exhibición y hasta las proposiciones sexuales. No comprenderá gestos sexuales inconscientes tales como a una exposición accidental, o la preocupación materna por el cuerpo del niño. (Finkelhor, 2005).

Así, pues aunque pueda sentirse como algo sorprendente el descubrir que la gente se involucra en bastante actividad de tipo incestual, quizás no le debiera ser tanto. En una encuesta realizada para el registro de la incidencia incestuosa, se halló más gente que reportó una experiencia sexual con un miembro familiar (26%) que una experiencia sexual en la infancia con una persona mayor (16%). (Finkelhor, 2005).

Los siguientes fueron los resultados obtenidos acerca del Funcionamiento Familiar en familias víctimas de Incesto en la ciudad de Barranquilla:

Se pudo establecer que el 20% del total de la población evaluada presentó un grado de disfuncionalidad familiar grave. El 0% del total de la población evaluada presentó un grado de disfuncionalidad moderada. El 20% del total de la población evaluada presentó un grado de disfuncionalidad leve y por último el 60% del total de la población evaluada presentó un grado de funcionalidad familiar.

A continuación se presenta el cuadro y el gráfico que muestran los hallazgos de la presente investigación:

Cuadro 8

Grado de funcionalidad y disfuncionalidad de la población evaluada.

DISFUNCIONALIDAD GRAVE	20 % del total de la población.
DISFUNCIONALIDAD MODERADA	0 % del total de la población.
DISFUNCIONALIDAD LEVE	20 % del total de la población
FUNCIONALIDAD	60% del total de la población.

CUADRO 8. *Grado de funcionalidad y disfuncionalidad de la población evaluada.*

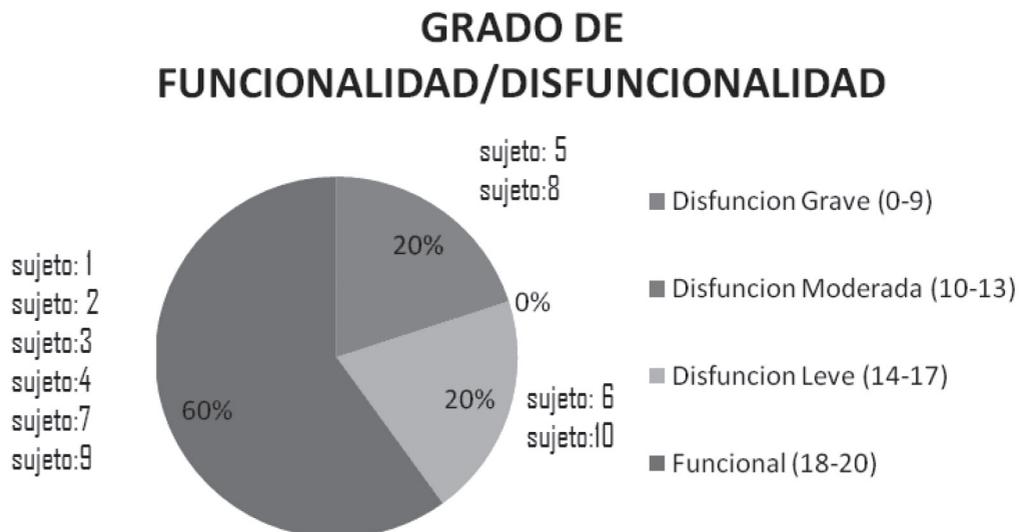


Gráfico No 8: Total del grado de funcionalidad/disfuncionalidad familiar.

El cuadro y el gráfico No8, muestran el grado de disfuncionalidad y funcionalidad de cada sujeto y de la población general evaluada, observándose así, que los sujetos No 1, No 2, No 3, No 4, No 7 y No 9 se encuentran ubicados en el grado de funcionalidad cuyas puntuaciones van desde 18 a 20 puntos, equivalente al 60% de la población total evaluada; los sujetos No 6 y No 10 se encuentran ubicados en el grado de disfuncionalidad leve cuyas puntuaciones van desde 14 a 17 puntos, equivalente al 20% de la población total evaluada y los sujetos No 5 y No 8 se encuentran ubicados en el grado de disfuncionalidad grave cuyas puntuaciones van desde 0 a 9 puntos equivalente al 20% del total de la población evaluada, se puede observar que el grado de funcionalidad moderada que va desde 10 a 13 puntos no aplica en la población.

Con relación a cada una de las dimensiones que mide el test de Apgar familiar se encontró que: En la primera dimensión, Adaptabilidad, se encuentra un alto grado (80%) de la población total, lo cual quiere decir que en las familias donde se ha presentado este tipo de situaciones de incesto han contado con una adaptación familiar adecuada para afrontarla, identificándose la manera como se utilizan los recursos intra y extra familiares para resolver los problemas en periodos de crisis.

En la segunda dimensión, Cooperación, se encuentra un grado medio-alto (60%) de la población total, queriendo decir esto que ante las situaciones adversas, los miembros de la familia en su gran mayoría tienden a participar en la toma de decisiones y de responsabilidades a asumir en las diferentes circunstancias que se presenten, definiendo el grado de poder de cada uno de ellos.

En cuanto a la tercera dimensión, Desarrollo, se encuentra un alto grado (80%) de la población total, observándose la madurez emocional y física, para afrontar situaciones de conflicto que se presentan, así como la autorrealización de los miembros de la familia por el apoyo mutuo, lo cual se puede observar durante el acompañamiento registrado ante la situación de abuso sexual intrafamiliar (incesto).

En la cuarta dimensión, Afectividad, en cuanto a las relaciones de amor y atención entre los miembros de la familia, la mitad de las personas evaluadas (50%), manifestaron tener una buena relación intrafamiliar, mientras que en la otra mitad varía en intensidad tales manifestaciones, entre Nunca, Casi Nunca, Alguna veces y Casi Siempre.

Por último, la quinta dimensión, Capacidad Resolutiva, se encuentra en un grado medio-alto, (60%), lo cual determina el compromiso de dedicar tiempo, compartir los espacios y el dinero con todos los miembros de la familia.

A continuación se muestran los gráficos que explican el hallazgo anteriormente citados:

ADAPTABILIDAD

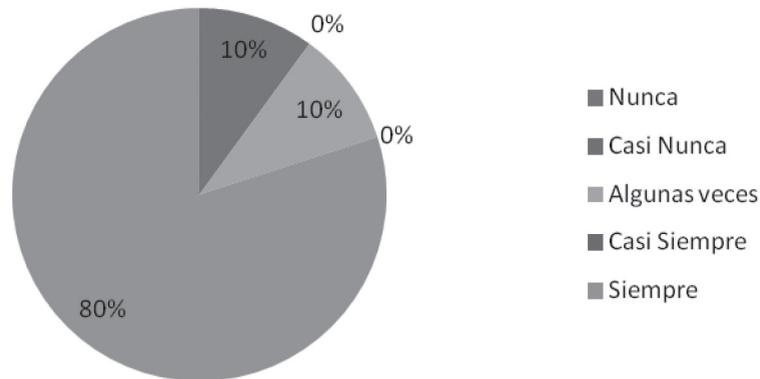


Gráfico 1. Relación porcentual de la primera dimensión del test de APGAR

El presente gráfico (No-1) nos indica en la dimensión de adaptabilidad, el 80 % de los sujetos respondió siempre, el 10% de los sujetos respondió algunas veces y el 10% de los sujetos respondió nunca, para un total del 100% de sujetos evaluados.

COOPERACION

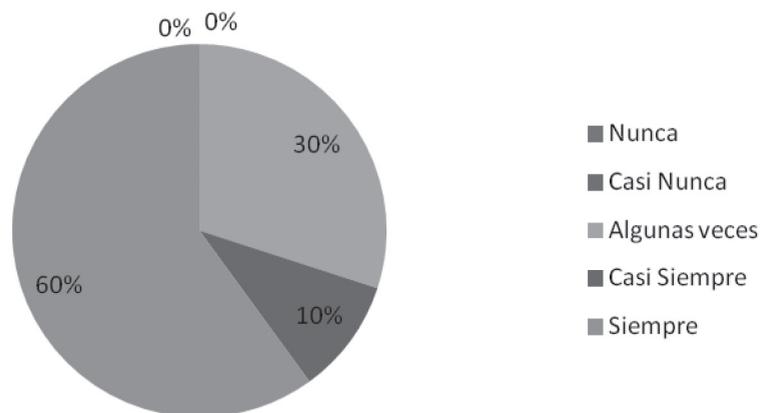


Gráfico N 2. Relación porcentual de la segunda dimensión del test de APGAR

El presente gráfico (No-2) nos indica en la dimensión de cooperación, el 60 % de los sujetos respondió siempre, el 30% de los sujetos respondió algunas veces y el 10% de los sujetos respondió casi siempre, para un total del 100% de sujetos evaluados.

DESARROLLO

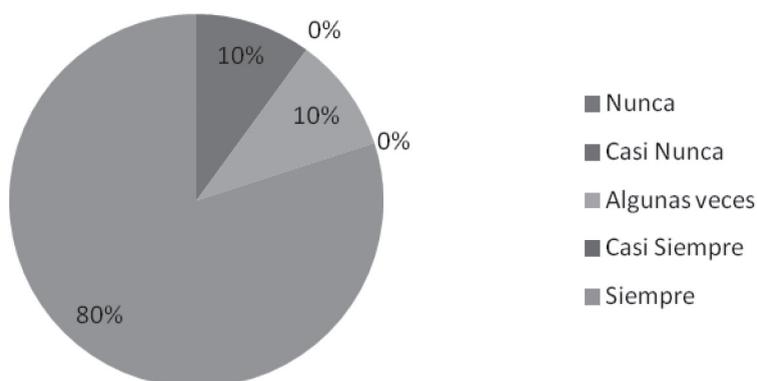


Gráfico 3. Relación porcentual de la tercera dimensión del test de APGAR

El presente gráfico (No-3) nos indica en la dimensión de desarrollo, el 80 % de los sujetos respondió siempre, el 10% de los sujetos respondió algunas veces y el 10% de los sujetos respondió nunca, para un total del 100% de sujetos evaluados.

AFECTIVIDAD

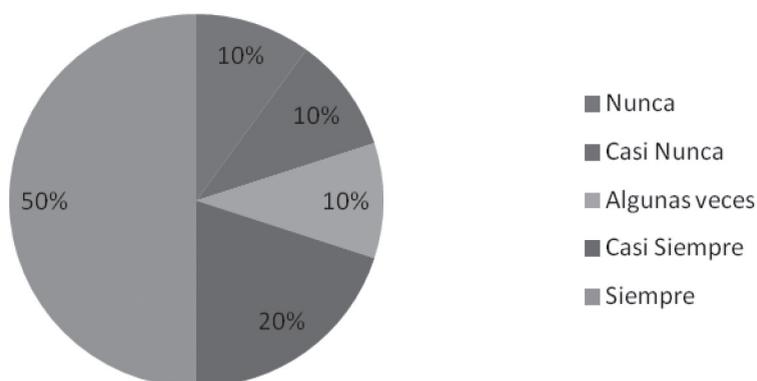


Gráfico 4. Relación porcentual de la cuarta dimensión del test de APGAR

En el presente gráfico (No-4) nos indica en la dimensión de afectividad, el 50% de los sujetos respondió siempre, el 20% de los sujetos respondió casi siempre, el 10% de los sujetos respondió algunas veces, el 10% de los sujetos casi nunca y el 10% respondió nunca, para un total de 100% de los sujetos evaluados.

CAPACIDAD RESOLUTIVA

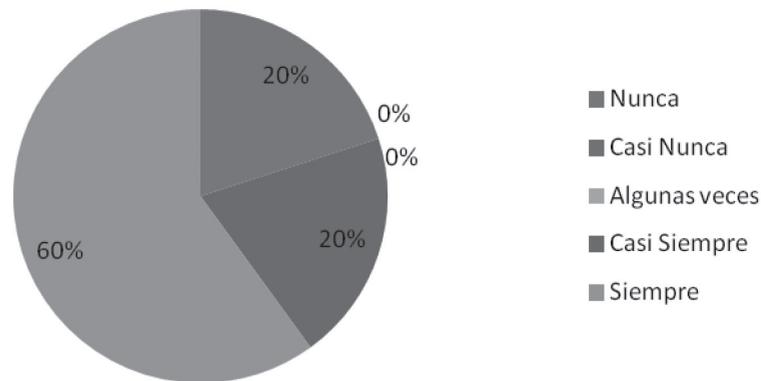


Gráfico 5. El presente gráfico nos indica en la dimensión de capacidad resolutiva, el 60 % de los sujetos respondió Siempre, 0% de los sujetos respondió Casi Nunca, 0% de los sujetos respondió Algunas Veces, 20% de los sujetos respondió Casi Siempre y el 20% de los sujetos respondió nunca, para un total de 100% de los sujetos evaluadas.

CONCLUSIONES

Se puede concluir de acuerdo a los resultados parciales obtenidos que de acuerdo al planteamiento de Finkelhor, 2005, que cuando se presentan situaciones de incesto, puede conllevar a una disfuncionalidad, severa moderada o grave, pues el incesto significa simplemente una relación sexual entre miembros familiares, pero en algunas discusiones ha llegado a significar otros tipos de contacto sexual, tales como la masturbación mutua, o la manipulación genital (Finkelhor, 2005).

Cabe señalar que los resultados anteriormente planteados en la presente investigación, no son consistentes con la propuesta de Finkelhor (2005), que señala que las familias víctimas de violencia sexual intrafamiliar (incesto), presentan un grado de disfuncionalidad que iría de grave a moderado, planteamiento que no corresponde a los hallazgos de la presente investigación dado que las familias víctimas de abuso sexual intrafamiliar mostraron un alto grado de funcionalidad y adaptación ante las situaciones de crisis, lo cual puede estar relacionado con el planteamiento de Berrote, y Martinez, (2007), cuando señala que en todas las familias con transacción incestuosa la interdicción del incesto se desplaza de la palabra: está prohibido hablar.

El secreto se guarda celosamente, tanto más cuanto que a menudo lo refuerzan las amenazas verbales o la violencia física. Más allá de su confusión y sus dudas, el niño no

puede imaginar fácilmente como escapar de un sistema del que es tan dependiente. Los objetivos prioritarios son la solidaridad y la cohesión familiar por lo tanto es importante mostrar una imagen de normalidad. (Berrote y Martínez.2007).

La particularidad de estas familias es la discrepancia entre la imagen que muestra al entorno y lo que ocurre en su interior.

Paradójicamente, la indiferenciación de los papeles y de las funciones familiares pueden dejar intacta una aparente pareja parental y conyugal. A veces esta es el único “superviviente” tras la revelación del incesto o el abuso sexual.

La principal implicación de estos resultados conduce a reconocer que es necesario iniciar la búsqueda de variables que influyan en la modulación del funcionamiento familiar en familias víctimas de abuso sexual intrafamiliar (Incesto).

BIBLIOGRAFÍA

- Andersen, T. (1997) Reflexiones sobre la reflexión con familias. En Gergen, K.J., McNamee, S. (1996). *La terapia como construcción social*. Buenos Aires. Paidós
- Arranz, E. y Olabarrieta, F. (1998). Las relaciones entre hermanos. En Rodrigo, M. J. y Palacios, J. *Familia y Desarrollo Humano*, 246-260 págs., Madrid, Alianza.
- Arias, Castillo, Liliana. (2006) Apgar Familiar. *Colombia Médica*. Vol. 40 Número1. P 8. Universidad del Valle. Colombia
- Barudy, J. (1999). *Maltrato infantil. Ecología social: Prevención y reparación*. Santiago de Chile: Galdoc.
- Barudy, J., Dantagnan, M. (2005). *Los buenos tratos a la infancia. Parentalidad, apego Resiliencia*. Barcelona. Gedisa.
- Berrote, R. & Martinez, N. (2007). *Violencia y abusos sexuales en la familia: México*. Editorial Paidos.
- Briones, Guillermo. (1986). *Metodología de la Investigación Cuantitativa en las Ciencias Sociales-México*. Trillas-PP. 39-92, 85-91
- Burin, M. y Meler, I. (1998). *Género y familia. Poder, amor y sexualidad en la construcción de la subjetividad*. Buenos Aires: Paidós.
- Braun, S. (2002). *La Violencia Infantil Intrafamiliar- Del Silencio a la revelación del secreto*. Brasil. Editorial Age.

- Browne, A., Finkelhor, D. (1986). Impact of Child Sexual Abuse: A Review of the Research. Social support and coping strategies as mediators of adult adjustment following childhood maltreatment. *Child Abuse & Neglect*, 21 (2), 211-226.
- Código Penal Colombiano
- Código de Procedimiento Penal Colombiano.
- Constitución Nacional de Colombia
- Conapo. (2005). Consejo Nacional de Poblaciones. México. www.conapo.gov.mx.
- Corte Constitucional. Sentencia C 404 de 1998
- Corte Constitucional. Sentencia C 538 de 1998
- Donoso Niemeyer, T y Villegas Torres, M.I. (1998) Percepción materna y ajuste Socioemocional de sus Hijos Preescolares. *Enfoques Educativos*, 2, 1-15. México
- Echeburua, E. Guerricoecheburua, C (2008) Abuso sexual en la infancia- Víctimas y agresores- Un Enfoque Clínico. España. Editorial Ariel.
- Finkelhor, D. (2005). Abuso sexual al menor. Editorial Pax. México.
- Furniss, T. (1993). Abuso sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar. Porto Alegre: Artes Médicas.
- Habigzang, L. F. & Caminar, R. M. (2004). Abuso sexual contra criança e adolescentes: Conceituação e intervenção clínica. São Paulo: Casa do Psicólogo
- Hernández, Sampieri, Roberto., Fernández, Collado, Carlos., Baptista, Lucio, Pilar. (2010). Metodología de la Investigación. México. McGraw-Hill.
- Kastberg, Nils. (2010). Director Regional de UNICEF. “Gobernabilidad local y Derechos de la Niñez y la Adolescencia. Oficina Regional Cibao Norte - Santiago
- Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (2010). Regional Norte. Bogotá-Colombia
- Louro, I. Ortiz, MT. (1997). Comportamiento de la Violencia Intrafamiliar en la zona de Jaimanitas. Trabajo para optar al Máster en Psicología de la Salud. Facultad de Salud Pública. Habana-Cuba
- Luengo Rodríguez, Tomasa. et. al. (2007): Modelos familiares y satisfacción parental: Influencia de variables del proceso familiar, en INFAD. *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, n-1, v-3: 17-127. ISSN: 0214-127.

- Noguero, V. (1997). Aspectos psicológicos del abuso sexual infantil. En J. Casado, J. A. Díaz y C. Martínez (Eds.), Niños maltratados (pp. 177-182). Madrid: Díaz de Santos.
- Olson, D., Sprenkle, D. y Russell, C. (1995). Circumplex Model of Marital and Family System: Cohesión and Adaptability dimensions, family types and clinical applications. New York: RV.
- Smilkstein, G. (1978). the family APGAR: A proposal for a family function test and its uses by physicians. J. Family Practice.
- Unicef. (2010). Abuso Sexual en Niños y Niñas. thahn@unicef.org
- Polaino, Lorente, Aquilino. Martínez, Cano, Pedro. (2003). Evaluación Psicológica y Psicopatológica de la Familia. España. Editorial Rialp, S.A.
- Puyana, Y., Mosquera, C. et al. (Comp.) (2003). Padres y Madres en cinco ciudades. Bogotá: Almudena.
- Rodrigo, E. y Palacios, J. (1998). Familias y Desarrollo Humano. Editorial Alianza. Madrid.
- Valdés, C. (2007). Familia y desarrollo intervención en terapia familiar. México: Editorial Manual moderno.
- Zaphiri, E. 2001. Incesto Madre-hijo. Citado en <http://scielo.isciii.es/pdf/ep/v3n2/art04.pdf>

LA DEFENSA JUDICIAL DEL MEDIO AMBIENTE EN BUCARAMANGA

MARÍA DEL ROSARIO SANTOS DE AGUIRRE¹
ÚRSULA FERNANDA CASTELLANOS MORENO²

Resumen

El trabajo que se presenta tiene como objeto dar cuenta de los resultados del proyecto de investigación que tiene como problema central establecer si las acciones populares y de grupo propuestas para la defensa del derecho al medio ambiente en el municipio de Bucaramanga son idóneas para lograr su protección. El trabajo da cuenta de la metodología propuesta, de los hallazgos y de las conclusiones que se derivan de los mismos.

Abstract

The paper is intended to account for the results of the research project whose central problem whether the class actions and proposals group to defend the right to environment in the city of Bucaramanga are appropriate to achieve their protective. The paper reports on the proposed methodology, findings and conclusions derived from them.

Palabras clave

Acciones populares y de grupo, derechos e intereses colectivos, derecho al ambiente sano, idoneidad de la acción judicial.

Keywords

Class actions and group rights and collective interests, right to a healthy environment, adequacy of the legal action.

¹ Abogada especialista en Ingeniería ambiental de la Universidad Industrial de Santander y especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Profesora Investigadora de la Universidad Pontificia Bolivariana, Seccional Bucaramanga. Email: maria.santos@upb.edu.co

² Abogada, Magister en Estudios Urbanos de la Universidad Nacional de Colombia, Seccional Medellín, Especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Profesora Investigadora de la Universidad Pontificia Bolivariana, Seccional Bucaramanga. Email: ursula.castellanos@upb.edu.co

INTRODUCCIÓN

Evaluar la eficacia de las acciones populares y de grupo con respecto a la protección del derecho al medio ambiente en el área metropolitana de Bucaramanga fue un propósito que se trazó la propuesta de investigación cuyos resultados se presentan. Desde la segunda mitad del 2009 se tuvo como objetivo revisar si el derecho a un medio ambiente sano ha encontrado ante la jurisdicción colombiana un instrumento idóneo para su protección real y efectiva, dado que la cotidianidad muestra un conjunto de condiciones que van en desmedro de este derecho.

Colombia no escapa a la problemática ambiental que desde hace décadas tiene al planeta al borde del colapso con realidades como el calentamiento global y el cambio climático, entre otras. Así mismo, al nivel local tenemos una situación de igual envergadura en cuanto a la problemática ambiental y la atención que ésta exige. De ahí se sigue el interés por formular una indagación en torno a la necesidad de protección jurídica del ambiente, ya que el derecho es un instrumento que está dispuesto para definir unas reglas con el fin de propiciar escenarios en los que la vida social se de tal manera que se propicie la conservación de los recursos naturales, la sociedad y la vida.

El trabajo de investigación incluyó acciones para desarrollar los siguientes objetivos específicos i) Cuantificar las demandas interpuestas a favor del medio ambiente y levantar un registro estadístico de las variables ambientales que se protegen con las acciones populares y de grupo. ii) Determinar el beneficio al medio ambiente desde la protección que puedan generar las acciones populares y de grupo en cada una de las variables propuestas. iii) Determinar el porcentaje de los fallos favorables al medio ambiente respecto a las demandas interpuestas, a partir de un análisis de los precedentes judiciales, y las razones que impiden la protección judicial en los casos no favorables. iv) Establecer los mecanismos y el porcentaje de cumplimiento de los fallos por parte de la administración del área Metropolitana de Bucaramanga a través de la verificación In Situ del cumplimiento.

Esperamos que la lectura de este informe y sus hallazgos, no solo signifique permita dar cuenta del desarrollo de los objetivos propuestos, sino que sea un aporte al conocimiento de los mecanismos judiciales frente a la protección a los derechos del medio ambiente, máxime en estos tiempos de reformas a la justicia y específicamente a la ley que reglamenta las acciones populares, de modo que la academia genere aportes a la protección de los derechos.

Metodología

Para este trabajo se tomaron en primera instancia unas bases de datos brindadas por la rama judicial, a partir de la cual se seleccionaron las sentencias que entre 2005 y 2009 tuvieran que ver con derechos del ambiente y del espacio público.

Como directrices de la investigación se tomaron planteamientos teóricos relacionados con las acciones populares y de grupo y el derecho al ambiente sano. La investigación realizada fue de corte cualitativo y cuantitativo, dado que si bien se realizó un registro de número de demandas, éste sirvió para elaborar un análisis jurídico de los resultados, lo cual se hizo a través de la hermenéutica y la interacción social, empleando métodos de recolección de datos cuantitativos. El enfoque es hermenéutico interpretativo, pues en la revisión de las sentencias se indagaron los elementos de derecho presentes en los conflictos del medio ambiente.

Las fuentes empleadas en la investigación fueron de dos clases: en primer lugar las sentencias dictadas por los distintos Juzgados Administrativos de Bucaramanga, y en segundo lugar la normatividad jurídica, encabezada por la Constitución y seguida por leyes como las 9 de 1989, 472 de 1998 y la 388 de 1997. También se tomaron otras fuentes entre las que están la doctrina tanto en textos como en internet y jurisprudencia de las altas cortes que ilustraron los conceptos de derechos ambientales y colectivos y de acciones populares y de grupo.

1. Origen y Concepto de las Acciones

Al hacer un estudio sobre la eficacia de las acciones populares y de grupo, remontarnos al origen y la evolución de estos mecanismos judiciales de protección de los derechos.

En el derecho romano debido al enorme desarrollo que tuvo el imperio hacia los años 348 a 306 a. c., que para la época se encontraba conformado en un gran número por extranjeros que desconocían los derechos que poseían los ciudadanos romanos (ARISTIZABAL, 2006), por lo cual el pretor peregrino advirtió la necesidad de crear un mecanismo que solucionara los litigios originados en la trasgresión de los intereses públicos, donde fueron manejadas por vía de equidad para resguardar derechos de grupos de personas afectadas por una lesión de interés colectivo (CAMARGO, 2006).

En el derecho anglosajón consiste en la posibilidad de que un grupo impetrara ante determinado juez los daños que había sufrido la comunidad, este mecanismo nació en la Inglaterra medieval, en la que grupos de ciudadanos podían llevar sus quejas a la jurisdicción. “Este sistema fue utilizado para combatir males sociales tales como el aumento indiscriminado de los precios en el mercado, en los que el

grupo de ciudadanos podía ser escuchado como si fuera una sola persona. Luego, con los cambios en la sociedad y el auge del individualismo, las acciones de grupo prácticamente desaparecieron”. (VASQUEZ, 2006, P.11).

En Brasil, siendo el ejemplo de mayor desarrollo en Latinoamérica, se establecieron las acciones de clase para proteger bienes de dominio público y derechos económicos, estéticos e históricos; en España se crearon con el exclusivo objetivo de proteger el orden urbanístico, y en Argentina su enfoque ecologista de protección de medio ambiente llevó a que se convirtiera en una acción de poca operatividad práctica. (GUIDI, 2004)

Para Colombia, y así lo reconoce la Cámara de Comercio (HENAO, 2006, P. 90) entidad privada por excelencia, las acciones populares poseen su sustento jurídico en la Constitución y en la ley, la existencia de estas acciones es preconstitucional, derivado de su inclusión en el Código Civil de Andrés Bello luego de tomar el código civil chileno.

El origen normativo de esta clase de acciones resulta de la inclusión de una figura con pretensiones públicas en un ordenamiento de corte individualista como es el Código Civil, regulando las el Artículo 1005, en el título referente a las acciones posesorias especiales, del Libro de los bienes y su dominio, posesión, uso y goce.

A partir de esta consagración resulta la regulación del resarcimiento del daño que genera una recompensa, como consecuencia de una acción popular producto de la realización de obligaciones de hacer o no hacer.

“Fue a partir de su consagración constitucional, en el artículo 88 cuando las acciones populares alcanzaron el denominativo como mecanismos de protección de los derechos e intereses colectivos, constituyéndose en la herramienta de garantía de los ya legitimados derechos de segunda y tercera generación (ARISTIZABAL, 2006). Las acciones constitucionales permitieron el acercamiento del ciudadano a la administración de justicia generando un cambio en la manera de ver y disponer de los derechos y garantías de los habitantes del territorio nacional.”(CAMARGO, 2006)

La adopción del concepto del Estado Social de Derecho colombiano, originado en la expedición de la Constitución Política del 91, son incluidas estas acciones en el artículo 88 de manera directa o, para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Ley 472 de 1998, en desarrollo del artículo 88 de la Constitución Política de Colombia, definió las acciones populares como “los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos”, las cuales “se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio

sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”.

Las acciones de grupo, son potestades de raigambre constitucional a la vez de mecanismos de participación ciudadana, creados para la protección de los derechos e intereses colectivos de los ciudadanos Colombianos a efectos de solicitar que se les administre justicia por parte del Estado, a través de sus órganos judiciales para obtener la satisfacción de una pretensión deducida mediante una demanda y poder lograr el objetivo de la pacificación social (VASQUEZ, 2010, P. 10).

Ley 472 de 1998, en desarrollo del artículo 88 de la Constitución Política de Colombia, definió las acciones de grupo como “los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos”, señalando que son “aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas”.

Es necesario advertir que la Constitución en la misma norma consagró otra acción similar por lo que se tiende a confundirlas, cual es la acción popular (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2010), también reglamentada en la Ley 472, por lo cual en la Tabla 1 presentamos una de las diferencias que guardan estas dos figuras en lo concerniente al titular de cada una de estas acciones.

TABLA I
Titulares de las acciones populares y de grupo

ACCIONES POPULARES	ACCIONES DE GRUPO
<p>Las acciones populares pueden ser ejercidas por:</p> <p>a. Toda persona natural o jurídica.</p> <p>b. Las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones populares, cívicas o de índole similar.</p> <p>c. Las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión.</p> <p>d. El Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y Municipales, en lo relacionado con su competencia.</p> <p>e. Los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses.</p>	<p>Las acciones de grupo pueden ser ejercidas por:</p> <p>a. Personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual conforme lo establece el artículo 46 de la Ley 472 de 1998.</p> <p>b. El Defensor del Pueblo, los Personeros Municipales y Distritales en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión, caso en el cual serán parte en el proceso judicial junto con los agraviados.</p>

Desde una mirada histórica las Acciones de Grupo pueden definirse en el derecho anglosajón y también en el nuestro como la posibilidad de que un grupo impetere ante determinado juez los daños que había sufrido la comunidad, este mecanismo nació en la Inglaterra medieval, en la que grupos de ciudadanos podían llevar sus quejas a la jurisdicción. “Este sistema fue utilizado para combatir males sociales tales como el aumento indiscriminado de los precios en el mercado, en los que el grupo de ciudadanos podía ser escuchado como si fuera una sola persona. Luego, con los cambios en la sociedad y el auge del individualismo, las acciones de grupo prácticamente desaparecieron” (PEREZ, 2003).

La acción de grupo no contempla el incentivo económico de que trata la acción popular, ya que su naturaleza es indemnizatoria, característica que por ese lado la diferencia también de la acción popular.

Es pertinente señalar que la naturaleza indemnizatoria de la acción de grupo hace referencia a que con ella se busca que se reconozcan y se paguen a los afectados los perjuicios que se les hayan generado con la vulneración de determinado derecho colectivo. Esta indemnización se funda en que quienes presentan la acción son directamente personas perjudicadas por un mismo hecho generador, no como en la acción popular en la que no se requiere la presentación por parte de afectado alguno, sino de una persona que pretenda proteger los derechos ambientales.

Además las acciones de grupo pueden distinguirse de las acciones populares por aspectos concretos como su finalidad, carácter, objeto y la legitimación para actuar, tal como se aprecia en la Tabla II sobre las diferencias de las acciones populares y de grupo.

	ACCIONES POPULARES	ACCIONES DE GRUPO
Finalidad	Su finalidad es de carácter público; para proteger la gama de derechos e intereses colectivos. (HENAO, 2006)	Una compensación monetaria, por los perjuicios individuales que se le han ocasionado al grupo.
Objeto	Proteger a la comunidad en su conjunto y respecto a sus derechos e intereses colectivos.	Obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios por los daños producidos a un derecho o interés colectivo. (VASQUEZ, 2006)
Legitimación para actuar	Pueden ser interpuestas por cualquier persona que invoque a nombre de la comunidad sin exigirse un requisito de carácter sustancial que lo legitime para la presentación de la misma.	Es necesario demostrar la existencia, su posterior reclamo y la demostración del perjuicio causado y la indemnización que se busca, además de la conformación de un grupo de ciudadanos afectados que posean un status semejante en torno al punto inicial.
Carácter	Preventivo: Busca evitar un daño eventual o circunstancial, poder finalizar el peligro, la amenaza y la vulneración de los derechos colectivos	Indemnizatorio: Un resarcimiento de carácter monetario, por los detrimentos individuales que se le han producido al grupo.

2. Hallazgos

A partir de los 610 fallos consultados en el área metropolitana, que guardaban relación con esta investigación, solo nos circunscribimos a 56 específicos, que se estudiaron con base en una ficha que indagaba por aspectos puntuales de cada decisión judicial. Esta ficha desarrollada permitió responder a la pregunta en torno a la realización o no de pacto de cumplimiento, y las razones de su no procedencia, de la posición del Ministerio Público frente a las pretensiones planteadas, de los derechos vulnerados, del método de interpretación utilizado, y de otra serie de ítems que se analizaron y que se presentan a continuación.

A. Pacto de Cumplimiento

El pacto de cumplimiento es una herramienta que por abreviar el proceso judicial, sin embargo, no se usa en la medida que debería y que sería ideal en aras a facilitar la resolución de los conflictos de una manera dialogada (ARISTIZABAL, 2006), con acuerdo de las mismas partes, no por decisión de un tercero, quien para el caso es el Juez, y que por el menor tiempo utilizado cumpliría con principios como la celeridad y la economía procesal, haciendo más expeditas las decisiones y los trámites judiciales.

En la gran mayoría de procesos judiciales no se logra conciliar los intereses de las partes, de modo que no se alcanza el pacto de cumplimiento. Esta situación puede indicar un bajo interés por resolver la situación que se haya puesto en conocimiento de las jurisdicción, lo cual puede derivarse de varias razones, como que no se considere que se sea responsable por la vulneración, o que no se tengan los recursos o mecanismos para mitigar y solucionar los hechos, o porque se prefiera esperar el fallo, ya que en lo inmediato no se cuente con la posibilidad de resolver la situación.

B. Posición del Ministerio Público

Teniendo en cuenta que por disposición constitucional la procuraduría General de la Nación, quien está a la cabeza del Ministerio Público, en calidad de representante de la sociedad, debe participar en los procesos judiciales para que a través de sus pronunciamientos se asuma la defensa de los intereses de la sociedad en los casos que sean puestos al conocimiento de los jueces. Si bien es cierto la participación de la Procuraduría no es obligatoria, ni su concepto es vinculante, ésta si responde a las necesidades sociales de participación en los procesos judiciales que por su naturaleza son abiertos y públicos, para la protección de los intereses colectivos, específicamente como es el caso que nos ocupa.

Dentro de los 56 expedientes estudiados, encontramos que la participación del Ministerio Público se dio favorablemente en el 38% de los casos, lo cual indica que

ejerce una actividad importante en pro de los derechos ambientales. Sin embargo, y no puede dejarse de tener en cuenta que no intervino en el 14% de los casos, pese a ser una disposición constitucional la que señala la participación, aunque se trata de una disposición facultativa que no le obliga a estar presente en todos los procesos, sino en los que considere pertinentes.

Por otra parte en casi la mitad de los casos su actividad no fue favorable, ya que estuvo en contra en el 32% de los casos y su posición fue parcial en el 16% de estos.

C. Métodos de Interpretación

El análisis de los casos para llegar a la toma de decisión del juez es la herramienta que tiene el juzgador para poder fundamentar su fallo, que si bien puede tener en cuenta las argumentaciones de las partes, debe hacer una ponderación propia a la luz de la norma y de la realidad en cuestión. Este aspecto se tuvo en cuenta en cada uno de los fallos estudiados a fin de conocer el método empleado por los jueces en la toma de las decisiones por lo menos en estos casos.

Al realizar el análisis hemos encontrado que el método más utilizado es el exegético, ya que la cultura judicial y jurídica colombiana aún es de máxime apego a la norma escrita, lo cual genera que las decisiones se funden básicamente solo en el ordenamiento, sin hacer un análisis ni una valoración de otras posibles circunstancias. Es así como el 30% de los fallos estudiados tiene esta fundamentación netamente, es decir, anclada a la disposición normativa, provocando que las sentencias sean mayoritariamente repetitivas, pues los argumentos se quedan en la lectura y en la transcripción de las leyes, terminando todos los fallos prácticamente iguales.

En un segundo lugar los métodos empleados se encuentran en iguales proporciones: el teleológico, el sociológico, y el sistemático. Con respecto al teleológico, nos da una grata sorpresa ver que los operadores judiciales están asumiendo el fin protector de la norma al momento de fallar, es decir, ya contamos con Jueces que incorporan en su rol la de ser un actor social con capacidad decisoria en procura del bienestar social general, sentando la necesidad de defender su posición al momento de velar por mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y del ambiente, sin que esto implique atentar contra la normatividad.

Por su parte, el método sociológico, muy de la mano con el teleológico hace un análisis de cada situación en concordancia con el tipo de problemática que se pone en conocimiento del juez, implicando que este recurra a revisar la situación social, propiamente ambiental, más que una mirada ciega a la letra de la norma. Es así como también el 18% de los fallos están fundamentados en una argumentación sobre la situación real que se vive, con el ánimo de poder superar las dificultades que se presentan, es decir, que el derecho actúa como solucionador de conflictos propiamente ambientales según el resorte de esta investigación.

El 18% de los fallos judiciales están fundados en el método sistemático de interpretación, el cual explica que el fallador hace una relación de las distintas normas que puedan estar implicadas, para el caso, la Constitución, la Ley 472 de 1998, la Ley 9 de 1989 y la Ley 388 de 1997. Esto significa que el Juez hace una lectura del ordenamiento jurídico en su conjunto para poder dictar un fallo que sea acorde y armonioso con la normatividad.

Finalmente, nos encontramos que el 16% de los fallos judiciales se basan en un método jurisprudencial, es decir que de 56 fallos, solo 9 recurren a decisiones anteriores de otros jueces para argumentar y sustentar sus providencias, esto pone de presente que aún no tenemos una cultura jurídica del precedente jurisprudencial, pues aún somos herederos de la escuela del positivismo que no reconoce abiertamente a la jurisprudencia como fuente de derecho.

D. Derechos garantizados

El espacio público es el derecho por el cual se iniciaron el 63% de los procesos analizados, lo cual da a entender que sus conflictos se presentan ante la carencia de políticas públicas relacionadas con la protección del espacio, y además refleja la situación social del país, como la ausencia de fuentes de empleo conllevando a la ocupación irregular del espacio público por parte de la informalidad que busca en las calles solventar su situación económica para el sustento de su familia.

En el análisis pormenorizado de cada sentencia, se encuentra que la vulneración al espacio público se da por vendedores ambulantes en calles y andenes, ubicación de vallas publicitarias, escombros de construcciones y reparaciones ocupando las vías públicas, entre otras situaciones conflictivas que pueden englobarse en afectaciones al espacio público.

De las 56 sentencias analizadas 22 de ellas corresponde a procesos adelantados por vulneración de derechos propiamente ambientales, es decir los establecidos en el artículo 79 de la Constitución que consagra el derecho al goce y al disfrute de un ambiente sano.

E. Prosperidad de las Pretensiones

En más de la mitad de los casos (55%) estudiados el Juez de instancia encontró fundadas las pretensiones de los accionantes populares o de grupo y acogió favorablemente sus peticiones, garantizando de este modo la protección de los derechos colectivos ambientales y del espacio público.

En contraposición en 39% de los casos, que corresponde a 22 fallos judiciales, no fueron acogidas las pretensiones de los actores, negativa que no en todos los casos se debió a un desdén frente a los derechos, sino que en la mayor parte fue por hechos cumplidos, es decir, una actuación rápida de la administración por solucionar la problemática o porque en realidad no eran situaciones que ameritaran una decisión judicial.

Cabe resaltar en el análisis de esta variable que solo en 3 sentencias, que representa un 6% de los fallos, el pronunciamiento judicial fue parcial, lo que significa que resolvió favorablemente algunas pretensiones y se abstuvo de resolver otras.

En conclusión sobre este punto hay que precisar que llama la atención que los jueces están resolviendo favorablemente, lo cual es un buen indicativo de que se están garantizando de manera real y efectiva por parte del poder judicial, los derechos colectivos a las comunidades, lo que conduce a su vez a un mejoramiento en la calidad de vida de la sociedad.

Además este indicador nos permite ver que poco a poco se ha ido incrementando una conciencia y una cultura social, por lo menos en la rama judicial con respecto a la necesidad de proteger el ambiente, que en otrora se trataba de un asunto sin importancia, sino un tema de utópicos, pero las realidades del desastre ambiental han generado preocupación y un cambio en la mentalidad de los ciudadanos que accionan y en los operadores judiciales que fallan a favor del medio ambiente.

F. Análisis de Derechos Vulnerados

Dentro de la guía realizada para el análisis indagamos en cada fallo judicial si el sentenciador había efectuado un análisis sobre los derechos vulnerados como tal, o si se había quedado sencillamente en una revisión de la norma, por fortuna encontramos que la mayoría de las sentencias efectivamente se habían construido sobre una valoración de los derechos, una ponderación preocupada por los derechos colectivos ambientales.

En todo caso nota que el 14% de los fallos estudiados no se soportó en un análisis de los derechos vulnerados, sino que se quedó en una revisión normativa, lo anterior no significa que se haya tratado de una interpretación exegetica, pues en ese ítem, que fue analizado anteriormente, se hacía referencia al método de interpretación utilizado sobre la norma, sin perjuicio de que se hubiera hecho una mirada sobre el derecho ambiental.

Además encontramos que un 6% de los fallos tiene un análisis parcial de los derechos, es decir, que aunque tenía como referente principal a la norma jurídica, no olvidaba del todo una análisis de los derechos, lo que se observó fue una mixtura de los derechos y del ordenamiento para el momento de sustentar y argumentar la decisión judicial.

G. Contestación del Demandado

Al hacer el análisis de este punto lo primero que sobresale es que en la mayoría de los casos (89%) hubo contestación de la demanda por parte de los demandados, que eran en todos los casos entidades públicas y en algunos de ellos estaban acompañadas de empresas privadas. Lo anterior indica que se está modificando la práctica o la cultura de no asumir responsablemente y de no defender los intereses del Estado, generándole pérdidas y daños fiscales por los que tenían que responder siempre los asociados.

En el 55% de los casos, las entidades demandadas no plantearon excepciones como mecanismo de defensa, lo cual no significa una mala contestación, sino una forma de asumir la defensa de los intereses, pues depende de la situación concreta la posibilidad de presentar o no excepciones con la contestación.

Se evidencia que el 11% de las sentencias analizadas no fueron atendidas por los entes públicos que fueron accionados, lo cual muestra una negligencia de parte de las administraciones que no contestaban las demandas y terminaban ateniéndose al fallo, dejando a los entes públicos comprometidos y a la deriva por su falta de actuación en los procesos.

H. Pago del Incentivo

Dado que una de las diferencias entre las acciones populares y las acciones de grupo está dada porque la primera contempla la posibilidad de reconocimiento de un incentivo económico para el actor popular que con su actividad promueva la protección de los derechos ambientales, mientras la acción de grupo no la contempla, ya que su naturaleza es indemnizatoria, característica que por ese lado la diferencia también de la acción popular.

Esta caracterización provoca que en este ítem solo se analizaran las sentencias de acciones populares, es decir 55 casos. De los fallos estudiados el 58% reconoció y ordenó el pago de este incentivo económico, cuya finalidad como se señaló es estimular a los actores que asuman la defensa de los derechos colectivos ambientales. Este porcentaje indica que el sentenciador reconoció que fue la actividad del actor popular la que condujo a la protección del medio ambiente, y que además logró demostrarlo en el proceso fehacientemente.

Por su lado, que el 42% de los procesos no haya ordenado este reconocimiento, pese a que en gran parte de ellos se hayan garantizado los derechos con la prosperidad de las pretensiones, indica que si bien podían prosperar éstas, no era la actividad judicial del actor popular la que conllevaba a la defensa de los derechos colectivos, o que independientemente de su ejercicio los derechos habrían sido protegidos, por

ejemplo con la gestión de las mismas autoridades municipales y ambientales, o que se tratara de hechos cumplidos, o por la contribución a tiempo de los particulares.

Valga la pena anotar desde ahora que sorprende la gran cantidad de acciones populares, no solo de las 56 estudiadas, sino principalmente por las 610 encontradas en un principio, que versaban sobre derechos colectivos distintos a los ambientales, pero que dan muestra del abuso en el ejercicio de esta acción, lo cual conlleva a su desnaturalización

I. Contribución de la Inspección Judicial

Teniendo en cuenta que uno de los medios probatorios más valiosos es la inspección judicial, la cual le permite al fallador conocer directamente la situación que debe resolver, hemos hallado, que ella solo ha contribuido en un 50% de los fallos analizados, es importante tener en cuenta que esta actividad que despliega el Juez no se realiza en todos los casos, por lo cual el 50% de los casos en que no contribuyó está referido a que no se practicó y a que en otros casos, habiéndose realizado se encontró que las situaciones ya estaban resueltas, considerándose un hecho cumplido.

CONCLUSIONES

Con base en los hallazgos se propone como conclusión que el reconocimiento del incentivo económico no debería ser necesario para el ejercicio de las acciones populares y de grupo, dado que la protección que se busca hace parte de los deberes y obligaciones en torno a la conservación del medio ambiente sano y del espacio público libre para el goce de todas las personas. Adicionalmente el pago de incentivo debería estar sujeto a la garantía efectiva de la protección al medio ambiente.

Como consecuencia del análisis hecho, se debería estudiar a la luz del incumplimiento de algunos fallos judiciales, la posibilidad de modificar la ley reglamentaria de las acciones populares y de grupo para que realmente funcionen como mecanismos de defensa de los derechos colectivos. Debe incluirse la creación de una figura para obligar el cumplimiento del fallo judicial, similar al incidente de desacato de la acción de tutela con efectos vinculantes.

Dada la importancia del estudio realizado, y considerando que no existen records al interior de la jurisdicción sobre estas acciones, se recomienda a la rama judicial generar un registro estadístico y levantar similares a los de otros distritos judiciales para tener herramientas que ayuden en la toma de decisiones para una adecuada reforma judicial y legislativa.

El municipio de Bucaramanga, es la entidad que dentro del área metropolitana presentan más acciones populares y de grupo, se recoge el 63% de los fallos analizados que fueron dictados entre 2005 y 2009, lo cual implica que la mayor problemática y desprotección se genera en la capital santandereana, por la importante concentración poblacional, la falta de empleo, la ausencia de políticas de conservación y su desarrollo urbanístico.

Las acciones de grupo son un mecanismo valioso para la defensa de los derechos colectivos y ambientales, por lo cual la ciudadanía puede recurrir a ella como vía para la satisfacción de necesidades colectivas, como ocupación de espacio público, ya que las comunidades se hallan en situación de agotamiento de esperar la mano del Estado en la solución de los problemas ambientales que les aquejan. Lo anterior significa que las administraciones no siempre cumplen con sus obligaciones frente al medio ambiente, específicamente frente al espacio público, de modo que se ha vuelto necesario ejercer un mecanismo de presión cual es el acudir a la jurisdicción para obligar al cumplimiento de los deberes que de antemano tienen y que han dejado de lado como si fuesen de poca importancia, pese al mandato constitucional del deber de velar por la protección al espacio público entre otros.

Es una buena práctica que las administraciones municipales en la mayoría de los casos demandados acude al proceso contestando las demandas, con el fin de proteger los derechos de las comunidades, además que es una muestra de preocupación del Estado, en otro sentido, pero también buena práctica es que en la mayor parte de los casos se acogen los fallos judiciales para darle cumplimiento.

Las acciones de grupo tienen un procedimiento que por la necesidad de recaudo de pruebas para cada integrante de la colectividad reclamante, dificulta el cumplimiento de los términos y por ende implica un retraso que genera desidia en la impetración de esta acción por parte del ciudadano y demora en el pronunciamiento de los fallos.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTIZABAL VILLA, Javier. (2006) Acciones de clase en el ordenamiento jurídico colombiano. Santiago de Cali; Universidad ICESI.
- CAMACOL, Boletín de análisis acciones populares <http://www.camacol.org.co/adminSite/Archivos/COBO20080613053200.pdf> [Consultada el 3 de Agosto de 2010]
- CAMARGO, Pedro Pablo. (2006) Las acciones populares: guía práctica de la

ley 472 de 1998. 5a. edición. Bogotá. Leyer.

- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Los derechos colectivos y su defensa a través de las acciones de grupo. Bogotá. 2002
- GIDI, Antonio, (2004) Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos Colectivos e Individuales en Brasil, Un Modelo para Países de Derecho Civil, traductor Cabrera Acevedo, Lucio, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004. Disponible en: www.bibliojurídica.org
- HENAO HIDRÓN, Javier. (2006), Derecho Procesal Constitucional: Protección de los derechos Constitucionales. 2a edición. Bogotá. Temis
- PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. (2003) Derecho constitucional colombiano. 6ª edición. Temis. Bogotá
- VÁSQUEZ, M. y Otras, (2006) Las acciones de grupo: una visión a través de los procesos colectivos. En: Revista de Derecho. No. 26. Barranquilla: Universidad del Norte.

Sentencias

- Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Bucaramanga, Sentencia Radicado 6800 1233 1000 2006 0157-00 Julio 31 de 2009
- Tribunal Administrativo de Santander, Sentencia Radicado 2003 1782 Marzo 17 de 2006
- Tribunal Administrativo de Santander, Sentencia Radicado 2006 0924-01 Diciembre 10 de 2008
- Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Bucaramanga., Sentencia Radicado 6800 1333 1007 2006-0070-00 Mayo 28 de 2009.
- Juzgado Trece Administrativo del Circuito de Bucaramanga, Sentencia Radicado 2007-036-00 Marzo 16 de 2009.
- Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Bucaramanga. Sentencia Radicado 2006-0132 Septiembre 29 de 2008.
- Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Bucaramanga. Sentencia Radicado 6800 1233 1000 2006-0157-00 Julio 31 de 2009.
- Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia Radicado 2002-0825 Mayo 25 de 2007.

CONCEPTO DEL DERECHO DEL PATRIMONIO CULTURAL EN PERSPECTIVA DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES (DESC)¹

JUAN ANDRES VILLOTA RAMOS²

Resumen

El Derecho del Patrimonio Cultural es una categoría reciente de los estudios jurídicos, que empieza a convertirse, sobre todo en Europa en una rama independiente del Derecho, esta comprende toda una concepción sistemática- jurídica alrededor del concepto de patrimonio, de cultura, las manifestaciones culturales, los derechos económicos sociales y culturales, derechos culturales, con una característica muy fuerte de trans e inter disciplinariedad ya que tiene relación directa con las concepciones antropológicas, sociológicas e históricas y que además, pretende estructurar un sistema de protección y gestión jurídica de los derechos culturales. Tradicionalmente los aspectos relacionados con los objetos de protección patrimonial ha sido estudiados desde el punto de vista civilista de los bienes culturales, la importancia del patrimonio como un elemento de la nacionalidad del Estado obliga a generar un nuevo concepto del Derecho del Patrimonio Cultural el perspectiva del Derecho Constitucional y de la efectividad inmediata de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, el presente documento pretende introducir hacia la justificación de la existencia de este tipo específico de derecho que sea eficaz para gestionar y proteger el patrimonio cultural desde una perspectiva jurídica y constitucional.

Abstract

The law of cultural heritage is a new category of legal studies, which begins to develop, especially in Europe on an independent branch of law, this includes any legal systematic conception about the concept of heritage, culture, cultural, Economic Social and Cultural Rights, Cultural Rights, with a very strong feature of trans-and

¹ Producto parcial de la Investigación: APROXIMACION A LA FORMULACION DE UNA TEORIA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DEL PATRIMONIO CULTURAL EN COLOMBIA – Investigador: Juan Andrés Villota Ramos, Investigación avalada por la Universidad Mariana de Pasto – Colombia iniciada en agosto de 2010.

² Abogado de la Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Seguridad Social de la Universidad Nacional de Colombia, Conciliador de la Universidad del Cauca – Colombia, Miembro del Equipo Qhapaq – Ñan Colombia de Patrimonio Cultural – Unesco, Docente Universitario de la Universidad Mariana, Universidad de Nariño, Docente Investigador del Grupo Saber Socio Jurídico adscrito al Programa de Derecho de la Universidad Mariana, actual Director del Consultorio Jurídico de la Universidad Mariana de Pasto – Colombia, línea de Investigación Socio – Jurídica e-mail juanandres20@hotmail.com, contacto: 3006134170

inter disciplinary as it is directly related to the anthropological, sociological and historical and also to structure a system of legal protection and management of cultural rights. Traditionally, issues related to the objects of heritage protection has been studied from the civilian point of view of cultural property, the importance of heritage as an element of the nationality of the State requires generating a new concept of the Cultural Heritage Law perspective Constitutional Law and the immediate effectiveness of the Economic Social and Cultural Rights, this document aims at introducing to the rationale for the existence of this specific type of law that is effective to manage and protect cultural heritage from a legal and constitutional perspective.

Palabras clave

Derecho, Patrimonio, cultura, derecho constitucional, gestión, conservación.

Key words

Law, Heritage, cultural, constitutional law, management, conservation

INTRODUCCIÓN

El mundo del patrimonio cultural es amplio y complejo, entraña una serie de relaciones que abarcan múltiples ámbitos del saber y por supuesto el mundo jurídico no es ajeno a esta construcción. Desde la perspectiva jurídica el patrimonio cultural ha estado revestido de la concepción civilista de bienes (muebles o inmuebles y sus diversas conexidades), la propuesta del presente estudio es avanzar hacia el concepto del Derecho del patrimonio cultural como parte de los derechos culturales en la perspectiva de efectividad inmediata de los derechos económicos sociales y culturales.

De esta manera se realizará primero un acercamiento conceptual a las principales aristas que tienen que ver con el patrimonio y posteriormente, a partir de una revisión teórica e histórica, se tratará de ubicar el concepto de Derecho del Patrimonio Cultural en la perspectiva del derecho constitucional y los derechos culturales.

La metodología utilizada corresponde al paradigma de investigación cualitativa, el propósito de la investigación es obtener una descripción e interpretación de la naturaleza del objeto investigado para posibilitar un mayor dominio del mismo y disponerlo al servicio de la ciudadanía en sus diversas manifestaciones; en cuanto al enfoque, corresponde al histórico hermenéutico, que da cabida a una investigación

socio-jurídica, documental, bibliográfica y permite a través de la exploración de las distintas etapas de desarrollo histórico comprender los fenómenos de la actualidad y así formular respuestas a los interrogantes que se formulan y el tipo de investigación que se adopta es el Descriptivo - Comprensivo, puesto que el tema a investigar es eminentemente socio jurídico al estar directamente vinculado al desarrollo de derechos, especialmente los llamados DESC por la doctrina jurídica (Derechos económicos, sociales y culturales) , en lo exegético interpreta la normatividad positiva vigente, descifra el sentido y alcance de la norma, al igual que el entendimiento de los hechos que suscitan un problema jurídico como en el caso de la convención de patrimonio cultural de la UNESCO de 1972 y la convención de patrimonio inmaterial del 2003 también de UNESCO y la Ley 397 de 1997, entre otras normatividades, sistemático porque involucra el sistema económico, antropológico, legal, social, analítico porque brinda la posibilidad de evaluar, verificar, sintetizar problemas prácticos concretos, fundamentándose en los conocimientos obtenidos del resultado de la investigación que permitirá obtener conclusiones válidas que aporten al cambio y al conocimiento de este tema.

Justificación

El patrimonio cultural es un área del conocimiento que se compone de un conjunto de conceptos en donde confluyen varias disciplinas como la antropología, la arqueología, la restauración, la conservación etc., uno de los aspectos menos estudiados tiene que ver con el componente jurídico de esta área del saber.

Si bien existen adelantos teóricos y prácticos desde las distintas áreas, definitivamente los sistemas de protección jurídica han sido dejados y se han limitado a acciones de indemnización cuando los bienes patrimoniales ya han sido destruidos o se encuentran en riesgo o la adjudicación de licencias para demolición, transformación de bienes o penalización del tráfico.

Desde el punto de vista jurídico el aporte al patrimonio cultural se puede constituir en una piedra angular, si se tiene en cuenta que los derechos culturales hacen parte de la esfera propia del individuo y de la comunidad, además, en los últimos años, las tendencias jurídicas más progresistas ven a los derechos culturales como una posibilidad de cohesionar a los pueblos y por lo tanto reforzar el sentido de nacionalidad al interior del Estado.

En Colombia, si bien han existido desarrollo de instrumentos legales para la protección del patrimonio, no se ha dado un acercamiento desde el punto de vista teórico y mucho menos un propuesta de desarrollo Constitucional de estos aspectos.

Lo que se pretende investigar corresponde a la identificación de los diferentes elementos teóricos que permitan la construcción de una teoría del patrimonio Cultural desde el punto de vista Constitucional.

Desde el punto de vista Constitucional se necesita que en Colombia se desarrollen acercamientos a la formulación teórica de un derecho constitucional cultural teniendo en cuenta que la categoría de derecho dada a la cultura y sus manifestaciones permite que su gestión y protección sea mucho más efectiva y sobretodo sostenible.

Como conclusiones parciales de la investigación se puede manifestar que el patrimonio cultural se constituye de un universo de bienes materiales e inmateriales que son distintivos de los grupos humanos, a los cuales las propias comunidades por apreciaciones simbólicas, históricas, estéticas, artísticas tradicionales o ideológicas les es conferido un peso representativo de identidad que se transmite socialmente en espacios y tiempos (VALENZUELA, 2006). Se trata de un concepto amplio que abarca multiplicidad de definiciones y dinámicas.

La importancia del reconocimiento, protección y conservación del patrimonio cultural material e inmaterial tiene relación directa con el desarrollo de derechos colectivos y de los llamados DESC y tiene una amplísima incidencia en la apropiación de mitos fundacionales que desarrollan en gran medida el concepto de nacionalidad, entendido este como elemento subjetivo de cohesión social al interior del Estado.

En nuestro país han existido pocos estudios estudio con relación al derecho constitucional cultural, no existen abogados que conozcan y puedan ser consultores o adelantar procesos que resuelvan la problemática relacionada con el respeto, protección y conservación del patrimonio cultural por esta razón se hace necesario comenzar con una aproximación constitucional teórica a este tipo de derecho.

Desarrollo de la ponencia

Para comenzar es necesario analizar uno de los conceptos relevantes, para nuestro estudio que proviene del derecho privado y que corresponde a la noción del patrimonio, esto se explica, entre otras razones porque la estructuración del sistema jurídico civilista gira alrededor del concepto de propiedad y el patrimonio tiene íntima relación con esa institución

Existen diversas acepciones del término patrimonio, este puede ser económico, colectivo, personal etc., es decir, se trata de un concepto que envuelve una cierta complejidad, por lo tanto se puede manifestar, que no se trata de un conjunto de objetos sino un conjunto de relaciones, derechos y obligaciones (Messineo, 1954)

Una característica fundamental del patrimonio es que el mismo se puede estimar, es decir se puede cuantificar, el problema para el tema que ocupa este estudio es la simbología de esa cuantificación, por lo tanto aquí se hace visible la primera tensión, como cuantificar la tradición, la memoria colectiva, la cultural, la costumbre, el ingenio, la monumentalidad o el esplendor natural, la pregunta sería es cuantificable ¿ o bajo qué criterios se puede cuantificar? y si es cuantificable se puede transferir como cualquier otro bien susceptible de estimación?

El Derecho civil no puede resolver estos interrogantes, pero desde la perspectiva de los DESC y del Derecho constitucional si se pueden encontrar respuestas.

“En este sentido el valor o la falta de valor no es algo inherente a cualquier objeto del pasado —los bienes del patrimonio son objetos del pasado— como lo es, por ejemplo, en tanto que cosa tangible, el color o la forma. El valor es una cualidad añadida que los individuos atribuyen a ciertos objetos que los hacen merecedores de aprecio. Estamos, pues, ante un concepto relativo que aparece y desaparece en función de un mareo de referencias intelectuales, culturales, históricas y psicológicas, que varía según las personas, los grupos y la épocas” (Ballari, 1996)

Desde el punto de vista no económico, el término aparece desde el siglo XVI, pero es en el siglo XVIII cuando comienza adquirir un verdadero rango significativo; Patrimonio eran aquellas construcciones, generalmente vistosas y ampulosas, que daban a entender quiénes eran sus propietarios. La posesión de Patrimonio, así, era un distintivo de las clases sociales altas. (La Aldea de SAN Nicolas, 2009)

En el siglo XIX empezó a valorarse lo que conocemos como *patrimonio artístico*, y a principios del siglo XX cuando surge lo que conocemos hoy con el nombre de *Etnografía*. Ya el patrimonio no es sólo lo físico, sino también todo lo inmaterial, lo oral, los antiguos oficios, etc. El concepto, así, se transforma en un concepto mucho más amplio que solamente se va a concretar después de la segunda guerra mundial. (La Aldea de SAN Nicolas, 2009)

Antes de la Segunda Guerra mundial el concepto de patrimonio se encontraba mucho más cercano al concepto de monumento o reliquia, en otras palabras se consideraba al mismo como un vestigio intocable de genialidad humana y en ese sentido la valoración del patrimonio cultural no se hacía en términos de derechos sino más bien de una valoración económica de piezas coleccionables de impresionante escasez, de ahí que de acuerdo a la concepción de mercado capital los bienes escasos sean evidentemente más costosos, entonces los coleccionistas se convirtieron en verdaderas mafias alrededor de bienes materiales culturales.

Posteriormente, después de la segunda guerra mundial y la devastación cultural de la misma en todo aspecto se encuentran los primeros instrumentos de protección, como lo es la convención de la Haya de 1954, donde ya se establecen elementos que

denotan un valor amplio del patrimonio cultural y no solo una serie de elementos propios de un mercado exclusivo.

El patrimonio cultural hoy en día está conformado por una serie de bienes materiales y inmateriales, tangibles e intangibles que tienen un valor no cuantificable monetariamente que refleja la historia de los pueblos y constituyen un elemento paradigmático de la nacionalidad de los pueblos, uno de los aspectos más importantes que se encierran a partir del patrimonio es el manejo, la conservación y sobretodo la puesta en valor.

En general los procesos de conservación del patrimonio cultural tienen que ver con los siguientes objetivos:

- Histórico: el patrimonio como elemento de la nacionalidad. (Ballari, 1996)
- Salvaguarda: toda expresión susceptible de ser percibida por los sentidos y que refleja la cultura de una nación o de un conglomerado social, cabe aclarar que este objetivo del patrimonio es ajeno a que se trate de bienes materiales o inmateriales (Crespial, 2009)
- Social: tiene que ver con gestión del patrimonio, su sostenibilidad y la generación de proyectos culturales alrededor del mismo (Baño, 2002)

Por su parte, la gestión del patrimonio cultural tiene varios niveles uno de los cuales es el jurídico, que entra a complementar los procesos de protección artística, social y de proyectos culturales. En este sentido, la globalización ha ampliado el campo jurídico, la modernidad, en su avance hacia nuevas metas, traducido en los derechos fundamentales de la persona, fue añadiendo los sociales y económicos, y ya avanzado el siglo XX se han incorporado a los sistemas de protección, entre otros, el derecho al disfrute de los bienes culturales, su gestión y conservación.

En general se puede manifestar que la definición y el alcance que los derechos han tomado, ha ido evolucionado de acuerdo a las necesidades de la sociedad, así, fruto de esta evolución se empezó a comprender que para lograr la verdadera efectividad de los derechos individuales, civiles y políticos se hace necesario garantizar la vida digna y esto se logra, entre otros mecanismos partir del reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales.

A partir del auge del modelo del Estado Social de Derecho se logró la inclusión de los DESC en los textos Constitucionales y en muchos casos también fueron diseñados instrumentos efectivos para su protección. La discusión en cuanto a este tipo de derechos se ha centrado en el carácter de fundamentalidad y efectividad inmediata de este tipo de concepciones. (Roux & Ramirez, 2004)

Hacen parte integrante de los DESC los derechos culturales, entre los cuales se ubica el derecho del patrimonio cultural.

“Los derechos culturales por lo tanto son derechos relacionados con el arte y la cultura, entendidos en una amplia dimensión. Son derechos promovidos para garantizar que las personas y las comunidades tengan acceso a la cultura y puedan participar en aquella que sea de su elección. Son fundamentalmente derechos para asegurar el disfrute de la cultura y de sus componentes en condiciones de igualdad, dignidad humana y no discriminación. Son derechos relativos a cuestiones como la lengua; la producción cultural y artística; la participación en la cultura; el patrimonio cultural; los derechos de autor; las minorías y el acceso a la cultura, entre otros.” (Fundación Foro Universal de las Culturas, 2005)

Es así como a partir de la expedición de una serie de instrumentos normativos internacionales, que han desarrollado una verdadera rama del derecho que es el llamado Derecho del Patrimonio Cultural, que se enmarca en los derechos culturales que a su vez hunde sus raíces en los DESC.

En el ámbito positivo, la UNESCO a partir de 1954, ha promulgado las convenciones sobre protección del patrimonio cultural, las más importantes son las de protección de bienes en caso de conflicto armado; la destinada a prohibir o impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales; la de protección del patrimonio mundial, cultural y natural y las de protección del patrimonio cultural subacuático y de salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial.

Cabe destacar que el reconocimiento desde finales del siglo XIX del valor del patrimonio cultural en la normatividad latinoamericana, ha comprendido la protección y conservación de representaciones materiales e inmateriales que dan testimonio de una diversidad de culturas.

Es muy importante notar como se va estructurando una sistemática propia del derecho del patrimonio cultural que entraña no solo un conjunto normativo regulador de bienes culturales sino una concepción a partir del reconocimiento de una categoría de derechos novedosa y compleja.

“Se trata de un concepto amplio de patrimonio cultural, portador de memoria y de identidad cultural. Tiene que ver con la doble dimensión de la cultura con que hoy se encaran las políticas culturales: la de la cultura transmitida o heredada (su concepción patrimonial) y la de la cultura vivida (como actividad cotidiana inherente a la propia condición humana), las que no se presentan como términos contradictorios sino complementarios entre sí, como un enfoque dual de la vida cultural de la comunidad”. (Haberle, Estado Constitucional, 2003) Así desde el punto de vista de los derechos culturales es el reconocimiento jurídico del patrimonio cultural como un derecho público subjetivo dentro de los derechos fundamentales a instancia constitucional,

así, el derecho al patrimonio cultural es entendido como aquello que constituye nuestra auto representación cultural como Nación y es el rasgo que nos otorga personalidad histórica e identidad cultural. (Harvey, 2008)

La doctrina y la jurisprudencia constitucional comparada reconocen el patrimonio cultural como un derecho humano fundamental, sin embargo este derecho está en permanente evolución. su sistemática, se ha desarrollado a través de la interacción con las ramas del derecho ya desarrolladas.

La mayoría de constituciones del mundo y las declaraciones, pactos y convenios internacionales relacionadas con la cultura, especialmente las de la UNESCO regulan el patrimonio cultural como una función estatal de protección que permite fijar las acciones administrativas y operativas, sin embargo omiten incorporar dentro de la ley suprema el derecho al patrimonio cultural junto con los demás derechos fundamentales. La Constitucionalización del patrimonio cultural se traduce en un haz de posibilidades para exigir al Estado determinadas prestaciones para garantizar su pleno goce y ejercicio. (Haberle, La Protección Constitucional y Universal de los Bienes Culturales, Un análisis comparativo, 1998)

Dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, la Constitucionalización del patrimonio cultural es de suma importancia para exigir como lógica consecuencia que los actos del Estado se realicen conforme a tal derecho y para exigir a todos los poderes públicos y niveles de gobierno el cumplimiento de obligaciones de protección, promoción, restauración y defensa de los bienes culturales en todas sus manifestaciones materiales e inmateriales. (FIPAC, 2005)

CONCLUSIONES

Darle jerarquía constitucional al patrimonio cultural es prever y promover su cumplimiento efectivo porque tendrá carácter rector en la política, legislación y administración cultural.

La protección jurídica y social del derecho al patrimonio cultural solo es posible a partir de su reconocimiento legal como un derecho público subjetivo que confiere legitimidad procesal al ciudadano y a la colectividad para iniciar las acciones administrativas o judiciales en una instancia nacional o internacional en defensa de un bien jurídico natural, universal, inalienable e irrenunciable que debe tener tutela en el derecho nacional y comparado.

Desde la perspectiva constitucional, si los derechos a la vida, la educación, la vivienda justifican la existencia de políticas públicas en esas materias, también es necesario la consagración del derecho al patrimonio cultural para su incorporación dentro

de la agenda y la política del Estado. Una eficiente gestión del patrimonio cultural a nivel nacional y global pasa precisamente por reconocer formalmente el derecho humano al patrimonio cultural como un derecho con autonomía, fundamentación y sustantividad propia, en armonía con los otros derechos y bienes constitucionales.

Dentro del proceso de globalización y de acuerdo a las exigencias del constitucionalismo cultural contemporáneo, el derecho al patrimonio cultural debe incorporarse en todas las constituciones y normatividades del mundo. En respuesta a la alarmante depredación de nuestros bienes culturales es una legítima aspiración la positivización del derecho al patrimonio cultural para conservar nuestra expresión de identidad a favor de las presentes y futuras generaciones.

BIBLIOGRAFIA

- Ballari, J. (1996). El Valor del Patrimonio Histórico. *Completum Extra* , 9.
- Baño, F. Z. (2002). La Gestión del Patrimonio en España, Presente y Futuro. *Asociación Iberoamericana de Gestion Cultural*, (pág. 19). Valladolid.
- crespial. (2009). I Congreso Internacional sobre Experiencias exitosas en salvaguarda de patrimonio cultural. *I Congreso Internacional sobre Experiencias exitosas en salvaguarda de patrimonio cultural* (pág. 349). Mexico: Unam.
- Fernandez, M. A. (2008). Patrimonio Cultural, Una Propuesta para Vivierla en las Aulas. *Patrimonio Cultural, Una Propuesta para Vivierla en las Aulas* (pág. 19). Costa rica: Universidad Nacional de Costa Rica.
- FIPAC. (2005). *Patrimonio Cultural, Estrategias para su puesta en valor*. Madrid: FIPAC.
- Fundación Foro Universal de las Culturas. (1 de Enero de 2005). *Derechos Culturales*. Recuperado el 10 de abril de 2011, de Cultura y Desarrollo: <http://www.culturalrights.net/es/documentos.php?c=9>
- Gonzalez, P. (2001). *Régimen Jurídico de Protección del Patrimonio Cultural y de los Pueblos Indigenas en la Legislacion Chilena*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Haberle, P. (2003). *Estado Constitucional*. Peru: Fondo Editorial Universidad Catolica del Peru.
- Haberle, P. (1998). La Protección Constitucional y Universal de los Bienes Culturales, Un analisis comparativo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 35.
- Harvey, E. (2008). Los Derechos Culturales. *Instrumentos Normativis Internacionales y Politicas Culturales Nacionales* (pág. 19). Ginebra: UNESCO.

- La Aldea de SAn Nicolas. (20 de agosto de 2009). Educación Patrimonial. Canarias, Canarias, España.
- Messineo, F. (1954). *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Argentina: Ediciones del Pais.
- Ministerio de Cultura - Colombia. (7 de abril de 2010). *Ministerio de Cultura Colombia*. Recuperado el 7 de abril de 2010, de Ministerio de Cultura Colombia: www.mincultura.gov.co
- Roux, C. V., & Ramirez, J. C. (2004). *Derechos Económicos, Sociales y Culturales política pública y justiciabilidad*. Bogota: Cepal, Naciones Unidas.

LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE 1991¹

ALEJANDRO GUZMÁN RENDÓN²

Resumen

La constitución de 1991 adoptó el modelo de democracia participativa, pero en la redacción del texto normativo hay una serie de limitaciones y confusiones conceptuales que la hacen casi que impracticable. Se pretende en este texto, un estudio histórico hermenéutico sobre la democracia participativa en la Asamblea Nacional Constituyente, particularmente en los tiempos previos a la instalación de la Asamblea y una revisión de los proyectos de reforma constitucional que presentaron los constituyentes para su estudio, deliberación y aprobación; el objetivo será develar algunos elementos jurídicos y políticos de los constituyentes en lo referente al modelo de democracia participativa que pretendieron implementar en la Constitución de 1991.

Abstract

The 1991 constitution adopted the model of participatory democracy, but in the legislative drafting a number of limitations and conceptual confusions that make it almost impracticable. It is intended in this text, a hermeneutic historical study on participatory democracy in the National Assembly, particularly in the days before the installation of the Assembly and a review of the draft constitutional reform presented constituents for study, discussion and approval, the aim will unveil some legal and political elements of the constituents in relation to the model of participatory democracy that sought to implement in the 1991 Constitution.

Palabras clave

Democracia participativa decisionista, democracia participativa deliberativa, Constitución, Constituyentes, Mecanismos de participación ciudadana.

Keywords.

Decisions participatory democracy, deliberative participatory democracy, Constitution, Constituent, citizen participation mechanisms.

1 Este trabajo es producto de resultados parciales del proyecto de investigación “democracia participativa en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991” adscrito a la Maestría en Derecho de la Universidad de Manizales.

2 Abogado Universidad de Manizales, candidato a Magister en Derecho Universidad de Manizales, docente del Programa de Derecho y asesor del CIS de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Caldas.

INTRODUCCIÓN

En 1991, Colombia como república soberana e independiente en ejercicio de su derecho de autodeterminación por medio de una Asamblea Nacional Constituyente, decidió cambiar su modelo democrático: de una democracia representativa a una democracia participativa.

Es así como en el artículo 2 de la Constitución se afirma: “Son fines del Estado: (...) facilitar la participación de todos los ciudadanos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”. El principio de participación democrática se convierte así en político, pero también en jurídico.

Al continuar la lectura de la Carta en el artículo 40 se observa un espacio de discrecionalidad en tanto se afirma: “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática”.

No contentos con esto, los Constituyentes en el artículo 103 redactaron lo que para ellos serían los mecanismos de participación ciudadana para ejercer el derecho de participación democrática: “Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará”.

El articulado final del Precepto Superior generó entonces problemas de ambigüedad al no ofrecer claridad de cuál es el modelo participativo que se pretendía implantar (democracia participativa decisionista o democracia participativa deliberativa). Sin embargo, como ya es recurrente en Colombia, las ambigüedades se resuelven a favor de quien detenta el poder.

Precisamente El legislativo, principal afectado de un modelo democrático participativo es quien queda facultado para desarrollar los mecanismos de participación política, una paradoja que terminó afectando a miles de ciudadanos que vieron sus esperanzas de participación truncadas porque las veedurías ciudadanas fueron lo único diferente a los mecanismos de participación directa que el Constituyente determinó en el artículo 103.

El boom de la participación política sin mecanismos distintos a los consagrados en el artículo 103 de nuestra Carta generó una utilización amañada del término participación, es decir, para la Corte Constitucional, doctrinantes y ciudadanos en general, la participación perdió su distinción con el modelo representativo, inmovilizándose el cambio que se pretendía hace 20 años e impidiendo la nueva

concepción del ciudadano activo y virtuoso en el ejercicio y control del poder político a nivel local, regional y nacional.

Algunos ejemplos para ilustrar la problemática:

“La escuela: *Esta organización social ha sido donde se han producido mayores respuestas a la necesidad de democracia y de participación, tanto en el plano legislativo como administrativo al dar participación a representantes de los estudiantes, personal docente y administrativo y a los padres de familia (y a veces a las fuerzas sociales representativas de intereses generales) en la gestión de los centros de educación”.* (Araujo, 1999, p. 58)

Lo anterior habla en estricto sentido del derecho a elegir y ser elegido, derecho que fue intensamente luchado por los demócratas en el siglo XVIII, XIX y XX, en concordancia con la universalidad del voto, la no exclusión y una verdadera legitimación de los representantes, pero no lo es, como afirma el Exmagistrado Jaime Araujo, una conquista de la democracia participativa, esa es una conquista de la democracia representativa en el denominado *Pluralismo Político* o *Poliarquía*.

La Corte Constitucional igualmente justifica el derecho de petición como fundamental gracias a la democracia participativa: “El derecho de petición en una democracia participativa es una herramienta que permite el conocimiento y por esa vía la intervención del administrado en la gestión pública” (Sentencia T – 445 de 1993)

No obstante, es mucho más explícita la ambigüedad de la Corte en la sentencia T – 418 de 1993; en dicha sentencia se afirma: “En la democracia representativa también hay participación; lo que ocurre es que dicha participación se hace mediante un representante (...) Con el concepto de la democracia participativa del ciudadano no se limita a sufragar, a ser un sujeto pasivo en su relación con el Estado, sino que pasa a ser un cogestor de su propio desarrollo, un forjador del poder público (...)”. Pero luego al explicar cómo realizar todo lo que implica la participación, los espacios y los mecanismos para la participación, la Corte expresa que la esfera política, la esfera normativa toma parte importante en la planeación, en la administración activa, en la administración de justicia y en la administración pasiva. Esto nos hace preguntar ¿Qué diferencia la democracia representativa de la participativa si el presupuesto lo formula el Consejo Nacional de Planeación? como bien lo indica la Corte, el Consejo de Planeación está integrado por representantes de sectores económicos, sociales, culturales, comunitarios y ambientales, pero son representantes, no hace parte la comunidad individualizada.

Así mismo en la esfera política, la Corte afirma: “En la esfera política al reiterar el derecho político (art. 40), aumentar el número de los funcionarios electos (art.

260), establecer el voto programático (art. 259) y consecuentemente la revocatoria del mandato (art. 103)”; se pregunta: excepto la revocatoria del mandato ¿Qué diferencia se encuentra entre la democracia representativa y la participativa?.

Dada esta problemática de ambigüedad, en la que la palabra participación sirve casi para legitimar cualquier cosa, se creó la necesidad de desarrollar una investigación en la que se pueda establecer cómo surgió la democracia participativa en la Asamblea Nacional Constituyente y así resignificar históricamente el acontecer de los Constituyentes y lograr aportar elementos jurídicos y políticos que permitan reinterpretar la democracia participativa colombiana.

Para contribuir en este propósito la presente investigación tiene como horizonte la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuáles fueron los elementos jurídicos – políticos de la Asamblea Nacional Constituyente en 1991 bajo los que se implementó la democracia participativa en Colombia?

De la pregunta de investigación se ha desprendido un objetivo general y tres específicos como son:

Objetivo General

Develar elementos jurídicos – políticos de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 bajo los cuales se implementó la democracia participativa en Colombia.

Objetivos específicos

Develar elementos políticos y jurídicos para la implementación del modelo democrático participativo en el tiempo previo a la apertura de la Asamblea Nacional Constituyente en 1991.

Develar elementos políticos y jurídicos para la implementación del modelo democrático participativo en las propuestas de reformas y exposición de motivos en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

Develar elementos políticos y jurídicos para la implementación del modelo democrático participativo en las discusiones de las comisiones y plenarias de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

Metodología

Esta investigación es exploratoria y se realiza con una metodología cualitativa con enfoque Histórico – Hermenéutico.

1. Investigación exploratoria

En el Estado del Arte realizado se encuentra que la democracia participativa en la Constituyente de 1991 no fue analizada histórica ni científicamente, por el contrario los estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente se elaboraron en su totalidad mezclando temas de ordenes políticos, económicos, sociales, etc., y producto de la generalización, conclusiones que abordan los lugares comunes y críticas e interpretaciones poco novedosas.

Esta investigación tiene como propósito profundizar en la discusión del modelo democrático participativo en la Asamblea Nacional Constituyente, pero aún delimitando de esta forma el tema, por el volumen del material objeto de estudio, se evidenció que no podrá ser una investigación definitiva, sino apenas una primera aproximación al problema y un aporte, además de una invitación a los investigadores constitucionalistas para que encuentren aquí herramientas que permitan generar argumentos suficientes para *democratizar la democracia* en Colombia.

2. La Investigación Cualitativa con Enfoque Hermenéutico

El método cualitativo es una herramienta de inmensa ayuda en la presente investigación pues se aborda desde la oposición a las ciencias naturales como un cúmulo de conocimiento exacto y objetivo. Las ciencias que se fundamentan en lo humano en ciertas ocasiones equivocarían el camino si pretendieran encontrar dicha naturaleza de las acciones y creaciones de los sujetos.

La Constitución y un modelo de carácter jurídico, político, social, económico y cultural, hace parte del ideario humano, de las ilusiones y construcciones cognitivas donde los hombres y mujeres se desarrollaron para establecer por fin el sueño de los mundos posibles repleto de derechos y valores, del bienestar y la felicidad consecuente.

Además de ser una construcción teórica y práctica, el contenido de la Constitución no pertenece a un solo individuo; otras fuerzas, concepciones del mundo, experiencias e intereses confluyen en los asistentes a la Asamblea Constituyente. La Constitución es pugna, debate, acuerdo o pacto político mediado por el discurso y la comunicación.

Este soberano acuerdo jurídico – político además se encuentra limitado por el tiempo, los antecedentes históricos, teóricos y empíricos, lejanos y cercanos que iluminan los saberes de los Constituyentes y las necesidades e intereses individuales, de los partidos políticos a los que pertenezcan y de la sociedad en general.

El objeto de estudio del presente trabajo, está inmerso en este complejo devenir de las cosas del mundo; el mecanismo de consulta previa y las pretensiones interpretativas que emergen del desarrollo constitucional, es un ejemplo claro de lo que una investigación de corte positiva cuantitativa no aceptaría.

La investigación cualitativa por el contrario pretende adentrarse en el estudio de los sentidos y significados para comprender el mundo, las realidades que se sumergen en todo tipo de aconteceres externos e internos de los individuos, de las categorías que los hacen humanos, pensantes, sensibles, deliberantes tanto en el espacio como en sus momentos históricos.

Precisamente, debido a las pretensiones de esta investigación, hemos adoptado como nuestro método el enfoque histórico – hermenéutico porque permite a través de sus fases la construcción de interpretaciones sobre el objeto de estudio que superan visiones netamente descriptivas para otorgarle contenidos y reflexiones que contribuyan al engranaje del sistema político normativo suscrito en 1991.

3. Etapas de la Investigación

Primera Fase: Descriptiva e Interpretativa

En este aparte de la investigación, se intentará explorar las distintas formas de democracia participativa que invadieron el espacio de la Asamblea Nacional Constituyente y que dio lugar a la inclusión del principio participativo en la redacción del articulado final de la Constitución.

Segunda Fase: Interpretativa

Con fundamento en lo anterior, se discute y se confronta el articulado de la constitución con las posturas de la democracia participativa decisionista y deliberativa obtenidos de la fase anterior.

Tercera Fase: Construcción de Sentido

Con las fases anteriores, pueden obtenerse elementos jurídicos – políticos que permitan comprender la necesidad de ampliar nuestro panorama democrático, en

el sentido de profundizar mucho más en la concepción del principio participativo, los mecanismos de participación y la conexión gobernante - gobernado.

4. Técnicas e Instrumentos de Investigación

Para el presente trabajo se empleará la recolección de información por medio de fichas técnicas, tanto de la información bibliográfica como de la información normativa.

Avances o resultados de investigación

Se mostrarán algunos avances sobre reflexiones que dan cuenta del primer y segundo objetivo de la investigación desarrolladas dentro de la fase interpretativa.

1. Democracia participativa decisionista y participativa deliberativa.

La democracia representativa, también conocida como democracia elitista o hegemónica, delega al gobernante la acción política que generalmente no es objeto de responsabilidad política. La ciudadanía es la que tiene el papel pasivo en tanto se limita a elegir sus representantes sin otra forma de intervención. Otro rasgo característico es la soberanía nacional, esto es, los gobernantes no representan a los ciudadanos sino al Estado y el bienestar común (Araujo, 1999, p, 4 – 5).

Es así, que desde su aparición en los Estados modernos hasta ahora, el modelo representativo sufrió cambios sustanciales como son la utilización de mecanismos de participación directa en casos especiales, el intento por imponer responsabilidades al gobernante y la aceptación de la alternancia de las élites en el poder, entre otros.

Sin duda, las diferencias entre el modelo representativo y participativo se encuentran en las acciones que puede realizar la ciudadanía frente a sus gobernantes y el reconocimiento de su soberanía.

En la actualidad es relativamente distinguible el modelo participativo decisionista del modelo participativo deliberativo, en tanto el primero sólo permite al ciudadano responder Sí o No a una pregunta o tomar una decisión, mientras que el modelo deliberativo es más discursivo y reflexivo, implicando una serie de mecanismos que permitan develar el mejor argumento o razonamiento.

En ese sentido se presentan algunas reflexiones sobre el proceso Constituyente de 1991 que generó nuestra Constitución Política.

2. Democracia Participativa en Colombia

Desde el plebiscito de 1957 y la conformación del Frente Nacional el escenario político generó un reforzamiento del modelo democrático representativo. Mientras Estados Unidos y algunos países Europeos giraban en una aparente democracia participativa asambleísta, Colombia cerró sus puertas a la participación ciudadana que impedía incluso reformar la Constitución, para este último fin, sólo estaba autorizado el Congreso de la República.

Intentos urgentes de reforma constitucional no se hicieron esperar en el Congreso a iniciativa del Ejecutivo pero escandalosamente terminaron fallidos, bien por obra del formalismo de la Corte Constitucional o por la crisis que se generaba al interior del Congreso. En 1990 Jaime Castro Castro relataba este episodio de impotencia que sentía la ciudadanía y parte de la dirigencia política:

En los últimos quince años, hemos hecho cuatro esfuerzos que desafortunadamente han terminado en cuatro grandes frustraciones. El primero de esos esfuerzos o intentos fue el del presidente López en 1977 cuando se convocó lo que en ese momento se llamó la “Pequeña Constituyente” que murió en manos de la Corte Suprema de Justicia. El Segundo, el del acto legislativo número 1 de 1979 que corrió la misma suerte. El tercero, durante las legislaturas de los años 84 y 85, durante el gobierno del Presidente Betancurt, que buscó revivir lo que sustancialmente fue el acto legislativo número 1 de 1979. En ese entonces cuando ya el proyecto había tenido a su favor seis aprobaciones también apareció una interferencia de tipo de político que igualmente dio al traste con la iniciativa. El último, es el del año pasado con episodios que todos tenemos frescos en la memoria y que no valen la pena revivir (Castro Castro, 1990, p,77).

Mientras en la década de los 80 en Estados Unidos la academia intentaba criticar y detener el auge populista de los mecanismos de participación directa, bien por parte de los elitistas democráticos o a partir de 1981 de los deliberativistas, en Colombia se hacían ingentes esfuerzos para implementar la democracia directa con el fin de darle un rumbo distinto al Estado y la situación económica, social, política y cultural.

Es por esto que desde la idea de la Consulta Popular en 1988 para reformar la Constitución se da el auge de la democracia participativa en Colombia, porque antes no hay registros de ese deseo ingente por cambiar el modelo democrático. Los causantes son el plebiscito de 1957 en su artículo 13 que sólo autorizaba al Congreso por medios de actos legislativos, la reforma de la Constitución, la Corte Suprema con sus fallos y paradójicamente el Congreso de la República que no tuvo voluntad política para plasmar el deseo de miles de colombianos.

Dado lo anterior, en Colombia para la época de la séptima papeleta y la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente sólo se vislumbraba como posible la implementación de mecanismos de participación directa y no el modelo deliberativo.

3. Ilegitimidad del Congreso de Colombia

Es abundante en la literatura de la época una fuerte crítica al Congreso de la República por sus maniobras corruptas, guiadas por intereses particulares, deslegitimado de los partidos políticos y de las bases populares, paralizado en la urgente necesidad de cambio que requería Colombia. Esta va a convertirse en la más importante premisa para el cambio de modelo democrático, porque si los políticos no hacen el trabajo que les corresponde, por definición en una democracia participativa, es el pueblo el llamado a pronunciarse de fondo sobre las cuestiones que les afecta directamente. Fue tal el desprestigio del Congreso en el año 1991 que la Asamblea Nacional Constituyente revocó su periodo con gran apoyo multisectorial.

Los estudiosos que buscaron la implementación de la democracia directa en América Latina demostraron que la fortaleza de su convocatoria está directamente proporcionada al desprestigio del Legislativo. Fue exactamente lo que sucedió en Colombia.

4. Convocatoria para la Asamblea Nacional Constituyente

No obstante, el gran estímulo que se concibió en algunos de los mecanismos de participación ciudadana y en especial el plebiscito para la convocatoria a una Asamblea Nacional Constitucional, se interponía a gran parte de los defensores de la Constitución de 1886, quienes además de alegar que el problema no era de la legendaria Constitución, se oponían a una intromisión por parte de ciudadanos en las agendas de los políticos (De La Calle Lombana, 2004, p, 140 – 141).

Pero tanto opositores como adeptos de la democracia participativa debieron aceptar las reglas de juego, ya que el Gobierno emitió el decreto 927 de 1990 que convocaba a la Asamblea Nacional Constituyente: “¿Para fortalecer la democracia participativa, vota por la convocatoria de una Asamblea Nacional Constitucional, con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución Política de Colombia?”.

Este es el primer problema serio que tiene el modelo democrático actual, dado que es producto de la instrumentalización del momento. Para hacer parte de la

Asamblea Nacional Constitucional se debía incluir como premisa el objetivo por el cual fue convocado: fortalecer la democracia participativa.

Como veremos más adelante, hasta los más ortodoxos, terminaron hablando de democracia participativa, pero los alcances que daban a sus proyectos era el continuismo del modelo representativo, porque sin definiciones claras, la participación se acomodaba a todo cuanto se estuviera deseando.

5. Bobbio un distractor del modelo democrático

La obra “El Futuro de la Democracia” de Norberto Bobbio desempeñó un papel determinante en el modelo democrático de la Constitución, en las etapas previas a los debates interiores de la Asamblea. En momentos dramáticos y de mucha tensión nacional – cuenta De La Calle – la Corte se dispuso a discutir la Constitucionalidad del Decreto 927 de 1990 con ponencia desfavorable del Magistrado Jaime Sanín Greiffenstein, de modo que un magistrado auxiliar Héctor Riveros encontró el siguiente argumento “La vida política se desarrolla a través de conflictos jamás definitivamente resueltos, cuya resolución se consigue mediante acuerdos momentáneos, treguas, y esos tratados de paz más duraderos que son las Constituciones” (De la Calle, 2004, p, 93). La Constitución de la paz.

Esta no sería la única ni última referencia que en el proceso constituyente se hiciera sobre la obra de Bobbio, este profesor italiano tenía una gran influencia en los tiempos de agitación pública por la expectativa que causaba una reforma constitucional en 1990.

Respecto de la democracia participativa muchos van a fundamentarse en las reflexiones de Bobbio, en “El Futuro de la Democracia” publicado en 1982, en tanto piensa que la crisis del modelo representativo conllevó a una demanda de democracia directa; para el filósofo del derecho italiano, entre las formas extremas de la democracia representativa y la directa hay un “continuum de formas intermedias” en donde un sistema de democracia integral – entiéndase la compuesta por *ambos mecanismos* – puede ser posible dependiendo de las necesidades y las diversas situaciones (p, 60).

Esta obra de Bobbio es de enorme influencia en la teoría política occidental, y sin una claridad conceptual el argumento “*prima facie*” es válido. Sin embargo, cuando se establecen diferencias entre modelos de la democracia, se puede constatar que el autor parte de una premisa incompleta; es cierto que tras la crisis de la representatividad se genera una necesidad de participación, pero no participacionismo, sino participación en sentido cualitativo y cuantitativo. Pensar en mecanismos de participación directa por sí mismos, es obviar o mejor, desconocer la tendencia de la democracia participativa que se fundamenta en la creación de

espacios para el discurso, la reflexión y el debate, la interlocución entre todos los que se ven afectados con la decisión que se discute; en otras palabras, la democracia deliberativa.

Con Bobbio puede hablarse de una combinación entre democracia representativa y directa, además afirmarse que esta mezcla, es el objetivo sobre el cual el mundo está girando. Esta forma de ver la democracia participativa es adoptada al parecer por la Constituyente de 1991 y es reproducida en varias de las sentencias de la Corte Constitucional y por doctrinantes nacionales reconocidos como Iván Vila Casado, quien en su obra *Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo* (2007), reproduce el concepto de Bobbio casi en sus mismas palabras. Este constitucionalista colombiano, critica luego la ley 134 de 1994 - De los mecanismos de participación ciudadana – porque impiden la aplicación de los procedimientos allí contenidos dejando el derecho de participación en el papel (p, 452).

Bajo un modelo Bobberiano esta crítica tan recurrente es apenas entendible, pues se estaría negando la participación de los ciudadanos. Vila Casado no se refiere a la carencia de procedimientos que impliquen el debate, el discurso y el diálogo, propios de la democracia participativa – deliberativa, como las mesas de concertación, el presupuesto participativo y por supuesto las consultas previas – que se diferencian radicalmente de las consultas populares incluidas en la Constitución.

Lo más paradójico, es que Bobbio termina siendo uno de los doctrinantes de la democracia participativa, a sabiendas de que cuando concluye el capítulo con el cual toca el tema de la democracia representativa y directa, se puede evidenciar que prefiere caminar por las sendas de la representatividad, en un argumento de bastante sinonimia con Alain Touraine y otros autores que defienden el pluralismo político.

6. Partido Liberal y M19 ganadores de la Asamblea

Las anteriores son reflexiones que abarcan los momentos previos a la Asamblea Nacional Constituyente y que generan una lectura de comprensión para el fenómeno que se encuentra en el estudio de los proyectos de reformas presentados por los Constituyentes para ser analizados y discutidos en las comisiones y plenarias.

Antes de mostrar algunas reflexiones sobre los proyectos de reformas es necesario advertir un escenario político generoso con las iniciativas de cambio; tanto el partido liberal como el AD-M19 fueron los grandes ganadores en las elecciones de la Asamblea Nacional Constituyente con 24 y 19 constituyentes respectivamente; entre ambos sumaban mayorías y sus proyectos de reforma a la Constitución eran guiados bajo premisa similares.

Pero esta victoria no fue aplastante ni mayoritaria, ambos partidos conformaban una mayoría simple mas no cualificada, e incluso se evidencia en las cifras, que aunque esta coalición fuera mayoría en la Asamblea, los votos no fueron unánimes y en materia de democracia los partidos tuvieron serias dificultades para encontrar puntos en común y normalmente rompieron sus núcleos. En mecanismos de participación ciudadana, por ejemplo, de 24 votos liberales sólo 15 votaron afirmativamente; del M19, de 19 votos, 15 votaron afirmativamente; mientras que Salvación Nacional que contaba con 11 votos, 3 votaron afirmativamente; el Partido Social Conservador que contaba con 5 votos, sólo 2 fueron positivos, los conservadores independientes que eran 4, sólo 1 afirmó su voto; la Unión Patriótica de dos votos, uno dijo que sí; en la Unión Cristiana sus dos votos fueron afirmativos; del EPL, de 2 votos, sólo 1 dijo que sí; los indígenas que tenían 2 votos, 1 dijo que sí y finalmente, del movimiento estudiantil que era 1 voto, no votó; para un total de 41 votos de 72 posibles. (Cepeda, 1993, p. 246) Nada mal en comparación del Preámbulo que logró los 37 justos.

NUMERO DE GACETA ◆	NUMERO DE PROYECTO	AUTOR	DEMOCRACIA PARTICIPATIVA DECISIONISTA	DEMOCRACIA PARTICIPATIVA DELIBERATIVA	SIN DETERMINAR ◆◆
4	1	JESUS PEREZ GONZALEZ - RUBIO			X
5	2	GOBIERNO NACIONAL	X		
6	3	GUILLELMO GUERRERO FIGUEROA			X
6	4	RAIMUNDO EMILIANI ROMÁN Y CORNELIO REYES			X
6	5	FRANCISCO MATURANA			X
7	6	DIEGO URIBE VARGAS			X
8	7	ANTONIO NAVARRO WOLFF Y OTROS	X		
8	8	RAIMUNDO EMILIANI ROMÁN	X		
9	9	JUAN GOMEZ MARTINEZ Y HERNANDO LONDOÑO		X	
9	10	JAIME ORTIZ Y ARTURO MEJIA B.			X
10	11	HERNANDO LONDOÑO			X
10	12	ALFREDO VASQUEZ CARRIZOSA			X
10	13	MARÍA TERESA GARCÉS LLOREDA		X	

NUMERO DE GACETA ♦	NUMERO DE PROYECTO	AUTOR	DEMOCRACIA PARTICIPATIVA DECISIONISTA	DEMOCRACIA PARTICIPATIVA DELIBERATIVA	SIN DETERMINAR ♦♦
11	14	ORLANDO FALS BORDA Y HECTOR PINEDA			X
12	15	ALBERTO ZALAMEA COSTA			
11	16	ANGELINO GARZÓN		X	
14	17	MISAEEL PASTRANA Y AUGUSTO RAMIREZ OCAMPO			
18	18	JULIO SIMON SALGADO VASQUEZ			X
18	19	AUGUSTO RAMIREZ OCAMPO, BELISARIO BETANCURT Y HUGO PALACIOS			X
18	20	CARLOS LLERAS DE LA FUENTE			X
18	21	ABEL RODRIGUEZ C., JOSE G. TORO Z., FABIO VILLA RODRIGUEZ			
19	22	ALVARO GOMEZ HURTADO			X
19	23	ALVARO GOMEZ HURTADO			X
19	24	ALVARO GOMEZ HURTADO Y JUAN CARLOS ESGUERRA			X
19	25	ALVARO GOMEZ HURTADO			X
19	26	JULIO SIMON SALGADO VASQUEZ			X
20	27	MARIA TERESA GARCES LLOREDA			X
20	28	CARLOS LLERAS DE LA FUENTE	X		
20	29	ALFREDO VASQUEZ CARRIZOSA			X
20	30	CARLOS FERNANDO GIRALDO ANGEL			X
21	31	CARLOS FERNANDO GIRALDO ANGEL			X
21	32	AIDA ABELLA ESQUIVEL			X
21	33	ALBERTO ZALAMEA COSTA			X
21	34	ALBERTO ZALAMEA COSTA	X		
21	35	ALBERTO ZALAMEA COSTA			X

NUMERO DE GACETA ◆	NUMERO DE PROYECTO	AUTOR	DEMOCRACIA PARTICIPATIVA DECISIONISTA	DEMOCRACIA PARTICIPATIVA DELIBERATIVA	SIN DETERMINAR ◆◆
21	36	ALBERTO ZALAMEA COSTA			X
21	37	ALBERTO ZALAMEA COSTA			X
21	38	ALBERTO ZALAMEA COSTA			X
21	39	ALBERTO ZALAMEA COSTA			X
21	40	FABIO VILLA R.			X
21	41	FABIO VILLA R.			X
21	42	CARLOS LEMOS SIMMONDS			X
21	43	CARLOS LEMOS SIMMONDS	x		
21	44	CARLOS LEMOS SIMMONDS	X		
21	45	CARLOS LEMOS SIMMONDS			X
21	46	CARLOS LEMOS SIMMONDS			X
22	47	CARLOS LEMOS SIMMONDS			X
22	48	ANTONIO YEPES PARRA			X
22	49	ANTONIO GALÁN SARMIENTO	X		
22	50	ANTONIO NAVARRO WOLFF Y OTROS	X		
22	51	CARLOS DANIEL ABELLO ROCA	X		
22	52	MIGUEL SANTAMARIA DAVILA			X
22	53	MIGUEL SANTAMARÍA DAVILA			X
22	54	CARLOS HOLMES TRUJILLO	X		
22	55	ANTONIO NAVARRO WOLFF Y OTROS			X
22	56	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA			X
22	57	GUILEMO PLAZAS ALCID	X		
22	58	CONSEJO DE ESTADO	X		
22	59	GUILLERMO PERRY, HORACIO SERPA, EDUARDO VERANO			X

NUMERO DE GACETA ♦	NUMERO DE PROYECTO	AUTOR	DEMOCRACIA PARTICIPATIVA DECISIONISTA	DEMOCRACIA PARTICIPATIVA DELIBERATIVA	SIN DETERMINAR ♦♦
22	60	GUILLERMO PERRY, HORACIO SERPA, EDUARDO VERANO			X
22	61	GUILLERMO PERRY, HORACIO SERPA, EDUARDO VERANO			X
22	62	GUILLERMO PERRY, HORACIO SERPA, EDUARDO VERANO			X
23	63	GUILLERMO PERRY, HORACIO SERPA, EDUARDO VERANO			X
23	64	RODRIGO LLOREDA CAICEDO			X
23	65	RODRIGO LLOREDA CAICEDO			X
23	66	RAIMUNDO EMILIANI ROMAN			X
23	67	MISAEEL PASTRANA, AUGUSTO RAMIREZ OCAMPO, CARLOS RODADO, HERNANDO YEPES ARCILA, MARIANO OSPINA	X		
23	68	ARMANDO HOLGUIN			X
23	69	ALVARO CALA HEDERICH			X
23	70	ALVARO CALA HEDERICH			X
23	71	ALVARO CALA HEDERICH	X		
23	72	JUAN CARLOS ESGUERRA			X
23	73	JAIME ARIAS LOPEZ	X		
23	74	JAIME ARIAS LOPEZ			X
23	75	JAIME ARIAS LOPEZ			X
23	76	JAIME ARIAS LOPEZ			X
23	77	JAIME ARIAS LOPEZ			X
23	78	JAIME ARIAS LOPEZ			X
24	79	JAIME ARIAS LOPEZ			X
24	80	JAIME ARIAS LOPEZ			X
24	81	JUAN CARLOS ESGUERRA			X
24	82	JAIME ORTIZ HURTADO			X
24	83	LORENZO MUELAS HURTADO	X		

NUMERO DE GACETA ◆	NUMERO DE PROYECTO	AUTOR	DEMOCRACIA PARTICIPATIVA DECISIONISTA	DEMOCRACIA PARTICIPATIVA DELIBERATIVA	SIN DETERMINAR ◆◆
24	84	GUILLERMO PERRY, HORACIO SERPA, EDUARDO VERANO	X		
24	85	GUILLERMO PERRY, HORACIO SERPA, EDUARDO VERANO	X		
24	86	GUILLERMO PERRY, HORACIO SERPA, EDUARDO VERANO			X
24	87	GUILLERMO PERRY, HORACIO SERPA, EDUARDO VERANO	X		
24		GUILLERMO PERRY, HORACIO SERPA, EDUARDO VERANO	X		
24	89	GUILLERMO PERRY, HORACIO SERPA, EDUARDO VERANO			X
24	90	GUILLERMO PERRY, HORACIO SERPA, EDUARDO VERANO			X
24	91	HORACIO SERPA URIBE			X
24	92	HORACIO SERPA			X
24	93	ARTURO MEJIA BORDA	X		
24	94	JUAN B. FERNÁNDEZ RENOWITZKY			
	X				
25	95	CORNELIO REYES ALVARO CALA HEDERICH			X
25	96	AUGUSTO RAMIREZ CARDONA			X
25	97	CAMARA DE REPRESENTANTES	X		
25	98	RAIMUNDO EMILIANI ROMAN Y CORENELIO REYES			X
25	99	MARIA MERCEDES CARRANZA Y ALVARO LEYVA			X
25	100	CARLOS LEMOS SIMMONDS			X
25	101	IGNACIO MOLINA GIRALDO			X
25	102	IGNACIO MOLINA GIRALDO			X
25	103	GUSTAVO ZAFRA ROLDÁN			X

NUMERO DE GACETA ◆	NUMERO DE PROYECTO	AUTOR	DEMOCRACIA PARTICIPATIVA DECISIONISTA	DEMOCRACIA PARTICIPATIVA DELIBERATIVA	SIN DETERMINAR ◆◆
25	104	FRANCISCO ROJAS, ORLANDO FALS BORDA, HECTOR PINEDA			X
25	105	JOSE MARIA VELASCO GUERRERO			X
25	106	HERNANDO LONDOÑO JIMENEZ			X
25	107	ANTONIO NAVARRO WOLFF			X
25	108	IGNACIO MOLINA, HUGO ESCOBAR, HUGO OROZCO			X
25	109	GERMAN ROJAS, ANGELINO GARZON			X
25	110	GUILLERMO PLAZAS ALCID		X	
27	111	HELENA HERRAN DE MUNTOYA			X
27	112	JUAN CARLOS ESGUERRA			X
27	113	ALFREDO VAZQUEZ AIDA ABELLA	X		
27	114	JAIME FAJARDO, DARÍO MEJÍA	X		
27	115	LUIS GUILLERMO NIETO ROA			X
28	116	LUIS GUILLERMO NIETO ROA			X
28	117	LUIS GUILLERMO NIETO ROA			X
28	118	JUAN CARLOS ESGUERRA			X
29	119	FRANCISCO ROJAS BIRRY	X		
29	120	JAIME FAJARDO, DARÍO MEJIA			X
29	121	CARLOS OSSA ESCOBAR			X
29	122	JOSE MATÍAS ORTIZ			X
25	123	JOSE MATÍAS ORTIZ	X		
30	124	HERNANDO HERRARA VERGARA	X		
31	125	FERNANDO CARRILLO FLOREZ	X		
26 ^a	130	EDUARDO ESPINOSA FACIONLINCE	X		
26 ^a	131	JESUS PEREZ GONZALES - RUBIO			X

- ◆ El número de gaceta pertenece a la versión virtual que se encuentra en la base de datos El Abedul. Se ha puesto para su mejor ubicación en internet.
- ◆◆ Indeterminado se ha puesto a la categoría que corresponde a los proyectos de reforma que se ubican desde el punto de vista democrático al modelo representativo. Igualmente están los proyectos de reforma que por su grado de abstracción no se lograron determinar en un modelo participativo. Finalmente se encuentran los proyectos que no tienen nada que ver con el modelo participativo.

7. Tres modelos de democracia en la Asamblea

A continuación se hará una reflexión sobre aspectos de los tres modelos democráticos – representativo, participativo decisionista y participativo deliberativo – que se encontraron en los proyectos de reforma a la constitución presentados por los Constituyentes.

Modelo representativo.

De los proyectos podemos dilucidar tres aspectos centrales que los Constituyentes defendían del modelo democrático como son la soberanía nacional, la no apertura de espacios participativos ni deliberantes a los ciudadanos y en general la conservación del modelo de la Constitución de 1886. A continuación se hará la reflexión con base en algunos proyectos para evitar la extensión excesiva del texto.

Soberanía nacional: la soberanía es nacional; aunque el proyecto número 1 de Jesús Pérez González – Rubio habla de soberanía popular, el alcance que el resto de la reforma propone obedece a una representación fuerte y la consecuente limitación al ciudadano. El proyecto número 12 de Misael Pastrana y Augusto Ramírez habla del poder del Estado que será ejercido por el pueblo directamente y por medio de representantes, pero no hay mecanismos de participación ciudadana diferentes al voto para la elección de representantes, lo que hace que materialmente estemos hablando de una Soberanía Nacional. Más claros y expresos son los proyectos número 6 de Diego Uribe Vargas y el proyecto número 15 de Alberto Zalamea, los cuales hablan de Soberanía Nacional, esta entendida como el poder que tiene el Estado ejercido por los representantes que fueron elegidos por el pueblo.

Conservar la Soberanía Nacional implica continuar con el modelo democrático representativo, así, los proyectos mejoran o dan pautas de evolución del sistema estatal, electoral y de partidos políticos.

No apertura de mecanismos participativos ni de concertación: los proyectos que se oponen a los mecanismos de participación ciudadana lo hacen simplemente ignorando el tema, no proponiendo espacios en los cuales el ciudadano – no representante – pueda hacer parte de la toma de decisiones y deliberaciones que deba tomar el Estado.

Algunos proyectos aprovechando la ambigüedad que genera la palabra participación, amplían el número de representantes o su forma de elección y afirman que esto fortalece la democracia participativa; en la actualidad podría demostrarse que sólo mejora el sistema representativo, no el participativo.

Siendo coherentes con la forma en que surgió la Asamblea Nacional Constituyente, algunos Constituyentes defenderían mecanismos para reformar la Constitución como el referéndum, la iniciativa popular y la Asamblea, pero es perfectamente distinguible el alcance y apertura de un proyecto representativista comparado a uno participativista.

El proyecto numero 1 de Pérez González – Rubio sólo propone el referéndum para la reforma constitucional, con limitaciones lo propone Uribe Vargas en su proyecto numero 6; pero el proyecto número 15 de Alberto Zalamea y el numero 17 de Misael Pastrana y Augusto Ramírez, ni siquiera contempla mecanismos de participación directa para la reforma del artículo 218 de la Constitución de 1886, tan criticado por cerrar las puertas al pueblo para cambiar su propia Constitución. Lo único que permiten estos proyectos sin discusión, es el voto directo para la elección de representantes.

Conservar el modelo democrático de la Constitución de 1886: esta es la conclusión que podría emanar de los proyectos, el deseo de conservar las instituciones representativas e impedir que los ciudadanos intervengan en ellas; los defensores de esta iniciativa tenían un doble argumento: el primero tiene que ver con su pensamiento democrático elitista y el segundo concierne a que la Constitución que se pretendía reformar era la que el Partido Conservador había redactado bajo la dirección de Rafael Núñez y Caro (Gaceta Constitucional 4, 1991, p, 66). De modo que se empieza a ver como estos Constituyentes y su bancada no son reformistas sino por el contrario defensores de la Constitución de 1886.

Para finalizar, podemos decir que estos proyectos defienden la representatividad y sospechan de la incidencia de los ciudadanos en la toma de decisiones políticas, económicas y sociales. Esto demuestra que la democracia participativa no fue

unánime al interior de la Asamblea Nacional Constituyente, así como no lo estaba teórica y políticamente en Colombia y en el mundo. Sin duda la oposición que ejercieron estos constituyentes y en general, todos los defensores de la democracia representativa, limitaron los alcances de quienes defendían como estructura constitucional modelos participacionistas decisionistas y deliberativistas.

Democracia participativa decisionista

Dos proyectos de reformas presentados ante la Asamblea Nacional Constituyente, el del Gobierno Nacional y el del AD-M19 son clara expresión de la necesidad jurídico – política, de implementar mecanismos directos de participación y a democratizar los espacios sociales e institucionales.

La necesidad de ampliación democrática en la vida política futura en Colombia es uno de los temas centrales de las propuestas de reforma constitucional sugeridas por el Gobierno Nacional y por el movimiento ADM-19, quienes componían la mayoría de la Asamblea Constituyente.

Ambos proyectos evidencian convicciones similares en cuanto a la democracia participativa, siendo los mecanismos de participación directa su más importante contribución. A continuación se analizarán tres temas: en primer lugar, la ampliación del modelo democrático; segundo, la consulta previa según el Convenio 169 de 1989 de la OIT y tercero, La inexistencia de mecanismos deliberativos.

Ampliación del modelo democrático:

- Nueva concepción del sujeto político

Son notables las diferencias estructurales de las propuestas entre los que defienden la democracia representativa y los que asumen la cruzada por la democracia participativa; debe comenzarse por la concepción que sostienen sobre el papel de la ciudadanía en el ejercicio de sus derechos políticos y las repercusiones en la soberanía. En la intervención inicial del Presidente de la República ante la Asamblea Nacional Constituyente, expresa y claramente afirmó:

Después de más de 200 años, ha quedado claro que la separación de poderes públicos no es garantía suficiente contra los abusos. Tampoco lo es la enumeración detallada de las facultades de quien detenta autoridad. Lo que falta es atribuir a los ciudadanos y crear mecanismos para que éstos lo ejerzan pacífica y ordenadamente de manera directa por vías institucionales en cualquier momento y lugar. Eso precisamente es lo que hace una Carta de Derechos y Deberes como la que sometemos a estudio de esta Asamblea: trasladar poder al ciudadano

común para que cuando sea tratado arbitrariamente, tenga una salida diferente a la agresión, la protesta incendiaria o la resignación sumisa y alienante. Lo que proponemos, y lo que es correcto en una democracia, es que el ciudadano acuda ante un juez, ante el defensor de los Derechos Humanos o ante la jurisdicción constitucional encabezada por la Corte constitucional (Gaceta Constitucional 1, 1991, p, 17 - 18).

No fue la única referencia que hizo sobre la democracia participativa y una ciudadanía activa, de hecho, los dos temas fuertes de la intervención fueron la materialización de los derechos y la ampliación del modelo participativo. Superar una ciudadanía pasiva y sin mecanismos para ser escuchada era el objetivo democrático de estos dos grupos políticos, que sin duda chocaron con quienes querían perpetuar un concepto elitista de la democracia, en el cual el ciudadano es un sujeto ignorante, emocional, susceptible a la manipulación de poderes económicos, políticos o de los medios de comunicación y por tanto su participación en la esfera pública en vez de contribuir al desarrollo de la nación puede generarle profundas complicaciones

Confiar en el papel constructivo de la ciudadanía activa genera la aceptación de una soberanía popular, es decir, que el poder originario constitutivo de la sociedad es retirado de quien lo había cooptado – el Estado – y regresa a manos del pueblo – demos – por medio de los mecanismos de participación directa.

La ampliación de la democracia es más explícita y abierta en la propuesta del Gobierno Nacional que en la de Navarro y sus acompañantes, en tanto la primera se esforzó por democratizar la esfera social y pública del ciudadano a pesar de la ambigüedad en su redacción, no es tan visible esa intención en el proyecto de reforma del ADM-19. Sin embargo el ejercicio de la soberanía en las dos propuestas de reforma obedece a la misma esencia, a la misma coyuntura de afirmar un papel importante en la toma de decisiones directamente por el pueblo conforme con los mecanismos de participación. Los principios participativos de una y otra propuesta así lo demuestran.

Se entiende el avance democrático de los proyectos de reforma como muy significativos y constituyeron para la época una herramienta de paz, esperanza, legitimidad y sobre todo, de eficiencia y eficacia de la función pública y el desarrollo de la estructura estatal para la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

- Mecanismos de participación directa

Los proyectos de reforma traspasan la frontera institucionalizada en Colombia con la implementación de mecanismos distintos al voto para la elección de representantes; los mecanismos tenían el propósito de lograr la participación de los ciudadanos en

la esfera pública con la toma de decisiones sustanciales. El plebiscito, referéndum, consulta popular, revocatoria del mandato, son herramientas puestas al servicio de la ciudadanía para la co-gestión y el control estatal.

Aunque se consideraron antecedentes de la aplicación de este tipo de mecanismos en nuestro territorio incluso desde la época colonial, lo cierto es que durante la segunda mitad del siglo XX y a raíz del plebiscito de 1957, la estructura política estatal quedó cerrada privilegiando dos partidos políticos y fijándose directrices totalmente representativas hasta el punto que la Constitución sólo podía ser reformada por el Congreso de la República máximo ente representativo de la Nación. La propuesta de eliminar la negación del sujeto político, romper el esquema de ciudadanos inactivos y dotarlos de poderes, era para la época de la Asamblea Constituyente una tarea con opositores fuertes en tanto rompía con el estatu quo de los partidos políticos y una estructura democrática concebida.

Mientras que los proyectos de aquellos que defendían la democracia representativa evitaron mecanismos de participación directa, los dos proyectos de reforma estudiados en este aparte son claros en sus fines sobre el tema, ambos predicen su disposición de facilitar a los ciudadanos la participación en la toma de decisiones.

Ahora bien, se trata de mecanismos de participación *directa*. En el caso del referéndum o plebiscito, los ciudadanos en ejercicio de sus derechos constitucionales toman las decisiones con las expresas limitaciones temáticas; en el caso de la revocatoria del mandato son los ciudadanos en ejercicio quienes deciden si el funcionario debe o no debe continuar en el cargo para el cual fue elegido imponiendo responsabilidades frente a los ciudadanos que son evitadas en la democracia representativa. Finalmente, la consulta popular es un apoyo de legitimidad de la decisión que se quiera adoptar por parte del ente gubernativo que la proponga, claro está, el concepto favorable del pueblo no es vinculante.

No era para menos entonces, que algunos prendieran las alarmas sobre el resurgimiento de la democracia populista o plebiscitaria, incluso que abriera la puerta a modelos como el Estado de Opinión.

- Reforma a la Constitución.

Tanto el entonces Presidente de la República Cesar Gaviria Trujillo, como el ADM-19 sufrieron antecedentes lejanos y cercanos para una reestructuración democrática y estatal que rompiera con la ineficiencia, ineficacia, corrupción e inviabilidad del Estado Colombiano. Cesar Gaviria asistió como Ministro de Gobierno al hundimiento de dos reformas a la Constitución de 1886 propuestas por el Presidente Virgilio Barco; entre tanto, producto de un supuesto fraude electoral a favor del Frente Nacional en 1970 se forma el Movimiento 19 de Abril (M - 19),

grupo guerrillero que se desmovilizó y firmó la paz en 1990, tras pactar los esfuerzos para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente y el indulto para sus miembros, así como la posibilidad de acceder a cargos públicos.

Para guardar coherencia entre los esfuerzos realizados por estos actores políticos y sus ideales de ampliación democrática era preciso que sugiriera una Constitución dinámica, con posibilidades viables de reforma y que no estuviese limitada a la gestión y voluntad del Legislativo. Ambos proyectos, sugieren la posibilidad de reformar la Constitución por iniciativa del legislativo y del Gobierno Nacional como es lo usual en las democracias representativas, pero también abren la opción de reforma por parte de los ciudadanos conforme a los mecanismos de participación directa.

Limitación democrática

No hay duda del avance democrático de los dos proyectos en el modelo participativo si lo comparamos con el modelo representativo; pero el sin sabor empieza a aparecer cuando comprendemos que los alcances democráticos podían ir mucho más allá.

Los modelos de democracia participativa decisionista confían demasiado en sus mecanismos de participación directa, no obstante de ser instrumentos valiosos pese a los manejos caudillistas, el papel del ciudadano no es simplemente asistir con el voto a una urna; no se trata solamente de la decisión, sino de la discusión, el consenso y el acuerdo.

Los proyectos que acogieron la participación decisionista adolecieron de mecanismos de concertación y deliberación entre el Estado y los ciudadanos, como corrección de legitimidad y coherencia entre las posturas de los elegidos y electores, lo que limitaba la creación de una comunidad política activa que reflexionara sobre su destino. Al ser las fuerzas mayoritarias en la Asamblea Nacional Constituyente una visión decisionista de la democracia participativa privó a Colombia de la implementación de mecanismos como el presupuesto participativo y la Consulta Previa del Estado a todos los ciudadanos sobre las decisiones que los afectarían.

Democracia participativa deliberativa

Tanto decisionistas como deliberativistas hacen parte de la democracia participativa, su diferencia radica en los mecanismos y alcances de la participación ciudadana. Mientras que los decisionistas confían en los mecanismos de participación ciudadana y fundamentan allí la esperanza del cambio, los deliberativistas optan por encontrar puntos de encuentro entre la comunidad y el Estado para tomar la decisión más razonable y legítima.

Por lo general los mecanismos de participación deliberativa se viabilizan en sectores locales o microlocales, a partir de allí los proyectos que se inclinaron hacia aspectos deliberativos de la democracia enfocaron sus esfuerzos en generar un buen sustento en la descentralización y autonomía territorial. Así fue como los constituyentes que proponen el proyecto de reforma Juan Gómez Martínez y Hernando Londoño, aunque integraron la lista de Conservadores independientes (C.I.), apoyaron la democracia participativa al interior de la Asamblea Nacional Constituyente, y estipularon en el artículo 10 sobre la misión de las autoridades: “Las autoridades de la República están instituidas para asegurar el eficiente y eficaz cumplimiento de los fines siguientes”: en el numeral 6 se pacta una alianza distinta entre Empleados Públicos y Ciudadanos: “Permitir la concertación y la participación comunitaria y ciudadana dentro de un espíritu de descentralización y autonomía regional” Gaceta Constitucional 9, 1991, p, 7 – 8), es bajo cláusulas como éstas, donde se aparta el proyecto del Gobierno Nacional y del ADM-19, puesto que el acuerdo entre Estado y Ciudadanía a nivel local y Regional es no sólo posible sino necesario. Como analizamos en los proyectos decisionistas, esas reformas no dispusieron este tipo de alcances democráticos y por tanto cerraban la puerta a la creación y consolidación de mecanismos distintos a los de participación directa.

Pero los proyectos deliberativos y en especial el de los constituyentes Juan Gómez Martínez y Hernando Londoño no dejarán el asunto en abstracto y se enfocarán sobre todo en la participación de la comunidad en el presupuesto, que a diferencia de los que adoptaron democracia representativa o democracia participativa decisionista, abren la posibilidad a los ciudadanos para que hagan parte de la planeación y ejecución de los presupuestos sobre todo a nivel local, de modo que reitera en varias oportunidades este derecho. Es el caso del artículo 28 sobre la participación comunitaria:

“Habrá participación comunitaria en los procesos de planeación, programación presupuestal, ejecución y control y evaluación de la gestión pública en su conjunto, con énfasis en el nivel local.

La participación de la comunidad será permanente, inmediata, directa y coactiva, especialmente en las decisiones sobre asignación de recursos, conforme a la ley.

La ley establecerá los espacios y los mecanismos para garantizar la efectiva participación de la comunidad.

Se estimulará y protegerá el cooperativismo y los derechos de los consumidores”.
(Gaceta Constitucional 9, 1991, p 15)

Igualmente el artículo 85 del proyecto dispone: “La función de planeación será ejercida por el Gobierno Nacional, a través de un sistema nacional de planeación, con el apoyo de las administraciones departamentales y municipales y con la

participación de la comunidad” (p, 56) Sobre el título décimo de la hacienda en el artículo 88 principios de las finanzas públicas numeral 7 se dice: “La comunidad participará en la preparación, decisión ejecución y control y evaluación de los presupuestos de las entidades, sobre todo a nivel local” (p, 59). En tanto, el artículo 98 de los principios de la repartición de funciones en el numeral 3 literal a: Permitir y procurar la participación comunitaria” (p, 63). En el artículo 100 expresamente se da un mandato de concertación con la comunidad: “Los municipios tendrán por objeto la prestación de los servicios públicos y la ejecución de obras y proyectos de obras y de inversión que procuren el desarrollo local integral en forma concertada con la comunidad” (p, 67).

También el artículo 103 impone al concejo “4. Procurar la participación comunitaria en la planeación, ejecución y control de la gestión local” (p, 69).

Finalmente, podría aducirse como deliberativa la asistencia de los ciudadanos llamados al Congreso artículo 37: “Todo ciudadano podrá ser citado por las comisiones en el curso de las deliberaciones o de las investigaciones” (p, 89). y la participación de los ciudadanos en la administración de justicia como jurados de conciencia, disposición que deja al legislativo para reglamentación e implementación (p, 40).

Con base en lo anterior, estos preceptos no podrían cumplirse con revocatorias de mandato, ni referendo, ni consulta popular, se debe ser creativo o dejarle a la comunidad misma, la potestad de organizarse como mejor pueda asegurar el derecho a la participación de todos; Así, por medio de experimentos democráticos, se habría generado seguramente mucha más profundización en la democracia como lo ha venido haciendo Brasil con el Presupuesto Participativo.

Este fue el paso que no quiso dar la mayoría de la Asamblea Nacional Constituyente, dejando el legado de los hasta ahora casi inservibles mecanismos de participación ciudadana.

Consideraciones finales

Son varias y muy importantes las implicaciones de lo allí decidido y de la redacción final de la Constitución en materia de participación.

En primer lugar, la mezcla del principio de participación en abstracto del principio participativo del artículo 2 y del artículo 40 numeral 2 en contraposición con la restricción en el artículo 103 sobre los mecanismos de participación ciudadana, genera un campo de discrecionalidad por parte del gobernante que debe ser resuelto por la Corte Constitucional y no por los gobernantes como todavía se maneja.

El gobernante no quiere que el ciudadano se inmiscuya en la administración, y siendo la parte fuerte se ampara en los preceptos constitucionales de hacer lo que hay estipulado. Sin embargo, el principio participativo es un concepto en construcción, es un instrumento de ensayo y emancipación que debe ser utilizado por los ciudadanos como un derecho fundamental por sí mismo y no como instrumento para legitimar políticas o decisiones mayoritarias del gobernante de turno.

La posibilidad de reinterpretación del modelo democrático participativo a favor de los ciudadanos y no de los gobernantes es más necesario y viable que nunca, al develar un modelo para nada unánime, completamente instrumentalizado, con una falta de rigor conceptual para la época, y limitado con la promulgación de la ley 134 de 1994.

DISCUSIONES O CONCLUSIONES

Conclusiones Parciales

Algunas conclusiones parciales de los resultados obtenidos en el primer y segundo objetivo y de la fase interpretativa del proyecto de investigación que he tratado de sintetizar en estas páginas pueden ser las siguientes:

- El concepto de democracia participativa que imperó en los momentos previos a la Asamblea y en los proyectos de reforma presentados por los Constituyentes fue el de la democracia participativa decisionista y así quedó plasmado en la Constitución.
- El concepto de democracia participativa no se dio en sí mismo sino que fue el producto de la instrumentalización para alcanzar el objetivo de reformar la Constitución Nacional de 1886, lo que dio opción para su utilización como concepto legitimador de intereses diversos e incluso opuestos al principio participativo.
- Gran parte de los políticos, académicos y constituyentes fueron influenciados por Norberto Bobbio quien sostiene una teoría de pluralismo democrático no participativo. Dicha teoría ya ha sido muy confrontada y ya no corresponde a la realidad constitucional nuestra. Nuevas teorías y experimentos democráticos se han realizado en Latinoamérica y en nuestro país, aumentando cuantitativa y cualitativamente las razones para repensar y reinterpretar el concepto de democracia participativa en Colombia.
- En los proyectos presentados por los Constituyentes, se evidencia la existencia de una tensión entre los tres modelos: representativo, participativo decisionista y participativo deliberativo. Le corresponde a la Corte Constitucional generar una gran teoría constitucional que determine las circunstancias de modo, tiempo y

lugar, en la que se pueda generar democracia participativa real y efectiva, y pueda reinventarse el espacio para nuevos mecanismos de participación ciudadana.

REFERENCIAS

- Araújo Rentería, J. (1999) Principios de derecho constitucional. Bogotá: Editorial McGRAW – HILL INTERAMERICANA, S.A.
- Bobbio, N. (2001). El Futuro de la Democracia. (3ra Ed.) México D.C.: Fondo de la Cultura Económica.
- Castro C., Jaime. (1990). Una Asamblea Nacional Constituyente para la Construcción de un nuevo Estado. En: Una Constituyente para la Colombia del Futuro. Cristina Franco & Juan Andrés Valderrama (Coord.) Bogotá D.C.: FESCOL.
- Cepeda, M. J. (1993). La Constituyente por Dentro: mitos y realidades. Bogotá: Editado por la Presidencia de la Republica y la Consejería para el Desarrollo de la Constitución.
- Corte Constitucional. Sentencia T – 445 de 1993 Magistrado Ponente: Alejandro Martinez Caballero. Disponible en internet: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-445-93.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia T – 418 de 1993 Magistrado Ponente: Alejandro Martinez caballero. Disponible en internet: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-418-93.htm>
- De La Calle L., Humberto. (2004). Contra Todas las apuestas. Bogota D.C.: Planeta.
- Gaceta Constitucional numero 1. (1991) obtenido el día 30 de mayo de 2011 desde la dirección: http://www.elabedul.net/Documentos/Temas/Asamblea_Constituyente/Gacetas/Gacetas_1-50/gaceta_001.php
- Gaceta Constitucional numero 4. (1991) obtenido el día 30 de mayo de 2011 desde la dirección: http://www.elabedul.net/Documentos/Temas/Asamblea_Constituyente/Gacetas/Gacetas_1-50/gaceta_004.php
- Gaceta Constitucional numero 5. (1991) obtenido el día 2 de noviembre de 2010 desde la dirección: http://www.elabedul.net/Documentos/Temas/Asamblea_Constituyente/Gacetas/Gacetas_1-50/gaceta_005.php
- Gaceta Constitucional numero 9. (1991) obtenido el día 30 de mayo de 2011 desde la dirección: http://www.elabedul.net/Documentos/Temas/Asamblea_Constituyente/Gacetas/Gacetas_1-50/gaceta_009.php

FUERO PARLAMENTARIO CONSTITUCIONAL: IMPUNIDAD O INMUNIDAD FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL A PARTIR DE LA CARTA FUNDAMENTAL DE 1991.

ARMANDO CASTRO PÉREZ¹

Resumen

El Fuero Parlamentario Constitucional, en la Carta Fundamental de 1991, se ha convertido en un instrumento jurídico muy controvertido, a partir de las tesis planteadas por la Corte Suprema de Justicia en los denominados procesos de parapolítica, en donde son juzgados e investigados aforados constitucionales que tienen la representación del poder legislativo. Por tal razón, este privilegio que ostentan algunos miembros del Congreso, es materia de estudio para dilucidar el alcance de las teorías del Derecho sobre su aplicación y alcance, frente a las posibles soluciones que ha dado la Justicia en Colombia, en donde las sentencias de la corte, se han fortalecido con cambios jurisprudenciales por la aparición de nuevos delitos y crímenes contra la humanidad. Impunidad o inmunidad, el Fuero Parlamentario Constitucional, desde su origen, se ha consagrado en un derecho que ha cambiado la derivación de nuevos tipos penales, una competencia privativa, un procedimiento especial y aspectos probatorios dentro de las sentencias y fallos contra aforados constitucionales.

Abstract

The Constitutional Parliamentary Jurisdiction, in the Fundamental Letter of 1991, has become a very controversial juridical instrument, starting from the theses outlined by the Supreme Court of Justice in the denominated parapolítica processes where are judged and investigated appraised constitutional that have the representation of the legislative power. For such a reason, this privilege that some members of the Congress show, is study matter to elucidate the reach of the theories of the Right on its application and reach, in front of the possible solutions that he/she has given the Justice in Colombia where the sentences of the court, they have strengthened with jurisprudence changes for the appearance of new crimes and crimes against the humanity. Impunity or immunity, the Constitutional Parliamentary Jurisdiction, from their origin, it has been consecrated in a right that

¹ Abogado, Universidad Santo Tomás de Aquino USTA- Seccional Bucaramanga, especialista en Relaciones Laborales de la Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB, Magister en Hermenéutica Jurídica y Derecho de la Universidad Industrial de Santander UIS, docente de la Universidad Industrial de Santander UIS y de la Corporación Universitaria de Ciencia y Desarrollo. Miembro del grupo Derecho y Sociedad de la Escuela de Derecho de la UIS. E-mail: armando.castro.p@hotmail.com

has changed the derivation of new penal types, an exclusive competition, a special procedure and probatory aspects inside the sentences and shortcomings against having appraised constitutional.

Palabras clave

Fuero parlamentario, fuero constitucional, crímenes de lesa humanidad, parapolítica.

Keywords

Parliamentary jurisdiction, constitutional jurisdiction, hurt humanity's crimes, parapolítica.

INTRODUCCIÓN

A la luz de la nueva Constitución Nacional aprobada por la Constituyente, se estableció en nuestro ordenamiento positivo, modalidades y variables legales de fueros que se pueden denominar constitucionales, los cuales dentro de su definición y naturaleza, han sido interpretados y considerados jurídicamente por la jurisprudencia de las altas cortes de manera desigual e inequitativa.

Sin embargo, centrando los efectos legales en el tiempo, en el espacio y en la formalización de su vigencia, en lo que hermenéuticamente se podría llamar “Fuero Constitucional”, se plantea y delimita el presente trabajo de investigación en el denominado Fuero Constitucional Parlamentario. Es en este sentido y orientación, hacia donde enfocaremos la atención e interpretación de las múltiples consecuencias jurídicas que se pueden presentar en la siguiente pregunta de investigación.

¿Qué cambios sustanciales a partir de la vigencia de la Constitución Nacional de 1991², se presentan en torno a la interpretación, análisis y sistema garantista del denominado Fuero Constitucional, aplicado a los miembros del Congreso de la República de Colombia?

Esta pregunta y otros interrogantes se pueden subsumir en una mirada interior al problema en cuanto a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en relación a la constitucionalidad de algunas sentencias controvertidas, las cuales pueden ser

² Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 127 de octubre de 1991.

dilucidadas a la luz de los principios, valores y nuevas tendencias de las teorías de Derecho, para cuestionar, interpretar y revisar su legitimidad, validez y eficacia.

Conforme con lo establecido en el artículo 186° de la Constitución Política, “los delitos que cometan los congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia”. Y por otro lado, el numeral 3° del artículo 235° de la Carta, establece que a la Corte Suprema de Justicia le corresponde “investigar y juzgar a los miembros del Congreso”. De donde se deduce que a partir de la vigencia de la Constitución Nacional de 1991, se ha establecido un fuero Constitucional para los miembros del Congreso de la República, consistente en asignar una competencia especial para ser investigados, procesados y juzgarlos en forma privativa por la Corte Suprema de Justicia.

Por esta razón la pregunta inicial en materia de fuero Constitucional parlamentario, tienen que ver con la naturaleza jurídica especial de dicha prerrogativa o privilegio por parte de los senadores y representantes, frente a la posibilidad o conveniencia legal de que con la renuncia al cargo y por ende de su privilegio de funcionarios públicos aforados, la Corte Suprema de Justicia pierda la competencia en la investigación de sus conductas dentro o fuera del ejercicio de sus cargos.

Sobre este problema, ha de tenerse en cuenta que en la Constitución de 1991 por vacío legal, se contempla la figura de la anomia del constituyente, ya que no existe una norma expresa aplicable que regule este punto de discusión. El único texto que hace referencia al caso planteado, se expresa aunque de manera indirecta, en el parágrafo del artículo 235° *ibídem*, que señala que “cuando los funcionarios antes numerados hubiese cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas”.

¿Se puede pensar es este caso concreto que la norma constitucional así instituida, establece que cuando un miembro del congreso de la república renuncia a su cargo y por ende a su fuero constitucional, las conductas por las que se le investiga, si no tienen relación con el cargo pierde la Corte Suprema de Justicia competencia para juzgarlos?

Pese a las diferentes interpretaciones que han surgido en casos cuestionados de investigaciones a un gran número de congresistas por procesos de parapolítica³, la respuesta está muy lejos de la realidad para ser respondida de manera positiva y afirmativa.

³ Nombre asignado a los Congresistas de Colombia, que fueron señalados y denunciados por jefes, comandantes y miembros de grupos armados paramilitares, en los llamados casos de violación de Derechos Humanos, por paramilitarismo, concierto para delinquir, homicidio, secuestro, violaciones, matanzas sistemáticas colectivas y demás delitos atroces y de lesa humanidad.

En este orden de ideas, nos ocuparemos de los siguientes puntos e interrogantes que complementan la pregunta inicial de investigación, en el planteamiento del problema:

(i) ¿Es potestativo de un miembro del congreso de la República de Colombia, dimitir a su cargo y en ese sentido renunciar al fuero Constitucional?, (ii) ¿Puede perder por sustracción de materia y por mandato constitucional, la Corte Suprema de Justicia la competencia para investigar y juzgar a un congresista de Colombia, cuando este renuncia a su cargo e investidura? (iii) ¿Resulta inconstitucional y contrario a los convenios y tratados Internacionales sobre derechos humanos, el que la Corte Suprema de Justicia adelante, investigue y juzgue a los congresistas en única instancia?

La investigación se desarrollará teniendo en cuenta un enfoque hermenéutico, desde el método descriptivo (Sanpierre) y correlacional de las normas de la actual Constitución hacia la consecución de los objetivos formulados en los pactos y tratados internacionales. Por esta razón se limitará el trabajo única y exclusivamente al análisis de sentencias de la Corte Suprema de Justicia en relación a aforados constitucionales.

JUSTIFICACIÓN

Desde una perspectiva legal y pertinencia hermenéutica frente a las teorías del derecho, en torno al análisis, interpretación, comprensión y aplicación de la Constitución Nacional de 1991 en materia de Fuero, y sus diferentes modalidades, es importante precisar el alcance de esta garantía constitucional, que como prerrogativa y derecho, tienen los sujetos activos aforados a partir de la vigencia de la nueva carta política, frente a sus implicaciones, alcances, contenidos legislativos y jurisprudenciales, para hacer una hermenéutica más comprensiva y metodológica de las situaciones que afloran a la luz de sentencias controvertidas sobre la validez, eficacia y legitimidad de esta figura constitucional, en el caso de los senadores y representantes dentro del Congreso de la República, en los llamados casos de parapública o de corrupción parlamentaria.

Para entender la dimensión y los efectos que para el ejercicio de los poderes públicos representa tener o no garantías, estar o no aforado, o simplemente gozar de un debido proceso que permita la aplicación del principio *indubio pro reo*, doble instancia y *reformatio in pejus*, es necesario preguntar.

¿Qué es y cómo opera el amparo constitucional de fuero parlamentario constitucional?

¿Pueden los congresistas aforados renunciar al fuero constitucional para sustraer y desviar el ejercicio jurisdiccional de administración de justicia por delitos atroces y de lesa humanidad?

¿Es el fuero constitucional una prerrogativa legal o fundamental que busca crear situaciones de impunidad o inmunidad favorables a un grupo de servidores del Estado, en contra del principio de la igualdad?

¿Puede la Corte suprema de Justicia renunciar a su legítimo ejercicio constitucional, para investigar y juzgar a los miembros del poder legislativo, cuando sus conductas o presuntos delitos fueron cometidos antes o durante el ejercicio de la actividad parlamentaria?

A través del análisis crítico e interpretativo de las normas y principios fundantes de la Constitución de 1991, se encontraran las tesis del significado, dimensión, validez, legitimidad y eficacia del fuero constitucional, como garantía procesal de competencia o como favorabilidad e inmunidad dentro de los Derechos Fundamentales al debido proceso.

Origen y Evolución Histórica del Fuero Constitucional

El término “fuero Constitucional”, representa desde su concepción jurídica y comprensión hermenéutica, una variada e infinita cantidad de significados y acepciones, como resultado inevitable del desarrollo de la teoría Constitucional dentro de sus diversas corrientes, que han impreso el término y su proceso de evolución histórica.

En Inglaterra uno de los países con formaciones consuetudinarias más representativas de libertad y antigua tradición legislativa de la historia, según Pedroza (2003), consideró la base de gobierno parlamentario bicameral en el siglo XVII, desarrollando el concepto, por una parte de inmunidad parlamentaria y por la otra el de la inviolabilidad parlamentaria, denominados respectivamente, “freedom from speech” y el “freedom from arrest” como una excepción de ir a prisión frente a las acciones judiciales de carácter civil, no frente a las acciones judiciales criminales o penales.

En Francia por otra parte, según García (1989) a partir de la Revolución francesa dentro del nuevo sistema de gobierno republicano, un Decreto del 26 de junio de 1790 plasmó el concepto de inmunidad parlamentaria, en el cual mencionaba

que los miembros de la Asamblea Nacional gozaban de la inviolabilidad, refiriéndose a la inmunidad sólo que con un vocablo distinto. El fin de esta prerrogativa era otorgar protección al poder legislativo en contra de los mandatos de los reyes. Posteriormente en una Ley de junio de 1791, en sus artículos 51° y 53° se reguló una forma de fuero similar al conocido hoy.

En España como antecedente de la inmunidad parlamentaria, según García (1989) se encuentra un Decreto del 24 de septiembre de 1810, el cual consistía en proteger al parlamentario de las infracciones penales y no del arresto por responsabilidad civil como en el sistema inglés. Otro antecedente según el mismo autor, se encuentra en la Constitución Política de la Monarquía Española, es decir, en la Constitución de Cádiz de 1812. Este documento fue inspirado por los textos constitucionales de EE.UU. -1787- y Francia -1791- y entre los derechos y libertades mencionaba, el reconocimiento de los fueros castrense y eclesiástico, la inviolabilidad y el de la inmunidad parlamentaria; la última mencionada en el artículo 128°, segunda parte, señalando que las causas criminales contra diputados serán juzgadas por el Tribunal de las Cortes -unicameral.

En las nuevas provincias de España dentro de la estructura política del siglo XV, según el autor ya citado, esta figura legislativa empezó a gestarse concretamente a partir del momento en que inició la conquista de América. Fortalecida la conquista, se inició el periodo de la Colonia y con esto, la organización político-administrativa encabezada por el Rey de España. El régimen gubernamental se transformó en virreinato en 1535. Aunque el poder del Virrey era muy extenso, casi absoluto; igualmente existía una única y efectiva limitación a tal hegemonía, la cual consistía en someter al Virrey a “juicio de residencia”. El juicio de residencia fue, junto con la figura de las “Visitas”, el elemento de control de poder más importante de la época colonial.

Dentro del Estado Mexicano según este mismo autor para el año 1812, con la guerra de independencia, la Constitución de Cádiz fue uno de los documentos determinantes para la instauración del México Independiente; proclamada por las Cortes de España en marzo de 1812. Dentro de sus disposiciones, en el artículo 128° del Capítulo VI -De la celebración de las Cortes- se regula la “inmunidad parlamentaria”, que a la letra dice, según Tena Ramírez (2002):

Artículo 128. Los diputados serán inviolables por sus opiniones, y en ningún tiempo ni caso, ni por ninguna autoridad, podrán ser reconvenidos por ellas. En las causas criminales, que contra ellos se intentaren, no podrán ser juzgados sino por el Tribunal de las Cortes, en el modo y forma que se prescriba en el reglamento del gobierno interior de las mismas. Durante las sesiones de las Cortes, y un mes después, los diputados no podrán ser demandados civilmente ni ejecutados por deudas.

Posteriormente, en este mismo país en el año 1824. Surgió la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos (4 de octubre de 1824), en la cual se integró, dentro de las atribuciones que tenía el Poder Legislativo, la inviolabilidad de sus opiniones, y de nuevo, se retomó la figura del “fuero constitucional” o “inmunidad parlamentaria” y la de juicio de declaración de procedencia en el artículo 43º, que expresó según Tena Ramírez (2002):

Artículo 43. En las causas criminales que se intentaren contra los senadores o diputados, desde el día de su elección hasta dos meses después de haber cumplido su encargo, no podrán ser aquellos acusados sino ante la Cámara de éstos, ni éstos sino ante la de senadores, constituyéndose cada Cámara a su vez en gran jurado, para declarar si hay o no lugar a la formación de causa.

En Colombia en el artículo 106º de la Constitución de 1886⁴, reconoció la <inviolabilidad> como una prerrogativa o garantía de independencia de los parlamentarios en el ejercicio de la labor de control, que en relación al gobierno, siempre ha sido atribución del Congreso por cuanto sus miembros son inviolables por sus opiniones y votos en el ejercicio del cargo. (Artículo 106º C.N. 1886).

La Constitución Nacional de 1886, establece una responsabilidad que es exigible única y exclusivamente a la Cámara de representantes, la cual quedó facultada para la imposición de sanciones disciplinarias a los parlamentarios, conforme al reglamento interno; además, quien presidía la sesión podría llamarlos al orden en caso de abuso de la libertad de expresión. La otra prerrogativa que establece la Carta Política de Núñez, es la Inimpunidad, que desde tiempos muy remotos surgió en el parlamento inglés como protección y defensa de los parlamentarios de su integridad, ante posibles abusos y persecuciones políticas del poder ejecutivo. Esta facultad o fuero constitucional en la norma fundante de 1886, se consagró por lo tanto, a favor del Congreso directamente y solo indirectamente a los miembros del congreso de manera individual.

Para Henao (1981: p. 170) la evolución constitucional de la inmunidad en Colombia demuestra que su tratamiento ha oscilado entre criterios a veces restrictivos, y a veces de amplia cobertura.

Es por esta razón, que la Constitución de 1886 dispuso:

“Cuarenta días antes de principiar las sesiones, y durante ellas, ningún miembro del congreso podrá ser llamado a juicio civil o criminal sin permiso de la cámara a que pertenezca. En caso de flagrante delito, podrá ser detenido el delincuente y será puesto inmediatamente a disposición de la cámara respectiva” (ib. Art.107).

⁴ Sancionada el 5 de agosto de 1886 por Campo Serrano como designado del Consejo Nacional de Delegatarios y promulgada el día 7 de agosto dentro del aniversario de la Batalla de Boyacá, siendo presidente de la República Rafael Núñez.

El texto definitivo de la reforma constitucional de 1979, con todos los conflictos que para esa época tenían los congresistas, quedó redactado de la siguiente manera:

Los miembros del congreso gozaran de inmunidad durante el periodo de sesiones, treinta días antes y veinte después de estas. Durante dicho tiempo no podrá ser detenido, ni privado de su libertad por motivo alguno, a menos que en su contra se dicte sentencia judicial condenatoria de primer grado. En caso de Flagrante delito, podrán ser capturados y puestos a disposición de la mesa directiva de la cámara correspondiente, para ser entregados en custodia a las autoridades de policía. (Art. 107).

En la actual Constitución (1991), de conformidad con el artículo 93° los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. En este sentido mediante el artículo 1° del Acto Legislativo No. 2 de 2001, reconoce la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la conferencia de plenipotenciarios de las Naciones Unidas.

Pero, es en los artículos 183° , 184° , 185° , y 186° superior, donde se consagran las causales para la pérdida de la investidura, su decreto, la inviolabilidad de sus opiniones, los votos que emitan en el ejercicio del cargo y finalmente el de los delitos cometidos por congresistas.

¿Qué es el fuero parlamentario constitucional?

Etimológicamente el término fuero proviene de la raíz latina, fórum, que significa foro “recinto” “senadoconsulto” o “plaza pública”, haciendo referencia al lugar donde se administraba la justicia. En Roma, se establecían los tribunales en las plazas públicas (Foros). Posteriormente y en todo el mundo, los jueces se limitaron a atender en sus propias instalaciones, pero éstas siguieron conociéndose con el nombre de foros.

Para Arboleda y Ruiz (2008), el Fuero desde el punto de vista del Derecho Penal constituye:

La institución que impone el juzgamiento de determinadas personas por jueces especiales, en razón de su cargo o investidura, tales como el fuero presidencial, militar y parlamentario; la doctrina dominante no lo considera como una limitación a la aplicación de la ley penal sustancial en cuanto a los sujetos, ya que es una institución que tan sólo determina factores de competencia para el juzgamiento. (p. 106).

El fuero Constitucional, desde el punto de vista de la hermenéutica como comprensión, argumentación y como interpretación se puede definir conforme a la tradición y proceso de desarrollo jurídico-constitucional de algunos países, que igualmente contemplan esta misma prerrogativa, como la imposibilidad de poner en dinámica el órgano de justicia ordinaria de aplicación nacional, regional o local, para no ser detenidos, procesados y condenados, sino conforme a un procedimiento previo especial, que permite garantizar el debido proceso, desarrollo de sus funciones y el ejercicio del cargo, conforme a la investidura de quien detenta tal carácter de servidor público o de una categoría de personas a quien la Constitución le sustrae un procedimiento especial para su investigación y juzgamiento.

Si bien es cierto, el Fuero Parlamentario Constitucional debe interpretarse estrictamente como un mecanismo de protección en el ejercicio de la función de poder legislativo, para que pueda expresarse y realizar estrictamente su función con autonomía y libertad, también es válidamente aceptado y desafortunado que en nuestro país, no ha surtido tal efecto. En los mencionados casos de parapolítica, antes y después de la expedición de la Ley de Justicia y Paz⁵ (2005), la concentración del poder político en el partido de gobierno y el autoritarismo que se percibe dentro del poder ejecutivo en nuestro país, han hecho equivalentes en muchos casos, la inmunidad con la impunidad, puesto que se ha desvirtuado la filosofía del derecho, razón de ser y la naturaleza implícita que debe tener el mecanismo de aforo parlamentario frente a la política de grupos que han orquestado todo tipo de actividades para uso y abuso del llamado fuero constitucional parlamentario.

Esto ha generalizado entre los fallos de la corte Suprema de Justicia y de la opinión pública una actitud de condena y de rechazo al ejercicio del fuero parlamentario, su conveniencia y manipulación en cuanto a su garantía constitucional, de los cientos de congresistas investigados por vínculos y nexos con el paramilitarismo, llegando incluso a ser algunos de ellos, comandantes y patrocinadores de dichos grupos armados al margen de la ley, como una nueva fuerza política dentro del Congreso, en el pretendido proyecto político de “refundar el Estado”.

El fuero desde la óptica del paradigma positivista del derecho

Dentro del Marco Positivismo Teórico-jurídico y validez formal del derecho los formalismos legales para la creación de las normas de derecho positivo, en este caso las normas constitucionales y los tratados y convenio internacionales ratificados por el Congreso, en cuanto al debido proceso para reconocer este mecanismo de garantía foral constitucional, considera el fuero como parte de la estructura legal dentro de un ordenamiento jurídico interno, el cual también es básico para el desarrollo de la justicia en términos de la validez teórico-práctica del derecho en atención al principio *pacta sunt servanda*.

⁵ Congreso de la República de Colombia. Ley 975 de 2005.

En este orden de validez de las normas constitucionales y en especial el artículo 93° Superior y por ende del desarrollo de la justicia penal internacional suscrita en los convenios y tratados en la aplicación de la ley, una cosa es el contenido implícito de válido y otra sustancialmente distinta, es el fundamento de validez en su aplicación jurídica interna, como los fallos que se analizarán en las sentencias proferidas en los últimos años por la Corte Suprema de Justicia, respecto a los Congresistas de nuestro país por los sonados casos de parapolítica y respecto de los manejos de bienes incautados al narcotráfico por parte de algunos miembros del Congreso, con la participación de la Dirección Nacional de Estupefacientes. Así las cosas, su fundamento lo podemos comparar conforme lo plantea Kelsen (2000) cuando expreso:

A la postre, su validez sólo puede fundarse en una norma presupuesta, según la cual debe comportarse conforme a las órdenes de la autoridad que las dicta, o según las normas producidas consuetudinariamente. Esta norma puede prestar solamente el fundamento de validez, pero no el contenido válido, de las normas en ella fundadas. (p. 204)

En este aspecto sobre su contenido de validez interna, es importante interrogarnos ¿Sí es válido y eficaz para el ejercicio de la actividad judicial de los operadores y encargados de administrar justicia en Colombia, conforme al artículo 93° de la norma fundante superior, considerar dentro de su discrecionalidad la aplicación y fundamentación de validez del fuero, interpretando los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, como una garantía para no juzgar o castigar delitos cometidos en el ejercicio de un cargo aforado determinado, no en relación a la persona, ni a la investidura que ostenta, sino reconociendo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma?

La respuesta crea muchos interrogantes, principalmente, si las sanciones y beneficios de favorabilidad que se puede predicar de esta prerrogativa o privilegio, pueden violar el principio del debido proceso y tipicidad de las penas para las personas, funcionarios y servidores públicos contemplados en la Constitución de 1991, es decir, dentro del determinismo temporal, antes, durante o después del ejercicio de sus funciones. Y por otra parte cabe preguntarnos: ¿son válidas moralmente, eficaces jurídicamente y legítimas las garantías forales que tiene determinada persona, cuando está siendo juzgada por tipos penales, en concurso con otros delitos considerados atroces o de lesa humanidad, sobre todo si proceden de miembros del congreso elegidos popularmente, que tuvieron antes, durante y después, vínculos con grupos paramilitares? ¿Puede deslegitimarse el ejercicio del poder legislativo si las leyes expedidas fueron aprobadas por un grupo de miembros del congreso que tenían conflicto de intereses y vínculos con el paramilitarismo?

La respuesta que podemos dar se puede enfocar igualmente desde la óptica de Kelsen (2000) cuando al referirse al tema de la norma fundante básica y su validez, escribió:

La norma fundante básica sólo provee el fundamento de validez, pero no además del contenido de las normas que constituyen ese sistema. Sus contenidos sólo pueden ser determinados por actos mediante los cuales la autoridad facultada por la norma básica, y luego, las autoridades facultadas por aquélla, establecen las normas positivas de ese sistema. (p.204)

Un argumento deductivo lógico dentro de nuestro sistema jurídico positivo, diría que sí lo es, siempre y cuando sea expedida, conforme a un procedimiento y orden legal establecido en la norma básica, de donde procede su fundamento de validez en ese orden jurídico, siempre y cuando, no sean cuestionadas sus conductas dentro del ejercicio legislativo, como lo expone en su obra KELSEN (2000: p.205).

Con ello surgen algunas dudas sobre la misma aplicación de validez, si analizamos como la Ley de Justicia y Paz y su inmunidad no aforada, se convirtió en un mecanismo lazo y flexible para los miembros de los grupos armados que se acogieron a ella, dentro de la validez y favorabilidad para la cual fue creada, con el determinismo claro de no dejar impune todos los crímenes y delitos que se cometieron buscando la reparación y reconciliación de las víctimas, más que una forma de desdibujar su penalidad y anti juridicidad, de la cual depende su eficacia, fue un mecanismo legal válido, propiciado por la mayoría de miembros del congreso aforados, para y a favor de los mismos grupos y miembros de los cuales ellos formaban parte integral. Podríamos preguntarnos igualmente si esta situación ¿Riñe con los tratados internacionales que castigan los crímenes de lesa humanidad?

Esta situación así expresada de la norma en mención se configura según opinión de SCHMITT (1996: p.10) de varias formas, “bien como regla, bien como decisión o bien como un orden o configuración concretos.” Estos son los tres modos de pensar jurídico que plantea Schmitt, en su obra Distinción de los Modos de Pensar la Ciencia Jurídica: “El legal o normativo, el decisionista y el del orden y configuraciones concretos” (p.10).

Para nuestro ordenamiento jurídico como sistema de normas positivas escritas, dentro de las cuales nuestra Carta Política expresa el denominado Fuero Constitucional, es claro que el normativismo constitucional de Schmitt (1996), se configura en el pensamiento normativo del Estado de Derecho.

En este orden de ideas la pugna de los tres poderes dentro de la institucionalidad de la Justicia en los procesos por parapolítica de los parlamentarios y su fuero, plantea

la tesis de Schmitt. No se trata de la contraposición entre Derecho y norma, decisión u orden, sino de la distinción entre el pensamiento normativo, el pensamiento decisionista y el pensamiento de orden, cada uno de los cuales pretende tener la razón. De ahí que el debate sobre la norma y el fuero es, si se puede renunciar a él para favorecer los efectos de otra jurisdicción y competencia que garantice la doble instancia, dentro de la autonomía del principio de doble instancia y autonomía y control de las autoridades encargadas de investigar por una parte, acusar por la otra y juzgar los delitos cometidos por los aforados, después de la expedición de la Constitución de 1991.

Este paralelo que surge desde la relación de legitimidad y validez es igualmente apoyado por Bourdieu y Teubner (2000), cuando se refieren a las nuevas estructuras de la sociedad: *“La <crisis> del derecho autónomo se genera porque al derecho, especialmente en sus estructuras conceptuales, no se ha adaptado aún a las exigencias de una sociedad altamente diferenciada”* (Pág. 128).

El interrogante que se abre aquí es por consiguiente, dentro de las normas morales sociales que rigen nuestro sistema positivo, ¿Qué ponderación tiene mayor efecto adverso y hostil para el derecho y consecuentemente para la administración de justicia; la garantía foral, la inmunidad parlamentaria, las penas aplicables a los violadores por delitos sexuales; o las penas impuestas antes y después de la ley de justicia y paz a los procesados por masacres, delitos comunes y de lesa humanidad? Nuevamente la respuesta hacia la moral social de reprimir conductas típicas y antijurídica, es el grado de culpabilidad que el derecho positivo orienta a sanciones y penas privativas de la libertad similares e iguales y en algunos casos superiores para intereses jurídicos tutelados como la libertad sexual.

Desde este punto de vista la respuesta que se podría plantear según concepto de Alexy (2007: p.523), es la tesis del punto máximo que desemboca en la idea de que en el ámbito de los principios siempre existe una única respuesta correcta. Si a esta idea se suma que, a causa de la existencia del Derecho general de libertad y del principio general de igualdad, así como su efecto expansivo, el ámbito de los principios iusfundamentales se expande ilimitadamente a todo el sistema jurídico.

De las investigaciones derivadas de los procesos contra aforados constitucionales.

Estas investigaciones derivadas de procesos contra aforados constitucionales se presentaron en grado sumo, asociadas a casos de parapolítica por parte de grupos armados que fueron filtrando y asegurando un espacio político y militar en las diferentes regiones del país, quienes a través de pactos y acuerdos de lucha

contra la guerrilla y la delincuencia común, instalaron dentro de los estamentos de representación popular una fuerza militar, electoral y gubernamental, para financiar un proyecto político y social, que significaba volver a fundar o refundar un nuevo Estado o Gobierno de seguridad y prosperidad en el campo.

Recientemente y a raíz de procesos políticos de lucha contra la corrupción se han enmarcado otra clase de procesos contra aforados constitucionales por hurto de bienes en extinción de dominio, peculado por apropiación, cohecho y otros que han derivado procesos contra congresistas implicados en estas conductas penales. Sin embargo, de las investigaciones que se siguieron y que actualmente se adelantan en la Corte Suprema de Justicia contra aforados constitucionales por delitos comunes, se han sumado denuncias graves de miembros de grupos armados que confesaron haber cometido por orden de sus superiores, delitos contra la humanidad o de lesa humanidad, en cuyo caso, surge para la justicia colombiana dentro de la actual marco constitucional, (Artículo 93° C.N. Adicionado por el art. 1° del Acto Legislativo No.2 de 2001) la obligación de compulsar copias de lo actuado a la Corte Penal Internacional para que avoque su conocimiento, en los términos previstos en el Estatuto de Roma.

Según La Corte Suprema de Justicia (2010), en la edición de la obra Procesos contra Aforados Constitucionales- Parapolítica. Compilación de autos y Sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, diciembre de 2007 a septiembre de 2010: *“es imposible obviar la responsabilidad social y el compromiso internacional que tiene de investigar y juzgar delitos que se constituyan como crímenes atroces o de lesa humanidad, ya que su inactividad, o falta de capacidad para juzgarlos, genera de inmediato la actividad, competencia y participación de la Corte Penal Internacional”*, en los casos en que:

(i) no lleven a cabo investigación o enjuiciamiento alguno (inacción a priori); (ii) inician sus actuaciones pero las suspenden antes de finalizarlas sin razón técnica que lo justifique a la luz de sus respectivas leyes de enjuiciamiento penal (inacción a posteriori); (iii) no tiene la disposición necesaria para llevar realmente a cabo las investigaciones o enjuiciamientos iniciados (falta de disposición); o (iv) no tiene la infraestructura judicial necesaria para llevar a cabo las actuaciones que han iniciado debido al colapso total o parcial de su administración de justicia o al hecho de que carecen de ella (incapacidad)”(p.230)

A raíz de la Sentencia condenatoria en contra del ex representante a la Cámara Gonzalo García Angarita por el delito de concierto para delinquir agravado, Radicado 27941, del 14 de diciembre de 2009, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, estimó que en este proceso, seguido contra el aforado por el delito de concierto para delinquir agravado, es procedente además ordenar se compulse copia de las partes a la Corte Penal Internacional y demás actuaciones pertinentes para investigar en forma independiente los eventuales delitos de lesa humanidad en que haya podido

incurrir el ex parlamentario GONZALO GARCÍA ANGARITA con ocasión de su posible incursión en el Bloque Tolima de las AUC, consideración fundada en lo expuesto en el auto que resolvió su situación jurídica, en el cual se sostuvo que el procesado “compartía con sus comandantes y daba indicaciones sobre presuntos colaboradores de la guerrilla o miembro de la insurgencia, llegando al punto de acordar la muerte de quienes eran luego asesinados por las autodefensas, lo que lo puede hacer incurso en otros delitos de carácter internacional”⁶.

Como una forma de blindar sus fallos, en una importante providencia la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, decidió avocar conocimiento de manera inmediata en la investigación de crímenes de lesa humanidad, contra aforados constitucionales que pertenecían a grupos paramilitares. Se trata según (Olásolo: 2009, p. 71-127) de la sentencia condenatoria que profirió la Corte Suprema de Justicia el pasado tres (3) de diciembre de 2009, (Radicado Nro. 32.672) contra el ex gobernador del departamento de Sucre SALVADOR ARANA SUS, que sirvió de orientación para reconocer, no crímenes comunes como es el caso del concierto para delinquir en concurso con otros delitos, sino de crímenes atroces o de lesa humanidad⁷.

La situación que se plantea en estos dos casos, por parte de las investigaciones derivadas de los procesos contra aforados constitucionales, abre un camino de competencia de la Corte Penal Internacional, frente al fuero constitucional que la Carta de 1991, expresamente refería a la sala penal de la Corte Suprema de Justicia. Lo que en resumen, representa un caso de control concurrente de competencias para juzgar a miembros del congreso aforados, por delitos contra la humanidad.

Según la Corte Suprema de Justicia (2010) La Corte Constitucional, al analizar la competencia de la Corte Penal Internacional, en los procesos de aforados constitucionales estableció que:

Fue concebida como un instrumento para combatir la impunidad y lograr el respeto y la efectividad de los derechos humanos básicos, de las leyes de la guerra y del derecho internacional humanitario, incluso dentro de las fronteras de un Estado. Complementa los sistemas penales nacionales en la sanción de los responsables, en la reparación a las víctimas y en el restablecimiento de los derechos, al buscar que quienes sean responsables de cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o el crimen de agresión, y no hayan sido o no hayan podido ser juzgados en el ámbito nacional, sean juzgados por una Corte Penal Internacional con vocación de universalidad (p. 272 y 273).

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proveído de 21 de septiembre de 2009, proceso de Justicia y Paz, radicado 32.022.

⁷ La Sala ha sido clara en advertir que los delitos de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra ocurridos en Colombia pueden ser investigados y juzgados por la Corte Penal Internacional en los términos de los artículos 1, 17, 18, 19 y 20 del Estatuto de Roma (Véase: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de segunda instancia de 21 de septiembre de 2009, radicación 32022).

Todo lo anterior, se corrobora por la validez que otorga nuestro derecho interno a los Tratados de Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, en el sistema de reconocimiento, protección integral y garantía de los mismos, como en el ámbito punitivo, donde se compromete indubitablemente al Estado Colombiano y a sus órganos judiciales competentes para investigar y juzgar las graves formas de criminalidad contra delitos en contra de la humanidad o de lesa humanidad.

Esa misma obligación ha sido expresada por doctrinantes que manifiestan cómo a partir de la Constitución Nacional de 1991, se insertó en nuestro sistema jurídico la noción de <Bloque de Constitucionalidad>, figura jurídica que ha logrado conciliar o equilibrar el principio de supremacía de la Constitución (art. 4º) con el reconocimiento de la prelación en el orden interno de los tratados sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario (art. 93), lo que significa, en resumen, que la Constitución Nacional, respecto a los aforados constitucionales, no agota su articulado, sino que incluye otras disposiciones contenidas especialmente en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (Ley 16 de 1972), entre otras, las cuales contienen una serie de postulados mínimos, que rigen en el orden interno y representan un límite al Estado Colombiano, en el sentido de no poder disminuir el alcance de dichas garantías respecto de los miembros del congreso amparado con fuero Constitucional.

Estas disposiciones, en concepto de Poveda (2003) es:

Por orden de la jurisprudencia y las recomendaciones de los organismos internacionales sobre derechos humanos deben servir de criterio preferente de autoridad e interpretación, tanto en la justicia constitucional, como en la justicia ordinaria; la cual, si bien no puede desconocer las particulares configuraciones sociales y culturales del país, contribuye a la llamada globalización de los derechos humanos” (p. 195 y 201)⁸.

En la Sentencia condenatoria en contra del ex representante a la Cámara Dixon Ferney Tapasco Triviño, por el delito de concierto para delinquir agravado, radicado 26584 – 03 de febrero de 2010, la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia al analizar y estudiar la conducta típica y la manera como se expresa el concierto para delinquir agravado con la finalidad de promover y crear grupos armados al margen de la ley, dice la corte cuando el acuerdo nace de consensos entre congresistas y actores armados, que se expresa en lo siguiente:

⁸ En dicho texto cita a BERNAL CUÉLLAR, Jaime. “Bloque de Constitucionalidad y derecho Penal”, en El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs.

Teniendo en cuenta lo anterior y lo que de ordinario sucede en aparatos organizados de poder – todo para no desconocer el bien jurídico, el sentido del tipo penal, o los contenidos de la conducta, el aporte del político a la causa paramilitar cuando coloca la función pública a su servicio debe mirarse no tanto en la creación de disfunciones institucionales – que, claro, le agregan mayor gravedad al injusto –, sino en la medida que con esa contribución se incrementa el riesgo contra la seguridad pública al potenciar la acción del grupo ilegal, como puede ocurrir cuando por la influencia de las autodefensas se crean condiciones materiales mediante inversión estatal en lugares donde la acción del paramilitarismo es evidente.

En otras palabras ha dicho la Corte Suprema de Justicia (2010):

la distorsión de la función estatal, cuando eso sucede, es la prueba del acuerdo; así como en el concierto simple, los delitos ejecutados en función del acuerdo son la manifestación del consenso ilegal. En el primer evento, si la distorsión de la función estatal implica la consumación de un injusto, concursará con el concierto para delinquir agravado, así como los delitos comunes lo hacen con el delito de concierto para delinquir simple” (p. 304)

CONCLUSIONES FINALES

La razón de ser de esta prerrogativa y garantía (Fuero Constitucional) es la de mantener el equilibrio y estabilidad entre los poderes del Estado dentro de regímenes democráticos y estados sociales de Derecho, para salvaguardarlos de eventuales acusaciones sin fundamento o de choques o roces de poderes, como se ha caracterizado en los últimos años dentro del enfrentamiento del gobierno con las altas Cortes, y de éstas con el congreso por los denominados juicios de parapolítica.

Por otra parte, vale la pena reconocer que puede llegar a existir cierta responsabilidad de los legisladores, (Senadores y representantes) para cumplir su exigencia constitucional, frente al fuero de los altos dignatarios del Estado, si estos no se pronuncian o no requieren de la declaratoria de seguimiento de causa o declaración de procedencia, como se ha llamado en otros países.

Una expresión de uso común, que suele emplearse en estos casos, frente al ejercicio de esta aplicación constitucional, como ente acusador frente al ejercicio de la garantía constitucional denominada fuero Constitucional, es la de inmunidad parlamentaria, que excluye a la Fiscalía General de la Nación, ente que no debe estar supeditado al poder ejecutivo, para evitar las incompatibilidades de ejercicio inquisidor al momento de juzgar a los altos funcionarios del Estado.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según algunos observadores internacionales y monitores de opinión frente a los procesos de parapolítica por delitos comunes adelantados contra Congresistas -en su gran mayoría de la coalición de gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez-, inicialmente acogió la tesis de delitos de concierto para delinquir agravado en concurrencia con otros delitos y posteriormente cuando se conocieron las declaraciones y testimonios de los jefes y de los comandantes y miembros de los grupos armados paramilitares, se cambió la orientación jurídica y jurisprudencial de la Corte, para calificarlos como delitos atroces y de lesa humanidad, teniendo que blindar y acorazar sus fallos y sentencias aplicando ineludiblemente el artículo 93° adicionado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001, en su artículo 1°, para que el imperio de la Ley surja dentro de su legitimidad, eficacia y validez en sus sentencias, con la obligación de compulsar copias de lo actuado a la Corte Penal Internacional para que avoque su conocimiento, en los términos previstos en el Estatuto de Roma, por encima de la premeditada y favorable renuncia del Fuero constitucional, de su competencia para juzgarlos y para buscar una supuesta doble instancia, ante las presiones y situaciones de interceptación de llamadas, celulares y otras circunstancias que ponen en evidencia una intromisión parcializada e inestable situación de la Justicia, por parte del Congreso y del gobierno, amparados en el fuero Constitucional como una prerrogativa de senadores y representantes, así como los demás servidores públicos, que no pueden ser detenidos, presos o juzgados, con excepción de los casos que determina la Constitución y las leyes, sin previa autorización del Congreso de la República.

Como conclusión, es claro y razonable pensar que el constituyente al expedir en la carta de 1991, los artículos sobre fuero constitucional, sustrayendo la justicia a la competencia previa y especial de ciertos jueces especiales, quiso otorgarle verdadero carácter normativo a los artículo del título VI, capítulo 4° y 6° en consonancia con el art. 29° de la Constitución Nacional, entregándole al legislador y a la Corte Suprema de Justicia la prerrogativa de respeto por el Fuero Constitucional, pero facultando a dichos jueces naturales para ejercer dicha función jurisdiccional, limitada a casos concretos.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy R.(2007) *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, segunda Edición en Castellano: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Arboleda V. M. y Ruiz S. J. A. (2008) *Manual de Derecho Penal*. Parte General y Especial, Bogotá, Novena Edición. Ed. Leyer. p. 106.
- Bourdieu P. y Teubner G.(2000) *La fuerza del derecho*, Bogotá. Siglo del hombre Editores.
- Constitución Política de Colombia (1886). Editorial Legis, Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia (2010) *Procesos contra Aforados Constitucionales-Parapolítica*. Compilación de autos y Sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Diciembre de 2007 a septiembre de 2010. Editores María del Rosario González Lemus, Camilo Ernesto Bernal Sarmiento: Bogotá, Centro Internacional de Justicia Transicional. Opciones Gráficas Editores Ltda.
- García E. (1989) *Inmunidad Parlamentaria y Constitución Democrática*: Revista de Derecho de la Universidad Complutense. Resumen extraído del Instituto de Investigaciones legislativas del Senado de la República de México, Dirección General de Estudios Legislativos: Política y Estado (IILSEN): Texto recuperado el día 08 de marzo de 2011 en :
- Henao H. J. (1981) *Panorama del Derecho Constitucional Colombiano*, Quinta Edición, aumentada. Editorial Temis, Bogotá.
- Olásolo A. H. (2009), *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana.
- Pedroza de la Llave S. (2003). *El Congreso General Mexicano. Análisis sobre su evolución y funcionamiento actual*, Resumen extraído del Instituto de Investigaciones legislativas del Senado de la República de México, Dirección General de Estudios Legislativos: Política y Estado (IILSEN): Texto recuperado el día 08 de marzo de 2011 en :
- Poveda P. A. (2003) *Terrorismo y Constitución*: Breve análisis de la propuesta de reforma a la Constitución para enfrentar el terrorismo. Libro homenaje a Günther Jakobs, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- SCHMITT, C.(1996) *Distinción de los modos de Pensar la ciencia jurídica*: en Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica. Madrid Técnos.
- TENA RAMÍREZ, F.(2002) *Constitución de la Monarquía Española*. Resumen extraído del Instituto de Investigaciones legislativas del Senado de la República de México, Dirección General de Estudios Legislativos: Política y Estado (IILSEN): Texto recuperado el día 08 de marzo de 2011 en :
- KELSEN H. (2000) “Teoría Pura del Derecho” IIª Edición México, trad. Roberto I. Vernego. Ed. Porrúa.

LA OPERATIVIDAD PSICOPOLÍTICA DE LA IDENTIDAD

CARLOS ARTURO HERNÁNDEZ DÍAZ¹

Identity has become a keyword in contemporary politics. Like any other keyword, it bears not one unitary meaning but a range of competing definitions and uses as different actors invest different meanings in one and the same sign. So, even if we are not sure about what 'identity' really is, we can say that it acts as an essentially contested concept (see Gallie, 1963). In this sense, whatever it is, identity becomes an issue when it is in crisis.

Kobena Mercer, 1968: *Periodizing Politics and Identity*

Resumen

La 'identidad' se tematiza, se convierte en tema, es decir, se le caracteriza, se proponen definiciones, se busca describirla, se le analiza, se la discute. La identidad, pues, adquiere estatuto de tópico en diferentes discursos y en la confluencia de ellos, tanto discursos especializados de las disciplinas sociales y humanas, la filosofía, como también de discursos meramente funcionales para la vida social de la modernidad tardía, destacando entre ellos los de los actores de la política institucional y los de los medios de masas. Que todo esto ocurre en décadas recientes y con un vigor y un cociente de proliferación elevado, me parece que no está a discusión, lo que pretende este texto es plantear una respuesta.

Abstrac

The tematiza identity, becomes subject, that is to say, it is characterized to him, propose definitions, looks for to describe it, it analyzes him, it discusses it. The identity, then, acquires statute of topic in different speeches and the confluence from them, as much specialized speeches of the social and human disciplines, the philosophy, like also of merely functional speeches for the social life of delayed modernity, emphasizing among them those of the actors of the institutional policy and those of means of masses. That all this happens in recent decades and with a vigor and a lifted quotient of proliferation, it seems to me that it is not to discussion, which tries east text is to raise an answer.

¹ Estudiante de Doctorado en derecho Universidad Externado de Colombia, tema de investigación *El derecho a la memoria colectiva: un estudio sobre la posibilidad de los derechos colectivos, su daño y reparación*. Docente Universidad Libre, seccional Bogotá.

Palabras clave

Identidad, modernidad, idea-fuerza construcción, autenticador

Key Words

Identity, modernity, idea-force construction, authenticator

Al hilo de la lectura de Zygmunt Bauman (2001), parecería que en el momento presente no hay ningún aspecto en la vida contemporánea que atraiga la atención de los juristas, filósofos, científicos sociales y psicólogos en la misma medida en que lo hace el concepto de “identidad”, además de que los estudios sobre el tópico se vienen convirtiendo en una próspera industria por derecho propio. En efecto, podemos encontrar que, en Inglaterra, Stuart Hall había escrito en 1996, “En los últimos años se registró una verdadera explosión discursiva en torno del concepto de ‘identidad’, al mismo tiempo que se lo sometía a una crítica minuciosa.” (Hall, 2003: 13). Si bien, Gilberto Giménez (1992) planteaba, bajo el encabezado de ‘un nuevo objeto de estudio’, el hecho novedoso y sintomático de la emergencia repentina del tema de la *identidad social* en el campo de la sociología y la antropología. Aún diez años antes y desde el contexto español, J. R. Torregrosa en su trabajo “Sobre la identidad personal como identidad social”, apuntaba en su introducción: “Últimamente el tema de la identidad está de moda. Se dice que los pueblos recuperan sus señas de identidad, que la juventud atraviesa una crisis de identidad, y hasta se habla de que los partidos políticos atraviesan una crisis de identidad”. (Torregrosa, 1983: 217). A partir de estas referencias podríamos vernos llevados a suponer que “el cursor de intertextualidad”, de esta breve exploración introductoria, se desplazará hacia el autor que funge como el “denominador de origen” de la expresión ‘crisis de identidad’, o sea, Erik Erikson, allá por la década de los 1960. Pero cabe todavía otro hito de envergadura entre Torregrosa y Erikson, el seminario *La identidad*, trabajado por Claude Levi-Strauss a mediados del decenio de 1970.

En suma, la ‘identidad’ se tematiza, se convierte en tema, es decir, se le caracteriza, se proponen definiciones, se busca describirla, se le analiza, se la discute. La identidad, pues, adquiere estatuto de tópico en diferentes discursos y en la confluencia de ellos, tanto discursos especializados de las disciplinas sociales y humanas, la filosofía, como también de discursos meramente funcionales para la vida social de la modernidad tardía, destacando entre ellos los de los actores de la política institucional y los de los medios de masas. Que todo esto ocurre en décadas recientes y con un vigor y un cociente de proliferación elevado, me parece que no está a discusión, lo que pretende este texto es plantear una respuesta.

Como indica Grossberg (2003: 150-51) “el carácter central del concepto de identidad, tanto en los discursos teóricos como en los políticos es un desarrollo moderno”. Ahora bien, la categoría de ‘moderno’ requiere de precisiones, como cualidad o modo remite a la condición de ‘modernidad’ y, ésta, indefectiblemente, nos aboca a una densidad cultural y denota espacios, locaciones, escenarios y, sobre todo, tiempo, acontecimientos, devenires, historia. He sugerido unas coordenadas de datación del asunto: las décadas recientes. Precisando más, acoto, de los años 1960’s hasta nuestros días. Pero ello no significa que el tema de la identidad sea un asunto propio, en exclusiva, de éste último trecho del proceso histórico social, al cual, por cierto, podemos caracterizar por la forma de un ámbito que subsume a un conjunto de sociedades, encabezado por aquellas más avanzadas en la tendencia o modelo ‘pos-industrial’, como coincidieron en denominarlo Alain Touraine y Danel Bell y, más densamente concurrido por las que cabría referir con la designación de Marcuse ‘sociedad industrial del capitalismo avanzado’. Lo que ocurre, y esto es una consecuencia del planteamiento que hago, es que ha sido en esta última fase de la modernidad, que voy a denominar, con Giddens, ‘modernidad tardía’, que la identidad se consagra como objeto de conocimiento, consolidando por una parte, y acrecentando y diversificando por otra, su ‘consistencia’ fenoménica; en esta fase asume, pues, una densidad y una significación específicas que la cualifican y presentan de una manera inédita.

Con el objeto de hacer alguna luz, que favorezca una mejor comprensión del fenómeno y sus características contextuales, voy a adoptar el ángulo de lectura de lo que algunos analistas han venido caracterizando como la *reflexividad de la modernidad* (Giddens, 1995) o *modernización reflexiva* (Beck, 1996; Lash 1996).

La consistencia de la identidad en la modernidad tardía

No pretendo, en este apartado, hacer una exposición amplia de la funcionalidad, signos, componentes y expresiones de la modernización reflexiva, pues, tal propósito rebasa los objetivos del presente trabajo. Mi intención, más modesta, es la de caracterizar lo que llamaré la peculiaridad de la modernización reflexiva, su cualidad pregnante (con tal de no invitar en este texto a las ‘esencias’). Aquello que la define como una forma en particular. De ese modo, espero, podremos hacer las consideraciones pertinentes al tópico de la identidad en un escenario que tiene la forma de la modernidad reflexiva.

Beck (1986), distingue entre lo que llama la modernidad simple y la modernidad reflexiva. La primera modernidad ha consistido en la estrategia de la razón para *desfacer los entuertos* de la tradición y el prejuicio; la segunda, en cambio, implica la estrategia de la razón que se esgrime contra sí misma y sus obras, esta segunda modernidad, que es la modernidad reflexiva, se vive a sí misma como problema, al asumir que los riesgos para la vida son producto, en su mayor parte, del hacer humano.

Para Giddens, la reflexividad de la modernidad consiste en el hecho, visible de modo cada vez más frecuente a partir de la segunda mitad del siglo XX, de que la actividad social, en la mayoría de sus aspectos, así como el ‘trato con’ y el ‘tratamiento a’ la naturaleza, están sometidos a revisión continua, a la luz de nuevas informaciones o conocimientos. La *reflexividad institucional*, se define “como la utilización regularizada del conocimiento de las circunstancias de la vida social en cuanto elemento constituyente de su organización y transformación.” (Giddens 1995: 34)

Giddens nos dice que las ciencias sociales desempeñan un papel fundamental en la reflexividad de la modernidad, en tanto no se limitan a acumular conocimiento, como es el caso de las ciencias de la naturaleza, sino que la información y conocimientos tienen un carácter constitutivo de las realidades y formas sociales. A este respecto quiero dejar indicada mi discrepancia, acaso de matiz o grado pero discrepancia al fin, con la consideración del académico británico; para mí, las actividades, procedimientos, investigadores y organizaciones de las ciencias naturales, no sólo acumulan conocimiento e información, sino que también, más temprano o más tarde, ese conocimiento y esa información constituye nuevas y diferentes realidades. Se advertirá, por el costado de la anterior puntualización, que asoma un punto de vista, que es el mío, más próximo al enfoque del socioconstruccionismo; la realidad no es independiente de los insumos conceptuales, imaginarios, en definitiva lingüísticos de que disponemos para percibirla, pensarla y habitarla. En este sentido quiero apuntar que, en buena medida, esa condición y efecto de la reflexividad, analizada y puesta de relieve para el pensamiento sociológico por Giddens y Beck, converge lógicamente con el denominado por Gergen “*Enlightment effect*”. El psicólogo social estadounidense designa así al proceso a través del cual el conocimiento reobra en la sociedad, por medio de los efectos y consecuencias que se siguen y desprenden, a propósito y en relación con aquello de lo que es conocimiento. Esto es, el proceso de reversión de la teoría y el saber sobre las prácticas y los usos y costumbres en que se cierne la vida social. Escrito por Gergen mismo: “podemos referirnos a los efectos de las construcciones científicas sobre las maneras comunes de pensar y actuar como *efectos de ilustración*” (Gergen, 1994: 22).

Entonces, lo que planteo, es que concibo el refulgir de la/s identidad/es en las escenas académica, mediática y sociopolítica contemporáneas, como un signo o expresión elocuente de la modernización reflexiva. Ese planteamiento de base nos ayuda, porque nos ilumina por el costado de las causas, los motivos y la *ratio* de la emergencia efervescente y proliferante a partir de los años 70’s del siglo XX del tema de la ‘identidad’². En definitiva, la ‘explosión discursiva’ sobre la identidad de las últimas cuatro décadas es claramente un efecto de la reflexividad moderna

² Considérense, entre otras, las publicaciones de Erikson, el seminario de Levi-Strauss o la resonancia internacional de la creación y los frutos que pronto ofreció el Centre Contemporary Cultural Studies de la Universidad de Birmingham en Inglaterra.

porque, como resultado de la propia investigación y estudio y aun del conocimiento ordinario que de sus proclamas, sus acciones y sus víctimas se tenga, ha venido cambiando la propia configuración del fenómeno.³ Así, esa reflexividad moderna es, como he señalado, un ejemplo a nivel de sociedad/época, del ‘efecto ilustración’.

Ahora bien, ¿por qué ocurre así? ¿Es acaso que podemos decir: ‘se cumplen los plazos, es la época de cosechar los frutos maduros?’ y entonces ¿habrá sido a partir de los 70 que las sociedades, los estudiosos, han tenido los suficientes y necesarios elementos y argumentos para poder visualizar la complejidad y la versatilidad, así como la incidencia efectiva y variable de la identidad en las relaciones sociales, en la dinámica de la cultura y en las arenas políticas? Por lo que, en ese sentido, habrían sido también estos últimos 45 años, aquellos en los que los actores, agentes, intereses y fuerzas sociales, políticas y culturales han venido asumiendo a las identidades como un ingrediente más de sus afanes, agendas y productos; en algunos casos no sólo como un ingrediente más, sino como ‘el’ ingrediente crucial, el *leit-motiv*.

En el caso de que respondamos afirmativamente, debe explicitarse una condición: la de que no se suponga que ese proceso de maduración ha ocurrido principal o exclusivamente en ‘las mentes’ de los sujetos, en los cerebros de los estudiosos e investigadores. Ni solamente, incluso, en los ámbitos de la academia: laboratorios, bibliotecas, congresos, publicaciones, etc. Más bien, la “cosecha” se hace posible, en todo caso, desde la dialéctica entre el pensamiento conceptual, erudito y crítico, sus desarrollos investigativos y sus rendimientos efectivos, con el taller en marcha de lo social-histórico, es decir con la intemperie de los escenarios públicos.

La identidad (re)aparece no cuando ‘ella’ quiere y puede, en tanto está lo suficiente madura para hacerlo, sino cuando hace falta, es decir, cuando se la requiere, cuando es útil, cuando hay un ‘para qué’ vigente. Plantea Ortega que un principio de la ‘nueva filología’ es el que reza que “la idea es una acción que el hombre realiza en vistas de una determinada circunstancia y con una precisa finalidad” y “Toda idea está adscrita irremediabilmente a la situación o circunstancia frente a la cual representa su activo papel y ejerce su función.” (Ortega y Gasset 1942, VI: 391). O sea, que la ‘identidad’ (en tanto que idea-fuerza) es una acción que se realiza-despliega, en vistas de una determinada circunstancia y con finalidades más o menos precisas, con ‘para qué’s’ reconocibles.

Que las cosas se exhiban como lo hacen hoy no significa que así ha sido siempre. La identidad no es una idea que aparezca de modo natural en la conciencia social. Bauman (2003), por ejemplo, indica respecto al concepto de identidad nacional, que fue una idea metida a la fuerza en el *Lebenswelt* de la modernidad, que sólo

³ Es importante dejar claro que al hablar de ‘identidad en la sociedad reflexiva’, el énfasis sigue puesto en la acción, la reflexividad es una cualidad de las prácticas sociales i.e., humanas, por cuanto históricas. La reflexividad, ‘está’ pues en los conglomerados de prácticas sociales que confieren su particular existencia histórica a la identidad.

podía entrar en él como una tarea, como un deber y una llamada a la acción. El naciente Estado moderno hizo cuanto pudo para que tal deber fuese obligatorio.

Pero, cabe preguntarse, ¿la fuerza de quién o de qué es la que instila a la identidad en el mundo de la vida de la modernidad? no sólo la del Estado moderno sino, por cierto, de modo sumario, las que atraviesan en su totalidad, habilitándolo en su singular consistencia, el dominio múltiple, diverso y polimorfo de objetos, geografías, agentes, discursos, eventos e instituciones de lo social-histórico. Sobre esa superficie sería posible, si tal fuese nuestro objetivo, discernir las condiciones de posibilidad que ayudan a entender la emergencia y vigencia de esa forma en la política: el Estado moderno. Ciertamente, Bauman tiene razón de referir al Estado nacional moderno, admitamos que ha sido uno de los agentes conferidores, instigadores y propagadores de la identidad. Sólo que no ha sido el único y, desde la perspectiva que aquí sostengo, tampoco el más importante.

Y bien, es tiempo de explicitar el enfoque que pauta mi exploración, es el de la situación o circunstancia. La fuerza que instila la identidad en el mundo de la vida de la modernidad es “la fuerza de las circunstancias”. Hablo de circunstancia para poner de relieve el carácter dinámico, dramático y estratégico del pensamiento y la cultura, es decir, de las prácticas sociales en su diversidad, que por lo demás, no dejan de ser sustrato, correlato y consecuencia del pensamiento. Este uso categorial de ‘la circunstancia’ converge con el supuesto básico socioconstruccionista de que

no hay nada intrínseco en el objeto que le defina una existencia esencial, por el contrario, su naturaleza está inevitablemente ligada a un tipo de relación simbólicamente mediada y espacio-temporalmente situada, la cual le confiere su sentido y existencia. (Emma y Sandoval, 2003: 9).

Circunstancia, nos remite a lo que está en derredor, lo que circunda y, por tanto, delimita un espacio. Genera un universo al instalar una frontera virtual que separa un adentro del afuera. No obstante, la circunstancia del hombre no es el dato de lo que, inmóvil, le rodea; un conjunto de objetos, cosas, marcos –no sólo físicos, sino legales, normativos. La circunstancia humana es moviente por la forma precisa de habitar-ser tiempo del hombre mismo. No es meramente lo que está, sino que, sin dejar de estar ahí, circunspecto, circunscrito, sin embargo no está de modo definitivo, único y absoluto. Ciertamente lo que está ya ahí, ‘es lo que hay’, con lo que hay que contar, pero, asimismo, lo que yo no soy pero sin lo cual no sería. Otra manera de llamarla es, en versión de Eduardo Nicol, “campo transubjetivo”. Pues bien, por este costado es donde adquiere sentido enfocar la modernidad como circunstancia. El argumento de base que este trabajo despliega es el de que ‘la identidad’ es un ‘producto’, ‘experiencia’, ‘fenómeno’, ‘concepto’, genuinamente moderno. Habrá que precisar, pues, cómo localizamos en las coordenadas del tiempo histórico la modernidad.

La circunstancia moderna

Aun con varios sentidos, el término *modernidad*, señala Villoro (1992), se ha usado siempre para distinguir la novedad que irrumpe ‘en lo establecido’; modernidad es un heraldo del cambio frente a las formas de vida que son continuidad del pasado. También Habermas nos dice que el término ‘moderno’ una y otra vez, con un contenido diverso, “expresa la conciencia de una época que se relaciona con el pasado... con el fin de considerarse a sí misma el resultado de la transición de lo antiguo a lo nuevo “ (Habermas, 1985: 20). En este sentido, modernidad es un adjetivo que califica a las vanguardias —independientemente del año en el que se propongan—, a las nuevas propuestas de pensamiento y a las innovaciones en las técnicas y servicios, por pasajeras que éstas sean; este es su uso adjetival. Pero tiene también un uso sustantivo, y es el que hace a ‘la modernidad’, el nombre de una época histórica de ‘occidente’ y, por extensión, a la forma de vida y pensamiento propios de esa época.

La modernidad, como época, comprende un lapso muy amplio, con transformaciones y contradicciones internas. Villoro (1992) piensa que por diversas y aun contrarias que sean las creencias, actitudes, valoraciones y programas de vida de una época, podemos buscar lo que llama el *trasfondo incuestionable de ciertas ideas básicas*. Más que una doctrina constituida por enunciados precisos, sugiere “una manera de pensar’, un estilo general de razonar; no un sistema de pensamiento sino una mentalidad. “Las ideas básicas que caracterizan a una época señalan la manera como el mundo entero se configura ante el hombre; condensan ‘una figura del mundo” (Villoro, 1992: 9). Encuentro una clara proximidad entre el planteamiento de Villoro y el de Ortega, (1934 y 1942), quien sugiere que para aclararse y conocer la vida de un hombre, como la de una época, debe comenzarse por establecer el repertorio de creencias básicas y fundamentales. “Las creencias constituyen la base de nuestra vida, el terreno sobre el que acontece. Porque ellas nos ponen delante lo que para nosotros es la realidad misma [...] En ellas vivimos, nos movemos y somos” (Ortega, 1934: 387).

Con todo, lo crucial para el enfoque que propongo son los arreglos y el potencial o capacidad significativa que, acontecimientos, personajes, prácticas sociales, instituciones, obras, discursos, etc., inscritos en este lapso de tiempo, exhiban como reveladores o analizadores no sólo de “una figura del mundo” o del “repertorio de las creencias fundamentales”, sino de la significación que, en relación sinérgica con estas, conlleva la idea-fuerza de ‘la identidad’.

Breve y necesaria precisión sobre el concepto de ‘idea-fuerza’

Concibo a la identidad como una idea-fuerza, a partir del sentido originario dado a la noción por su creador, A. Fouillée (1838-1912). Sentido en el que se recupera la potencia de la voluntad para la esfera y la práctica del pensamiento. Las ideas-fuerza no son una mera ‘etiqueta’ mental correspondiente a un determinado suceso u objeto que, así, nos representamos, sea que éste haya acaecido enfrente o dentro de nosotros. Fouillée señala como erróneo pensar que los cambios mentales sigan una marcha subordinada a los cambios y determinantes físicos. Con el concepto de ‘idea-fuerza’ el filósofo francés se posicionó frente al evolucionismo mecanicista y el automatismo. No se trataba sólo de una toma de distancia con el positivismo ambiente que domina en el último cuarto del siglo XIX, sino de una formulación programática adversa. Las ideas-fuerza son estados de conciencia, pero se trata de una conciencia activa y actuante. Y es que, en tanto fenómeno mental, no comienzan siendo una representación, sino un apetito adverso o favorable, acompañado de sensaciones dolorosas o agradables. Para Fouillée

el pensamiento representativo no es más que un derivado, el ser vivo no se preocupa tanto de lo que las cosas representen cuanto de adaptarse a ellas, o adaptarlas a sus necesidades e intereses, de hacer, de comportarse o conducirse, de padecer y de reaccionar. (Fouillée, 1893: vi).

Y es que el principio de donde parte la psicología de las ideas-fuerzas es el siguiente:

Todo hecho de conciencia se constituye por un proceso de tres términos inseparables, primero un discernimiento cualquiera que hace que el ser sienta sus cambios de estado y que es, así, el germen de la sensación y de la inteligencia; 2. un bienestar o malestar cualquiera, sobre el que también se podrá ver el hecho de que el ser no es indiferente a su cambio y, 3. Una reacción cualquiera que es el germen de la preferencia y del gusto, de la elección, es decir del apetito. Cuando tal proceso, indivisiblemente sensitivo, emotivo y apetitivo llega a reflejarse sobre sí mismo y a constituir una forma distinta de la conciencia, lo llamaremos, en sentido cartesiano y spinozista una idea, es decir, un discernimiento inseparable de una preferencia. De ello se sigue que la fuerza inherente a todos los estados de conciencia tienen su razón última en la indisolubilidad de estas dos funciones fundamentales: el discernimiento, de donde nace la inteligencia, y la preferencia de donde nace la voluntad [...] Tal unidad indisoluble de pensar y de obrar, de actuar, es la ley psicológica de importancia capital que resumimos con el término ‘idea-fuerza. (Fouillée, 1893: viii).⁴

⁴ Ambas citas textuales de *Psychologie des idées-forces* de Alfred Fouillée se presentan en traducción del autor de este trabajo.

Ahora bien, de distinto modo que Fouillée, quien decimonónicamente pensaba que “dichos estados de conciencia pueden convertirse en factores reales en virtud del carácter intensivo de la idea y de la posible unión de la idealidad con la energía”. (Fouillée, 1890: xvii). Yo considero el carácter intensivo de la idea desde el costado de la batalla por los significados. La intensidad peculiar de la idea-fuerza, efectivamente, indica su habilitación para recoger un aspecto o situación determinada de la experiencia del sujeto y por tanto, como una señal (una significación) que pauta su comportamiento, que puntúa su acción y de esa manera el pensamiento no reposa como un puro contenido formal sino que se extiende, trasgresor que se muda en efecto material al esgrimirse como decisión, como movimiento, como acto. Es así como, aunque con distintas premisas, tanto para Fouillée como para mí, el pensamiento revela su eficacia en y para los pensantes, y puede apreciarse la fuerza de las ideas (y los estados de conciencia) y su capacidad de influjo en el espíritu y la naturaleza. Pues bien, afirmo que la ‘idea-fuerza’ de la identidad emerge en la circunstancia moderna, es decir, deviene un estado o forma de conciencia, lo que equivale a decir que se hace susceptible de reflexión, de reacción sobre sí misma.

Condiciones de posibilidad para la emergencia de la identidad

Entre los datos que la historiografía y los estudiosos de la cultura suelen destacar para delimitar los inicios de la Edad Moderna en las estribaciones de los siglos XV y XVI, figuran la caída de Constantinopla, el descubrimiento y conquista de América, la Reforma luterana, la Contrarreforma, así como la manifestación de aquella tesitura cultural peculiar, a la que de modo genérico llamamos Renacimiento. De ellos me propongo hacer un uso, más que emblemático, constitutivo, pensarlos como factores de configuración, ¿de qué?, de la circunstancia moderna. Reconocer en la dinámica, trayectoria o cauce de personajes, acontecimientos e instituciones, una suerte de diagrama vectorial de los sistemas de tensión, los campos de fuerza que constituyen el crisol de la sociedad y la cultura, la fragua de los hombres y las épocas. Lo interesante, para nuestra lectura, es el potencial de significación que nos sea dado extraer de todo ello en relación a la emergencia de la identidad y su operatividad psicopolítica.

Acaso pueda caracterizar mi rejilla de comprensión, habida cuenta del talante fenomenológico con que procedo, declarando que el objeto de mi pesquisa no lo constituye tanto la especificación o el actuar de las identidades en la escena colectiva, como el reconocimiento y la interpretación de las relaciones, las interdependencias, que constituyen el sustrato del fenómeno, la identidad. No intento únicamente fechar históricamente y localizar contextualmente las apófansis y expresiones de la identidad, sino que busco, mediante una reconstrucción, considerar las condiciones de posibilidad de aquellas emergencias con el propósito de ofrecer una vía de inteligibilidad para la conformación de la identidad en tanto que idea-fuerza.

En cualquier caso, para expresar en una fórmula sintética lo que propongo pensar como condiciones de posibilidad para el advenimiento de aquella nueva figura del mundo, me apoyo en Michelet, quien, parafraseando a Huizinga (1992), vio en el siglo XVI lo que más tarde los racionalistas encontraron en el XVIII: luz. “Dos fueron las grandes hazañas del siglo XVI: *la découverte du monde, la découverte de l’homme*”⁵, declaró Michelet. Y explicita, en la introducción de su tomo 7 de la Historia de Francia, que:

*El siglo XVI va de Colón a Copérnico y de éste a Galileo, del descubrimiento de la tierra al del cielo. Además de que el hombre se encuentra a sí mismo, pues, Vesalio y Servet le han revelado la vida, mientras que con Lutero, Calvino, Dumoulin, Cujas, Rabelais, Montaigne, Shakespeare y Cervantes, ha penetrado en su misterio moral; ha sondeado las bases profundas de su naturaleza, ha comenzado a sostenerse en la Justicia y la Razón.*⁶

Y es que *la découverte de l’homme*, entendida como su revelación, significa que es él, el hombre mismo, el hacedor de la trama, el conferidor del sentido de sus actos. Porque es el actor-demiurgo, es el protagonista, y ya no el mero recipiente de un papel escrito por dios. Además el hombre consigue localizarse, conoce ‘su lugar’, la extensión y forma del mundo, por lo tanto, sus posiciones relativas dentro de él. De manera que queda habilitado para situarse, para discernir y ocupar los sitios y para ser el protagonista de ‘su’ situación. Casos emblemáticos en los comienzos de ese protagonismo pueden serlo la convicción de Colón y su viaje a las Indias, la de Martin Lutero enarbolando el principio del libre examen y la libertad de conciencia. Como ilustración me permito citar el fragmento final del discurso de Lutero cuando compareció en la Dieta de Worms (abril de 1521) dejando claro su posicionamiento frente a la autoridad católica y la imperial —Carlos V.

A menos que se me convenza mediante el testimonio de las escrituras o mediante clara razón —puesto que no confío ni en el Papa ni en concilios únicamente, pues es bien sabido que a menudo han errado y se han contradicho—, estoy obligado por las escrituras que he citado, y mi conciencia es cautiva de la palabra de Dios. No puedo y no quiero retractarme de nada, ya que no es seguro ni correcto contrariar la conciencia. No puedo proceder de otro modo; aquí estoy firme; que Dios me ayude, amén. (Tomado de Martínez García, 2007).

Esta nueva concepción del hombre, ausente en los siglos anteriores, se pronuncia a partir de la ‘pérdida del centro’, si bien, como lo expone Fernández (1994), por la vía de su pluralización. No son tanto los planteamientos de De Cusa, Bruno, etc. acerca del universo infinito que relativiza los lugares, sino, sobre todo, aquello más próximo

⁵ “El descubrimiento del mundo, el descubrimiento del hombre”.

⁶ Traducción del autor de este trabajo de la cita de Michelet, 1855, consignada en Huizinga, 1992: 115.

e inmediato a los hombres y mujeres concretos, su villa o ciudad, su estamento, su gremio, su familia, su 'individualidad' misma, las que procuran perspectivas de las cosas y de la realidad, no sólo diferentes, sino a menudo contradictorias y antagónicas. Así se van abriendo paso dos experiencias: la relatividad de los puntos de vista, de las opiniones, de los valores y las creencias. Y consecuentemente, la prescripción crucial de la estrategia, necesaria para desenvolverse en un mundo múltiple, diverso y tornadizo.

el espacio hace la forma de mirar y según se mira se reproduce el espacio. A partir de la perspectiva cada par de ojos puede mirar el mundo de manera personal, lo cual desvela en la gente una voluntad de individualidad, dato totalmente novedoso: surge la conciencia de sí, la persona como separada del mundo que le rodea, la posibilidad de distanciarse de los objetos...de analizarlos, criticarlos y transformarlos por acto de voluntad. (Fernández, 1994: 364).

En suma, digamos que con el 'descubrimiento del mundo' y el 'descubrimiento del hombre', quedan indicados unos de los confines de nuestra circunstancia que son, al mismo tiempo, condiciones de la misma. La edad moderna inicia su configuración tanto por la conciencia de dónde se está, del lugar, del 'aquí', como por la de 'quiénes' estamos; pero sobre todo, por la conciencia de que 'el quién', no es separable del 'dónde'. Parfraseando a Villoro, el hombre ya no tiene una esencia determinada, sino que es visto fundamentalmente como acción, que se da a sí mismo una esencia. El hombre es lo que hace, es por tanto, fundamentalmente, libertad.

Entonces es el hombre el que confiere sentido a las cosas, a su propia vida; sí, pero, ¿cualquier hombre?, ¿aún aquellos recién 'descubiertos' que viven sin ley, sin rey, sin Dios (según referían algunas crónicas de los exploradores de América)? Porque para Hobbes, leído por Clastres, aquellas sociedades sin Estado, no eran tales, sino llanos pueblos salvajes que no alcanzaban el estatuto de sociedad. Y un siglo antes, en la mitad ascendente del XVI, una corriente de pensamiento, peninsular y monárquica, representada de modo egregio y efectivo por Nebrija, Fernández de Oviedo y Ginés de Sepúlveda, habían ya escamoteado el alma a los pobladores de aquellas tierras. Cuando menciono estos nombres debemos entender corrientes de opinión, ciertamente compuestas, en primer lugar, por los sectores cultos, instruidos, leídos. Precisamente aquellos que suelen detentar un mayor potencial de influencia, primero en los gobernantes, en aquellos que toman las decisiones que se inscriben en el cuerpo de las personas y de las sociedades: ellos dictan las normas, ellos aprueban o desaprueban resoluciones que afectarán de distintos modos a un número indefinido de súbditos. Pero influían también en otros formadores de opinión: el clero, los humanistas y aquel estrato de formación paulatina pero creciente y cada vez, al paso del tiempo, con mayor peso en la vida civil que es el funcionariado, así como en los diletantes de los libros y la escritura, más tarde la *gens d'lettres*.

Junto, o mejor a través de ese protagonismo del hombre, se verifica aquel confín de la circunstancia moderna, como el de una incipiente revelación de la autoconciencia explícita, pública/da. Poco a poco aquellos atrevimientos del pensamiento, como los de Nicolás de Cusa, Giordano Bruno, Johannes Kepler, entre otros, a propósito de un universo infinito que, consecuentemente, carece de un centro, se resignifican y parecen potenciar sus consecuencias con acontecimientos, fenómenos y experiencias en distintos ámbitos de realidad. El encuentro inesperado con el territorio de lo que se llamará América vino a modificar el tablero de la geografía. Pero se han encontrado también con otros pueblos, sus culturas y creencias; la relativización no se agota en el hecho del lugar que se ocupa en el territorio, en el espacio, sino que alcanza a morder la conciencia misma de lo que, como hombre, familia o pueblo, se tiene de propio, de 'lo que se es'.

Y la operatividad psicopolítica

Mi argumento es que la 'identidad' (en tanto que idea-fuerza) es una acción que se despliega en vistas de una determinada circunstancia y con 'para qué' reconocibles. La edad moderna es la circunstancia en la que 'la identidad' emerge y opera psicopolíticamente. Y es que debemos admitir, me parece, que los componentes o factores circunstanciales, entre los que hemos indicado al individualismo, el 'perspectivismo' y el potencial relativizador para múltiples dominios, no es sólo que acaezcan en una coyuntura poblada de acontecimientos que parecen multiplicar sus efectos: la alteración, trastorno, disfuncionamiento del mundo feudal. Más concretamente, me refiero al descrédito, la erosión y crítica subsecuentes que trajo para la institución católica el papado de los Borgia; al encuentro con los pueblos indígenas del continente americano y lo que ello supone para las relaciones de las dinastías y la nobleza europeas, una tensión y reacomodos de cara al ascendente político y económico entre ellas; se verificó, además, el cisma en la iglesia católica que provocó la Reforma precipitada por el fraile católico agustino Martín Lutero. No es sólo, pues, que la circunstancia es intempestiva e incierta: con rompimientos, revueltas, guerra, caos, crisis, descubrimientos e innovaciones. Podemos ver que esa cultura del Renacimiento significó también, de múltiples maneras, el salvoconducto para el despliegue de las astucias en los desplazamientos y posicionamientos dentro de la circunstancia que, por lo demás, no se restringiría a los aspectos exclusivamente discursivos o enunciativos o artísticos, no se limitó al conjunto de 'ideas-reflejos', a la proposición de nuevos o recuperados valores e ideales sino que se tradujo, adquiriendo volumen y consistencia, en prácticas sociales, instituciones, relaciones efectivas, gestos y actos verificables. Los hombres y las mujeres, las colectividades, con sus gestos, sus palabras y sus obras se verifican por sus prácticas, pero también por el 'sedimento' que esas prácticas re-vierten sobre sí mismos, es decir, sobre sus gestos, sus palabras y sus obras. La circunstancia humana, pues, lo es de unos protagonistas que, desde ella, la padecen, la conservan, la fecundan, la enmiendan.

Además, apoyado en lo que han señalado Giddens (1995) y Sloterdijk (2001), quiero llamar la atención sobre un rasgo pregnante para el discernimiento de la modernidad, y es que frente a todo periodo precedente, ésta exhibe un dinamismo extremo. El mundo moderno, escribe Giddens, es un “mundo desbocado”. Frente a esta situación, el significado e importancia práctica que adquiere la posibilidad del reconocimiento lo convierten en un factor estratégico. El reconocimiento es, más que un dato, un elemento o aspecto en el campo de las relaciones y el fluir de los quehaceres que, en un mundo desorganizado, reportará, por contraste, confianza, idea de dominio o seguridad.

Hay, pues, un primer resorte en la motivación de la identidad: mecanismo de defensa frente al caos, lo indefinido y la incertidumbre. Es dable apreciar el modo en que ‘la identidad’ ha devenido ‘objeto-problema’ de la modernización reflexiva, si partimos de considerar que uno de los ejes propulsores de la modernidad ha sido el de la ‘movilización’. Esto ha sido así, de un modo preciso aunque no el único, a partir de la puesta a punto de un dispositivo ‘para’ y ‘de’ la sociedad civil, a través del movimiento de secularización, por tanto, ha sido así de modo preponderante en las ciudades, en el ámbito urbano. Se trata de la cristalización, de la agregación y dinámica de esa ciudadanía, de esa sociedad civil, en una forma precisa, la de una disposición tal que les habilita para el ejercicio del cuestionamiento y la crítica, en lo que cabe avizorar la premisa y el talante del conocimiento científico. Un alto contraste para mi argumento se ilustra si consideramos que el conocimiento hegemónico en la sociedad feudal, proponía como criterio para la afirmación y el mantenimiento de ‘las verdades’, su fundamento en el conocimiento ‘revelado’ y, complementariamente, en la vigencia del principio de autoridad. En cualquier caso, nos hallamos frente a un conocimiento dogmático, sostenido sobre principios básicos que muy difícilmente admiten discusión o crítica, y que, para que no quepa duda alguna, se declaran innegables. A diferencia y en oposición a ello, entre los criterios que cualifican a un conocimiento como científico están los siguientes: debe formularse de manera clara, debe ser público, y sobre todo debe someterse a la discusión, la réplica y a la crítica, éstas son, inclusive, condiciones de posibilidad para cualquier conocimiento científico.

Entonces, la identidad es la acción que el hombre realiza en vistas a una determinada circunstancia: la moderna y con una precisa finalidad: reconstituir un orden. En ese sentido leo a Maffesoli (1992) cuando sugiere que la identidad es una creación del burguesismo; lo entiendo como referencia a los gestos, las prácticas sociales e instituciones que convergen en resaltar, defender o acrecer lo ‘definido’, lo ‘regular’, lo ‘estable’: el *orden*. Lo que ha conllevado a desatar prácticas de imposición, tales como las actividades del tribunal de la inquisición; de vigilancia y acoso como ‘el Gran Encierro’ de la época clásica, tan bien documentado y estudiado por Foucault. Retengamos de esto último que la añoranza del orden que se anuncia en la voluntad de ‘identidad’ no se olvida de diagramar nuevas jerarquías.

La circunstancia es de desorden, caos, crisis, relativismo, todo en movimiento, incertidumbre. La finalidad es la de estabilizar, ordenar, definir, fijar, prevalecer. La idea-fuerza es la identidad, y, la acción, afirmarse en ella. Por vías diversas y al crisol de múltiples acontecimientos, 'ahí está la identidad'. Un objeto-problema más para los pendientes de nuestra modernidad. Está como constitutiva de nuestro mundo de la vida, de nuestra escenografía y, más aún, coreografía social y cultural, pero su modo de ser entraña dificultades, conflicto y antagonismo.

Porque la identidad es también artefacto político, en tanto dispositivo de presentación y acción pública ha venido avezándose, desde entonces, como conciencia reflexiva, a través de la circunstancia moderna; circunstancia que debe entenderse como 'obra en marcha', no obstante conserve o mantenga a través de los siglos una cualidad pregnante. La identidad, en suma, llega a constituirse en artefacto político, dispositivo estratégico autenticador, legitimador del ser. Cada quien debe hacer un uso estratégico, perspectivo (relativizador) de sus recursos y capacidades en un mundo, en una arena social, en la que se ha desatado la relatividad, la duda y el cuestionamiento al mismo tiempo que se propaga, habiéndose convertido en una 'idea-valor' en lo político, la de la igualdad universal de los individuos.

Un mundo social que ha venido proponiendo (construyendo) distintas combinaciones y cánones de ordenamiento (atributos, capacidades y cualidades) de los seres, es decir, ordenamiento atravesado por el vector de una política que no ha sido capaz de formular y convocar las diferencias que articula sin reincidir en el orden de la jerarquía. Hay de clases a clases entre los seres. Y como tal funcionamiento estratégico, encuentra en nuestra modernidad tardía, en nuestra modernización reflexiva, un pivote habilitado en la insuflada forma del 'individuo'. En ese sentido resulta ostensible que el eje o núcleo semántico dominante para la palabra 'identidad', desde hace unas décadas, es aquel que remite a cosas como la personalidad, el sí mismo, el autoconcepto, la conciencia de sí, el modo de ser de la persona, el grupo o la sociedad. De modo más simple o directo, la 'identidad' nos remite —e informa de— la nacionalidad, estado civil, profesión, religión, ideología o militancia política, entre otras cosas. En cualquier caso, aspectos todos ellos que cualifican al sujeto, atributos, determinaciones, pertenencias, etc., que, se supone, determinan, condicionan y/o influyen en la forma del ser: sea que se trate de una persona o de un grupo: familia, club, sociedad, corporación, y hasta comunidad cultural, étnica, religiosa, etc. Por ello es que, también al interior de las categorías, parece no haber sosiego en el vector de lo político. Ahí también, al interior de las clases, de los grupos, de las familias, de las parejas... se experimenta la tensión del legítimo sustento identitario. El problema ¿límite de la cualidad moderna?, parece revelarse como la incapacidad de generar ordenamientos no exclusionistas. No tanto que se tenga que evitar la producción de diferencias, pues, lógicamente, la idea de orden supone la categoría de lo diferente, de las diferencias. Porque ante un campo dado de lo único indiverso, es decir lo igual absoluto, carece de sentido la noción de orden. Pero esa es, me temo, una posible vicisitud que la disposición circunstancial

de la modernidad entraña, y, de modo más plausible en esta modernidad tardía con sus proclamas del “fin de las ideologías” y, aún, del “fin de la historia”. O para decirlo con la inflexión que introduce Lipovetsky (2006), en estas condiciones de *hipermodernidad*, en estos tiempos de hiperindividualismo: “todo el mundo para mí”, o aun, “el mundo a mi capricho...”. Caso en el cual deja de tener sentido, porque deja de haber lugar para ello, no sólo hablar sino imaginar la política, y, por cierto, la identidad sale sobrando como signo de identificación y reconocimiento público. Entonces, nuestras reuniones se verán amenazadas de convertirse en diálogo de sordos, cada quien ‘amo de las palabras’, determinando lo que éstas significan, como *Humpty Dumpty*, aquel huevo loco del relato de Lewis Carrol, o, peor, sólo prevalecerá aquel que, disponiendo de los medios simbólicos y materiales termine por ningunear, anonadar y, sin más, fagocitar a los demás. ¿El sobreviviente?, ¿el último hombre?

REFERENCIAS

- Bauman, Z. (2001) *La sociedad individualizada*, Madrid, Cátedra, Teorema.
- Bauman, Z. (2003) “Exclusión social y multiculturalismo”, *Claves de razón práctica* (137): 4-13, Madrid.
- Beck, U. (1998) *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós.
- Beck, U., Giddens, A., y Lash, S. (1996) *Modernización reflexiva*, Madrid, Alianza.
- Emma, J.E. y Sandoval, J. (2003) “Mirada caleidoscópica al construccionismo social”, *Política y sociedad*, 40 (1): 5-14, Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, UCM.
- Fernández, P. (1994) *La Psicología colectiva un fin de siglo más tarde*. Barcelona, Anthropos-El Colegio de Michoacán.
- Fouillée A. (1890) *L'Evolutionnisme des idées-forces*. París, Félix Alcan.
- Fouillée, A. (1893) *La psychologie des idées-forces* T. 1er. Paris, Félix Alcan.
- Gergen, K. (1994) *Toward transformation in social knowledge*, London, Sage.
- Giddens, A. (1995) *modernidad e identidad del yo*, Barcelona, Península, Ideas 30.
- Giménez, G. (1992) “La identidad social o el retorno del sujeto en sociología”, *Versión* (2): 183-205, México D.F. UAM-X.
- Grossberg, L. (2003) “Identidad y estudios culturales ¿no hay nada más que eso?”, Hall, S., y du Gay, P. (comps.), *Cuestiones de identidad cultural*, Buenos Aires, Amorrortu.

- Habermas, J. (1985) “La modernidad, un proyecto incompleto”, Foster, H. (ed.), *La posmodernidad*, Barcelona, Kairós, Ensayo.
- Hall, S. (2003) “¿Quién necesita identidad?”, Hall, S., y du Gay, P. (comps.), *Cuestiones de identidad cultural*, Buenos Aires, Amorrortu.
- Huizinga, J. (1994) *El concepto de la historia*, México D.F. Fondo de Cultura Económica.
- Lipovetsky, G. (2006) *Los tiempos hipermodernos*, Barcelona, Anagrama.
- Marcuse, H. (1969) *El hombre unidimensional*, México, Joaquín Mortiz.
- Martínez García Carlos, “Lutero y los meones de agua bendita” en *La Jornada*, 24 de octubre de 2007.
- Ortega y Gasset, J. (1934) *Ideas y creencias*, O.C. V, Madrid, revista de Occidente.
- Ortega y Gasset, J. (1942) *Prólogo a la Historia de la Filosofía de Émile Bréhier*, O.C. VI, Madrid, Revista de Occidente.
- Sloterdijk, P. (2001) *Eurotaoísmo*, Barcelona, Seix Barral, Los Tres Mundos.
- Torregrosa, J.R. (1983) “La identidad personal como identidad social”, Torregrosa, J.R., y Sarabia, B. *Perspectivas y contextos de la psicología social*, Barcelona, Hispano Europea.
- Villoro, L. (1992) *El pensamiento moderno*, México D.F., El Colegio Nacional-Fondo de Cultura Económica, Cuadernos de La Gaceta 82.

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL *LEASE BACK* O RETROARRIENDO¹

CARLOS ANDRÉS GONZÁLEZ LEÓN²

Resumen

A partir de la revisión de los contenidos propios de la libertad contractual se revisan los conceptos de tipicidad y atipicidad en el negocio jurídico y su interpretación, analizando el caso del contrato de *leasing* en su modalidad de retroarriendo o *lease back*, para lo cual se toma como modelo de análisis la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha septiembre 25 de 2007, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente, Doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Sentencia 2000-00528, Expediente 11001-31-03-027-2000-0058-01.

Abstract

After reviewing the contents of contractual freedom own reviews the concepts of typicality and atypicality in the legal business and its interpretation, analyzing the case of the lease in its mode leaseback or lease back, for which is taken as a model for analyzing the judgment of the Supreme Court dated September 25, 2007, Civil Cassation, Judge Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Judgment 2000-00528, Case 11001-31-03-027-2000 -0058 to 01.

Palabras claves

Tipicidad y atipicidad contractual. Derecho Público de intervención en el sector financiero. Naturaleza de las normas jurídicas de intervención. Libertad contractual y orden público. Contrato de *leasing*. Contrato de *lease back*

Keywords

Typicality and atypicality contractual, Public Law intervention in the financial sector, Nature of legal norms intervention, Contractual freedom and public order, Lease, Leaseback agreement

¹ Avance del proyecto de investigación titulado “problemas de la atipicidad en el contrato de leasing en Colombia, en la modalidad de lease back o retroarriendo” adscrito al grupo de investigación en Teoría del Derecho y formación jurídica de la Facultad de Derecho de la UNAB.

² Docente Investigador Universidad Autónoma de Bucaramanga, Abogado, Especialista en Derecho Comercial, Derecho procesal Civil, Ciencia Política, Magister en Administración de empresas.

INTRODUCCIÓN

Como avance de la investigación que se adelanta sobre la naturaleza jurídica del contrato de leasing en Colombia, la ponencia que se presenta da cuenta de la revisión en torno a la modalidad del *lease back* teniendo como base tres temas de discusión: la tipicidad contractual, la naturaleza jurídica de la modalidad y la revisión o análisis de caso siguiendo algunos temas revisados por la jurisprudencia nacional.

La investigación en curso, de la cual esta ponencia da cuenta de un avance inicial, busca determinar la naturaleza del contrato de leasing. El presente avance analiza la modalidad contractual del *lease back* o retro arriendo a partir de la concepción mercantil de tipicidad.

La investigación en curso se desarrolla en tres etapas que comprenden el análisis de la naturaleza del contrato de leasing, la identificación de reglas jurisprudenciales y un estudio de derecho comparado. Se debe advertir que la revisión que se expone es parcial y dirigida a la modalidad del retroarriendo o *lease back*, que es una de las varias formas contractuales en que se desarrolla el contrato de *leasing* objeto de la investigación en curso.

1. Concepto y marco legal básico. La atipicidad contractual

Podría indicarse que el contrato de *leasing* tuvo su primera regulación formal a partir de la expedición del Decreto 913 de 1993. Este decreto fue expedido en uso de las atribuciones conferidas por artículos 3º, 7º y 12 de la Ley 35 de 1993, y en él se regula el ejercicio de la actividad de arrendamiento financiero o *leasing*. Es necesario observar aquí que la citada Ley 35 de 1993, regula la intervención que puede adelantar el Ejecutivo en relación con las actividades financiera, aseguradora y bursátil con fundamento en lo dispuesto en el artículo 150 No. 19 Literal d) de la Constitución Nacional y que por esta razón el objetivo de la norma, habida cuenta de que orgánicamente para ese momento las únicas autorizadas para prestar dicho servicio financiero eran las Sociedades de *Leasing* (por el Decreto 914 de 1993 hoy Compañías de financiamiento Comercial y por la Ley 795 de 2003 y 1328 de 2009 hoy operación ampliada a los bancos), fue el de regular la “actividad” de quien obra como sujeto calificado financiero, esto es, normar al intermediario financiero, siendo ellos, Ley y Decreto, típicas normas de intervención al sector para la realización de sus operaciones y objetivos y no un dispositivo regulador de la tipicidad contractual pleno en materia mercantil.

Si se considera que la tipicidad supone una regulación completa y detallada de la institución, que en materia contractual y por lo tanto en los asuntos relativos al derecho privado mercantil, contendría, entre otros, la determinación de la función

económica y social del negocio, de las partes que lo integran, de la estructura misma del contrato (elementos esenciales, naturales y accidentales en términos del artículo 1501 del Código Civil) y la determinación del ámbito de las obligaciones básicas, la regulación que se ofreció en 1993 y la subsiguiente³ fue de naturaleza interventiva y su objetivo consistió en regular al operador y no a las partes del contrato, es decir que no es una norma de derecho mercantil en naturaleza dispositiva básica, más si una de derecho financiero y por lo tanto de derecho público de la intervención, anclada, como resulta evidente, en facultades constitucionales y legales.

Este aspecto resulta fundamental, porque sugiere de inmediato la distinción del ámbito normativo del derecho público de intervención en el sector financiero frente a la contratación privada mercantil propia de la naturaleza de los negocios financieros como es el caso del *leasing* y de su modalidad el *lease back* o retroarriendo: La norma en comento, el Decreto 913 de 1993, busca regular al sujeto calificado financiero (a la entidad financiera) mientras que la tipicidad contractual (de existir) busca regular a las partes del negocio en sus intereses básicos de acuerdo a la estructura misma de la convención. La norma financiera pretende lograr el encausamiento la actividad privada por la senda de interés gubernamental para el desarrollo de la política pública en el sector y de contera lograr así el mantenimiento de la confianza pública y la transparencia en el manejo de los recursos y en la ejecución de las operaciones del intermediario para con sus clientes. A manera de ejemplo podría indicarse aquí que el manejo del lenguaje normativo de la regla de intervención es: “El intermediario financiero (aquí la compañía de financiamiento comercial o el banco) al realizar una operación de *Leasing* debe...” mientras que en el lenguaje contractual podría sugerirse así: “en el contrato las partes deben...”, dando a entender que la regulación se surte para cumplir objetivos diferentes y por ello sus sujetos son distintos.

En este orden de ideas el Decreto 913 citado contiene una descripción general del contrato de *leasing* financiero⁴ y ordena a los intermediarios financieros en relación con la modalidad del retro arriendo o *lease back* cuando dispone en el artículo 3º reglas para que “*las operaciones de arrendamiento se realicen de acuerdo con su propia naturaleza*” que “*c) El contrato de lease back o retroarriendo solo podrá versar sobre activos fijos productivos, equipos de cómputo, maquinaria o vehículos de carga o de transporte público o sobre bienes inmuebles; el valor de compra del bien*

³ Hacemos particular referencia a la legislación sobre *leasing* habitacional, Ley 795 de 2003 y los Decretos que reglamentaron la materia 777 y 779 de 2003, así como la Ley 1328 de 2009.

⁴ El citado Decreto 913 de 1993 dispone en su artículo 2 que “(...) por operación de arrendamiento financiero la entrega a título de arrendamiento de bienes adquiridos para el efecto, financiando su uso y goce a cambio del pago de cánones que recibirá durante un plazo determinado, pactándose para el arrendatario la facultad de ejercer al final del período una opción de compra. En consecuencia, el bien deberá ser de propiedad de la compañía arrendadora, derecho de dominio que conservará hasta tanto el arrendatario ejerza la opción de compra. Así mismo, debe entenderse que el costo del activo dado en arrendamiento se amortizará durante el término de duración del contrato, generando la respectiva utilidad.”

objeto del contrato deberá cancelarse de contado”, (cursiva fuera del texto), sin que se hagan más indicaciones sobre la naturaleza de la operación, sus obligaciones, formas constitutivas, estructura negocial, entre otras posibilidades que se revisan en los contratos típicos.

Así las cosas, el marco normativo de esta modalidad de *leasing* no es típico en particular y por ello sus reglas se constatan en lo que podría denominarse tipicidad social general producto de la práctica o costumbre frente al molde del negocio que se estructura y reconoce a partir de la necesidad económica que delinea sus elementos estructurales y sus efectos, depurándolos a través de su uso en el tiempo. Es esa la función básica de la costumbre en la formación del derecho privado y en particular en el derecho mercantil que resulta acogida por la mayor parte de las legislaciones, denominada por algunos autorregulación o autonomía de la disposición particular.

Como lo indica la doctrina:

“Las estipulaciones de los contratantes en un negocio jurídico atípico válidamente celebrado son fuente de derecho y los particulares tienen potestad normativa para disponer de sus intereses privados. Ante un acto carente de forma y contenido típico el intérprete indagará si este acto constituye un negocio jurídico, tratará de determinar qué se pretendió al celebrarlo, cuál es su causa y finalidad económica comercial, para así interpretar con la mayor fidelidad posible la voluntad de los contratantes” (CORTES FALLA, 2004, p. 45).

Esta idea se refuerza si se observa en nuestro ámbito legal colombiano que el Código Civil en su artículo 1602 ordena que la disposición particular es ley para las partes y que el artículo 824 del Código de Comercio ordena en relación con la libertad contractual la posibilidad de que el contratante empresario se auto regule siempre y cuando observe las normas de orden público⁵.

No es para menos que al indicar el Código de Comercio en sus articulados iniciales las reglas de aplicación jerárquica normativa establezca en el artículo 4 que las disposiciones contractuales (ley para las partes, autorregulación) prefieren a las normas legales supletivas y a la costumbre; exalta dicha norma el valor de la autonomía de la disposición particular que crea moldes negociales a partir de la necesaria transformación del comercio y por lo tanto de los contratos que se usan como su instrumento básico, dando a entender con ello que prima el orden público pero que después de él, como su segundo jerárquico en materia contractual, se

⁵ El concepto de orden público aquí es amplio tanto en su comprensión como en su aplicación: entiéndase en él comprendidas no sólo reglas de orden mercantil (por ejemplo la forma constitutiva de un contrato dispuesta cuya inobservancia traerá como consecuencia algún grado de ineficacia como puede ser la inexistencia) pues también puede estar referido a temas de orden privado como la capacidad para contratar. Sin embargo, aquí el asunto puede referirse a la integración del orden público entendido él como la norma de intervención estatal.

impone el convenio particular, es decir, el empresario, que puede auto regularse y que goza de plena libertad creativa en este nivel.

Así las cosas, en caso de no existir regulación plena del negocio por el particular y de tratarse de un contrato no tipificado, sus reglas serán las reglas generales de la contratación, que darán luz en lo que a la práctica general del contrato se refiere, pero que dejará al juez y las partes indefinidas en temas particulares y por lo tanto sujetos a lo que de su intensión logren probar para dirimir la controversia, tal como se desprende de las reglas de interpretación contractual y en particular de la contenida en el artículo 1618 del Código Civil Colombiano.

La doctrina ha venido decantando su concepto a partir del desarrollo de la práctica contractual del *lease back*. Es decir que nuestro listado de reglas iniciales para la comprensión y redacción del contrato, tienen su punto de partida en el recaudo doctrinal y académico de sus notas características, hoy coincidentes casi todos en el fondo y con algunas diferencias mínimas en el *nomen* de algunos aspectos que lo rodean. El *lease back* es una modalidad *leasing* financiero (es decir del *leasing* que conlleva como elemento esencial la opción de adquirir el bien al final del contrato) en la que el proveedor del bien objeto del negocio es el mismo empresario que se financia con la operación (llamado en algunas legislaciones tomador, *verbi gratia*, la legislación argentina, Ley 25.48). La idea que se desarrolla con el negocio es la de autofinanciación en el sentido de realizar una enajenación plena del bien para que pase a manos de la empresa de *leasing* de manera previa, operación conexas y seguida de un arrendamiento financiero, esto es, con opción de adquirir el bien, sin perder, gracias al arriendo, su uso y goce, confirmando al empresario la posibilidad de obtener recursos para sus procesos con un activo propio, continuar usándolo a título de arriendo durante el tiempo de vigencia del contrato y, realizado el pago de la financiación, readquirirlo a través del ejercicio de la opción.

Si se quisiera discriminar el conjunto de operaciones que involucra podrían separarse así:

1. El empresario requiere financiación, cuenta con un inmueble. Lo enajena a la empresa de *leasing* quien paga un precio (valor requerido de financiación).
2. El empresario recibe en *leasing* financiero el bien, es decir, cuenta con la tenencia para efectos del uso y goce del mismo, pagando durante este periodo un canon que representa el valor de uso y goce, la amortización de la financiación y sus rendimientos financieros.
3. Como cualquier negocio de *leasing* financiero la contratación conlleva la opción de adquirir por parte del empresario de acuerdo con los términos por ellos fijados en el contrato, lo cual supone un nuevo, de ejercitarse, negocio de enajenación a título de *leasing*, por el cual se transfiere el bien propiedad de la *leasing* al empresario (usuario).

En la praxis financiera norteamericana se denomina con justa razón *sale and lease back* mostrando la existencia de una enajenación inicial, el financiamiento y el retorno del activo al ser ejercida la opción de adquisición. Algunos lo presentan como una garantía así:

“(...) el sale and lease back (o retroleasing) se postula como una forma de “garantía autoliquidable”, en la que el bien dado en leasing constituye la principal garantía para el cumplimiento de la obligación dineraria asumida. Integra esta genérica categoría (“autoliquidables”) ya que el dador (acreedor) mantiene la titularidad registral del activo, pues solo confiere su tenencia al tomador (deudor) mientras transcurre la etapa de cumplimiento. (id est, opción de compra con pago del saldo del precio).” (MOLINA y AMUNATEGUI, 2007, P. 160).

Arrubla Paucar califica el *lease back* como “(...) una modalidad del leasing poco ortodoxa” sin dar la razón y agrega, siguiendo la tendencia tradicional de la doctrina colombiana, que dicha modalidad consiste en que: “la compañía de leasing compra al empresario sus equipos o parte de ellos y de inmediato celebra con el mismo contrato de *leasing* y le cede uso de ellos. Incluso en USA se practica sobre toda la fábrica de un empresario” (ARRUBLA, 2008, P. 152). Sin que se haga como es usual en los textos colombianos que tratan el tema del *leasing*, mayores apreciaciones sobre esta modalidad contractual.

2. Planteamiento del problema

Una de las preocupaciones principales que en la discusión académica y en la ejecución operativa del negocio se presenta con los contratos atípicos es su interpretación. El exagerado cartesianismo de nuestras fórmulas interpretativas (dar sentido interpretativo a negocios nuevos y atípicos a partir de contratos tipificados plenamente) siempre ha tratado de limitar el análisis contractual a los contratos reglados por los Códigos Civil o de Comercio, al estatuto o a la ley, en el sentido de que los contratos siempre se enseñan e interpretan a partir de instituciones ya regladas por el legislador y por lo tanto con notas estructurales decantadas y revisadas secundariamente. Hemos visto como la formulación negocial, a partir de las disposiciones comentadas (artículos 1602 y 1618 del Código Civil, 4 y 824 del Código de Comercio, entre otras) supone que la creatividad en la formulación de marcos o fórmulas contractuales nuevas depende de la labor del comerciante (en este caso) que debe imprimir al funcionamiento de su empresa instrumentos que cuenten con las formas más eficaces posibles y por ello de cláusulas, modelos y/o negocios que sirvan para el desarrollo adecuado de su trabajo, no importa que el molde contractual se halle o no tipificado en la ley.

Como se indicó, si las reglas están dadas por las partes en un negocio y observan, de requerirse, todas las fórmulas que las disposiciones de orden público en su esquema

exigen, esa es su ley y el juez o el intérprete debe ceñirse a ellas. En ese sentido, solo la ausencia de disposición convencional dará lugar a la búsqueda de normas particulares o generales para, de manera supletiva, dar solución al claro oscuro.

Por esta razón los juicios de valor que se hacen sobre formulaciones contractuales nuevas que son la fuente de estructuración de negocios jurídicos que abren caminos y soluciones a problemas del tráfico jurídico mercantil, suelen ser restringidas por el sesgo interpretativo producto de ese espíritu de adecuación normativa. Bajo el amparo de determinar la naturaleza jurídica del contrato o molde comercial se enmarcan por el intérprete estructuras de negocios jurídicos nuevos con moldes ya tipificados para negocios que en la praxis mercantil resuelven problemas con su clara autonomía y que con la explicación restringida a lo típico reducen su dinámica sin ofrecer solución alguna. Varios casos que pueden ser objeto de estudio detallado desde esta perspectiva se pueden revisar, como lo es el del contrato de reporto, del descuento bancario, del contrato de *factoring*, de los negocios de cobertura, entre otros, que al igual de lo que aquí se muestra con la modalidad de *leasing* de retroarriendo o de *lease back*, conllevan la búsqueda de sistemas de interpretación adecuadas que traigan como consecuencia seguridad jurídica a quien los realice.

Para el caso en particular se encuentra que la modalidad de *lease back* recoge algunas de las notas del denominado *leasing* financiero, por lo que en sus caracteres esenciales aparece la determinación de un precio o canon, la determinación de un bien objeto del negocio y la opción de adquirir al final del contrato el bien que se ha entregado en *leasing*. Sin embargo, como ya se indicó atrás, estas notas o elementos esenciales sólo explican el *leasing* financiero más no la modalidad que nos atañe, pues ésta se encuentra antecedida por una operación de enajenación previa del bien por parte del empresario a la sociedad o empresa de *leasing*, pues es este un contrato donde su función de financiación se nutre del activo propio del usuario, tomador o empresario, que, como también se indicó se autofinancia con ese activo. Justamente la dificultad interpretativa en el negocio que se presenta nace de esta enajenación previa porque en la mayor parte de los casos se enmarca en el negocio de compraventa y en el posterior *leasing* financiero.

La Ley argentina (Ley 25.48 artículo 5 Inciso e) establece que en el *leasing* el objeto del contrato puede ser adquirido por el dador (empresa de *leasing*) al tomador (usuario) por el mismo contrato o haberlo adquirido antes. Nótese algo interesante aquí: dicha legislación reconoce que la operación puede tratarse como un todo (operación compleja desde el punto de vista estructural) y que no se hace referencia a la venta inicial sino a la adquisición, esto es, no se mira el título por el cual se enajena (el contrato o causa comercial objetiva) sino el hecho de la enajenación, la verificación de la tradición. Sin embargo, esa misma ley prevé la posibilidad de la evicción y de los vicios redhibitorios, clara manifestación de su asimilación interpretativa por vía legal a la compraventa (artículo 6).

En el caso colombiano se explica tanto en la praxis como en lo doctrinal el negocio por vía de la venta. Véase como ejemplo el caso de Arrubla Paucar (2008, p. 152) y de Rodríguez Azuero (2003, p. 709). Esto nos lleva a pensar en dos asuntos: Si la venta hace parte de la estructura del negocio de *leasing* en retro arriendo, ¿cómo explicar su unicidad como operación compleja negocial? ¿Cómo evitar que se pueda endilgar lesión enorme o simulación de contrato en relación con la venta, cuando en realidad lo que se ha celebrado es un leasing en modalidad de retro arriendo? Se resalta aquí el hecho de interpretar un negocio llamado *leasing* en retro arriendo, en el cual se surte una enajenación inicial para lograr la financiación de un proceso con el precio requerido pactado (que no necesariamente ha de coincidir con el precio comercial del bien enajenado), para luego realizar un *leasing* financiero en el mismo marco estructural contractual, agregando como fórmula de solución interpretativa la venta que conlleva las dificultades mencionadas (posibles lesiones enormes, simulación de negocio y similares).

3. Un caso tratado por la jurisprudencia nacional colombiana

Con el fin de enriquecer y de apoyar la explicación y el estudio propuestos resulta fundamental seguir algunos temas tratados en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de septiembre 25 de 2007, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente, Doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Sentencia 2000-00528, Expediente 11001-31-03-027-2000-0058-01. Esta sentencia (que se relaciona sólo en los aspectos pertinentes para nuestro estudio, dejando otros muy importantes para ser tratados en otra oportunidad) revisa el tema del *leasing* de retorno o retro arriendo y analiza algunos aspectos sobre su naturaleza.

En ella se discute el caso que se resume brevemente en sus hechos así: Una empresa avícola (en adelante La Avícola) realiza en 1996 con una empresa de *Leasing* (en adelante *La Leasing*) un negocio de retro arriendo o *lease back* que estructuran en de la siguiente forma: Se vende el bien inmueble objeto del negocio en \$320 millones de pesos. El precio se paga compensando unas obligaciones con *La Leasing* y haciendo pago de otras obligaciones de La Avícola con terceros para finalmente recibir en efectivo una suma aproximada a los \$90 millones. Luego, en documento privado aparte se suscribe el negocio de *leasing* financiero con su correspondiente canon y opción. La Avícola procede en ejecución del contrato a demandar a la *Leasing* (en el año 2000) pretendiendo el reconocimiento lesión enorme habida cuenta que el bien vendido tenía para el momento del negocio un valor comercial de \$720 millones de pesos y no de \$320 millones como se había fijado en el contrato; en subsidio presentó como pretensión la simulación del negocio, es decir, procede al ataque del contrato de compraventa.

Como se observa, las condiciones de la lesión enorme se cumplen en integridad lo cual lleva a que las instancias previas a la casación la acojan. La *Leasing* excepciona

simulación de precio pactado (con el entendido de que lo querido era el *lease back* y no la venta), precio no inferior a la mitad del justo precio de la cosa que se vende y, por último, prescripción de la simulación.

Sobre el particular la ponencia de la Corte recoge el tema indicando, como lo había mencionado en Sentencia de Casación Civil de diciembre 13 de 2002, que el *leasing* en Colombia es un contrato atípico que supone la intermediación financiera respondiendo a los parámetros del Decreto 913 de 1993. Y agrega:

“A este respecto, ha precisado la Sala que, “En su fase o etapa precontractual (iter contractus), el leasing suele estar precedido, las más de las veces, de la formulación de una puntual indicación que el candidato a tomador le formula a la compañía de leasing, para que esta —a nombre propio— adquiera el bien o bienes sobre los cuales habrá de celebrarse el contrato, de forma tal que cuando esa actuación se materializa, la adquisición del bien por parte de la sociedad de leasing (negocio jurídico de aprovisionamiento), es meramente instrumental, en cuanto tiene su razón de ser, únicamente, en el posterior perfeccionamiento de la descrita negociación (posterius)” (Cas. Civ., dic. 13/2002), que puede servir como herramienta para acceder al crédito —como en el leasing financiero—, o para monetizar activos sin necesidad de sustraerlos de un proceso de producción —como en el “lease back”—.

“En el caso de este último tipo negocial, también llamado retroarriendo o leasing de retorno —entre otros nomen más—, propio es señalar que una de sus notas distintivas corresponde, justamente, a que el aludido contrato de aprovisionamiento se celebra con el futuro locatario, quien antes que usuario —en un plano temporal— es proveedor y, por consiguiente, la persona que hace dueño del bien a la sociedad de leasing, posibilitándole celebrar el mencionado contrato.

Dicho en otros términos, para que exista “lease back”, la institución financiera, previamente, debe comprar el bien a quien ulteriormente será su usuario —pagándoselo de contado, por así disponerlo el literal c) del artículo 3º del Decreto 913 de 1993—, siendo el interés de este mantener la tenencia del mismo, como que se trata de un activo productivo, por lo que, simultáneamente o a posteriori, lo recibe a título de leasing, el cual le confiere, en adición, una opción para adquirir el bien, una vez termine el plazo de duración de aquel”

Para sostener esta tesis de la venta y evitar que por una inadecuada interpretación se endilgue lesión enorme de una operación compleja como el *lease back*, la ponencia acoge el criterio doctrinal de los contratos conexos o coaligados que expresa de la siguiente forma siguiendo la jurisprudencia de la Sala sobre este tipo de contratos:

“...en materia de contratos, sucede con frecuencia que en ejercicio de la llamada autonomía negocial y tras de expresar su voluntad en un único documento, las partes le dan vida a diversos contratos que, aun conservando su identidad típica y

por ende quedando sometidos a la regulación que les es propia, quedan sin embargo coligados entre sí, funcionalmente y con relación de recíproca dependencia, hasta el punto de que las vicisitudes de uno, en mayor o menor grado, pueden repercutir en los otros, casos en los cuales es deber de los jueces establecer con cuidado y con base en las pruebas recaudadas si, además de las finalidades de cada uno de los contratos celebrados, existe o no un objetivo conjunto y general querido por las partes”.

A continuación precisó:

“Así, en los contratos coligados, según enseña la doctrina, no hay un único contrato atípico con causa mixta “...sino una pluralidad combinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una causa autónoma, aun cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económica unitaria y compleja, luego el criterio de distinción no es aquel, formal, de la unidad o de la pluralidad de los documentos contractuales, ya que un contrato puede resultar de varios textos y, por contra, un único texto puede reunir varios contratos. El criterio es sustancial y resulta de la unidad o pluralidad de causas ...” (Francesco Galgano. El negocio jurídico. Cap. IV. Sección 2ª. Núm. 26); en otras palabras, habrá conexión contractual cuando celebrados varios convenios deba entenderse que desde el punto de vista jurídico no pueden ser tratados como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza y estructura así lo exija, o bien porque entonces quedaría sin sentido la disposición de intereses configurada por las partes y articulada mediante la combinación instrumental en cuestión” (Cas. Civ., sent. oct. 6/99, Exp. 5224)”.

Para el caso del *lease back* concluye:

“Como se aprecia, en la esfera negocial, es esta una operación económica que involucra la realización de dos contratos diversos, pero estrechamente vinculados, a saber: la compraventa, mediante la cual el candidato a usuario transfiere la propiedad de la cosa a la sociedad de leasing (negocio instrumental), y el “lease back”, por cuya virtud esta le permite al proveedor el uso y goce del bien a cambio de una contraprestación económica.

“Se trata, pues, de un claro caso de conexidad contractual, por cuanto ambos negocios jurídicos se justifican recíprocamente, en la medida que es con miramiento en el leasing que el futuro usuario vende y que la sociedad de leasing compra, lo que, al tiempo, determina que en unas mismas personas converjan distintas calidades por razón de las obligaciones que despuntan de uno y otro contratos: vendedor, tradente y usuario, por un lado, comprador, adquirente y leasing, por el otro.”

Es decir, la Corte se apoya en la teoría de la conexidad contractual para llamar la atención sobre los requerimientos que el mundo contemporáneo trae en la

formulación de nuevos negocios o moldes de negocios. Sin embargo, luego de tan vasta y profunda explicación, para molestia de los amantes del derecho sustancial, por un yerro en la técnica de casación, no prospera el cargo y por ende queda en firme lo decidido sobre el particular por el Tribunal; es decir, independientemente de los asuntos referentes a la casación y a los yerros de los juristas que apoderaron a las partes en el caso en comento, un *lease back* fue obstruido en su funcionamiento por prosperar la Lesión Enorme. Nos queda una inquietud sobre este particular tema: Si no hubiera existido el yerro en la formulación del cargo que proviene de una mala formulación de las excepciones, ¿reconocer la existencia de la venta en la operación de *lease back*, no es en sí mismo desconocerla como contrato autónomo? ¿Puede el juez, so pretexto de aplicar la teoría de los contratos coaligados en su interpretación, desconocer la existencia de una venta con lesión cuando la figura es de orden público?

4. Conclusiones preliminares

A todas luces aparecen inquietudes frente al caso expuesto, pues la fórmula negocial no responde en su interpretación a lineamientos claros que eviten la inseguridad jurídica y que solucionen el problema de fondo cimentado en la naturaleza jurídica de la institución, que no solo debe traducirse en una copia de un molde contractual foráneo sino en una verdadera adecuación frente a las necesidades de las partes, su poder de creación y el ajuste adecuado frente al derecho. En este caso (el tratado por la jurisprudencia en el numeral anterior) las condenas son suficientemente graves para delatar la situación delicada que se ofrece en términos de seguridad jurídica para las empresas de *leasing*, pues la controversia no ha sido solucionada por el juez, simplemente se han dado hipótesis sobre una tesis que no resulta clara en la estructura del negocio.

Nos parece entonces, a manera de conclusión preliminar, que se presentan las siguientes posturas en relación con la estructura del negocio y su naturaleza: a) El *lease back* es la venta acompañada de un posterior negocio de *leasing* financiero (que desafortunadamente ha sido lo acogido en la praxis), interpretación que conlleva dos situaciones para control de la inseguridad jurídica con el fin de prevenir problemas como los mentados en la Sentencia analizada: una primera, que la enajenación a título de venta se realice por el valor comercial del bien, con prescindencia de si el monto de la financiación que requiere el usuario es inferior, todo esto con el fin de evitar la lesión enorme, como se presentó en el caso analizado. Sin embargo, debe observarse que esa práctica no excluye la posibilidad de accionar (en forma torticera) pretextando simulación negocial, pues el contrato de venta fue, en todo caso, simulado en el precio, porque la financiación que se evidencia en el *leasing* financiero posterior será inferior para el caso del ejemplo. La segunda situación o vía es la acogida por la Corte en el caso comentado atrás, es decir, indicarle al juez que no debe entender las operaciones como independientes en sus causas sino como coaligadas o conexas en su objetivo último. Sin embargo, para este otro caso,

queda la duda sobre si el juez puede desligarse, para aplicar la tesis de la Corte, de lo que supone el tema de orden público en relación con estos moldes contractuales, como ya se explicó atrás, y b) Considerar el *lease back* o retro arriendo dentro de los parámetros de creación contractual autorizados por la misma codificación civil y mercantil en protección de la autonomía de la disposición particular, como un contrato integral que conlleva una enajenación a título exclusivo de *lease back* que comprende en sus elementos estructurales la determinación de un precio de enajenación inicial (que es el requerido por el usuario), la determinación del canon de arrendamiento posterior y la opción de adquisición o de readquisición por el usuario al terminar el pago, observando, eso sí, las reglas registrales propias de la tradición del dominio de bienes inmuebles. Este reconocimiento que no vulnera el orden público se sustrae de lo que hemos denominado “cartesianismo interpretativo”, da pleno reconocimiento a los poderes de autoregulación particular y explica la figura o modalidad contractual evitando problemas derivados de haber celebrado un negocio de compraventa previo.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, (2008), *Contratos Mercantiles, Tomo III, Contratos Atípicos*, Medellín: Ed. DIKE
- BARBIER, Eduardo Antonio, (2002), *Contratación bancaria, tomo 2*, Buenos Aires: Ed. Astrea.
- BOUNOCORE, Vincenzo; FANTOZZI, Augusto; ALDERIGHI, Massimo y FERRARINI, Guido. (1975), *El leasing*, Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.
- CASTILLO TRIANA, Rafael, (1994), *Leasing: Mecanismo financiero del futuro*, 1994, Bogotá: Ed. Hojas e Ideas.
- CORTES, Mónica, (2004), *Comentarios a los negocios atípicos en Colombia*, Bucaramanga: en revista Temas Socio-Jurídicos, Facultad de Derecho, UNAB, Volumen 22.
- DIAZ RAMÍREZ, Enrique, (1993), *Contratos Bancarios*, Bogotá: Ed. Temis.
- GHERSI, Carlos y WEINGARTEN, Celia, (2007), *Contratos Bancarios 1*, Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica.
- MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto, (2000), *Cátedra de Derecho Bancario*, Bogotá: Ed. Legis.

- MOLINA, Carlos y AMUNATEGUI, Cristina, (2007), *Leasing*, Buenos Aires: Ed. BdeF.
- RODRIGEZ AZUERO, Sergio, (2003), *Contratos Bancarios*. Su significación en América Latina, Bogotá: Ed. Legis.
- SALCEDO FLOREZ, Álvaro, (1989), *El leasing y los contratos nominados*, Bogotá: Ed. Librerías Jurídicas Wilches.
- VILLAR URIBARRI, José Manuel, (1995) *Régimen jurídico del Leasing*, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.
- Legislación y jurisprudencia
- Decreto 913 de 1993
- Decreto 914 de 1993
- Código Civil
- Código de Comercio
- Constitución Política de Colombia
- Congreso de la República, Ley 35 de 1993
- Congreso de la República, Ley 795 de 2003
- Congreso de la República, Ley 1328 de 2009
- Corte Suprema de Justicia, septiembre 25 de 2007, Sala de Casación Civil, M P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Sentencia 2000-00528, Expediente 11001-31-03-027-2000-0058-0
- Corte Suprema de Justicia, diciembre 13 de 2002, Sala de Casación Civil, M P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Expediente 6462