



Universidad de **Nariño**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Revista Científica

CODEX

Vol. 1 No. 1. Año 2015

ISSN: 2463 - 1558

ISSN – E: 2463 - 2031

Revista Científica CODEX

Vol. 1 N° 1. Año 2015

Universidad de Nariño
CARLOS SOLARTE PORTILLA

Rector

MARTHA SOFÍA GONZÁLES INSUASTY

Vicerrectora Académica

JORGE NELSON LÓPEZ

Vicerrector de Investigaciones, Postgrados y
Relaciones Internacionales

DIRECTOR - EDITOR

LEONARDO A. ENRÍQUEZ MARTÍNEZ

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias
Políticas

COMITÉ EDITORIAL
MIEMBROS EXTERNOS:

EDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO.

Docente Universidad del Rosario (Bogotá)

ANDRÉ FERREYRA POLYCARPO GOMES.

Docente Universidad Bello Horizonte
(Brasil)

JOSÉ VICENTE TROYA (q.e.p.d).

Docente Universidad Andina Simón Bolívar
(Ecuador) y Magistrado del Tribunal de
Justicia de la CAN

GAMAL MOHAMMANT ATSHAN
RUBIANO.

Docente Universidad Nacional de Colombia,
U del Rosario, Magistrado Tribunal
Superior de Cundinamarca

MIEMBROS INTERNOS

JUAN CARLOS LAGOS. Doctor en Ciencias
de la Educación. Docente Universidad de
Nariño

MANUEL ANTONIO CORAL. Magister en
Derecho y candidato a Doctor en Derecho de
la U. Santo Tomás. Docente Universidad de
Nariño

DIRECTOR GRUPO CEJA

Centro de Estudios Jurídicos Avanzados

OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO.

Magister en Derecho Comercial U. Externado de
Colombia. Docente Universidad de
Nariño

COMITÉ CIENTÍFICO

GUSTAVO GARCÍA BRITO. Secretario
Tribunal de Justicia Comunidad Andina.
Docente Universidad Andina Simón
Bolívar – Ecuador. Magister en Derecho
Internacional Económico de la U. Andina
Simón Bolívar

LUIS JOSÉ DIEZ CANSECO NÚÑEZ.

Magistrado Tribunal de Justicia de la
Comunidad Andina. Docente Universitario
Perú y Ecuador. Magister George
Washington University Law School.

ROBERTO MOLINA PALACIOS. Docente
Universidad Nacional de Colombia.
Magister en Derecho U. Externado de
Colombia

ALEXANDER SÁNCHEZ PÉREZ.

Magistrado Auxiliar Consejo de Estado,
Docente Universidad Externado de
Colombia. Doctor en Derecho Público
Universidad Paris II.

MONITORA

ELSY LORENA ORTEGA CUAICHAR

Estudiante Facultad de Derecho
Universidad de Nariño

APOYO TÉCNICO

Empresa Editorial de Nariño – EDINAR:

Actúa únicamente como impresor.

Diagramación y Diseño Carátula:

MARIBEL ZARAMA MEJÍA

Imagen de carátula: tomada de internet
elotroviento.blogspot.com

Universidad de Nariño

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Calle 18 Cr. 50. Ciudadela universitaria
Torobajo, Bloque D, Facultad de Derecho.

<http://derecho.udenar.edu.co>

email: derecho@udenar.edu.co

Página web revista:

<http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex>

email revista: rcodex@udenar.edu.co

Telefax: (+57) (2) 7315438

Revista Científica CODEX

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
GRUPO DE INVESTIGACIÓN
CEJA-CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS AVANZADOS
UNIVERSIDAD DE NARIÑO

DEFINICIÓN DE LA REVISTA

La revista científica CODEX de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, es un medio de divulgación del conocimiento, la investigación, la proyección social y el saber jurídico y socio jurídico. Su objetivo esencial es la publicación de resultados de investigación, generando espacios de debate con un enfoque crítico social sobre temas de relevancia jurídica.

La revista se publica con una periodicidad declarada ANUAL, con artículos presentados en español, inglés y francés. La revista CODEX se divulgará en físico y en versión electrónica.

ISSN: 2463 - 1558

ISSN-E: 2463 - 2031

Lugar de edición: San Juan de Pasto, Departamento de Nariño, República de Colombia.

ENTIDAD EDITORA

Universidad de Nariño – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Grupo CEJA- Centro de Estudios Jurídicos Avanzados

Página web: www.udenar.edu.co

Derecho.udenar.edu.co

VERSIÓN ELECTRÓNICA

<http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex>

DIRECCIÓN POSTAL Y CORREO ELECTRÓNICO

Calle 18 Carrera 50, Universidad de Nariño, Ciudadela Universitaria Torobajo, Bloque D,

Facultad de Derecho, de la ciudad de San Juan de Pasto, Departamento de Nariño, República de Colombia.

Correo electrónico: rcodex@udenar.edu.co

Nota sobre las direcciones: La dirección postal y el correo electrónico corresponden al contacto de la administración de la revista, pudiendo dirigirse a éstas para efectos de solicitud de suscripciones, canjes, envío de trabajos, acciones de seguimiento, entre otras.

SISTEMA DE ARBITRAJE.

Los artículos se seleccionan a través del arbitraje con dos pares externos a la entidad editora, bajo el sistema de doble ciego. Los árbitros otorgan calificación numérica a los ítems exigidos, y clasifican los más altos puntajes. Posteriormente el comité editorial revisa la calidad científica y pertinencia del artículo, y selecciona los artículos a publicar. El procedimiento se explica en el instructivo para autores.

BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES:

La revista CODEX acoge los estándares internacionalmente aceptados en materia de publicación científica. Por lo tanto, la revista CODEX adopta en su proceso las directrices fijadas en la 2nd World Conference on Research Integrity realizada en Singapur, en julio de 2010. En consecuencia recomienda a los autores su revisión. Las directrices pueden consultarse en: http://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf

CANJE/EXCHANGE/ÉCHANGE:

Solicitamos canje. We request Exchange. Nous sollicitons échange. Email: rcodex@udenar.edu.co, y en la dirección postal.

CONTENIDO

EDITORIAL	11
IMAGEN ACONTECIMIENTO	
Del método hermenéutico a la semántica del cine	
José Fernando Saldarriaga Montoya	
Farid Villegas Bohórquez	13
EL DERECHO, LA PAZ TRANSFORMADORA Y LA PAZ COMO VALOR FUNDANTE DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO DESDE LA PERSPECTIVA DEL FUNCIONALISMO ESTRUCTURAL EN TALCOTT PARSONS Y ROBERT MERTON	
Luis Gabriel Rodríguez de la Rosa	23
LA CONCEPCIÓN FILOSÓFICA DEL DERECHO PENAL DE JOSÉ RAFAEL SAÑUDO	
Juan Carlos Lagos Mora	41
PASTERAS, UN TRABAJO QUE OBVIÓ EL PROGRESO	
Un análisis propositivo desde la crítica constructiva	
Jairo Enrique Lucero Pantoja	53
CARACTERÍSTICAS CURRICULARES Y TEÓRICO JURÍDICAS DEL PROGRAMA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE NARIÑO EN EL PERÍODO 1904 – 1936	
Isabel Goyes Moreno	
Rolando Víctor Guerrero T	77

LA PRIVATIZACIÓN DEL AGUA. IMPACTO DE LAS CONCESIONES DE AGUA EN TEXCOCO, ESTADO DE MÉXICO, MÉXICO	
Mayra A. Ortega Espinosa	91
DESOBEDIENCIA CIVIL CUESTIÓN DE TRADICIONES JURÍDICAS O DE COMPOSICIONES Y DESESTRUCTURACIONES SOCIALES	
Jairo Enrique Lucero Pantoja	107
CRITERIOS PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DERIVADA DE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO.	
Problemas jurídicos derivados de la autonomía de las acciones patrimoniales y penal	
Manuel Antonio Coral Pabón	133
LOS PRECIOS EXCESIVOS EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COLOMBIANO	
Juan Pablo Montezuma Martínez	145
UBER UNA ALTERNATIVA NECESARIA PARA EL TRANSPORTE DE PASAJEROS	
Marcela Alejandra Acosta López	
Lhoren Sthepannie Espinosa Salazar	163
LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN COLOMBIA	
Faisury Martínez Tovar	
Lina Vanessa Ortiz Montoya	
Katherin Torres P	177
LA IGUALDAD DE ARMAS ENTRE LA DEFENSA TÉCNICA Y EL ENTE ACUSADOR EN EL MARCO DE LA LEY 906 DE 2004	
Andrea Aguilar Barreto	
Carlos Marcucci Parada	
Nandy Angarita Fuentes	195

MUJERES SUPREMAS. LA CUESTIÓN DE GÉNERO EN CORTES SUPREMAS Y TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. DATOS COMPARADOS SOBRE LA PERFORMANCE DE LAS JUEZAS	
Jorge O. Bercholz	211
LA EDUCACION SOCIO JURÍDICA EN LA PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA ESCOLAR	
Amanda Parra Cárdenas	227
INCONGRUENCIA ENTRE EL ESTABLECIMIENTO DE PATRONES DE MACROCRIMINALIDAD Y MACROVICTIMIZACIÓN Y LAS SENTENCIAS DE JUSTICIA Y PAZ: ANÁLISIS DE LA CONDENA PARCIAL DE RAMIRO “CUCO” VANOY MURILLO	
Juan Manuel Córdoba Martínez	245
ÍNDICE DE AUTORES	261
COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ESTE NÚMERO	265
INSTRUCCIONES PARA AUTORES	271
MANUAL DE CITAS Y REFERENCIAS	277
SUSCRIPCIÓN VERSIÓN ELECTRÓNICA	283
CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA	283

EDITORIAL

UN NUEVO COMIENZO

Amable lector, hoy nace a la vida académica una revista que empieza a escribir su historia, pero que no parte de cero. Para llegar a este nuevo comienzo, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño transitó por un camino harto difícil, pero cuyo recorrido por momentos de lucha y sacrificio deja grabados en los muros de la Institución los nombres de hombres y mujeres, de quienes su legado se convierte en el cimiento para la formación de las generaciones presentes y futuras.

Que importante recordar, como lo enseñara el historiador nariñense Jaime Enríquez Sansón en su obra *Cien Lecciones de Historia de Pasto*, que *“el origen de la Universidad de Nariño se encuentra en la solicitud elevada por el Cabildo Municipal de Pasto al Consejo de Indias – luego de reiteradas súplicas al Rey – para lograr la licencia de funcionamiento de un Colegio. Tras insistente campaña se logra que el 13 de noviembre de 1688, el padre general de los jesuitas conceda la licencias para establecer en la Villa el Colegio de la Compañía, licencia que se legaliza a través de la Real Cédula de Fundación expedida por la Corona el 1° de julio de 1689”*.

Ahí, en el mismo lugar y pasados los años se erige el Colegio Provincial, en donde se edificara la majestuosa construcción que a la postre acogería a los más insignes estudiosos del Derecho y cuyo techo protege en el presente la práctica denodada de los estudiantes en los Consultorios Jurídico, así como también los estudios de postgrado en Derecho y la investigación socio jurídica. En efecto, a propósito de la aplicación de la ley de 6 de agosto de 1821, mediante la expedición del decreto 800 de 2 de junio de 1827, Francisco de Paula Santander da vida a este Colegio, el cual pasará a denominarse Colegio de San Agustín por ordenanza de la Cámara Provincial de Pasto de 14 de octubre de 1845, como homenaje a la Orden de los Agustinos, a la cual pertenecía Fray Antonio Burbano de Lara, primer rector de esa Institución designado por el General y quien habría donado su hacienda de Casabuy para que con sus frutos se reedificara el Colegio Provincial, destruido en el terremoto del 20 de enero de 1834.

Y es justamente en el Colegio Provincial que el ilustre Antonio José Chávez inicia la cátedra de Derecho en el año de 1836. Este hecho significativo es registrado oficialmente por el Consejo Directivo de la Universidad de Nariño, a través del acuerdo 214 de 1963 y suscrito por el doctor Luis Santander Benavides. En dicho acuerdo y a propósito del centenario de la batalla de Cuaspud, se manifiesta que la Universidad de Nariño es la prolongación en el tiempo del Colegio Provincial, más adelante Colegio Académico, y por lo tanto se reconoce oficialmente como fundador de la Facultad de Derecho al doctor Antonio José Chaves y como año de su fundación el de 1836. Pero sería la rúbrica de Don Julián Bucheli Ayerbe, primer gobernador del Departamento de Nariño, la que diera vida al decreto 049 de 7 de noviembre de 1904 mediante el cual se crea la Universidad de Nariño y en la que continuaría funcionando de forma ininterrumpida esta Facultad.

Así pues, esta casa de estudios se convierte en el adalid del Derecho, de su estudio, de su investigación y su proyección. La suma de esfuerzos de mucha gente ilustre, muy recordados algunos y olvidados en el tiempo otros, nos permite este encuentro académico y científico, en una obra cuyo nombre CODEX evoca el origen mismo de los textos, de las tablillas o del pergamino destinado a abrirse y no a desenrollarse, el mismo que contrario al volumen permitió la escritura en ambas páginas y cuya forma se perpetuaría en la historia de la humanidad, sin lugar a dudas, de una manera irremplazable aun por los documentos electrónicos que facilitan la consulta e investigación, pero que jamás podrán brindar el placer en los sentidos que provoca el papel y la tinta.

CODEX nace como respuesta a la exigencia de la investigación científica del Derecho en nuestros días y al ritmo que esta Facultad antigua impone, en un momento en el que la altísima calidad de su Programa de Derecho cuenta no solo con el reconocimiento social sino también el institucional, y por cuanto quienes habitan en la academia reclaman un espacio de expresión de sus tesis en los niveles más altos de discusión y difusión.

El Programa de Derecho que tanto ha contribuido a la sociedad, ahora entrega en sus manos este nuevo medio de divulgación de la investigación jurídica y socio jurídica, para que el sano debate y la crítica académica sigan siendo un baluarte de nuestra Universidad y de la Región, ante nuestra propia mirada y la de todos aquellos que desde el mundo entero acudieron a la convocatoria de la revista y de quienes en un mundo sin fronteras pueden aportar al pensamiento jurídico aquí expuesto.

LEONARDO A. ENRÍQUEZ MARTÍNEZ
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Nariño
Director y Editor Revista Científica CODEX

IMAGEN ACONTECIMIENTO

DEL MÉTODO HERMENÉUTICO A LA SEMÁNTICA DEL CINE ¹

José Fernando Saldarriaga Montoya²

Farid Villegas Bohórquez³

Fecha de recepción: 4 de mayo de 2015.

Fecha de aceptación: 10 de septiembre de 2015.

Referencia: SALDARRIAGA MONTOYA, José Fernando. VILLEGAS BOHÓRQUEZ, Farid. *Imagen acontecimiento del método hermenéutico a la semántica del cine*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 1. Núm. 1. Págs. 13 – 22. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex.

Los sonidos emitidos por la voz son símbolos de los estados del alma, y las palabras escritas, los símbolos de las palabras emitidas por el habla... por eso la interpretación se confunde con la dimensión semántica de la palabra misma: la interpretación es el discurso mismo, es todo discurso (Ricoeur, Del Texto a la Acción: Ensayos de hermenéutica II, 2010, pág. 145).

RESUMEN

El texto que se propone tiene por objeto analizar la *imagen-acontecimiento*, desde las categorías de *planómeno* y *logopatías* en el cine. Por lo tanto su ámbito de

¹ Trabajo Resultado de Estudio de investigación cine-filosofía, Derecho.Unauala

² Sociólogo y Especialista Análisis del Estado Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín. Unauala Magister en Estudios Políticos Y Candidato a Doctorado en Filosofía Universidad Pontificia Bolivariana. U.P.B Medellín. Profesor Facultad Derecho UNAULA. Sociología jurídica. Cine y literatura. Miembro del grupo de estudio Pensamiento y cultura latinoamericana Unauala Correo Josena@hotmail.com. Jose.saldarriaga@unauala.edu.co

³ Magister en Literatura. Universidad Pontificia Bolivariana. Master en Relaciones Internacionales Iberoamericanas. Universidad Rey Juan Carlos – Madrid (Esp). Especialista en Pedagogía de los Derechos Humanos – Unauala. Licenciado en Español y Literatura. U. De A. Docente Fundación Universitaria –Uniminuto y Educame. Miembro del Grupo de Investigación Responsabilidad Social y Desarrollo Sostenible – Uniminuto. Medellín Colombia, 2015. E-mail: farid.bohorquequez@gmail.com

interpretación se ubica en la proximidad fenomenología del concepto en torno a la filosofía de la existencia que la imagen proyecta en función del significado. Se trata de una asimilación conceptual en la línea hermenéutica de los lenguajes del cine, bajo la pregunta ¿puede la imagen acontecimiento situar la experiencia de la existencia dentro la ficción del cine? Para el caso se acude a algunas películas de Ingmar Bergman, con las que se da paso a la disertación de sentido, hasta procurar con los postulados de *Paul Ricoeur*, *Martin Heidegger*, *Gadamer* y *Hurssel*; el avistamiento *estético*⁴ de la vida como filosofía en el *planómeno*⁵ del séptimo arte.

PALABRAS CLAVE: cine, hermenéutica, imagen-acontecimiento, estética-estésica, filosofía.

ABSTRACT

The proposed text aims to analyze the event-image, the categories from *planómeno* and *logopathies* in film. Therefore the scope of interpretation lies in the vicinity phenomenology of concept around the philosophy of existence that the image projected on the basis of meaning. It is a conceptual assimilation in line hermeneutics languages of film, under the question can the event image situate the experience of existence within the fiction film? In the case of some films by Ingmar Bergman, with whom semantic dissertation is suggested to ensure the postulates of Paul Ricoeur, Martin Heidegger, Gadamer and Hurssel it goes; the *estético* watching life as philosophy in the *planómeno* of cinema.

KEY WORDS: film, hermeneutics, image-event-estésica aesthetics, philosophy.

INTRODUCCIÓN

El texto, *IMAGEN ACONTECIMIENTO: Del método hermenéutico a la semántica del Cine*, surge de un abordaje investigativo en el marco de la Cátedra Cine, Derecho y Literatura, de la Universidad Autónoma Latinoamericana – Facultad de Derecho. En el marco de una filosofía reflexiva y de la mano de la experimentación, surge un acercamiento interpretativo a la categoría del acontecimiento representado sobre el fondo de luz. El objetivo central de la elaboración es sustentar posibilidades filosóficas desde el cine como una memoria actualizada en la imagen movimiento, la misma que a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, hizo aristas para dar cuenta de la historia y las mentalidades en una narración distinta. En consecuencia, los acercamientos al *método hermenéutico* son parte de una mirada crítica, fenomenológica

⁴ Al respecto Dominique Chateau, en su texto *Estética del Cine*, hace un planteo dicotómico de *estésica* y *estética*, dos conceptos en divergencia dialéctica (2010, pág. 31), reservando para la *estésica* universo de las sensaciones y los sentidos.

⁵ Análogicamente es una mesa, una planicie, una sección. Es un plano de consistencia o, más exactamente, el plano de inmanencia de los conceptos (Deleuze & Guattari, *¿Qué es la filosofía?*, 1991, pág. 39)

si se entiende, desde las aportaciones que a dicha disciplina hace en el fondo mismo, que para nuestro estudio ha sido creado por *Ingmar Bergman* en lo que fue su apuesta cinematográfica para la segunda mitad del Siglo XX.

Con base en los elementos dados, es importante destacar que el análisis busca desentrañar una impresión descriptiva de esas preguntas trascendentales que ponen en ciernes los referentes estáticos y metafísicos de la filosofía tradicional, hasta hacer rodar al borde de existencia, eso que es acontecimiento y que exacerba la lógica positiva. El lenguaje por lo tanto habita las nociones, que son tiempo y significado relativo en el tiempo mimético del mundo que empieza de nuevo con cada *hermeneia*, intentando comprender más allá de la razón, el absurdo de la realidad posible.

Considerando que el acontecimiento es en tanto sentido; una experiencia única espacada sobre la sincronía de la memoria, el cine surge como en José Luis Pardo, para dar paso a unas formas disímiles de la exterioridad en el espacio tiempo de la imagen que frenéticamente va del pensamiento (tanto del director como del espectador y el personaje) a un afuera entre el claroscuro de pantalla.

El texto que se presenta a continuación es parte de una reflexión cartografiada del debate al interior de la Cátedra, en la discusión *cine y filosofía*. Por lo tanto la voz es plural en la evocación del espectador y del docente, que integrados sobre la horizontalidad temática se abren espacio para lenguajear la crisis de las subjetividades, en una época donde el pensamiento pareciera hacerse díscolo y grácil, a la palabra que dice.

APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

La palabra hermenéutica, desde su origen mediterráneo –bien ficcionado en los textos míticos y sagrados- fluctúa entre cábala y fábula sobre la laxitud de una dialéctica *expresa* que busca comprender la residencia del concepto en el texto. Desde este aspecto el término adquiere sentido el universo de la interpretación, que es para esta reflexión el planómeno del cine.

Desde el palimpsesto a la escritura, el objeto hermenéutico es la revelación dúctil del significado, proximidad entre lo críptico que se angosta en el medioevo y lo profano en el devenir de la modernidad. La hermenéutica es, en términos de *Paul Ricoeur*, “una fase de la apropiación de sentido, una etapa entre la reflexión abstracta y la reflexión concreta... permite recuperar por, medio del pensamiento el sentido en suspenso” (Ricoeur, 2003, pág. 33). En consecuencia, su mundo resulta irreductible ante la fenomenología, ante el arte; y se constituye así misma como expresión filosófica y noción de *ser-acontecimiento* -tiempo espacado, con Matín Heidegger-, al situar las categorías de *dasein* [da: zain].

¿Cómo coincidir en una dualidad hermenéutica-cine?

El cine es la apuesta del arte sobre la evanescencia del acontecimiento en el siglo XX, una línea en la que toman el lugar del significante la imagen-pensamiento,

tanto como la imagen concepto. Ante esta complejidad, el cine aproxima el formato innovado de aquello que podría ser texto, y recurre con la máquina de la luz al rodaje del acontecimiento en el tiempo de la fotografía. Podría decirse, de una manera pragmatológica, que aquello que los sistemas sensoriales perciben en el cine no es nada distinto que la quietud de imágenes que dispuestas a una velocidad sobre el fondo de luz; generan la ilusión del movimiento. El cine es la metáfora del tiempo en la luz, la forma en la evanescencia del espacio.

Al hablar de la imagen-acontecimiento, cabe destacar que con Ingmar Bergman, que esta ocupa su lugar en la emergencia de categorías ontológicas para las que el ser se muestra con el rostro de lo que es en la rauda condición de la vida. Por lo tanto, la catarsis es *apariencia*, -dicho de otro modo, acontecimiento- inherente al tiempo y al espacio. De esta manera, más allá de la grafía que adviene en el mundo de la literatura, el cine fusiona en el *aparecer* de *Hurssel*, y la *apariencia* de *Ricouer*; aquello que en Jacques Aumont, se resuelve en la imagen-concepto (1998). Es un eslabón en un engranaje imperceptible que acontece dentro, la imagen pensamiento, de la que ya se ha ocupará fuertemente Deleuze en el tiempo de la posguerra. En esta triangulación escatológica el arte estimula la *hemeneia* como posibilidad de interpretación en la representación no sólo de la historia sino del ser histórico, y su compleja] expresión rizomática (Deleuze & Guattari, *Mil Mesetas: capitalismo y esquizofrenia*, 1997), del significante en la imagen en movimiento.

Aunque la palabra hermenéutica derive su sentido histórico del griego *Hermes*; es más allá del trabajo del traductor, lo que la reflexión intenta matizar. Traducir muy a la usanza de *Umberto Eco*, podría asimilarse a la equivalencia de sentido, aspecto que en *Paul Ricoeur* difiere, cada vez que el sentido es uno como la imagen; acción que nos repite y marca precisa del concepto el horizonte de la memoria. El cine ha abandonado la posibilidad de traducción y es ahora la acción la que determina el encuentro íntimo con el otro que habitando fuera está dentro, como se puede ver en el filme de Bergman *el Séptimo Sello*, donde aflora un marco de posibilidades estéticas que podrían ayudar en esta composición para distanciar traducción de sentido (1957). Lo anterior para precisar la escena que alude a la muerte, la misma que evocándola, crea en un acontecimiento puntual, la confesión con el monje Burano, y lo que justo en el minuto 17'44", se produce en el *plano afecto* Quiero confesarme Pero mi corazón está vacío [Dice monje]. Y el vacío es un espejo hacia mi propio rostro. Me veo a mí mismo y me embarga el disgusto y el miedo a causa de mi indiferencia hacia la gente. He quedado fuera de su sociedad. Ahora vivo en un mundo de fantasmas encerrados en mis sueños y fantasías. [hay un prolongado silencio] A pesar de esto no quiero morir [Sigue silencio] Si, quiero hacerlo. [A lo que la Muerte responde] "Y que espera". [El monje] "busco conocimiento". [La muerte] "quiere garantías" [El monje] ... es tan inconcebible comprender a Dios con los propios sentidos? ...¿Por qué se esconde en una nube de promesas a medias y de milagros invisibles? ¿Por qué no puedo matar a Dios en mí?... ¿Me escucha?... ningún hombre puede vivir enfrentado a la muerte sabiendo que todo es nada. [La muerte] "Casi nadie piensa en la muerte y en la nada" [El monje] "pero un día estará en la orilla de la vida y enfrenta la oscuridad [La Muerte] "ese día" [El monje] "debemos hacer un ídolo y llamarlo

Dios” (Bergman, El Séptimo sello, 1957).

(rostro) del rostro frente así:

El hombre –en la figura del moje- es el hombre frente al abismo, de cara a la nada, la promesa real y tangible. Pero la nada abandona su vacío y comienza a partir de este instante a ser algo que colma la oquedad para hacer ruido del otro costado de la línea paralela de la vida. Dios está ahí y se resiste tanto como el absurdo; y replica el monje: “es tan inconcebible comprender a Dios con los propios sentidos? ...¿Por qué se esconde en una nube de promesas a medias y de milagros invisibles? ¿Por qué no puedo matar a Dios en mí?... ¿Me escucha?... ningún hombre puede vivir enfrentado a la muerte sabiendo que todo es nada” (1957). En consecuencia de toda factualidad si la hermenéutica fuera traducción, ¿Tiene algo de hermenéutica esto, sobre la reflexión existencial del ser en el tiempo o del ser en la nada?



Ilustración 1: Escena Confesión - Séptimo Sello (Bergman, El Séptimo sello, 1957)

Aunque Gadamer y Ricoeur, plantean ideas disimiles con respecto a lo que entienden por el objeto de la hermenéutica; es probable que la exploración en la acción aporte elementos para la lectura de la imagen concepto. Se trata de la palabra desbordada en la acción, cuyo lastre de significado sería imposible sin los efectos de la connotación del rostro figurado entre la luz y la sombra, en la dualidad de alteridad con lo que una presencia (Aparecencia, aparecerse y parecerse), no prescinde de la otra cuando se trata de dualizar la composición del significado en el todo.

En este sentido, el paso es hacia una percepción contemporánea de las sensaciones y tiene lugar en el punto de expresión donde el pensamiento estrila y se abre paso en el laberinto de los conceptos definiendo; es decir eso que se ha denominado imagen. Entonces, si la imagen insufla un ser que es la acción (Ricoeur, Del Texto a la Acción: Ensayos de hermenéutica II, 2010), toda acción enmarca un tiempo, y es preciso que la hermenéutica y filosofía, vayan conjuntas en la exploración de sentido, sobre la *distópica* conjugabilidad de la realidad en el tiempo. En dicho proceso se generan

rupturas, que la realidad –cualquiera que sea el concepto que se tenga de ella- es ante un historicismo positivo, elemento de otra gramática, en la discursividad de una narración distinta que ha optado por la luz como formato: “*El lenguaje como sistema de flujos continuos de contenido y expresión, troquelado mediante constructos maquínicos de figuras discretas y discontinuas*” (Deleuze G. , Conversaciones, 2006, pág. 37).

Para Bergman, el asunto es rizomático: una raíz se hunde y abandona la superficie para abrir con sus esporas espacios a otras posibilidades del *Ipse*⁶. Una imagen conlleva a un indeterminado campo de interpretación. El ser está, así y de cara al otro; como diría Ricoeur, en *sí mismo como Otro*, porque dicha alteridad no existe sino en la conjugabilidad de lo otro para un Ipse, en constante búsqueda interior: “*por un lado la identidad como mismidad (latín: Idem, inglés: sameness; alemán: gleichheit); por otro la identidad como Ipseidad (latín: Ipse; inglés Selfhood; alemán Selbsheit)... la confrontación entre nuestras dos versiones de la identidad plantea problemas con la personalidad en el tiempo*” (Ricoeur, *Sí mismo como otro*, 1996, pág. 109). Pero ¿Qué es la personalidad?

En Bergman este concepto emerge de la extrañeza ante el mundo. ¿Cuál es el rostro que se enseña y el que al caer los párpados mira mundos de una afuera fundado adentro? La personalidad no es otra que la proyección de mundo, el mundo en términos de Gadamer; o sea en este caso, el equivalente a un giro hermenéutico hacia la fenomenología del ser, en la pregunta por la pregunta. En la película *Persona*, Bergman (1966), lo hace explícito. *Elisabet Vogler*, una actriz de teatro y el personaje central del filme, representado esta vez por *Liv Ullmann*; se hunde en un mutismo justo en la representación de *Electra*. Como alternativa para enfrentar el fenómeno, y luego de pasar por un hospital, ella se aleja a una casa de verano en compañía de *Alma* la enfermera a su cago, representada por *Bibi Andersson*. En ese espacio denso, donde la luz y la penumbra se juntan bajo la reflexión caótica de la existencia. Alma penetra el silencio de Elisabet en una continuidad de relatos autobiográficos, donde el secreto –*esa cosa íntima que no se dice*- colonizará los afectos de ambas, hasta lograr una simbiótica integración de la personalidad dual, y de lo que en primer plano, emerge la mirada.



Ilustración 2: Película *Persona* (Bergman, *Persona*, 1966).

⁶ Categoría de sí mismo en la perspectiva de Paul Ricoeur (1996).

El problema del hecho y del sentido que son a lo sumo en términos de *Hurssel*, el problema de la hermenéutica ¿O, de las hermenéuticas?, se bastan así, para trazar la complejidad de ambientes específicos en el marco de una ontología elemental: el logos del ser. Ahora resulta que en el continente de una filosofía analítica, la simbólica del cine está refrescando las preguntas sobre el sentido de la vida. El cine no se sustrae, porque en el fondo su recuperación reivindica con la acción, un horizonte de mundo; verosímil tanto en la *mimesis* como en la ficción de la memoria histórica. Al respecto *Ricoeur*, pareciera responder, manifestando en el libro *Del Texto a la acción*, que “ver algo como, es poner de manifiesto el *ser-cómo* de la cosa. Pongo el “*como*” en posición de exponente del verbo ser, y del ser-cómo el referente último del enunciado metafórico” (*Ricoeur*, 2010, pág. 36). Si el cine en categoría de texto permanece atravesado por la acción, el *como* deviene interpretación, metaforización del acontecimiento. Ya no es, pero cobra existencia en la profundidad de protones que insuflados de luz; ponen en el fondo del vacío la mirada.

¡Eureka!

El cine piensa en el ser. Estar ahí. Sin analogías y ni representaciones. En su naturaleza. En su lenguaje. Es un productor de conceptos que circulan en la naturaleza del ser. Imágenes y conceptos se relativizan, así estos converjan y se extiendan por rizomas. Como la manivela que proyecta las *imágenes –movimientos*, el pensar en el sujeto de cine pasa por la máquina del lenguaje que en éste se dispersa sin centro. Se trata de *lo sentido del ser* que habita en aquello que Jose Luis Pardo alude cuando dice: “*A tal movimiento es a lo que llamamos acontecer o devenir, el imprimirse de las fuerzas en la sensibilidad* (1992, pág. 117). *Deleuze acierta en las arenas movedizas de la imagen al ubicar allí una filosofía del sentido. Por tanto el rostro rizomático es materia en movimiento impregnada de conciencia de sí, no de sus personajes, sino de los sujetos que habitan en éstos; “Lo que le interesa a Deleuze no son las imágenes de algo que forman diégesis, sino las imágenes captadas en un hereclitiano flujo de tiempo: el cine como acontecimiento”* (Stam, 2000, pág. 297).

CONCLUSIÓN

Tratar de hallar una semántica del cine supone sin lugar a dudas explorar en la extrañeza, no de los ojos hacia afuera, sino de la pantalla adentro; es decir en el *Ipse*. Ya lo ha dicho la filosofía en su tiempo, y en paráfrasis podría comprenderse que no se trata en este caso de un asunto del otro; sino de un dilema filosófico del yo. Yo soy el extraño que la pantalla me devuelve, el otro Bergman que me habita; *dios y la nada*, dentro de la fluidez inconmensurable de pensamiento. Lo propio y lo inapropiable se sustraen a toda semántica, a toda lógica que por lo regular resulta cruel y fluye el tiempo dúctil de la acción, con aquello que llamamos su intencionalidad: hay algo que quiero y digo y hay en lo que digo algo que digo cuando quiero. Lo que se muestra, es lo mismo que hay en fondo y revierte a la exterioridad, para constituir una pregunta nueva, en la compulsión incierta del origen. El *cogito* (eso que pienso) se vuelve una *mirada* que irradia y vaciada en la actuación del yo va con sentido al *objeto* formando el correlato.

El Ser del cine navega en el tiempo y el movimiento para la estructuración mutante de su siempre, porque nunca una película se mira dos veces. Un Heráclito de otros ríos, movimiento, pensamiento, filosofía, asisten a la creación y ese es nuestro *devenir*. Hacer filosofía, por lo tanto, será crear conceptos, con la certeza de que los conceptos son movimiento.

REFERENCIAS

- Aumont, J. (1998). 1. A propósito de un rostro. En J. Aumont, *El rostro en el cine* (J. Á. Alcalde, Trad., 1ra. ed., Vol. 1, págs. 37-46). Barcelona, España: Paidós Comunicaciones.
- Baudelaire, C. (s.f.). I Lo bello, la moda y la felicidad. En C. Bodelaire, *El Pintor de la vida moderna*.
- Bergman, I. (Escritor), & Bergman, I. (Dirección). (1946). *Kris* [Película]. Suecia.
- Bergman, I. (Escritor), & Bergman, I. (Dirección). (1957). *El Séptimo sello* [Película]. Suecia.
- Bergman, I. (Dirección). (1966). *Persona* [Película].
- Bergman, I. (Dirección). (1968). *La Hora del Lobo* [Película].
- Bergman, I. (Dirección). (2000). *Creadores de imágenes (Bildmakarma, 2000)* [Película].
- Bergman, I. (Escritor), & Bergman, I. (Dirección). (2003). *Saraband* [Película]. Suecia.
- Borges, J. L. (1980). Evernes. En J. L. Borges, *Nueva Antología Personal* (pág. 279). Buenos Aires, Argentina: Bruguera.
- Borges, J. L. (s.f.). Poema del los dones. En J. L. Borges.
- Borges, J. L., Bioy Casares, A. (Escritores), & Santiago, H. (Dirección). (1974). *Les Autres* [Película].
- Borges, J. L., Bioy Casares, A. (Escritores), & Santiago, H. (Dirección). (1974). *Los Otros* [Película].
- Cabrera, J. (2008). Cine y filosofía para una crítica de la razón logopática. En J. Cabrera, *Cine: 100 años de filosofía* (págs. 13-43). Barcelona, España: Gedisa, Editorial.
- Chateau, D. (2010). *Estética del Cine*. Buenos Aires: La Marca Editora.
- Comte-Sponville, A. (2001). *El Mito de Ícaro: Tratado de la Desesperanza y de la Felicidad*. Madrid, España: Machado Libros.

- De la Colina, J. (1970.). *Persona. Ingmar Bergman*. México D.F.: Ediciones Era .
- Debray, R. (2001). *Introducción a la Mediología*. Barcelona: Paidós.
- Deleuze, G. (1984). *La Imagen-movimiento. Estudio sobre cine I*. (I. Agoff, Trad.) Barcelona, España: Paidós Comunicación.
- Deleuze, G. (2004). *La imagen tiempo: Estudios sobre cine* (Vol. 2). (I. Agoff, Trad.) Barcelona: Paidós.
- Deleuze, G. (2006). *Conversaciones*. (J. L. Pardo, Trad.) Valencia, España: Pre-textos.
- Deleuze, G. (2008). *La imagen movimiento: Estudios sobre cine* (Vol. 1). (I. Agoff, Trad.) Barcelona: Paidós.
- Deleuze, G., & Guattari, F. (1991). *¿Qué es la filosofía?* (T. Kauf, Trad.) Valencia, España: anagrama.
- Deleuze, G., & Guattari, F. (1997). *Mil Mesetas: capitalismo y esquizofrenia*. (J. Vásquez Pérez, Trad.) Valencia, España: Pre-textos.
- Dosse, F. (2009). *Guilles Deleuze y Félix Guattari: biografía cruzada*. (S. Garzonio, Trad.) México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Eco, U. (1999). *En búsqueda de la lengua perfecta*. (M. Pons, Trad.) Barcelona: Crítica.
- Farré, S. (2002). *Clásicos Cine*. (Miradas.Net, Productor) Recuperado el 3 de febrero de 2015, de Clásicos Cine: http://www.miradas.net/0204/clasicos/2003/0311_fresas.html
- Foucault, M. (2011). *La arqueología del saber*. (A. Garzón Del Camino, Trad.) México, México: Siglo XXI.
- Husserl, E. (1962). *Ideas relativas a una fenomenología pura y a una filosofía*. (J. Gaos, Trad.) México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Marrati, P. (2006). *Guilles Deleuze: Cine y Filosofía*. (E. Bernini, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Claves.
- Pardo, J. L. (1992). *Las formas de la exterioridad*. Valencia, España: Pre-Textos.
- Pardo, J. L. (2011). *Cuerpo sin órganos*. Barcelona, España: Pre-textos.
- Pardo, J. L. (2011). *El Cuerpo sin Organos. Presentacion de Gilles Deleuze*. Barcelona, España: Pretextos.
- Ricoeur, P. (1996). *Sí mismo como otro*. Bogotá, Colombia: Siglo XXI.
- Ricoeur, P. (1996). *Sí mismo como otro*. Madrid, España: Siglo XXI Editores.
- Ricoeur, P. (2010). *Del Texto a la Acción: Ensayos de hermenéutica II*. (P. Corona, Trad.)

Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.

Ricouer, P. (2003). *El Conflicto de las Interpretaciones. Ensayos de hermenéutica*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.

Shakespeare, W. (1994). *Hamlet*. Nathan, Francia: Nathan.

Stam, R. (2000). *Teorías de cine. Una introducción*. (C. Roche Suárez, Trad.) España: Paidós.

Vernant, J.-P. (1973). *Mito y pensamiento en la Grecia Antigua*. Barcelona: Ariel.

EL DERECHO, LA PAZ TRANSFORMADORA Y LA PAZ COMO VALOR FUNDANTE DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO DESDE LA PERSPECTIVA DEL FUNCIONALISMO ESTRUCTURAL EN TALCOTT PARSONS Y ROBERT MERTON*

Luis Gabriel Rodríguez de la Rosa⁷

Fecha de recepción: 27 de mayo de 2015.

Fecha de aceptación: 18 de octubre de 2015.

Referencia: RODRIGUEZ DE LA ROSA, Luis Gabriel. *El derecho, la paz transformadora y la paz como valor fundante del ordenamiento jurídico colombiano desde la perspectiva del funcionalismo estructural en Talcott Parsons y Robert Merton*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 1. Núm. 1. Págs. 23 – 40. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex.

RESUMEN

El funcionalismo estructural tiene dos grandes pensadores, Talcott Parsons y Robert Merton, cada uno con una propuesta tendiente a la comprensión de la sociedad desde los diferentes elementos que la componen, Parsons propone

* Artículo vinculado al proyecto de investigación denominado: “Política, derecho y posconflicto: transformaciones institucionales en Colombia” liderado por el Grupo de Investigación de Problemas Contemporáneos del Derecho y la Política GIPCODEP.

⁷ Estudiante de 9º semestre del programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de San Buenaventura Cali. Coordinador del Semillero de derecho internacional, adscrito al Grupo de Investigación de Problemas Contemporáneos del Derecho y la Política categorizado en A por COLCIENCIAS. Correo electrónico: lgrde-larosa@gmail.com. Dirección: carrera 65 No. 2A – 100 Barrio El Refugio apto. 109. Santiago de Cali.

que una sociedad contiene elementos característicos que permiten el análisis de la estructura social a partir de aspectos como la adaptación, la capacidad para alcanzar metas, la integración y la latencia; cada uno permite determinar la función de las personas en una sociedad, sus motivaciones, sus objetivos, su capacidad de adaptación y los medios que tiene una estructura para lograr la cohesión en caso de que existan anomias. En el mismo sentido, la estructura social de Robert Merton propone que una sociedad debe tener un equilibrio entre los objetivos culturales que se traza y los medios institucionales que utiliza para cumplir sus fines. Por tanto, se propone el concepto de paz transformadora como valor cultural en la estructura social y al derecho como medio institucional para llegar a esa paz, y se resalta que dicha paz, hace parte del contrato social en el caso colombiano como un concepto polivalente y transversal fundante del ordenamiento jurídico colombiano a partir de la promulgación de la Constitución de 1991.

PALABRAS CLAVE: derecho, estructura social, funcionalismo, paz transformadora, la paz como valor, control social, integración.

ABSTRACT

Structural functionalism has two great thinkers, Talcott Parsons and Robert Merton, each with a proposal to the understanding of society from the different elements that compose it, Parsons proposed that a society contains characteristic features that allow analysis of the social structure from aspects such as adaptation, the ability to achieve goals, integration and latency; each to determine the role of individuals in a society, their motivations, their goals, their adaptability and means having a structure to achieve cohesion if there anomias. Similarly, the social structure of Robert Merton proposed that a society must have a balance between cultural objectives trace and institutional means used to fulfill their purposes. Therefore, the concept of peace is proposed as a transformative cultural value in the social structure and the right as institutional means to that peace, and highlighted that this peace is part of the social contract in the Colombian case as a versatile concept and founding cross the Colombian legal system from the promulgation of the 1991 Constitution.

KEYWORDS: law, social structure, functionalism, transforming peace, peace as a value, social control, integration.

INTRODUCCIÓN

Toda sociedad de acuerdo a su especificidad tiene finalidades y valores culturales, y pretende objetivos que le permitan avanzar hacia un desarrollo estable y duradero. Talcott Parsons en su teoría de la estructura social propone cuatro elementos básicos para lograr una sociedad estable y unificada: adaptación a su entorno y necesidades, capacidad para alcanzar metas, integración que permita la interrelación entre las personas, y latencia, que proporciona, mantiene y renueva

la motivación de los individuos, materializada en los valores culturales. De esta manera es necesario enfatizar en los dos conceptos que permiten analizar el rol del derecho y de la paz transformadora en la estructura social planteada por Parsons, es decir, la integración y la latencia. Por su parte Robert Merton en su teoría de la estructura social propone dos elementos básicos para lograr una sociedad estable y unificada: objetivos culturales y medios institucionales para el logro de los mismos, argumentando que estos deben ser aceptados por el grueso de la sociedad, y que se necesita la cohesión y adaptación a los mismos. Sin embargo no todos los individuos aceptarán dichos objetivos y tratarán de cambiarlos o se concentrarán en los medios y no en los fines, aunque el propósito es lograr la cohesión social. El derecho a su vez, rige toda sociedad, toda estructura social tiene normas institucionalizadas que controlan la adhesión a los objetivos que se proponga cualquier sociedad por medio de su función de integración social y reprime a su vez a los individuos que se oponen a ella, dicha disfunción se denomina anomia y es el derecho quien se encarga de corregirla a través de sus funciones; como el control social. De manera que, una sociedad en conflicto o que pretenda superarlo debe trazarse un objetivo fuerte, que genere adhesión, que permita avanzar de manera unificada al logro de las premisas que se ha propuesto, que genere un valor cultural fortalecido que permita que los individuos lo persigan, se adhieran, se adapten al mismo y cumplan su función en la estructura social. Por tal razón, se propone el concepto de paz transformadora como objetivo cultural a aprehender como sociedad, y que el derecho sea el medio para llegar a ella, a través de la construcción participada de toda la sociedad en pro de lograr la paz, en particular en el caso colombiano, para perseguir valor fundante para la Constitución de 1991.

METODOLOGÍA

La metodología utilizada en esta investigación, corresponde al método hermenéutico de las ciencias sociales, el cual aparece ligado al paradigma cualitativo de la investigación, en tanto que el objeto de investigación es la comprensión de los fenómenos propios de la estructura social de Talcott Parsons y Robert Merton, quienes desarrollan los elementos fundamentales en la construcción de la sociedad a partir de las tesis del funcionalismo estructural tales como, los objetivos culturales y los medios institucionales, la adhesión, adaptación, integración, entre otros, conceptos que se deben aprehender y comprender con el fin de apropiarse de los mismos y proponerlos en el desarrollo de una estructura social fortalecida.

La comprensión entraña no sólo el acto de conocer el texto, o reconocer el sentido del texto, sino la apropiación del mismo; una relación íntima entre el sujeto con su objeto, en una transformación mutua, en donde quien comprende se comprende, una dialéctica objeto – sujeto en donde el sujeto encuentra y narra su lugar en el objeto (Gadamer, 1997, p. 325–326). Una vez determinado el método abordado en el estudio, corresponde determinar cómo se construyó el presente texto. La primera cuestión es la caracterización del derecho como parte de un sistema social, seguidamente se desarrolla la teoría de la estructura social en Talcott Parsons y en Robert Merton. Posteriormente se describe el concepto de paz transformadora, y el de la paz como

valor fundante en la sociedad colombiana y se procede a proponer la aprehensión de la paz transformadora como objetivo cultural y al derecho como integrador, como medio institucionalizado para el logro de ese objetivo, pretendiendo así, llegar a una sociedad unificada y estable.

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

1. CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO

A pesar de las múltiples definiciones que la ciencia jurídica pueda tener, como pueda analizarse desde las diferentes escuelas, hay algunos conceptos que pueden aceptarse y sirven como punto de partida en el estudio del derecho. Así, Norberto Bobbio (2007) define los elementos esenciales que debe contener un sistema jurídico: el concepto de sociedad. Esto en dos sentidos recíprocos que se completan mutuamente: lo que no sale de la esfera puramente individual, lo que no supera la vida del particular no es derecho, y, además, no hay sociedad en el sentido exacto de la palabra sin que en ella se manifieste el fenómeno jurídico; contener la idea de orden social: lo que sirve para excluir todo elemento que implique el arbitrio puro y simple o la fuerza material, es decir, no ordenada; el orden social que establece el derecho no es el dado por la existencia, originada en cualquier forma, de normas que regulan las relaciones sociales. Esto quiere decir que, antes de ser norma, antes de referirse a una simple relación o a una serie de relaciones sociales, es organización, es estructura, es situación de la misma sociedad en la que se manifiesta y a la que constituye como unidad, como ente autónomo.

En este sentido, se visualiza la importancia del derecho dentro de un sistema social, en busca de un orden para la sociedad a través de la regulación de las actuaciones de los individuos en su relación con otros individuos. Al definir el objeto de la ciencia del derecho, se destaca que éste tiene dos aspectos, uno estático y otro dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado. Ahora bien, es necesario preguntarse por la naturaleza del derecho en sí mismo, cuáles son sus fines, o que pretende dentro de una sociedad para regularla o lograr que ésta tenga un orden justo. Convendrá entonces revisar los postulados de Robert Alexy, quien construye algunas herramientas conceptuales para este fin: la pretensión de corrección y la pretensión de poder, como antítesis que permiten discernir el derecho de aquello que no lo es, es decir la injusticia. Así la pretensión de corrección se relaciona con la pregunta sobre la legitimidad del derecho (relación entre el derecho y la moral), siendo a la vez una de las propiedades del derecho, junto con la coerción, la fuerza. (Bustamante y Ambuila, 2010, p. 45). Así entonces, el derecho es una pretensión de corrección, es decir, alude a lo recto, justo, legítimo, y en consecuencia, un sistema de normas que sustituya la pretensión de corrección por una pretensión de poder no puede continuar siendo un sistema jurídico. (Alexy, 2008, p. 47). Es decir, que el derecho en esencia abre posibilidades de orden a los individuos en sociedad con fines netamente justos, procura por su bienestar y permite que el fin último, que es la convivencia pacífica, se logre

a través de medios legítimos, por medio de los cuales se puede determinar que una sociedad se encuentra regida por un sistema jurídico o no. Por otra parte, las pretensiones solo pueden ser elevadas por sujetos capaces de hablar y de actuar. Que el derecho eleva una pretensión significa que lo hacen las personas que ejercen una u otra manera competencia jurídica. Esto es más evidente en el caso de actos institucionales tales como actos de expedición de leyes o los actos judiciales. El núcleo del argumento de la corrección señala que actos institucionales semejantes siempre están conectados con el acto no institucional de afirmar que el acto jurídico se produce de una manera sustancial y procedimentalmente correcta. Asimismo, la afirmación de la corrección está conectada con la garantía de justificabilidad, y con una expectativa de aceptación. (Alexy, 2008, p. 63). De manera que, si la pretensión de corrección obtiene la aceptación implícita de los individuos, la cohesión social se puede evidenciar, dado que los medios que se utilizan para llegar a los objetivos trazados por el propio ordenamiento jurídico gozan de justificación, o dicho de otra manera, los actos que llevan a cabo las acciones jurídicas son legítimas.

1.1. Visión tridimensional del derecho

(Larrauri, 154, p. 2006) citando a (Silva, 2003) define que el concepto “Derecho” es el resultado de la interacción entre vida humana, valores y normas jurídicas. Afirma que es la unidad resultante de esta interacción a la que podemos referirnos con el concepto “Derecho”. Este es un aspecto fundamental en la definición del derecho, dado que brinda la oportunidad de tener un concepto integral. De manera que se tienen tres aspectos que integran un solo concepto, vida humana, valores y normas, lo que permite pasar de un plano netamente jurídico o normativo al plano de la estructura social, sus integrantes y sus valores. A la suma de dichos elementos, se denomina la dimensión tridimensional del derecho.

Miguel Reale quien mejor lo determina al señalar que *“el hombre es un ser social e histórico, y que se mueve dentro de una realidad específica que es la cultura, de la cual resulta su experiencia social, que tiene diferentes variables, una de las cuales es la experiencia jurídica. El hombre, se mueve dentro de ese universo jurídico esencial que tiene tres elementos primordiales: hecho, valor, norma. Es hecho porque el hombre está metido en una realidad social de hombres, relaciones y objetos; valor, por cuanto lo axiológico es una dimensión humana específica que lo proyecta a lo valioso, a lo justo; norma, porque estas relaciones están reguladas por reglas o pautas, emanadas del Estado con carácter imperativo – atributivo”*. (Silva, 2003).

1.2. Control social del derecho

El derecho tiene infinidad de funciones que buscan principalmente la convivencia pacífica, la integración y cohesión social. Por tal razón, tiene unos elementos propios e indispensables que le pertenecen naturalmente, y por medio de los cuales ejerce un control sobre los individuos que adquieran conductas contrarias a los valores definidos por la sociedad o que simplemente necesiten ayuda para lograr los fines

que dichos valores previamente han establecido.

Al derecho se le ha asignado como una de sus funciones principales la de ejercer el “*control social*”, integrando los comportamientos sociales en un modelo normativo establecido y corrigiendo o reprimiendo las posibles conductas desviadas. Para que exista control social es necesario la presencia de dos elementos, uno material consistente en elementos normativos y valorativos de la conducta, que se quieren transmitir a los individuos con la finalidad de orientar e integrar socialmente sus comportamientos, y otro de carácter formal, consistente en los mecanismos, técnicas e instrumentos a través de los cuales se transmiten pautas de comportamiento a los individuos, el instrumento más efectivo es el uso de la fuerza. (Peces y Fernández: 2000, p. 40).

1.3. La función integradora del derecho

Es tal vez, la integración la función y el fin más importante del derecho, y consiste en lograr la cohesión social de todos los individuos de una sociedad en la consecución de lograr unos valores culturales, unos objetivos plenamente establecidos, que permitan lograr el correcto funcionamiento de la estructura social. Entre las funciones del Estado se realizan a través de técnicas protectoras y represivas, organizativas, regulativas y promocionales o incentivadoras, se pueden resaltar tres, citando a (Peces y Fernández: 2000, 52-53): técnicas protectoras y represivas: aquellas que tienden a imponer deberes jurídicos positivos (obligaciones) o negativos (prohibiciones) a los individuos bajo amenazas de una pena o sanción; técnicas organizativas, directivas “*regulativas*” y de control público: mediante las cuales el derecho organiza la estructura social y económica, define y distribuye “*roles sociales*”, define y otorga poderes, regula la intervención política en la actividad social mediante “*políticas públicas*” y redistribuye los recursos disponibles. Así, cumple una función reformadora de las estructuras sociales a través de la legislación; técnicas promocionales o de alentamiento: pretenden persuadir a los individuos para la realización de comportamientos socialmente necesarios. Se incentiva a la realización mediante leyes de incentivación, una sanción positiva, que pueden consistir en el otorgamiento de un premio (por ejemplo, exenciones fiscales, bonificaciones en cuotas de seguridad social o ayudas crediticias). Esta técnica surge con la necesidad de conseguir la realización de valores y fines sociales y emancipatorios para toda la ciudadanía, que son imposibles de conseguir mediante un derecho meramente protector y no intervencionista.

2. EL FUNCIONALISMO ESTRUCTURAL DE TALCOTT PARSONS

Comenzaremos el análisis del funcionalismo estructural de Parsons por los cuatro imperativos funcionales de todo sistema de acción, su famoso esquema AGIL. Para Parsons una función es un complejo de actividades dirigidas hacia la satisfacción de una o varias necesidades del sistema (Rocher, 1975, p. 40). Parsons creía que había cuatro imperativos funcionales necesarios (característicos) de todo sistema:

(A) adaptación, (G) capacidad para alcanzar metas, (I) integración, (L) latencia, o mantenimiento de patrones (AGIL).

2.1. Sistema social

Un sistema social – reducido a los términos más simples – consiste, pues, en una pluralidad de actores individuales que interactúan entre sí en una situación que tiene, al menos, un aspecto físico o de medio ambiente, actores motivados por una tendencia a “*obtener un óptimo de gratificación*” y cuyas relaciones con sus situaciones – incluyendo a los demás actores – están mediadas y definidas por un sistema de símbolos culturalmente estructurados y compartidos (Parsons, 1951, p 5-6). En su análisis del sistema social, Parsons se interesa primordialmente por sus componentes estructurales. Además de ocuparse del estatus-rol se interesó también por los grandes componentes de los sistemas sociales, tales como las colectividades, las normas y los valores (Parsons, 1951). Sin embargo, en su estudio del sistema social Parsons adoptó una postura no solo estructuralista sino también funcionalista. Delineó una serie de prerequisites funcionales de todo sistema social.

Primero, los sistemas sociales deben estar estructurados de manera que sean compatibles con otros sistemas. Segundo, para sobrevivir, el sistema social debe contar con el apoyo de otros sistemas. Tercero, debe satisfacer una proporción significativa de las necesidades de los actores. Cuarto, debe suscitar en sus miembros una participación suficiente. Quinto, debe ejercer al menos un cierto control sobre la conducta potencialmente desintegradora. Sexto, si surge un conflicto desintegrador, es necesario que lo controle. Finalmente, un sistema social requiere un lenguaje para sobrevivir (Ritzer, 1993, p. 120).

En Parsons, dada su preocupación central por el sistema social, los procesos de internalización y socialización cobran una importancia crucial en esa integración. Es decir, a Parsons le interesaban los modos en que se transmitían las normas y los valores de un sistema a los actores de ese sistema. La socialización y el control social constituyen los principales mecanismos que permiten al sistema social mantener el equilibrio. Debe permitirse una pequeña cantidad de individualidad y desviación, pero sus formas más extremas requieren mecanismos reequilibradores. Así, el orden social es la base de la estructura del sistema social de Parsons (Ritzer, 1993, p. 121). Como buen funcionalista estructural, Parsons distinguía entre cuatro estructuras o subsistemas de la sociedad a partir de las funciones (AGIL) que cumplen. La economía es el subsistema que cumple la función de adaptación de la sociedad al entorno mediante el trabajo, la producción y la distribución. Así, la economía adopta el entorno a las necesidades de la sociedad, y ayuda a la sociedad a adaptarse a estas realidades externas. La política realiza la función del logro de metas mediante la persecución de objetivos societales y la movilización de los actores y recursos para ese fin. El sistema fiduciario cumple la función de la latencia al ocuparse de la transmisión de la cultura (normas y valores) a los actores permitiendo que la internalicen. Finalmente, la función de la integración corresponde a la comunidad societal (por ejemplo el derecho), que se ocupa de los diversos componentes de la sociedad (Parsons y Platt, 1973).

2.2. Sistema cultural

Parsons concebía la cultura como la principal fuerza que ligaba los diversos elementos del mundo social o, dicho en sus propios términos, del sistema de la acción. La cultura media en la interacción entre los actores e integra la personalidad y los sistemas sociales. Tiene la peculiar capacidad de llegar a ser, al menos en parte, un componente de otros sistemas diferentes. De este modo, en el sistema social, la cultura se encarna en normas y valores, y en el sistema de la personalidad es internalizada por el actor. Pero el sistema cultural no es simplemente una parte de los otros sistemas; también tiene una existencia separada pues constituye el acervo social de conocimientos, símbolos e ideas. Estos aspectos del sistema cultural se encuentran en los sistemas sociales y de la personalidad, pero se convierten en parte de ellos (Morse, 1961, p.105).

2.3. Sistema de la personalidad

El sistema de la personalidad está controlado, no solo por el sistema cultural, sino también por el social. La personalidad se define como el sistema organizado de la orientación y la motivación de la acción del actor individual. El componente básico de la personalidad es la disposición de necesidad. Parsons y Shils definen las disposiciones de necesidad como las unidades más relevantes de la motivación de la acción. Distinguen las disposiciones de necesidad de los impulsos, que constituyen tendencias innatas, la energía fisiológica que hace posible la acción (Parsons y Shil, 1951, p. 111). En otras palabras, los impulsos se consideran parte del organismo biológico. Las disposiciones de necesidad se definen, pues, como esas mismas tendencias que no son innatas, sino adquiridas a través del proceso mismo de la acción. En suma, las disposiciones de necesidad son impulsos moldeados por la sociedad.

2.4. Organismo conductual

Si bien incluyó el organismo conductual como uno de los cuatro sistemas de acción, Parsons nos ofreció pocas ideas sobre él. Lo incluyó porque constituye la fuente de energía para el resto de los sistemas. Aunque está genéticamente constituido, su organización está influida por los procesos de condicionamiento y aprendizaje que se producen durante la vida del individuo. El organismo biológico constituye claramente en la obra de Parsons un sistema residual, pero debemos alabar a Parsons por haberlo incluido como parte de su sociología aunque no fuera más que por anticiparse al interés actual por la sociobiología que demuestran algunos sociólogos (Ritzer, 1993, p. 125). Así entonces, una vez significados los conceptos de derecho y más cerca de la comprensión de la estructura social en Talcott Parsons, se analiza la teoría de la estructura social en Robert Merton con el fin de señalar sus elementos comunes y conocer los diferenciadores, para posteriormente definir los rasgos característicos de la paz transformadora y especialmente de la paz como valor cultural en Colombia.

3. SISTEMA SOCIAL EN ROBERT MERTON

Entre los diferentes elementos de las estructuras sociales y culturales, dos son de importancia inmediata. El primero consiste en objetivos, propósitos e intereses culturalmente definidos, sustentados como objetivos legítimos por todos los individuos de la sociedad, o por individuos situados en ella en una posición diferente. Los objetivos están más o menos unificados y toscamente ordenados en una jerarquía de valores. Los objetivos predominantes implican diversos grados de sentimiento y de importancia y comprenden una estructura de referencia aspiracional. Son las cosas “*por las que vale la pena esforzarse*”. Un segundo elemento de la estructura cultural define, regula y controla los modos admisibles de alcanzar esos objetivos. Todo grupo social acopla sus objetivos culturales a reglas, arraigadas en las costumbre o en las instituciones, relativas a los procedimientos permisibles para avanzar hacia dichos objetivos. (Merton, 2002, p. 210).

Por lo tanto, se tiene que una estructura social debe definir sus objetivos, y debe tener unos medios para lograrlos, de manera que cada individuo que haga parte de una sociedad siga dichos fines, objetivos o valores, como se quiera llamarlos por medio de instrumentos legítimos. De manera que si cada individuo persigue dichos fines cohesionada en sociedad y permite que la estructura social funcione.

Se conserva un equilibrio efectivo entre estos dos aspectos de la estructura social mientras las satisfacciones resultantes para los individuos se ajusten a las dos presiones culturales, a saber, satisfacciones procedentes de la consecución de los objetivos y satisfacciones nacidas en forma directa de los modos institucionalmente canalizados de alcanzarlos. Esto se valora como producto y como proceso, como resultado y como actividades. (Merton, 2002, p. 212).

Cabe resaltar que ninguna sociedad carece de normas que gobiernen la conducta, pero se diferencian en el grado en que la tradición, las costumbres, y los controles institucionales están eficazmente unificados con los objetivos que ocupan un lugar elevado en la jerarquía de los valores culturales. (Merton, 2002, p. 212). Una pregunta importante es la siguiente: ¿Cuál de los procedimientos disponibles es más eficaz para aprehender el valor culturalmente aprobado? el procedimiento más eficaz desde el punto de vista técnico, sea legítimo o no, para la cultura, se convierte en el preferido por antonomasia para la conducta institucionalmente prescrita. Si este proceso de atenuación continúa, la sociedad se hace inestable y se produce lo que Durkheim llamó “*anomia*” (sin norma). (Merton, 2002, p. 213).

3.1. Tipos de adaptación individual

El examen de cómo opera la estructura social para ejercer presión sobre los individuos en favor de uno u otro de los diferentes modos de conducta debe ir precedido de la observación de que los individuos pueden pasar de un modo a otro al ocuparse en diferentes esferas de actividades sociales. (Merton, 2002, p. 219)

Conformidad: en la medida en que es estable una sociedad, la conformidad con

las metas culturales y los medios institucionalizados, la adaptación conformidad, es la más común y la más ampliamente difundida. Si no fuese así, no podría conservarse la estabilidad y continuidad de la sociedad. El engranaje de expectativas que constituye todo orden social se sostiene por la conducta modal de sus individuos que representa conformidad con las normas de cultura consagradas, aunque quizás secularmente cambiantes. En realidad, solo porque la conducta se orienta en forma típica hacia los valores básicos de la sociedad podemos hablar de un agregado humano como constituyente de una sociedad. A menos que haya un depósito de valores compartidos por individuos que se influyen mutuamente, existen relaciones sociales. (Merton, 2002, p. 219). El presente estudio, propugna por la consecución de esta forma de adaptación, en torno a la paz transformadora como objetivo de todos los individuos y del derecho como medio institucional para lograrlo, generando así la unificación de la estructura social en pro de la paz.

Innovación: primero los incentivos para el éxito son los que proporcionan los valores sagrados de la cultura, y segundo, las vías disponibles para avanzar hacia esa meta están limitadas en gran medida por la estructura de clase para los que siguen una conducta desviada. Es la combinación de la importancia cultural y de la estructura social la que produce una presión intensa para la desviación de la conducta. (Merton, 2002:224). La consecuencia de esa incongruencia estructural es una elevada proporción de conducta desviada. El equilibrio entre los fines culturalmente señalados y los medios se hace muy inestable con la importancia cada vez mayor de alcanzar los fines cargados de prestigio por cualquier medio. Mientras que la estructura social restringe rigurosamente o cierra por completo el acceso a los modos aprobados de alcanzar esas metas a una parte considerable de la misma población, se produce la conducta desviada en gran escala. (Merton, 2002, p. 225).

Ritualismo: el tipo ritualista implica el abandono o la reducción de los altos objetivos culturales del gran éxito pecuniario y de la rápida movilidad social a la medida en que pueda uno satisfacer sus aspiraciones. Pero aunque uno rechace la obligación cultural de procurar *“salir adelante en el mundo”*, aunque reduzca sus horizontes, sigue respetando de manera casi compulsiva las normas institucionales. (Merton, 2002, p. 229). El ritualismo es en resumen, el modo de adaptación para buscar en forma individual un escape privado de los peligros y las frustraciones que les parecen inherentes a la competencia para alcanzar metas culturales importantes, abandonando esas metas y aferrándose lo más estrechamente posible a las seguras rutinas de las normas institucionales (Merton, 2002, p. 230).

Retraimiento: el rechazo de las metas culturales y de los medios institucionales, es tal vez, la forma de adaptación menos común. Los individuos que se adaptan (o se mal adaptan) de esta manera, estrictamente hablando, están en la sociedad pero no son de ella. Para la sociología estos son los verdaderos extraños. Como no comparten la tabla común de valores, pueden contarse entre los miembros de la sociedad (a diferencia de la población) solo en un sentido ficticio. A esta categoría pertenecen algunas actividades adaptativas de los sicóticos, los egoístas, los parias, los proscritos, los errabundos, los vagabundos, los vagos, borrachos crónicos y los drogadictos. Renunciaron a las metas culturalmente prescritas y su conducta no se ajusta a las normas institucionales. (Merton, 2002, p. 232). Se mantiene el sistema competitivo, pero los individuos frustrados u obstaculizados que no pueden luchar contra dicho

sistema se retraen. El derrotismo, el quietismo y la resignación se manifiestan en mecanismos de escape que en última instancia los llevan a “*escapar*” de las exigencias de la sociedad. Esto es, pues, un expediente que nace del fracaso continuado para acercarse a la meta por procedimientos legítimos, y de la incapacidad para usar el camino ilegítimo a causa de las prohibiciones interiorizadas; y este proceso tiene lugar mientras no se renuncia al valor supremo de la meta – éxito. El conflicto se resuelve abandonando ambos elementos precipitantes: metas y medios. El escape es completo, se elimina el conflicto y el individuo queda asocializado. (Merton, 2002, p. 233).

Rebelión: Lleva a los individuos que están fuera de la estructura social ambiente a pensar y tratar de poner en existencia una estructura social nueva. Es decir muy modificada. Supone el extrañamiento de las metas y las normas existentes, que son consideradas como puramente arbitrarias. Y lo arbitrario es precisamente lo que no puede exigir fidelidad ni posee legitimidad, porque lo mismo podría ser de otra manera. En nuestra sociedad, es manifiesto que los movimientos organizados de rebelión tratan de introducir una estructura social en la que las normas culturales de éxito serían radicalmente modificadas y se adoptarían provisiones para una correspondencia más estrecha entre el mérito, el esfuerzo y la recompensa. La rebelión implica una verdadera transvaloración, en la que la experiencia directa o vicaria de la frustración lleva a la acusación plena contra los valores anteriormente estimados. (Merton, 2002, p. 234). Cuando se considera el sistema institucional como la barrera para la satisfacción de objetivos legitimizados, está montada la escena para la rebelión como reacción adaptativa. Para pasar a la acción política organizada, no solo hay que negar la fidelidad a la estructura social vigente, sino que hay que trasladarla a grupos nuevos poseídos por un mito nuevo. La función dual del mito es situar la fuente de las frustraciones en gran escala en la estructura social y pintar otra estructura de la que se supone que no dará lugar a la frustración de los individuos meritorios. (Merton, 2002, p. 236).

Ahora bien, cuando se presentan acciones que contrarían la estructura social, la conducta anómala puede considerarse desde el punto de vista sociológico como un síntoma de disociación entre las aspiraciones culturalmente prescritas y los caminos socialmente estructurales para llegar a ellas. (Merton, 2002, p. 212). El concepto de anomia se refería al estado de falta relativa de normas de una sociedad o de un grupo. La anomia es concebida entonces como la quiebra de la estructura cultural, que tiene lugar en particular cuando hay una disyunción aguda entre las normas y los objetivos culturales y las capacidades socialmente estructuradas de los individuos del grupo para obrar de acuerdo con aquellos. En este concepto, los valores culturales pueden ayudar a producir una conducta que se contrapone a los mandatos de los valores mismos. (Merton, 2002, p. 241).

4. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA PAZ

La paz y el conflicto son realidades socioculturales construidas, por tanto, se ha de propiciar la participación de los sujetos en la gestión de los conflictos y la construcción de la paz. Se relaciona directamente el concepto paz con la ausencia de

enfrentamientos armados, es lo que se ha denominado la paz negativa. (Montañez y Muslera, 2012, p. 242). Sin embargo, la ausencia de confrontaciones no es suficiente para la consecución de una verdadera paz o por lo menos una que permita el mejoramiento de las circunstancias de vida, la asociación de la paz y el conflicto es solo uno de los elementos de la paz, debido a que mientras existan injusticias y no se atiendan las necesidades humanas básicas (bienestar, libertad, identidad y sobrevivencia), no existirá la paz aunque no nos agredamos directamente. *"De acuerdo con este enfoque, el concepto de paz se amplía hacia nuevas consideraciones y campos, tales como la construcción de la justicia social y el desarrollo para que todos los seres humanos puedan atender sus necesidades, los movimientos sociales por los derechos humanos, las reivindicaciones feministas, las manifestaciones en contra de la guerra."* (Galtung, 1985). Esta denominación hace referencia a la paz positiva. Asimismo existen dos denominaciones más, que dados sus elementos básicos hacen una aproximación más cercanas a la realidad social. Una de ellas es la paz imperfecta. (Muñoz, p. 2001) se aleja de la concepción según la cual se considera la paz como ausencia de conflicto, reafirmando el sentido de la paz por sí misma, reconociendo los fenómenos presentes en las acciones de los seres humanos capaces de crear paz, vinculando la paz a la cultura, las acciones, los pensamientos y los diálogos de los seres humanos. (Montañez y Muslera, 2012, p. 244). La teoría de la Paz Imperfecta plantea que la paz no ha de considerarse como un concepto dependiente y subordinado a la violencia y al conflicto. Desde esta perspectiva, se entiende que no sólo la paz negativa relaciona la paz con la violencia, sino que también desde la paz positiva se termina interpretando la paz en relación a una mayor o menor contundencia de las violencias estructurales. Para Francisco Muñoz, la paz se encuentra dotada de contenido en sí misma, sin necesidad de ser considerada en relación a la ausencia o presencia de guerra, o de violencias estructurales. De ahí el uso del adjetivo imperfecta, que hace referencia a que la paz es un proceso siempre inacabado creado por los seres humanos en cualquier ámbito o contexto. Incluso en el marco de las más terribles confrontaciones bélicas. (Muñoz, 2004).

4.1. Paz transformadora

De acuerdo a este paradigma se propone dar un paso más, pues al considerar que los aspectos sistémicos de un conflicto son construidos por los sujetos, es preciso articular un proceso de investigación-acción-participativa, capaz de promover las reflexiones de los diferentes sujetos en y entre sus redes, respecto de las propias dimensiones contextuales y estructuras reticulares que, de un modo u otro, influyen en todo el proceso de compatibilización para formular e implementar modelos convivenciales. (Montañez y Muslera, 2012, p. 258).

Matus (2007) considera la planificación social dentro de un escenario que parte de una Gran Estrategia, en la que se deben definir los grandes horizontes finales, escenarios de futuro soñados/deseados, con el Juego Social, abierto e imprevisible en el que se dan cita las relaciones de cooperación y confrontación entre sujetos y redes, de acuerdo, precisamente, con las estrategias de cada sujeto y red: un espacio social cambiante y dinámico, de intereses y juegos de lógicas divergentes, donde las redes en las que los sujetos participan (y construyen en su acción de participar)

se relacionan las unas con las otras, condicionándose las unas y las otras –sin ser posible controlar, prever o determinar qué y cómo sucederán las cosas–, pero siendo posible canalizar reflexiones colectivas orientadas en un determinado sentido. (Montañez y Muslera, 2012, p. 259-260). La capacidad del sujeto de transformar la realidad en el mismo proceso de crear la realidad, valorando los estímulos que recibe, posibilita iniciar nuevos procesos reflexivos destinados a transformar la situación sociocultural establecida. Es posible cambiar las respuestas o su modo de responder, o modificar las necesidades o las prioridades o el modo de atenderlas. En consecuencia, contar con los sujetos en un proceso cuya finalidad última es la construcción de más y mejores espacios de convivencias pacíficas, es un requisito imprescindible. (Montañez y Muslera, 2012, p. 263). Si se considera que son los sujetos los responsables de la producción de realidades, conocimientos, redes, y culturas, y que todo este conjunto de creaciones forman parte de la personal e intransferible cultura hologramática de cada cual, serán los sujetos los elementos clave en la producción de conflictos sociales y problemáticas socioculturales. Por tanto, es pertinente que sean éstos los principales protagonistas de cualquier proceso de transformación de los conflictos y producción de convivencias pacíficas en cualquier espacio de cohabitación existente. (Montañez y Muslera, 2012, p. 267).

4.2. La paz en el caso colombiano

En Colombia, la Constitución Política de 1991, fue el resultado de algunos procesos de negociación con grupos armados al margen de la ley, del descontento generalizado de una sociedad que sentía que el marco constitucional vigente estaba lejos de responder a las necesidades sociales. Desde una perspectiva constitucional, la paz, tiene la doble condición de valor y de principio. Como valor, representa uno de los fines más preciados del ordenamiento. Como principio, no solo es pauta de interpretación y creación de normas, sino que puede incluso ser objeto de aplicación directa en casos concretos esta teorización acerca de la Paz no es una cosa vana. Como afirma López, puede ser un problema más de orden práctico que teórico, pero ello, por sí mismo, no descarta la construcción de *“una rigurosa teoría de la paz”*, siendo una causa del fracaso del voluntarismo de la Paz la ausencia de una idea clara de lo que esta es y de lo que persigue. De allí la preocupación de acercarnos al concepto de Paz en la Constitución Política de Colombia de 1991 a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional toda vez que, si en las fuentes constitucionales del derecho en Colombia la jurisprudencia, bajo ciertas condiciones es vinculante, el concepto de Paz que en ella se maneja también lo es. Sin embargo, para el objeto de estudio, se hace énfasis en el concepto de paz como valor, en el sentido que es el valor cultural, el objetivo que se propone como finalidad de la estructura social.

4.3. La paz como valor

Toda Constitución Política contiene una dimensión axiológica que sirve de enjuiciamiento del ordenamiento jurídico y de impulso de ciertos comportamientos. Entre los valores más recurrentes se encuentran el bienestar general, la justicia y

la Paz. Esta idea de la Paz como valor la encontramos desde Hobbes para quien existen pasiones que inclinan naturalmente al hombre hacia la Paz. Dichas pasiones se encuentran gobernadas por unas leyes naturales “*inmutables y eternas*” que se pueden descubrir a través de la razón. Las tres reglas formuladas por Hobbes se pueden resumir así: i) la Paz debe buscarse y seguirse, incluso, usando las ventajas de la guerra; ii) los hombres deben estar dispuestos a renunciar a sus derechos en beneficio de la Paz; y, iii) un cumplimiento sagrado de los pactos celebrados para salir de la guerra (Moreno, 2014, p. 313). En la Constitución Política de Colombia de 1991, desde su Preámbulo, se le reconoce a la Paz la condición de valor fundante cuando expresa que, el Pueblo de Colombia, en su calidad de Soberano, y para garantizar la Paz, aprueba dicha Constitución. Esa fundamentación axiológica en el valor de la Paz, se materializa en dos elementos sumamente importantes: la naturaleza de la Constitución como un tratado de Paz y la relación triádica que en torno a ella se construye en el ordenamiento jurídico a partir de los derechos, los deberes y los mecanismos de protección. Para la Corte Constitucional colombiana, la Paz se puede entender de diversas maneras: (i) como fin o propósito, tanto del derecho interno como del derecho internacional (ii) como estado ideal, (iii) como protocolo de actuación en medio de los conflictos, (iv) como derecho colectivo, (v) como derecho fundamental o subjetivo y (vi) como deber ciudadano o constitucional. Esta clasificación no necesariamente está fundada en criterios hermenéuticos que permitan establecer la distinción entre unos y otros contrario, algunos podrían significar lo mismo y otros tendrían consecuenciales. Así por ejemplo, la Paz es un valor que tiende hacia un estado ideal y es un derecho que prevé un deber correlativo. (Moreno, 2014, p. 314). Por lo tanto, es en este sentido que la sociedad debe entender la paz, como un valor, el mismo que pretende un estado ideal, aquel estado que observa a la paz como un objetivo cultural, que lo persigue, que trabaja para él por medio de una estructura fortalecida con individuos que se adhieren a dichos objetivos.

CONCLUSIONES

Después de examinar la teoría de la estructura social en Talcott Parsons, cabe resaltar que una sociedad para llegar a ser estable y unificada, debe tener unos valores culturales claramente definidos, por medio de los cuales se logre la adhesión de los individuos a los mismos y por otra parte debe contar el elemento integrados que permita que se reduzcan al máximo las desviaciones que puedan afectar la estructura como un todo, para ese fin existe el derecho a través de su función integradora y de control social. De este modo, en el sistema social, la cultura se encarna en normas y valores, y en el sistema de la personalidad es internalizada por el actor. Pero el sistema cultural no es simplemente una parte de los otros sistemas; también tiene una existencia separada pues constituye el acervo social de conocimientos, símbolos e ideas. Estos aspectos del sistema cultural se encuentran en los sistemas sociales y de la personalidad, pero se convierten en parte de ellos (Morse, 1961, p.105). Igual que con los otros sistemas, Parsons definió el sistema cultura en términos de su relación con el resto de los sistemas de la acción. Así, la cultura es un sistema pautado y ordenado de símbolos que son objeto de la orientación de los actores, componentes internalizados del sistema de la personalidad, y pautas institucionalizadas del

sistema social (Parsons, 1951). Como es en gran medida simbólica y subjetiva, la cultura tiene la capacidad de transmitirse con facilidad y rapidez de un sistema a otro. Esto la permite moverse de un sistema social a otro mediante la difusión y de un sistema de personalidad a otro a través del aprendizaje y la socialización. Parsons define que toda estructura social debe ejercer al menos un cierto control sobre la conducta potencialmente desintegradora y si surge un conflicto desintegrador, es necesario que lo controle (Ritzer, 1993, p. 120). En ese momento el derecho por medio del control social entra a intervenir al individuo anómalo y lo reprime.

Ahora bien, en la teoría de la estructura social en Robert Merton, cabe resaltar que una sociedad para llegar a ser estable y unificada, debe tener unos valores u objetivos claramente definidos, por medio de los cuales se logre la adhesión de los individuos a los mismos y por otra parte debe contar con los medios propicios o legítimos para el logro de dichos objetivos o valores. Es decir, objetivo y medio para llegar a él. Si se logra que los individuos se apropien del objetivo y sigan los medios establecidos para él, se conforman y llegan al nivel de adaptación ideal en una sociedad estable, de lo contrario se constituye lo que se ha denominado una anomia.

En ese momento el derecho por medio del control social vuelve a intervenir, de la misma forma como se mencionó anteriormente y toma al individuo anómalo y lo reprime o busca su integración a la estructura. Sin embargo, antes de entrar a configurar el papel del derecho como medio, o controlador social, es necesario establecer el fin que se necesita en una sociedad como la colombiana que se desarrolla en un escenario de conflicto. La propuesta que se presenta, tiene como finalidad establecer a la paz transformadora como fin, objetivo o valor cultural en la estructura social, teniendo en cuenta los elementos básicos de dicho concepto, es decir, que una sociedad en constante desequilibrio o desorden, logre un proceso de investigación-participativa, capaz de promover las reflexiones de los diferentes sujetos en y entre sus redes, respecto de las propias dimensiones contextuales y estructuras que, de un modo u otro, influyen en todo el proceso de compatibilización para formular e implementar modelos convivenciales. (Montañez y Muslera, 2012, p. 258). Lo principal es que la paz transformadora permite la cohesión social de manera más eficaz, dado que en esencia lo que busca dicha paz es la participación activa de todos los asociados, a través del consenso, del diálogo y de la superación de la crisis a partir de la misma crisis, de la superación del conflicto o las necesidades a partir de los desequilibrios, llegando así, a la cohesión legítima y participada. De manera que un fin como la paz transformadora, que a su vez es proceso y fin, se constituye como valor cultural, u objetivo de una estructura social, y logrará la unificación y estabilidad de cualquier sociedad. Más aún, cuando dicho objetivo es el valor fundante de la sociedad colombiana a partir de la promulgación de la Constitución de 1991, es decir, dicho objetivo o valor cultural no es ajeno a la sociedad, ya existe en el ordenamiento jurídico colombiano. Cabe resaltar que un valor como el propuesto, a pesar de su existencia necesita elementos adicionales que faciliten su adhesión. En este sentido, a Parsons le interesaban los modos en que se transmitían las normas y los valores de un sistema a los actores de ese sistema. Estas normas y valores se internalizan en un proceso efectivo de socialización; es decir, por medio de este proceso llegan a convertirse en parte de las conciencias de los actores. Por lo tanto, cuando los actores persiguen sus intereses particulares, en realidad están sirviendo a los intereses generales del conjunto del sistema (Ritzer, 1993, p. 120). Como Parsons

señaló, la combinación de las pautas de orientación de valor que se adquieren (en la socialización) debe ser en una considerable proporción una función de la estructura fundamental de los roles y los valores predominantes del sistema social (Parsons, 1951, p. 227).

En cuanto al derecho como medio institucionalizado para la consecución de los objetivos trazados en una sociedad la función del derecho a aplicar es la promocional, distributiva, regulativa y preventiva y la represora con el fin de incentivar la adhesión y controlar a los individuos anómalos. Se trata en este caso de alentar, promover y facilitar la realización de comportamientos socialmente necesarios. En el proceso de socialización realizado por el derecho no se inicia con una amenaza represiva, sino con la promesa de un premio o la facilitación de recursos técnicos, económicos y de asesoramiento, esto es, lo que se denomina una sanción positiva. (Peces y Fernández: 2000, 43). De esta manera el derecho se convierte en un facilitador, integrador, y una sociedad que busque el consenso, y la construcción de un fin de manera participada que permita superar las crisis, debe empezar por eliminar los obstáculos que no le permitan avanzar, es por eso que el derecho debe convertirse en un medio que permita por medio de acciones positivas el logro de ese fin, que como se dijo, es la paz transformadora. De manera que, en un trabajo cooperativo entre individuos que acepten el objetivo de la paz en su estructura social, y con medios institucionalizados desde el campo del derecho que faciliten ese logro, se puede lograr una estructura social estable y unificada.

REFERENCIAS

- ALEXY, Robert (2008). El concepto y la naturaleza del derecho (traducción de Carlos Bernal Pulido), Madrid: Marcial Pons.
- ARNAUD, André Jean, FARIÑAS, María José (1996). Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico. Madrid. Universidad Carlos III. Boletín oficial del Estado.
- BOBBIO, Norberto (2007). Teoría general del derecho. Tercera edición. Editorial TEMIS. Bogotá D.C.
- BUSTAMANTE, Diana Marcela y Ambuila Liliana (2010). La deconstrucción y reconstrucción del sujeto jurídico femenino "*una reflexión práctica para el ejercicio del derecho*". Editorial bonaventuriana. Universidad de San Buenaventura. Santiago de Cali. Colombia.
- GADAMER, Hans Georg (1997). Verdad y Método I. Séptima edición. Salamanca: Sígueme.
- GALTUNG, Johan. (1985). Sobre la paz. Barcelona: Fontamara.
- KELSEN, Hans (1960). Teoría Pura del Derecho. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Argentina.

- LARRAURI, Ramón (2006) La enseñanza del concepto de Derecho desde la Filosofía del Derecho contemporánea. Revista sobre enseñanza del derecho. Año 4. No. 7. (pp 153 -165). Universidad de Buenos Aires. Argentina. Recuperado de: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/07/la-ensenanza-del-concepto-de-derecho-desde-la-filosofia-del-derecho-contemporanea.pdf
- MATUS, Carlos. (2007). Teoría del Juego Social. Universidad Nacional de Lanus. Buenos Aires. Argentina.
- MERTON, Robert (2002). Teoría y estructuras sociales. Fondo de Cultura económica. México.
- MONTAÑEZ, Manuel y RAMOS MUSLERA, Esteban (2012). la paz transformadora: una propuesta para la construcción participada de paz y la gestión de conflictos desde la perspectiva sociopráctica. Obets Revista de ciencias sociales. Vol. 7. No. 2. (pp 241 - 269). Universidad de Valladolid. España. Recuperado de: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/25939>
- MORENO, Franklin (2014). El concepto de paz en la Constitución Política de Colombia de 1991: reconstrucción dialéctica. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Año 21 No. 2. Chile.
- MUÑOZ, Francisco (2001). La Paz Imperfecta ante un universo en conflicto. Instituto de la paz y los conflictos. Universidad de Granada. Recuperado de: <http://www.ugr.es/~eirene/eirene/Imperfecta.pdf>
- MUÑOZ, Francisco. (2004). "La paz". En MOLINA RUEDA, Beatriz y MUÑOZ, Francisco (coords). Manual de Paz y Conflictos. (pp 21-42). Universidad de Granada. Recuperado de: http://www.ugr.es/~eirene/publicaciones/manual/La_Paz.pdf
- PARSONS, Talcott (1951). The social system (edición en castellano 1988). El Sistema social. Alianza editorial. Madrid.
- PARSONS, Talcott (1970). Social structure and personality. Nueva York: free press.
- PARSONS, Talcott y PLATT, Gerald (1973). The American university. Cambridge.
- PECES, Gregorio, FERNANDES, Eusebio y DE ASIS, Rafael (2000). Curso de teoría del derecho. Marcial Pons.
- PECES, Gregorio, FERNANDES, Eusebio y DE ASIS, Rafael (2000). Curso de teoría del derecho. Marcial Pons.
- RITZER, George (1993). Teoría sociológica contemporánea. Universidad de Maryland. McGraw-Hill/Interamericana de España S.A.
- ROCHER, Guy (1975). Talcott Parsons and american sociology. Barnes and noble. Nueva York.

SILVA CUEVA, José (2003), "*Visión tridimensional del Derecho*", en Revista Telemática de Filosofía del Derecho. Recuperado de: <http://www.filosofiyderecho.com/rbfd/numero6/silva.html>

VICTORIA, Diego Fernando (2005). La regla de motivación jurídica como fundamento de libertad. Revista Criterio Libre Jurídico. No. 2. (pp 79 - 87). Santiago de Cali. Universidad Libre de Colombia.

LA CONCEPCIÓN FILOSÓFICA DEL DERECHO PENAL DE JOSÉ RAFAEL SAÑUDO

Juan Carlos Lagos Mora⁸

Fecha de recepción: 8 de junio de 2015.

Fecha de aceptación: 2 de noviembre de 2015.

Referencia: LAGOS MORA, Juan Carlos. *La concepción filosófica del derecho penal de José Rafael Sañudo*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 1. Núm. 1. Págs. 41 – 52. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex.

RESUMEN

Este ensayo expone la concepción filosófica jurídica de José Rafael Sañudo sobre el derecho penal, teniendo como referente los modelos Ius Filosóficos Penales modernos, es importante para la historia del derecho penal colombiano, conocer la concepción que tenían los profesores de derecho, en este caso de uno de los personajes descollantes de la Universidad de Nariño. Para abordar esta reflexión se parte del punto de vista de que todo grupos social en un momento histórico determinado, posee una concepción sobre el derecho a castigar; que se refleja en una Ideología Filosófica Jurídico-Penal, que se refleja en la academia y en la aplicación de la justicia. Aspecto que adquiere importancia ante el hecho de que algunos de los profesores de derecho, fueron Jueces como el caso de Sañudo; sin olvidar que bajo toda Ideología Filosófica Jurídico-Penal, subyace la libertad del individuo.

PALABRAS CLAVE: Filosofía del Derecho Penal, Historia del Derecho, Ideología, Modernidad, José Rafael Sañudo.

⁸ Universidad de Nariño. Abogado. Msc. Criminología y Ciencias Penales. PhD. Ciencias de la Educación. Historia de la Educación. Profesor Asistente Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño. Miembro del grupo de investigación CEJA – Centro de Estudios Jurídicos Avanzados de la Universidad de Nariño.

ABSTRACT

This writing exposes the legal philosophical conception of Jose Rafael Sañudo about criminal law, taking as reference the Philosophical Ius Criminal modern models. It is important for the history of Colombian criminal law to know the conception that law professors had, in this case, one of the outstanding characters of the University of Nariño. To address this reflection, it is based on the view that all social groups in a particular historical moment has an idea of the right to punish; which it is reflected in a Philosophical Legal-Criminal ideology that is followed in the academy and in the application of justice. This aspect becomes important at the fact that some law professors were judges as Sañudo was; without forgetting that under all legal and criminal philosophical ideology underlies the freedom of the individual.

KEYWORDS: Criminal Law Philosophy, History of law, Ideology, Modernity, Jose Rafael Sañudo.

INTRODUCCIÓN

En la historia de la Universidad de Nariño y de su Facultad de Derecho, encontramos una serie de personalidades, que por el papel que desempeñaron en la construcción de la institución educativa, por su papel como educadores, o por sus ideas, fueron fundamentales para la universidad, el departamento de Nariño y para Colombia.

Dentro de esta lista, se encuentra José Rafael Sañudo, escritor, historiador y educador pastuso, conocido más que todo por una de sus obras que ha desatado controversia dentro de la historiografía nacional, nos referimos a *“Estudios sobre la vida de Bolívar”*, publicada en 1.925.

En este breve trabajo, queremos detenernos en las ideas que Sañudo tenía sobre el derecho penal, ideas que desde el punto de vista Ius-Filosófico, se encuentran en su tratado denominado *“Filosofía del Derecho”*.

El derecho penal o mejor el derecho punitivo, entendido como el derecho a castigar, solamente puede ser entendido si se lo aborda, como una concepción del mundo (filosofía), y las concepciones del mundo no son nada más que ideologías, vistas históricamente (en un tiempo, en un espacio y en un contexto social, determinados).

Los conceptos teóricos fundamento de este ensayo, se refieren a la Filosofía del Derecho Penal, a la Ideología, a la cultura regional y a las escuelas del derecho penal.

1. MARCO REFERENCIAL

Una vez creado el Departamento de Nariño, mediante la Ley 1, de agosto 6, de 1904, el primer gobernador, Julián Bucheli, trazó su plan de gobierno fundamentado en tres aspectos:

“Administración pública eficaz y dinámica; Infraestructura vial para el despegue de la economía y Universidad en plena producción en las áreas de Ingeniería, Derecho, Filosofía y Arte” (Alvarez Hoyos, 1999, pág. 44).

Por Decreto No. 049 de 7 de noviembre de 1904, se fundó la Universidad de Nariño en la capital del departamento para impartir Instrucción Secundaria y Profesional. Según esta norma, pertenecían a la Institución las Facultades de Pasto y Barbacoas y otras que pudiesen surgir como oficiales en el resto del Departamento. Se estableció la autonomía de la Universidad, se declaró la validez de los títulos, certificados y grados. Igualmente, se señaló el pensum que debía adoptarse en cada una de las Facultades y se inventariaron los bienes y rentas del establecimiento.

El 20 de noviembre de 1905, quedó la Universidad establecida con las facultades de Derecho y Ciencias Políticas, Matemáticas e Ingeniería y la Clase de Comercio. El rector de la Facultad de Matemáticas e Ingeniería fue el Doctor Fortunato Pereira Gamba y, el Presbítero Benjamín Belalcazar actuó como rector de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Comercio. Los responsables de la educación en los albores de la Universidad, además del Dr. Pereira Gamba fueron los doctores: José Rafael Sañudo, Belisario Ruiz Wilches y Jorge Álvarez Lleras. Como Secretario de la Facultad fue nombrado el Dr. Pablo E. Lucio. (Alvarez Hoyos, 1999, pág. 44).

JOSÉ RAFAEL SAÑUDO

José Rafael Sañudo (Perez Silva, 1973)⁹, fue entonces uno de los fundadores de la Universidad de Nariño, y catedrático en las facultades de Derecho y Ciencias Políticas e Ingeniería y Matemáticas.

⁹ José Rafael Sañudo. Jurisconsulto, historiador y filósofo colombiano, nacido en Pasto (Nariño) el 24 de octubre de 1872 y fallecido en la misma ciudad el 3 de abril de 1943. Fue fundador y primer presidente, en 1909, del Centro de Historia de Pasto luego Academia Nariñense de Historia. Se desempeñó como catedrático de la universidad de Nariño y ejerció el derecho como juez y Magistrado. Conocido por su vasta cultura, fue catalogado como políglota notable, escritor disciplinado y ameno docente. En 1918 dio a la luz su *Filosofía del Derecho*, en 1925 provocó la controversia continental por la edición de su *Apuntes sobre la vida de Bolívar*, acaso uno de los ensayos más controvertidos que se hayan escrito sobre la personalidad del Libertador. Sañudo critica de Bolívar su crueldad por el decreto de guerra a muerte; el fusilamiento de Piar; la severidad del caraqueño con Pasto; pone en duda su valor militar; le fustiga el paso de numerosas mujeres en su vida; censura el suicidio de Ricaurte, desmiente al Libertador, con base en el diario de Perú Delacroix, el mito del mismo Ricaurte; exalta a Santander y justifica como hecho fruto de la teoría de la expiación, los sufrimientos del Padre de la Patria. Y es precisamente la teoría de la expiación de hombres y pueblos, el eje principal del pensamiento histórico y filosófico de Sañudo, por lo cual es objeto de encendida polémica y de señalamiento universal. Pero se ha sentenciado que “Sañudo no era un autor, era un drama”, como escribió Germán Arciniegas. (Perez Silva, Vicente, *Vida y obra de José Rafael Sañudo*. Pasto: Particular, 1996).

Nació en la ciudad de Pasto (perteneciente al departamento del Cauca, por ese entonces) el 24 de Octubre de 1.872; y murió en la misma ciudad (ya capital del departamento de Nariño) el 5 de Abril de 1.943. Realizó estudios primarios en una escuela dirigida por el religioso Mesías Estrella y por don Marco Antonio Ortiz; sus estudios secundarios los cursó primero en el Colegio de los Padres Filipenses y los culminó en el Colegio Seminario regentado por los padres Jesuitas donde obtuvo el título de bachiller. En ese mismo Seminario estudió Jurisprudencia pero no se tituló. Posteriormente en 1934 la Universidad de Nariño le otorgó el título de Doctor Honoris–Causa. En esencia fue el representante típico del intelectual autodidacta de fines del siglo XIX y principios del XX.

José Rafael Sañudo, se desempeñó como catedrático en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con las asignaturas Internacional Público y Filosofía del Derecho.

Dentro del contexto geográfico, social y político que corresponde al departamento de Nariño de hoy, a fines del siglo XIX y principios del XX, nos encontramos frente a una sociedad tradicionalista y conservadora; económicamente el único medio de producción era la tierra, explotada por formas de agricultura tales como la aparcería y el agregado (Guerrero Vinueza, 2004); algo de comercio, alguna artesanía, y el Estado como fuente de empleo. Desde el punto de vista social, encontramos una división en capas sociales, muy rígida, en la cual el poder de la Iglesia Católica en lo religioso, político y económico era incontrovertible. Esto se debió a condiciones homogéneas de atraso político, económico y cultural ocasionado por muchos factores, entre los cuales cabe destacar el aislamiento geográfico con la consecuente dificultad para comunicarse tanto con Santafé de Bogotá por el Norte, como con Quito por el Sur, como con el Océano Pacífico por Occidente; condiciones de atraso que se remontan hasta tiempos coloniales. (Guerrero Vinueza, 2004, págs. 29-34).

La ciudad de Pasto, desde la época de la conquista fue una sociedad profundamente católica, creencias religiosas que además incluían sometimiento económico y político a la Iglesia Católica, en otros términos, la iglesia era hegemónica, en términos de la teoría política.

En la primera mitad del siglo XX, época en la cual da a conocer su pensamiento filosófico jurídico, se prioriza la formación dogmática del abogado que se ubica en las corrientes romanistas y francesas¹⁰, que hacen del Código Civil y el Derecho Civil la columna vertebral de los estudios jurídicos, lo que explica el gran peso del área del derecho privado en los planes de estudio de todos estos años (Goyes Moreno, 2010). Los métodos de enseñanza-aprendizaje están basados en la exégesis de la norma, métodos que se adecuan al culto exagerado a la ley que se mantiene durante esos años, las evaluaciones son memorísticas y tienen como finalidad comprobar el grado de apropiación realizado por los estudiantes respecto a las normas jurídicas (Goyes, La Enseñanza, págs. 337-342). Esporádicamente se presentaron algunas experiencias de innovación específicamente con el uso alternativo del Derecho, las cuales en todo caso fueron marginales y no lograron afectar el núcleo central de la concepción jurídica vigente.

¹⁰ Desde el punto de vista del Derecho Constitucional, la Constitución era un compendio de principios políticos y filosófico-jurídicos, como una guía para que el legislador expidiera los respectivos códigos.

En este contexto, José Rafael Sañudo produce una de sus obras, titulada *"Filosofía del Derecho"*, escrita en 1.917, pero solamente publicada por la Imprenta Departamental de Nariño, en 1.928 con algunas actualizaciones referentes a normas jurídicas o a hechos históricos, realizadas aparentemente por el autor (Sañudo, 1928).

Las ideas que tenía Sañudo sobre el Derecho Penal desde el punto de vista ius-filosófico, se encuentran en su tratado denominado *"Filosofía del Derecho"*. El Derecho Penal o mejor el derecho punitivo, entendido como el derecho a castigar, solamente puede ser entendido si se lo aborda, como una concepción del mundo (filosofía), y las concepciones del mundo no son nada más que ideologías, vistas históricamente (en un tiempo, en un espacio y en un contexto social, determinados).

2. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PENAL DE JOSÉ RAFAEL SAÑUDO

La concepción filosófica penal de Sañudo, la encontramos en su obra *"Filosofía del Derecho"*, Parte Tercera, Derecho Político, Sección Tercera, Derecho Penal (Sañudo, 1928). Las principales ideas expuestas por el autor, referidas a la Filosofía del Derecho Penal, son las siguientes:

- Define al derecho penal, primeramente como parte del derecho político, y secundariamente como *"la ciencia que trata de los delitos y de las penas"* (Sañudo, 1928).
- Para Sañudo, el delito es *"la voluntaria infracción del derecho ajeno"* (Sañudo, 1928), y de este concepto deduce que contiene dos elementos: de una parte, la intención dolosa o culpable, es decir un elemento subjetivo; y de otra, el daño al derecho (noxa) el elemento objetivo. Anota también, que el delito tiene grados: el consumado y la tentativa, y que ésta, debe ser sancionada por el peligro que produce.
- Clasifica los delitos en civiles, políticos, contra el derecho constitucional y contra el derecho administrativo, según atenten ya sea contra la propiedad o la persona; los derechos políticos; contra el estado o contra la administración del estado (Sañudo, 1928, pág. 240).
- Con relación a la pena, el autor, sostiene que ésta debe tener un carácter expiatorio en primer lugar; y de manera secundaria un carácter amenazante y enmendador (Sañudo, 1928, pág. 248). Hace también una clasificación de las penas, teniendo en cuenta la desocialización del reo (mayor o menor gravedad del delito).
- Refiriéndose a la pena, defiende la de muerte, porque afirma, existen casos tan graves de desocialización que solamente la separación definitiva del reo de la sociedad (la pena de muerte) es la solución para ese delito (Sañudo, 1928, pág. 251).
- En la última parte, se detiene en algunas de las teorías sobre el derecho penal, menciona la Teoría Clásica con sus principales representantes

(*Carrara y Pessina*); haciendo remontar algunos de sus principios a Esquilo, Sófocles, Homero, Santo Tomas, y Dante. Fundamenta los conceptos de la teoría clásica en la inmortalidad del alma y el libre albedrío (Sañudo, 1928, pág. 255).

- Igualmente se refiere a la escuela contrapuesta a la clásica, mencionado el pensamiento de *Lombroso, Ferri y Garofalo*, que sustentan a causas antropológicas criminales, la criminalidad. Esta escuela denominada Positiva del derecho penal, tiene como fundamento el determinismo; Sañudo no comparte estos planteamientos, reiterando su concepción de que el derecho penal tiene fundamento solamente en la libertad humana (Sañudo, 1928, pág. 259).

3. ANÁLISIS DE LAS IDEAS DE JOSÉ RAFAEL SAÑUDO, RESPECTO A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PENAL

PRIMERO.- Es necesario hacer unas precisiones terminológicas y conceptuales:

FILOSOFÍA DEL DERECHO, FILOSOFÍA DEL DERECHO PENAL E IDEOLOGÍA.

Si la Filosofía del Derecho se ocupa de la justificación del derecho, a saber de la teoría de los valores que subyacen en el fenómeno social del derecho, del origen del derecho (*Ius Naturalismo, Ius Positivismo*), teoría de la vigencia del derecho, derecho a la desobediencia, etc.; la filosofía del derecho es concepción del mundo, limitada a como se concibe la relación derecho-sociedad, papel del derecho en la sociedad, y epistemología del derecho; esas concepciones tienen una esencia puramente ideológica, veamos porqué:

El sentido lato del término ideología como simple ciencia de las ideas ha sufrido importantes transformaciones. Las acepciones no tienen importancia ante la trascendencia filosófica que ha tomado a través de la evolución del pensamiento. *Antoine Louis Claude Destutt* es uno de los pensadores que utilizó la palabra como doctrina de las ideas pero tomándolas como objetos reales ante los cuales el hombre asume una actitud crítica (Sañudo, 1928, pág. 259).

En *Hegel* el tema de la ideología está íntimamente ligado a su concepción total de la idea. Toma la categoría integral de las ideas morales, éticas, estéticas, religiosas, filosóficas, políticas y jurídicas. La ideología constituye un reflejo verdadero de la realidad. El concepto es fundamentalmente filosófico para *Hegel* el proceso del pensamiento al que llama idea, es el Demiurgo (creador) de lo real (Bonetti, 2004).

Para *Feuerbach* el problema de la ideología había que explicarse desde el punto de vista de la crítica a la religión mediante la actitud estudiosa de la realidad del hombre (Bonetti, 2004).

Es *Marx* quien asume el tema con una perspectiva sociológica. Lo aplica para designar la totalidad del pensamiento de una esfera social que ha logrado la

preponderancia económica en un momento histórico determinado. Inició por eso una actitud permanentemente crítica al sistema ideológico impuesto. Para él la ideología puede constituir un reflejo cierto o no de la verdad material. Germán Robledo (2004) en su ensayo "EL CONCEPTO SOCIOLOGICO DE IDEOLOGÍA resume así:

"Marx define entonces la ideología, en un sentido pragmático como ideas que obran cual armas para intereses sociales... se adentra hasta el funcionar mismo de la sociedad con su famoso postulado axiomático: la situación social del hombre (ser social) determina su sistema de pensar (ser consciente). Ideología sería por lo tanto, un sistema de pensar, que es desarrollado por el individuo desde la trastienda de suposición social y de su situación general de ser" (Echeverry, 1994).

Louis Althusser (1985) se ocupó de la crítica de los aparatos ideológicos otorgándole al Estado la responsabilidad de su creación, por cuanto estos habrían sido los reproductores de la dominación de los hombres. Incluso criticó la educación al no considerarla una necesidad o una función social sino un aparato alienante, es decir la educación fue tomada como una institución de poder. Tomando incluso al marxismo quiso que éste se despejara de ideología para que no pese a ser aparato al servicio de una clase.

Pero nos detendremos en el italiano Antonio Gramsci (1891 - 1937) quien aportó un nuevo enfoque, más práctico y contemporáneo para el entendimiento de la dinámica social y de los fenómenos que surgen indefectiblemente de la sociedad misma. Quisimos aproximarnos a esta concepción porque consideramos que en buena parte y forma, nos ayuda explicar las concepciones actuales de la ideología y el tema que nos ocupa, que es la concepción del derecho penal (Gramsci, 1958).

Al tratar el tema de la ideología es necesario considerar la existencia de un bloque histórico (una situación global), en la cual distinguimos de un lado una estructura social - Clases Sociales (capas sociales según la moderna sociología) -, que dependen directamente de las relaciones de las fuerzas productivas y, de otro una superestructura ideológica y política. La vinculación entre estos dos elementos la hacen ciertos grupos sociales cuya función es operar no en el plano económico, sino en el superestructural. Es una capa social íntimamente ligada a la clase o clases de la que son sus representantes que podríamos denominarlos: Funcionarios de la superestructura.

Pero lo fundamental para este tema, es considerar cómo un conjunto o una totalidad de valores culturales (Ideología) penetra, se expande, se socializa y se integre al sistema social en una etapa histórica determinada.

El concepto Gramsciano (Gramsci, 1958) de la sociedad civil es el siguiente: *"La hegemonía cultural y política de un grupo social sobre el conjunto de la sociedad, como contenido ético del Estado"*. Pero además de esta concepción es:

Primero, como ideología de la clase dirigente, por cuanto comprende todas las ramas de la ideología, tales como el derecho, el arte, las ciencias, etc.

Segundo, es una concepción del mundo difundida entre todas las capas sociales, a las que liga de éste modo a la clase dirigente y a su vez, se adapta a todos estos

grupos a saber: la filosofía, la religión, el sentido común, el folclore, etc.

Tercero, como dirección ideológica de la sociedad, se articula en tres niveles esenciales: La ideología propiamente dicha, las organizaciones que crean y difunden la ideología y el material ideológico, o sea los instrumentos técnicos de difusión de ese ideología: sistema escolar, medios de comunicación, la familia, etc.

También es fundamental otro concepto Gramsciano, el de hegemonía: *“la función de hegemonía que el grupo dominante ejerce en toda la sociedad”* (Gramsci, 1958); en otras palabras la clase fundamental dirige la sociedad por el consenso que obtiene gracias al control de la sociedad civil, el que se caracteriza por la difusión de su concepción del mundo y por la constitución de un bloque histórico al que corresponde la gestión de la sociedad civil. Es éste el papel primordial de la ideología.

Entonces el derecho, es un órgano de control social, y el penal, uno de los fundamentales.

Estos órganos de control social, son esencialmente ideológicos, entendidos como un conjunto de valores culturales que se introducen, se amplían, integran y socializan a un sistema social. Son esenciales para lograr la hegemonía cultural y política de un grupo social sobre toda la sociedad.

SEGUNDO.- Si el derecho, y específicamente el penal, tiene fundamentos ideológicos, es decir *“es concepción del mundo”*, responde a interrogantes filosófico-jurídicos, tales como: ¿Por qué Castigar?, ¿Cómo Castigar?, ¿Cuándo Castigar?, ¿Quién define en qué casos Castigar? (Ferrajoli, 1995).

Entonces, ¿cuáles son las concepciones ideológicas (ideas) de Sañudo, sobre el derecho penal? Intentaremos responder este interrogante:

EL DELITO Y EL DELINCUENTE

Es de anotar que Sañudo en su obra *“Filosofía del Derecho”*, define lo que para él, es filosofía del derecho, al decir que es *“la ciencia que expone los principios cardinales del derecho”* (Sañudo, 1928), pero al decir cardinal (fundamental), no se refiere solamente a una axiología que subyace dentro del derecho penal, ni a las concepciones del origen de las normas penales, sino que esas concepciones estén inmersas en una serie de conceptos jurídicos, propios de la jurídica penal, es decir estamos también ante una panorámica del derecho penal, más propia de una introducción al derecho penal, que a una filosofía del derecho penal.

Sañudo, concibe al delito como la violación de la ley del estado, conforme a los postulados de la Escuela Clásica del Derecho Penal, cuyo mayor exponente fue *Francesco Carrara*¹¹; siendo el fundamento Ius-Filosófico Penal de esa ley del estado,

¹¹ Francesco Carrara. Lucca, Italia 1805- 1888. Abogado italiano, alumno de *Gaetano Pieri*, considerado el padre de la Escuela Clásica del derecho penal, profesor de derecho penal en Lucca en 1848 y en Pisa en 1859. En este año publica su obra fundamental *“Programma del Corso di Diritto Criminale dettato nella Reale Università di Pisa”*, a raíz de esta publicación se volvió famoso en toda Europa occidental. Otra obra fundamental es el *“Opuscoli di Diritto Criminale”*, publicados entre 1859 y 1874 y *“Lineamenti di pratica legislativa penale”*. Se lo considera el primer científico del derecho penal, aportando a la tradición del pensamiento occidental liberal un concepto de absoluto respeto a la dignidad humana. (Zaffaroni, 1987)

una concepción Ius-Naturalista divina. Pero siendo un concepto de filosofía del derecho penal, se echa de menos, una argumentación completa referida al derecho natural, cosa que el autor sabemos dominaba. Los argumentos por él expuestos son propios del derecho penal.

La Escuela Clásica del Derecho Penal es la faceta ius-filosófica penal del pensamiento ilustrado, con todas sus características económicas, filosóficas y culturales. Como dato anecdótico cabe mencionar que esta denominación de “Escuela Clásica” le fue dada no por sus exponentes, sino por los positivistas penales que con ánimo de contradicción, necesitaban nombrarla de alguna forma:

Como producto del movimiento filosófico gestado a lo largo de los siglos XVII a XIX, más conocido como el «iluminismo», se transformaron de manera sustancial las instituciones sociales y políticas con notable influencia en el Derecho Penal (...) Gracias al ideario propulsado (...) se echan las bases de la llamada Escuela Clásica del Derecho Penal, que tanta influencia tuvo entonces (...) Ahora bien, la máxima manifestación del período de las luces, como también se le denomina, fue la gesta que concluyó con la Revolución francesa de la cual proviene la famosa «Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano» (1789), que tanto incidió en los códigos penales europeos que entonces empezaron a expedirse: el francés de 1810, cuyas bases se remontan a 1791, y el bávaro cuya elaboración se debe a P. J. A. Feuerbach. (Velásquez Velásquez, 1997, pág. 168).

El pensamiento ilustrado en su manifestación penal también llegó a Latinoamérica, el principal representante fue D. Manuel de Lardizábal y Uribe¹². Su obra fundamental el “Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para fomentar su reforma” está basada en la teoría del Contrato Social, con una característica que se repite en casi todos los exponentes del pensamiento ilustrado penal en esta región, se intenta conciliarlo con las creencias católicas hegemónicas en el mundo iberoamericano (Lardizábal y Uribe, 2009).

Sañudo comparte con la Escuela Clásica del Derecho Penal la idea de que la causa del delito es el producto del libre albedrío, la argumentación que sustenta esta idea es también jurídico-penal; y no filosófica, ya que, para los clásicos, lo fundamental es la capacidad del hombre de decidir libremente si delinque o no, herencia fundamental para el pensamiento clásico penal, del iluminismo, la ilustración y la revolución francesa (Velásquez Velásquez, 1997, pág. 192).

LA PENA

Con relación a la pena, Sañudo, coincide con el pensamiento la Escuela Clásica del Derecho Penal, al considerar la justificación de la misma el ser afflictiva; pero no profundizó filosóficamente sobre la otra cualidad de la pena, cual es la retribución moral, que responde al interrogante de ¿Por qué castigar? Se trata de teorías

¹² Manuel Lardizábal y Uribe, “Discurso sobre las penas: contraído a las leyes criminales de España para fomentar su reforma” (Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid, de la edición de Joachim Ibarra 1782, 2009).

absolutas sobre la pena (retribución de mal por mal), cuyos orígenes si se remontan a San Agustín, Tomas De Aquino, Kant y Hegel, entre otros (Ferrajoli, 1995, pág. 254).

En la obra se defiende la pena de muerte, pero curiosamente con argumentos basados en la imposibilidad de resocialización de algunos delincuentes, concepción perteneciente no a la Escuela Clásica del Derecho Penal, sino a la Escuela Positiva Del Derecho Penal (*Enrico Ferri*), que consagró el concepto de la peligrosidad del delincuente, y que en algunos casos, consideraba la posibilidad de separar definitivamente de la sociedad a unos reos (que Sañudo afirma no compartir). En este aspecto, se aparta totalmente del pensamiento clásico, cuyo postulado fundamental fue la humanización de las penas y su total oposición a la pena de muerte, ideas originadas en el pensamiento ilustrado de Cessare Beccaria (1.738-1.794), precursor de dicha escuela (Velásquez Velásquez, 1997).

CONCLUSIÓN

Con relación a las ideas de José Rafael Sañudo, del derecho penal (ideología Ius-Filosófica Penal: concepción del delito, del delincuente y de la pena), de su texto *"Filosofía Del Derecho"*, se concluye que tienen su fundamento teórico en la escuela clásica del derecho penal; pero en el texto aparecen contradicciones, anotadas anteriormente, el interrogante es por qué, se encuentran esas contradicciones (que no son producto del eclecticismo), la respuesta la encontramos en la advertencia al mismo texto cuando en la introducción, el autor afirma:

"...como la obra trata forzosamente de puntos conexiónados con la Religión y la Moral, en cuyo campo podemos, aunque sin intención, haber errado, la sometemos irrestrictamente, al juicio de la Iglesia Católica, que en esas materias, es infalible maestra..." (Sañudo, 1928, pág. VIII).

Entonces la respuesta está dada en la tensión existente entre una ideología religiosa católica y la Escuela Clásica del Derecho Penal, que es la faceta jurídico-penal, del pensamiento iluminista e ilustrado, el primer intento de construir un pensamiento penal racional, es decir la cara jurídico-penal, de la modernidad. Y esta tensión se da por esa característica atrás enunciada, del pensamiento de la Escuela Clásica del Derecho Penal en Latinoamérica: el intento de conciliar el pensamiento ilustrado con la concepción religiosa católica imperante en los países de habla española y portuguesa.

Es así como este fenómeno ideológico –el catolicismo–, entratándose del derecho punitivo, se convierte en uno de los factores que impidieron que el pensamiento ilustrado en su faceta jurídico-penal, se consolidara en Iberoamérica en su verdadera esencia: la de ser un pensamiento progresista como lo fue en Europa y por lo tanto en uno de los elementos para que la modernidad se postergase, parafraseando a Rubén Jaramillo Vélez.

FUENTES DIRECTAS

Libro: Sañudo, José Rafael. *"Filosofía del Derecho"*. 1928. Pasto, Colombia. Imprenta Departamental Edición Oficial.

REFERENCIAS

Althusser, L. (1985). *Curso de Filosofía para Científicos*. Barcelona, España: Planeta Agostini.

Alvarez Hoyos, M. T. (1999). "Apuntes para la Historia de la Universidad de Nariño". *Revista de Investigaciones*. Año 9 No. 1, Volumen IX., 26-49.

Bonetti, J. A. (2004). Doce notas introductorias al concepto de ideología. *R F Volumen 22 No. 46 ISSN 0798-1171*, 7-34.

Echeverry, O. (1994). Módulo de Criminología II. *Maestría en Criminología y Ciencias Penales* (pág. 200). Pasto: Universidad Santiago de Cali y Universidad de Nariño.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razon, Teoría del Garantismo Penal*. Madrid, España: Trotta.

Glass, L. y. (1967). "Medioevo Colombiano 1960. El Caso Bomboná". *Tierra No.5*, 20-23.

Goyes Moreno, I. (2010). *"La Enseñanza del Derecho en Colombia"*. Pasto, Colombia.: Universidad de Nariño.

Gramsci, A. (1958). *Cartas desde la Carcel*. Buenos Aires, Argentina: Lautaro.

Guerrero Vinueza, G. L. (2004). *"Historia de la Universidad de Nariño 1927-1930, Volumen I"*. Pasto, Colombia.: Universitaria, Universidad de Nariño.

Lardizábal y Uribe, M. (2009). *"Discurso sobre las penas: contrahido a las leyes criminales de España para fomentar su reforma"*. Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid, de la edición de Joachim Ibarra 1782.

Perez Silva, V. (1973). *"Vida y Obra de José Rafael Sañudo"*. Pasto, Colombia: Particular.

Sañudo, J. R. (1928). *"Filosofía del Derecho"*. Pasto, Colombia.: Imprenta Departamental, Edición Oficial, Primera Edición.

Velasquez Velasquez, F. (1997). *Derecho Penal, Parte General*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Temis, Tercera Edición.

Velasquez Velasquez, Fernando. *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 2002.

Zaffaroni, E. R. (1987). *“Tratado de Derecho Penal, parte general Tomo II”*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. Alagia, Alejandro. Slokar, Alejandro. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2000.

PASTERAS, UN TRABAJO QUE OBVIÓ EL PROGRESO

Un análisis propositivo desde la crítica constructiva

Jairo Enrique Lucero Pantoja¹³

Fecha de recepción: 28 de abril de 2015.

Fecha de aceptación: 26 de octubre de 2015.

Referencia: LUCERO PANTOJA, Jairo Enrique. *Pasteras, un trabajo que obvió el progreso: un análisis propositivo desde la crítica constructiva*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 1. Núm. 1. Págs. 53 – 76. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex.

*Cuando una pérdida se eleva en el tiempo,
bien retrocediendo en los logros,
o retrasando los avances,
finalmente dicha derrota trasciende las fronteras
e impacta en lo más profundo del logro humano...*

RESUMEN

Desde hace algunos años el caso “Las Pasteras” ha pasado de ser un conflicto prioritario para los intereses trasfronterizos de las repúblicas de Argentina y Uruguay a consolidarse en uno de los casos más relevantes en la observación de la

¹³ Jairo Enrique Lucero Pantoja, abogado de la Universidad de Nariño (Col.), estudiante del Posgrado de Derecho Internacional Ambiental de la Universidad de Buenos Aires (Arg.) y estudiante becario de la Maestría de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo (Arg.).

aplicación de diversos principios internacionales por parte de la Corte Internacional de Justicia, algunos de los cuales hasta el momento no tenían piso material. El presente trabajo no tiene como fin una labor descriptiva de los hechos que dieron vida a “*las Pasteras*”, sino por el contrario, planea abordar vértices específicas en el análisis del fallo, tanto teóricos como facticos, que hicieron –de aquellos avances integrados en la sentencia- y pudieron haber generado –sobre los criterios omitidos en el fallo-, una transformación innovadora en la concepción y perspectiva del derecho ambiental internacional, desbordando la mera resolución binacional de un conflicto político-económico-ambiental, para “*transpolarse*” finalmente a uno ámbito de mucha más relevancia en la concreción del nuevo paradigma hacia el respeto integrador y universal del ambiente.

PALABRAS CLAVE: Corte Internacional de Justicia, Sentencia “*Las Pasteras*”, Auto-determinación.

ABSTRACT

For several years, the case “*paper mills*”, has gone from being a priority for the transboundary conflict interests of the republics of Argentina and Uruguay, to consolidate in one of the most important cases in the observation of the implementation of various international principles by the International Court of Justice, some of which so far had not taken for the International Court of Justice. This work is not a descriptive work of the facts that gave rise to “*paper mills*”, but rather, plans to address specific vertices in the failure analysis, both theoretical and factual, of the advances that were integrated in the verdict and those were omitted, that could not to generate an innovative transformation in the conception and perspective of international environmental law, overflowing a simple binational resolution of a political-economic-environmental conflict, to transform finally one area of much more importance in the realization of the new paradigm towards integrating environmental universal respect.

KEYWORDS: International Court of Justice, Judgment “*paper mills*,” Self-determination.

CONTENIDO

El presente texto abordará en primera medida una breve descripción sobre el caso “*Las Pasteras*”, con el fin de brindar un análisis contextualizado a los 3 ejes de trabajo que se desarrollaran en el presente documento. En primer orden se observará la obligación internacional de *notificación*, seguido por el análisis del *daño ambiental* (dentro del cual se analizará las repercusiones de las obligaciones procesales y sustantivas), llegando al análisis sobre el alcance del *estudio de impacto ambiental* y la *consulta a las comunidades*. Una vez abordado lo anterior, se perfilarán algunas apreciaciones finales que esbozaran si el juicio de la Corte Internacional de Justicia fue o no un reto –ambiental y humano- que “*obvio el progreso*”.

1. DESCRIPCIÓN DEL CASO LAS PASTERAS

En el año de 1975 las Repúblicas de Argentina y Uruguay suscribieron el Estatuto del Río Uruguay (ERU), en cumplimiento al Artículo 7 del Tratado de límites fronterizos que las dos naciones se habían comprometido a reglamentar en el año de 1961. Con la entrada en vigor del Estatuto, los Estados se comprometieron, entre otras cosas, a la prestación de ayuda necesaria (Art. 3), establecimiento de reglamentaciones sobre seguridad de la navegación (Art. 4) y preservación ambiental (Art. 37 y 41), el control de nuevas construcciones que generen la modificación o alteración significativa del régimen de calidad de aguas establecido por la Comisión Administradora del Río Uruguay (Art. 7), los procesos de notificación a las partes de informes sobre proyectos a implementar en el Río (Art. 8 - 11) y el procedimiento para dirigirse a la jurisdicción internacional ante incumplimiento del Estatuto (Art. 60).

En el año 2006 la República de Argentina resolvió demandar a Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) como consecuencia de la violación del ERU en la autorización unilateral y no consulta por parte de Uruguay para la instalación de las plantas CMB (ENCE) y Orión (BOTNIA) que se encargarían de la producción de pasta de celulosa en el río Uruguay, demandándose la responsabilidad internacional frente a las obligaciones procesales (Art. 7 a 12) y de fondo (Art. 36 a 71) consignadas en el Estatuto. La solicitudes consignadas en la demanda por parte de la Argentina fueron: 1) Cesar de inmediato los hechos internacionalmente ilícitos; b) Restablecer la situación que existía antes los hechos internacionalmente ilícitos; c) Pagar una indemnización a la República Argentina por el daño causado; d) Proporcionar garantías suficientes para evitar futuros incumplimientos al ERU.

Por su parte, Uruguay argumento su defensa en dos puntos concretos: 1) Argentina no logró demostrar ningún daño o riesgo de daño al río o su ecosistema en relación a las supuestas violaciones de las obligaciones de fondo del ERU de 1975; b) El desmantelamiento de las plantas de pasta de celulosa generaría no solo un detrimento en la macro-economía de Uruguay (3% PIB), sino también generaría un costo social desmesurado en la población costera uruguaya.

Posterior a diversos enfrentamientos diplomáticos entre los años 2006 a 2010 por parte de los jefes y representantes de los gobiernos de cada Estado en el proceso, al igual que la intervención ciudadana que generó por un lado presión internacional para evitar el detrimento ambiental y paisajístico del Río Uruguay (Comunidad de Gualeguaychú - Arg.) y por la otra, la movilización para la conservación de los puestos de trabajo representados en la construcción de las Plantas de celulosa, la Corte Internacional de Justicia el día 20 de Abril de 2010, tras rechazar las medidas cautelares solicitadas por ambos Estados en el año 2006 (en el mes de Julio a Argentina y Noviembre a Uruguay), encontró (por 13 votos contra 1) a la República de Uruguay culpable por el incumplimiento de sus obligaciones procesales resultantes de los artículos 7 a 12 del ERU, centralizado su argumento en la falta de notificación y otorgamiento de información que debió brindar a Argentina del proyecto industrial que realizaría en el río fronterizo. No obstante lo anterior, la Corte dictaminó (por 11 votos contra 3) que Uruguay no había incumplido con sus obligaciones de fondo

según los artículos 36 y 41 del Estatuto referidos a la preservación y cuidado del medio ambiente, por lo que procedió al rechazo -por unanimidad- de todas las restantes presentaciones de las Partes.

2. FRENTE AL PRINCIPIO DE NOTIFICACIÓN

Si bien es cierto el fallo de la Corte Internacional de Justicia del 20 de Abril de 2010 guarda inmensa riqueza jurisprudencial, es de gran importancia la obligación de notificación que hace mención la Corte frente aquellos posibles causantes de un perjuicio o daño ambiental, obligación que acude al principio de *“prevención de daño transfronterizo”* establecido en las Declaraciones de Estocolmo (Principio 21) y Río (Principio 2), teniendo cabida dicho criterio en las reclamaciones presentadas por el gobierno de Argentina gracias al ERU el cual obliga a *“notificar e informar de buena fe”* cualquier construcción, modificación o alteración significativa de obras que pudiesen afectar la navegación, el régimen del Río o la calidad de sus aguas (Artículos del 7 al 12).

La Corte frente a este punto empieza estableciendo que la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU) creada con el ERU, *“lejos de ser un simple correo de transmisión entre partes (...) tiene una existencia propia y permanente (...) ejerciendo derechos y obligaciones para llevar a cabo las funciones que le atribuye el Estatuto de 1975”* (Párrafo No. 87), criterio que desestimó la posición interpuesta por Uruguay en la que consideraba a la Comisión *“no –como- un organismo dotado de una voluntad autónoma, sino más bien de un mecanismo establecido para facilitar la cooperación entre las Partes (...) -la cual- no está habilitada a actuar fuera de la voluntad de las Partes (...) –y por tanto permitía- acordar, particularmente, no informar a la CARU como lo prevé el artículo 7”* (Párrafo No. 84). De esta manera, la CIJ favoreció la posición de la república de Argentina que consideraba al Estatuto como *“un marco institucional de cooperación permanente y estrecha, en la cual la CARU es el elemento central e ineludible”* (Párrafo No. 38), estableciendo no solo una obligación internacional de tipo regular basada en el tratado bilateral entre las naciones (que para el caso es el ERU), sino también en aquellas obligaciones que han venido surgiendo a través de la costumbre internacional desde casos emblemáticos como el de la Fundición Trail Smelter (Arbitraje Estados Unidos de América vs Canadá) donde se privilegiaron los principios de debida diligencia de los Estados y la acción preventiva de cooperación ambiental sobre las costumbres tradicionales derivadas de la cortesía o *comitas gentium* que carecen del ánimo de obligación u *opinio juris* de una verdadera práctica de costumbre internacional (SOTO, 2012). En tal sentido -y a pesar de hallar finalmente culpable a la República de Uruguay por no haber instrumentalizado a través de la CARU la Notificación a la cual se encontraba obligada-, es de recalcar que la declaración de culpabilidad hace *énfasis a la infracción generada frente al “principio de Notificación”* cuya génesis se encuentra en la doctrina civil del principio *alterum non laedere*¹⁴, generando con ello un extraordinario

¹⁴ Principio que tiene su primera referencia con Ulpiano en el siglo II d.C., y que posteriormente ha ido evolucionando en la dogmática civilista del derecho para referirse a la *serie de deberes que obligan a seguir un comportamiento con corrección y prudencia respecto a terceros, con el fin de que la convivencia sea posible.* (Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. *“Sistema de derecho civil”*, 1989. p. 591.)

avance doctrinal y jurisprudencial, esta vez reflejado en un fallo de competencia internacional (Corte Internacional de Justicia, “Caso de las Plantas de Celulosa Sobre el Río Uruguay”, 20 de abril de 2010).

Aunado a lo anterior, el “deber de Información” también fue resaltado en el fallo como una omisión en la obligación de brindar -de buena fe- todo tipo de comunicaciones detalladas en cuanto a aclaraciones, explicaciones y estimaciones en la construcción, empleo de maquinarias, riesgos en daños ambientales y sociales, y demás “informes” que Uruguay evito transmitir frente a la construcción de las dos plantas de procesamiento de celulosa, considerando explícitamente que el objeto de la notificación es “asegurar que el estudio sea completo” (Párrafo No. 119), pero recalando que el mismo debe “tener lugar antes de que el Estado involucrado decida sobre la viabilidad ambiental del proyecto” (Párrafo No. 120), por lo que advirtió el error de incurrir tanto en la primacía de la normatividad e interpretación nacional en desmedro de la deprecada del ordenamiento internacional como “justificación del incumplimiento de un tratado, como lo establece el Artículo 27 de la Convención de Viena” (Párrafo No. 121), añadiendo finalmente que la buena fe es “uno de los principios base que gobiernan la creación y la ejecución de obligaciones jurídicas, sea cual fuere la fuente” (Párrafo No. 145), por lo que habría en la interpretación de los hechos objeto de estudio la más rigurosa consideración entre los deberes esgrimidos del principio de “información y notificación en base a la buena fe”¹⁵ y los eventos finalmente desarrollados.

Son todas estas consideraciones unificadoras de principios internacionales -en perspectiva de este autor- lo que refleja lo más significativo que pudo consolidar la sentencia derivada del caso “Las Pasteras”, dado que la consolidación de hechos, la coyuntura académica y doctrinaria, y los cambios relativos a la progresión de una visión integral y amplia en la protección del ambiente, fueron significativos en la aplicación del principio internacional de notificación derivado del principio de “prevención de daño trasfronterizo”, aun cuando este fuera recurrente a su plena inscripción dentro del ERU como instrumento bilateral de obligación.

No obstante lo anterior, también es cierto que la obligación de notificación e información frente aquellas situaciones donde se vislumbra un riesgo de daño trasfronterizo, sea o no el Estado parte una posible víctima en su patrimonio, se omite la consideración que aquella obligación de notificación tiene como actor primario la propia comunidad¹⁶, la cual, si bien hace parte del ente Estatal, su desvinculación a los espacios decisorios de poder que afectan directamente sus derechos individuales y colectivos menoscaban la construcción de legitimidad contemporánea. Esta propuesta levemente esbozada se profundizará en el cuarto capítulo de este escrito, vinculando directamente con un enfoque amplio hacia la aplicación de la Consulta Previa.

¹⁵ Dentro del Fallo analizado se presentó una controversia terminológica entre los deberes de notificación e información, frente a lo cual la CIJ en el Párrafo No. 104 estableció que respecto al párrafo primero del Artículo 7 del Estatuto se deberá inferir a la obligación de información, mientras que para los párrafos segundo y tercero se percibirá como la obligación de notificación.

¹⁶ Principio 10, Declaración de Río de Janeiro, 1992. El mismo postula “(...) toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades (...)”.

Por tanto, daremos quiebre a las consideraciones positivas del fallo y comenzaremos a exponer los puntos que se describirán como “*deudas*” del fallo “*Las Pasteras*” frente la futura construcción del derecho internacional y el progreso hacia a la “*conexión conceptual del ambiente y lo humano*”.

3. ALCANCE DEL ESTUDIO Y PRUEBA DEL DAÑO AMBIENTAL- REPERCUSIONES EN LAS OBLIGACIONES PROCESALES Y SUSTANTIVAS

Pese a parecer un fallo unánime el declarado en el caso “*Las Pasteras*”, dentro de la terna de jueces ad-hoc conformados en la CIJ surgieron posiciones disidentes¹⁷ que exigieron un análisis más profundo entre la conexión del incumplimiento de las obligaciones procedimentales con las de fondo establecidas en el ERU, requiriendo de tal manera un alejamiento a las clasificaciones clásicas de deberes y solicitando a su vez una interpretación más dinámica de la función de los apartados procesales en la verdadera aplicación de las consideraciones sustantivas.

Pese a su oposición, la Corte consideró (11 votos contra tres) que la obligación de “*notificación e información*”, consagrada en el Artículo 7 del ERU y ampliamente aceptada por la comunidad internacional bajo el principio de “*Prevención de Daño Transfronterizo*”¹⁸, es una obligación de carácter eminentemente procesal, descartando *prima facie* cualquier vulneración sustantiva producto de la falta de notificación, muy a pesar de que había la misma Corte establecido que el Estatuto es un “*régimen completo e innovador de construcción de responsabilidades y derechos*” (Corte Internacional de Justicia, Ordenanza del 13 de Julio de 2006), lo cual podría haberse entendido como la unidad de obligaciones en las que el incumplimiento de una (parte procesal –Artículos 7 a 12-) generaría irremediablemente la violación de la otra (parte sustantiva - Artículos 35 a 42-). Contrario a ello manifestó que si bien las obligaciones procesales se planean como el correcto camino para cumplir con las sustantivas, no se concluye con ello que sea el único, teniendo como resultado que las dos se unifican en pro de la prevención, lo que “*no impide que los Estados partes sean llamados a responder separadamente respecto de unas y otras*” (Párrafo No. 79). Ante esto, Argentina esgrimió que “*las obligaciones de naturaleza procesal se encuentran intrínsecamente ligadas a las obligaciones de fondo previstas por el Estatuto de 1975, y – el- incumplimiento de las primeras implica un incumplimiento de las segundas*” (Párrafo No. 68), toda vez que el objeto del Estatuto es el “*uso racional y óptimo del río*” (ERU, Artículo 1).

Ante la decisión de la Corte debemos observar de cerca como la evolución de la concepción de responsabilidad internacional ha permitido arribar al paradigma de la seguridad (Berros, 2015), evitando así la concepción dogmática del derecho

¹⁷ Los jueces disidentes fueron tres, el argentino Raúl Vinuesa, el jordano Awn Shawkat Al-Khasawneh y el alemán Bruno Simma, quienes presentaron su postura inconforme frente al segundo punto del fallo relativo al no incumplimiento de las obligaciones sustanciales por parte de Uruguay a los artículos 35, 36 y 41 del *Estatuto del Río Uruguay* de 1975.

¹⁸ Por primera vez incluida en la *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano*, reunida en junio de 1972, bajo el principio número 21, y posteriormente en la *Declaración de Río* en 1992 mencionada en el Principio número 2.

clásico (propio del siglo XIX y XX) en donde la responsabilidad se origina -sí, y solo si- existe un hecho dañoso, pues esta nueva perspectiva precisa evitar ese mismo daño para impedir al tiempo las consecuencias que acarrea la vulneración de obligaciones internacionales, más aun cuando en los casos ambientales en la gran mayoría de ocasiones se tratan de lesiones irreversibles y por tanto irreparables.

Con el viraje del derecho internacional a favor de la “precaución” para evitar la ardua –e incluso inviable- tarea de la reparación, podemos perfectamente darnos cuenta que el incumplimiento de una obligación procesal conlleva intrínsecamente a la creación de un *peligro* hacia una obligación sustantiva, violentando –o al menos haciendo caso omiso- al principio precautorio. En el mismo sentido, la Resolución de la ONU para la “*Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*”¹⁹ precisó el concepto de “*daño sensible*” como forma de representar la violación significativa de obligaciones entre un Estado a otro limítrofe.

Si bien estos elementos sirven de guía para demostrar el cambio de arquetipo en que la normativa internacional se encuentra comprometida, esta abre al tiempo la necesidad de conocer los métodos con los cuales se podría demostrar un daño ambiental con las grandes dificultades científicas para corroborarlo, más aun al tratarse de aplicar el principio precautorio en el que se vela en la incerteza científica, hechos que debían de alguna manera remediarse mediante la jurisprudencia internacional y esta a su vez en su lógica influencia en los órganos de justicia de cada Estado. La concerniente especificación regulatoria de los actos lícitos e ilícitos de carácter ambiental que generan responsabilidad de los Estados, cuyo vacío más preponderante se basa en la (1) clasificación del “*daño internacional*” y la (2) concepción teórica de “*Debida Diligencia*”, fueron precisiones que la CIJ pudo en la sentencia “*Las Pasteras*” haber, como mínimo, sentado las bases para su posterior desarrollo y regularización, atendiendo a las pautas de juez activo, que más allá de las teorías propiamente pro ambientales, abarcaban fines normativos de daños económicos internacionales, lo cual no bastó para ser causa suficiente que justificara su accionar judicial en estas nuevas dimensiones del derecho.

Es de este modo que la evolución frente al daño internacional que se ha venido materializando sólo a través de la preocupación internacional frente al daño transfronterizo -valga decir, a la intranquilidad de un Estado producto de las actividades peligrosas (lícitas) y actos que van en contravía de lo estipulado por el derecho internacional (ilícitas), realizados o desarrollados por otros Estados que se encuentran en las fronteras de sus territorios- y no como consecuencia de continuar desarrollando un fuerte marco normativo de responsabilidad global de intereses compartidos independiente de la necesaria consecución de un daño transfronterizo, objeto que no se encuentra plenamente materializado en las resoluciones emitidas por la Asamblea General de la ONU, los cuales se creería reúnen los intereses y perspectivas estatales percibidos en sus costumbres²⁰, incluidas estas nuevas

¹⁹ Resolución aprobada por la ONU en base al proyecto de Tratado presentado por la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General en el mes de Julio del año 2001.

²⁰ Se hace referencia a la *Costumbre Internacional*, entendida como la *practica seguida por los sujetos internacionales y generalmente aceptada por estos como derecho* (Diez de Velasco, “*Fuentes del Derecho Internacional Público*”, Capítulo IV “*La Costumbre Internacional y los Actos Unilaterales*”, pág. 136).

perspectivas en su mayoría deprecadas de la Declaración de Río de 1992 y actualmente regularizadas por diversos ordenamientos nacionales. Es esta misma falta de coherencia internacional lo que posibilitó que la Resolución de daño transfronterizo precisara criterios subjetivos sustentados en imprecisos términos de aplicación jurídica con el fin de clasificar el posible daño ocasionado a otro Estado²¹, basados estos en la probabilidad de causar daño, a saber: “Alta probabilidad” para aquel generador de “Daño Catastrófico” y “Baja Probabilidad” para el generador de “Daño Sensible”. (Resolución de la ONU para la Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, Julio de 2001)

La increíble subjetividad y falta de claridad frente a los hechos que dejan de ser un “Daño Sensible” para pasar a ser un “Daño Catastrófico”, va acompañado de una falencia aún más grande, derivada del principio de “Diligencia Debida”, la cual, si bien encuentra su génesis en el respeto de los derechos humanos²², y más enfáticamente en el respeto al debido proceso en contextos de conflicto, confluye en la actualidad en aspectos jurídicos referentes al derecho internacional ambiental frente a la elaboración de medidas de prevención y precaución de acuerdo al mayor o menor riesgo de presentarse daños al ambiente y a la salud pública.

Así mismo, las obligaciones sustantivas referenciadas por Argentina como cláusulas vulneradas por Uruguay, frente a las cuales la CIJ decidió que no habían sido incumplidas (precisadas en los artículos 35, 36 y 41 del Estatuto del Río Uruguay) ya que no se presentó una “alteración que perjudique sensiblemente el régimen de la calidad del agua, (...) el equilibrio ecológico y otros factores nocivos en el río y sus áreas de influencia” (ERU, Artículo 35), fue concluida a través de material probatorio financiado y recaudado no sólo por las partes, sino también el obtenido tanto por las mismas empresas de pasta de celulosa que generaban el presunto daño ambiental como por la Corporación Financiera Internacional (brazo de inversión privada del Banco Mundial) la cual financiaba los proyectos industriales de Botnia y ENCE en el Estado uruguayo, las cuales, como es evidente, no resultaban imparciales.

También es de resaltar que las cargas probatorias suministradas por los Estados mediante científicos expertos fueron incluidas como “consejeros de cada una de sus delegaciones”, y no como “testigos expertos bajo los artículos 57 y 64 del Reglamento de la CIJ (...) -lo cual los hubiera posibilitado- testificar ante la Corte en calidad de expertos o de testigos o en algunos casos en ambas calidades, en vez de como consejeros, de manera que puedan ser sometidos a preguntas por la otra parte así como por la Corte” (Párrafo No. 167), evidenciándose con ello una seria duda de independencia de la prueba con la que finalmente dirimió el caso la CIJ.

²¹ Tradicionalmente los sujetos de Derecho Internacional son los Estados, por lo que en consecuencia, y en palabras del catedrático Díez de Velasco, “la relación originada por el hecho internacionalmente ilícito se configuraba como una relación interestatal de naturaleza bilateral en función de la lesión inferida por el sujeto al que era atribuible el acto, de un derecho subjetivo del que era titular el otro sujeto de la relación: el Estado perjudicado” (Díez de Velasco, “Instituciones de Derecho Internacional”, 2005).

²² Se establece la *Debida Diligencia*, subsidiaria del *Debido Proceso*, como principio rector de garantías jurídicas y políticas en diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tales como Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil y Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia, bajo los preceptos de Oficiosidad, Oportunidad, Competencia, Independencia, Imparcialidad, Exhaustividad y Participación.

Dicho lo anterior, debemos centrarnos en una de las acusaciones que fue imputada por la República de Argentina al proyecto de pasta de celulosa y que a su vez fue indirectamente aceptada por Uruguay en su mismo argumento de defensa. En el Párrafo 54 y 264 del fallo bajo lupa, la CIJ excluye las reclamaciones realizadas por Argentina frente a la contaminación referente al *olor* del río Uruguay, generado por la construcción de las plantas de celulosa, hecho que finalmente no fue totalmente comprobado por Argentina, pero que generó serias dudas –desde la perspectiva precautoria- de que un daño ambiental podría estar en curso.

Ante este hecho, la Corte señaló que el “*demandante debe, en primera instancia, someter un mínimo de evidencia que avale su reclamo*” (Párrafo No. 163), obedeciendo al principio de *onus probandi incumbit actori* -la carga de la prueba incumbe al actor-, para más adelante señalar que “*mientras el enfoque precautorio puede ser relevante en la interpretación y aplicación de las cláusulas del Estatuto, de ello no se sigue que opere una inversión de la carga de la prueba*” (Párrafo No. 164), frente a lo cual se omite por completo el deber de la Corte *motu proprio* de ordenar pruebas realmente independientes que hubiesen generado una visión más coherente hacia el verdadero estado del Río Uruguay y las afectaciones a este causadas con la construcción y futura puesta en funcionamiento de los proyectos de pasta de celulosa. De la misma manera, no vislumbró la gradual transformación de legislaciones nacionales que posibilitan la inversión de la carga de la prueba en casos ambientales (Crespo, 2012) dado a la incongruencia económica existente entre las partes reclamantes y las posibles vulneradoras de derechos colectivos, que en su mayoría pertenecen al gremio industrial y extractivo, las cuales tienen mayores oportunidades de financiamiento en recolección de pruebas, hecho casi imposible para una asociación civil afectada.

En tal sentido, más que verse errónea la decisión *prima facie*, la CIJ perdió -en palabras del juez jordano Awn Shawkat Al-Khasawneh- “*una oportunidad histórica*” para lograr objetivos que el derecho internacional no había podido consolidar, ello enfatizado en la posibilidad de hacer facticos los principios que rigen el derecho ambiental y principalmente el principio precautorio. Los fundamentos de este criterio se basan en la falta de aplicación del Artículo 50 del Estatuto que rige a la Corte, con el que se creó el principio del *state of the art* en la doctrina internacional, que demanda a la CIJ el uso de los conocimientos más avanzados disponibles para que sus decisiones sean correctas, posibilitando de esta manera a que la Corte “*comisione a cualquier individuo, entidad, negociado, comisión u otro organismo, para que haga una investigación o emita un dictamen pericial*” (Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 50). La recurrencia de los votos y críticas al fallo por parte de los jueces disidentes se justifica aún más cuando observamos, en primer lugar, que la Corte en el pasado ya había usado un “*comité de peritazgo*”²³ para proporcionar

²³ Los jueces Al-Khasawneh, Vinuesa y Simma, con el fin de fortalecer su perspectiva disidente, hacen citación de dos casos en los que la Corte hizo uso del Artículo 50 del Estatuto: el primero de ellos en el caso del Canal de Corfú, entre el Reino Unido y Albania y posteriormente en el caso de la Delimitación de la Frontera Marina en el Golfo del Área de Maine entre Canadá y Estados Unidos de América. Así mismo, se observan diversos ejemplos en otros organismos internacionales que suelen recurrir a consejos de expertos en casos científicos complejos, como el Tribunal Arbitral del Acero del Rin y la Organización Mundial de Comercio. Ver: <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15879.pdf>

mayor peso probatorio a sus decisiones, y en segundo lugar, al analizar que este mecanismo –armonizado en un principio- aún no había sido vinculado en problemáticas de daño ambiental, hecho que hubiese transformado la perspectiva de justicia en esta rama tan trascendental del derecho contemporáneo.

De igual manera, la trascendencia de esta labor dejada de realizar tiene peso dogmático en la plena oposición que sin duda alguna existe en la doctrina –proteccionista- del derecho ambiental frente al *“principio de hechos consumados”*, el cual evidentemente entra en contraste directo con las cualidades y perspectivas surtidas del principio precautorio. La *“metodología”* cuestionada por los jueces disidentes del fallo y justificada en la omisión del principio del *state of the art*, generó una gran brecha entre la vinculación de las obligaciones procesales y las sustantivas frente a la consumación del daño ambiental, puesto que la CIJ supuso correcto aplicar para las cuestiones ambientales (y en el caso particular, el daño ambiental en el Río Uruguay), la misma operación jurídica calcada de la propia dogmática restrictiva del derecho penal y civil basada en la *“norma primaria”* kelseniana (Kelsen, 1935), donde la sanción solo se deriva del hecho ilícito consumado o antijurídico, precepto que a simple vista no posee coherencia ideológica ni pragmática con los criterios contemporáneos del derecho ambiental. En tal sentido, el *“deber jurídico”* presupuesto en la posición tradicional, imposibilita la consolidación de una medida mitigatoria (de precaución) o de sanción antes de un hecho demostrable de daño, formula que resulta claramente contraria y errónea en el marco jurídico ambiental (valga decir *“pro ambiente”*) donde la concentrada protección se fundamenta en la *“irreparabilidad”* –en la mayor parte de los casos- de los bienes e intereses colectivos ambientales, contingencias que por su propio carácter *“irreparable”* se deben evitar en su materialización hacia el daño efectivo, consideración dogmática y fáctica que debió dejar claro la CIJ unificando aquellas obligaciones procesales y sustantivas como un *“todo protector”* hacia el ambiente y los derechos a salud y dignidad humana.

Por tanto, la oportunidad presentada ante la Corte en el caso *“Las Pasteras”* para lograr brindar una delimitación más consecuente en el tema de daños internacionales ambientales, fue –en consideración de este autor- la mayor falencia por parte de esta institución, habida cuenta de que la Corte de llegar a profundizar y encontrar necesario consolidar un *“esquema preciso de daños”* delimitados para casos ambientales de orden internacional, hubiese llegado a la valerosa conclusión de la necesidad de practicar estudios científicos que posibiliten el cálculo de un daño sensible y a su vez en qué medida este se transforma en un daño catastrófico, evitando de tal manera subjetividades en los términos, precisando así mismo aquellos casos en que, con mayor rigidez (dependiendo del ecosistema) deben aplicarse las medidas preventivas y precautorias para salvaguardar el ambiente y la salud pública, todo ello con el fin de materializar las fronteras reales de prácticas Estatales que constituyen el principio de *“Debida diligencia”*, hecho que por supuesto continuará siendo un concepto gris en el derecho actual.

4. ALCANCE DEL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL Y LA CONSULTA A LAS COMUNIDADES

El derecho internacional contemporáneo se ha caracterizado por impregnar en las legislaciones locales una vasta cantidad de dogmática jurídica progresista, más aun al tratarse de la rama del derecho ambiental, en donde la CIJ no ha sido la excepción; no obstante, es meritorio observar cómo estas pretensiones encuentran un piso real en sus sentencias. Precisa la Corte en el fallo bajo estudio que *“la obligación de proteger y preservar (...) debe ser interpretado de acuerdo con la práctica, que en años recientes ha ganado mucha aceptación entre los Estados que puede ser considerada un requisito bajo el derecho internacional general de emprender un estudio de impacto ambiental donde hay un riesgo que la actividad industrial propuesta pueda tener un impacto ambiental en un contexto transfronterizo, en particular, en un recurso compartido”* (Párrafo No. 204 - Negrita fuera de texto original). Sin embargo, después de esta consiga dogmática, es importante revisar el Párrafo 205 de la Sentencia en tres partes:

- a. *“(...) ni el Estatuto de 1975 ni el derecho internacional general especifican el alcance y contenido de un estudio de impacto ambiental. Puntualiza además que Argentina y Uruguay no son partes de la Convención Espoo. Finalmente, la Corte observa que otros instrumentos a los que Argentina alude en defensa de sus argumentos, a saber, los Objetivos y Principios del PNUMA, no son vinculantes para las Partes (...)”.*

En consideración a lo anterior, al no ser ratificada la Convención Espoo ni ser vinculante los criterios del PNUMA hacia las Partes, se elimina la posibilidad de uso del marco regulatorio internacional con el que podría basarse la Corte para determinar si se cumplió con los parámetros del Estudio de Impacto Ambiental ante eventuales daños trasfronterizos. Al suceder ello, la Corte en respeto a la soberanía de las legislaciones nacionales, procede a mencionar:

- b. *“(...) corresponde a cada Estado determinar en su legislación nacional o en el proceso de autorización para el proyecto, el contenido específico del estudio de impacto ambiental requerido en cada caso (...)”.*

A pesar de esta mención, se debe tener en cuenta que el Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que *“ningún país puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”* (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Artículo 27), por lo que sus disposiciones internas no tendrían validez dentro del caso en referencia, a menos que la misma normatividad haya sido aceptada previamente por las partes en un proceso protocolario, conformándose con ello un tratado bilateral, hecho que tampoco sucedió dado a la falta de regulación de este tema en el Estatuto del Rio Uruguay de 1975. Es en este contexto de gran vacío normativo de aplicación respecto al Estudio de Impacto Ambiental, la Corte concluye en la existencia de:

- c. *“(...) la necesidad de ejercitar la diligencia debida durante la realización de ese estudio. (...)”*

Acto último que nos permite continuar en un interminable análisis conducido por la senda de la subjetividad normativa en la definición del Estudio de Impacto Ambiental y su nivel de exigencia en presuntos daños ambientales trasfronterizos,

donde ninguna precisión regulatoria tiene poder vinculante y cuyo precedente para futuros procesos pudo haber sido encontrado en este fallo en donde la Corte debió esgrimir los mínimos que conformasen este Estudio, hecho claro que nunca sucedió.

Finalmente -pero sin ser menos importante, incluso, llegando a ser el más trascendental apunte-, uno de los grandes olvidos cometidos por la CIJ en el caso “Las Pasteras” se presenta en la falta de importancia devenida de la percepción comunitaria y los movimientos sociales que se organizan en rechazo a proyectos económicos e industriales cuyas actividades repercuten en la vulneración de derechos colectivos, acto de omisión internacional que despoja a esta importante etapa de su carácter de obligatoriedad, y en el mejor de los casos la incluye solo como parte de las responsabilidades –y no obligaciones- procesales de cada Estado en los Estudios de Impacto Ambiental, con lo cual la carencia de su práctica no repercute en mayores incidencias en juicios de responsabilidad internacional y menos aún en procesos de decisión nacional.

De tal manera, la Corte manifiesta en un sencillo párrafo la “no obligación de consultar a las comunidades afectadas” (Párrafo No. 216), basada en que los instrumentos jurídicos aludidos por Argentina, entre los que se encuentra la Convención ESPOO, el Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Prevención de Daño Transfronterizo por Actividades Peligrosas y los Objetivos y Principios del PNUMA, son, primero, regulaciones no vinculantes dado a su no ratificación, y segundo, son considerados por la Corte como regulaciones internacionales que no pretenden consolidar una obligación de consenso comunitario de la población posiblemente afectada, ni mucho menos hacer de este consentimiento un acto de poder dentro de las decisiones administrativas que se tomen en torno al territorio de los afectados.

En primera medida debo mencionar que el enfoque que abordaré dentro de este aspecto es muy amplio, experimental, pero eminentemente argumentativo, por lo que puede generar muchas controversias en su análisis. Empezaremos mencionando que el Convenio 169 de la OIT hace referencia a la “Consulta Previa” como un mecanismo que el Estado debe usar para cubrir de legitimidad proyectos legales, administrativos y económicos -públicos o privados- que puedan vulnerar algún derecho eminentemente consagrado para las comunidades indígenas y tribales (Tratado 169 de la OIT, Artículo 1 y 6), siendo estos en última medida -desde la interpretación más proteccionista- aquellos que aprueban o no la implementación de cada proyecto en su territorio. También debemos observar paralelamente que el principio de “autodeterminación” se concibió como una declaración en defensa de las sociedades bajo la colonización, para posterior a ello, convertirse en un derecho universal con el que los habitantes de las mismas puedan “establecer libremente su condición política y –precisar- asimismo (...) su desarrollo económico, social y cultural”. (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 1, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

Debemos observar que las dos disposiciones mencionadas en el párrafo anterior confluyen, en primer orden para salvaguardar, con un marco específico, las determinaciones de autogobierno de los pueblos indígenas y tribales, mientras que el segundo establece, con un marco general o amplio, la protección de las formas

de organización política, económica y social de todos los Estados que en principio, han establecido gobiernos representativos bajo los lineamientos de la paz y la cooperación internacional.

Ahora bien, si ahondamos más al respecto, encontraremos que en el génesis fundador del derecho internacional contemporáneo bajo la tutela de la ONU y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, guarda un papel fundamental -primero- el principio de “libre determinación de los pueblos” (Carta de las Naciones Unidas, Artículo 1.2) y -segundo- la consolidación de una norma imperativa bajo el título de *ius cogens*²⁴. Dicho esto, la Declaración 169 de la OIT que reglamenta la Consulta Previa a Pueblos Indígenas y Tribales, sólo precisa la prerrogativa legal de “consulta previa” a una fracción poblacional de la totalidad de habitantes de un Estado (valga decir, los pertenecientes a pueblos Indígenas y Tribales), lo cual, si bien trata de sopesar las grandes injusticias generadas por la historia hacia estas comunidades, no instituye consecuentemente que el resto de la sociedad no pueda deliberar y decidir sobre la aceptación o rechazo de las decisiones administrativas impartidas por los “Estados Delegativos contemporáneos” que rigen hoy los territorios.

En este sentido y retomando el fallo, la Corte estableció que “Uruguay llevo a cabo actividades dirigidas a consultar a las poblaciones afectadas, tanto del lado argentino como del lado uruguayo del río. Estas actividades incluyeron reuniones el 2 de diciembre de 2003 en Rio Negro, y el 26 de mayo de 2004 en Fray Bentos, con la participación de organizaciones no gubernamentales argentinas” (Párrafo No. 217), en las que se “abordaron temas como manejo de productos químicos en la planta y en el puerto; la aparición de lluvia ácida, dioxinas y otros policlorados de alta toxicidad que podrían afectar el ambiente; el cumplimiento de la Convención de Estocolmo; las emisiones atmosféricas de la planta; las emisiones electromagnéticas y electrostáticas y las descargas líquidas en el río” (Párrafo No. 218), añadiendo también a Corte que los “habitantes de Fray Bentos y de las regiones vecinas de Uruguay y Argentina participaron en la reunión y sometieron 139 documentos conteniendo preguntas y preocupaciones” (Párrafo No. 217), además de “80 entrevistas (...) realizadas por el Consensus Building Institute, una organización sin fines de lucro especializada en facilitar diálogos, mediación y negociación, contratada por el CFI” (Párrafo No. 218), por lo cual concluye la Corte que “encuentra (...) las consultas por Uruguay a las poblaciones afectadas –como procedimientos que efectivamente- tuvieron lugar” (Párrafo No. 219). Así las cosas, la Corte empezó desestimando la obligatoriedad de realizar consultas sociales a las comunidades afectadas dado a la inexistencia de efectos vinculantes con Tratados o Convenios que exigieran dichos mecanismos, y posteriormente concibe el suministro de información, realización de entrevistas y reuniones de participación como actos suficientes para avalar la Consulta por parte de Uruguay, donde en esencia, ninguna de las mismas arrojó una decisión por parte de la comunidad sobre el acuerdo o desacuerdo de la instalación de las plantas de celulosa en el territorio en el que viven.

²⁴ Se menciona por primera vez la noción de *ius cogens* en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969.

Las diferentes actividades de opinión comunitaria realizada por los pobladores argentinos de del municipio de Gualaguaychú²⁵ y ciudadanos uruguayos pertenecientes a la Intersindical de Trabajadores²⁶, tampoco fueron objeto de análisis por parte de la CIJ, acto que generó un vacío trascendental dentro de la discusión de la participación ciudadana en la resolución de conflictos y búsqueda de verdadera justicia, propiciando con ello la minimización del respeto hacia los actos deliberativos por parte de la sociedad civil frente a sus preceptos de auto gobernanza y determinación de su propio futuro y el de las poblaciones venideras (principio intergeneracional), y por tanto a los mecanismos de resolución autónoma de sus conflictos.

No obstante lo anterior, la movilización ciudadana obtuvo resultados de gran importancia en diferentes frentes, como lo fue la apertura del debate de “responsabilización de los financiadores” de proyectos que llevan consigo amenazas ambientales, precisándose de esta forma el nexo de inversión y la posible detención de los recursos económicos que lograrían hacer inviables los proyectos. En el caso particular, el Banco Mundial desde finales del siglo pasado ha financiado en Uruguay la forestación con especies comerciales de rápido crecimiento, principalmente pino y eucaliptus, los cuales se destinan a la fabricación de bienes en madera o directamente a la exportación como materia bruta, a lo cual se ha sumado la industria de pasta de celulosa para la fabricación de papel. Consecuencia de las acciones ciudadanas en Gualaguaychú, en el mes de Junio de 2005, el gobierno Argentino expreso al Banco Mundial una carta de “preocupación” ante la posibilidad de que la Corporación Financiera Internacional –CFI, que depende de ese organismo- contribuya a la financiación de las plantas, por lo que la CFI inició un proceso de evaluación interna que se materializaría posteriormente el 24 de marzo de 2006 a través del informe de Meg Taylor, *Ombudsman*²⁷ del Banco Mundial (BM), el cual hizo eco a las objeciones de las manifestaciones ciudadanas en contra del proyecto de celulosa, por lo que detecto problemas a la falta de diligencia debida en que podía incurrir la misma CFI en razón a que carecían tanto de aspectos materiales de evaluación que se diezmaban con la existencia de una inadecuada política de divulgación de los estudios de impacto ambiental, concluyendo finalmente que “los procedimientos de la Corporación Financiera no son lo bastante rigurosos o fuertes como para apoyar las conclusiones de estudio de impacto ambiental”²⁸.

Aun así, la importancia de dicho informe radica principalmente en la diversidad de perspectivas en que realiza el estudio la *Ombudsman* del BM denominado “*Estudio de Impacto Acumulativo*” (EIAc), dado a que el mismo exigía resultados en cada ámbito donde se pudiesen vulnerar derechos, “especialmente impactos sociales y económicos, e

²⁵ El 30 de abril del año 2005, más de 40.000 argentinos y uruguayos tomaron el puente internacional Libertador General San Martín, que comunica ambos países, para protestar por la instalación de las plantas de celulosa en el Rio Uruguay, encuentro que conllevó a la creación de la *Asamblea Ciudadana Ambiental de Gualaguaychú*.

²⁶ Es la Convención Nacional de Trabajadores que encabeza la *Central Sindical Única* de Uruguay, fundada en el año de 1964.

²⁷ La *Compliance Advisor Ombudsman* –CAO-, es la dependencia del Banco Mundial que cumple funciones de *defensoría del pueblo* frente a los proyectos respaldados por los organismos del Grupo del Banco Mundial que se ocupan del sector privado, es decir la Corporación Financiera Internacional (IFC) y el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA).

²⁸ *INFORME ANUAL 2005-06*, Oficina del Asesor en Cumplimiento/Ombudsman, CAO (Compliance Advisor Ombudsman), dependencia adscrita a la Corporación Financiera Internacional y Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones del Fondo Monetario Internacional. Informe completo en: <http://www.cao-ombudsman.org/publications/documents/CAOAR2006Spanish.pdf>

incluso impacto sobre el turismo del lado argentino del río Uruguay”²⁹. La referencia más importante de esta auditoria hace alusión a la falta de explicaciones ofrecida por la CFI en su decisión de eximir a “Ence” de producir un plan de “consulta pública y divulgación”, como lo obliga la política de salvaguarda de la CFI³⁰, lo cual constituyó una de las mayores críticas originadas de los ciudadanos de la costa uruguaya y argentina. Muy a pesar de aparentarse un oficio juicioso apoyado en los criterios de justicia social por parte de la CAO, son inexistentes los casos en los cuales se ha evidenciado una solidez en sus apreciaciones y cumplimiento fáctico por parte del BM frente a sus diversas directrices de Procedimientos Operativos (OP), “decisiones de apariencia” que no han repercutido en acciones de desfinanciamiento a proyectos que causan y siguen causando violación a derechos sociales, económicos o políticos de las comunidades que habitan los territorios donde se llevan a cabo proyectos lesivos a sus derechos colectivos, y menos aún, la garantía de que a los mismos se les respete su derecho a la autodeterminación por medio de consultas, cuyos resultados deben presentar un carácter vinculatorio.

5. CONCLUSIÓN PRE-FINAL

En primer orden debemos decir que la CIJ, entre fallos, opiniones consultivas y providencias, se ha pronunciado en 209 ocasiones desde el año 1948 hasta el mes de septiembre de 2015³¹, siendo un ente suficientemente activo el cual debe, como principio rector, estar a la vanguardia de los lineamientos que requiere la sociedad mundial para una mejor organización consecuente a la obtención de la “paz y justicia mundial”³². La omisión de problemáticas tanto sencillas como profundas en cualquiera de sus sentencias, avala indirectamente soluciones erradas que impiden concebir una mejor estructura Estatal y un integral relacionamiento internacional de las comunidades.

Las discusiones referentes a la obligación y determinación taxativa del Estudio de Impacto Ambiental, usando para ello, no solo criterios de diferenciación ecosistémica de cada territorio, sino también la práctica de la máxima tecnología habilitada para el momento de su estudio y evaluación, dando cabal cumplimiento a la herramienta y principio de *state of the art*, fue por tanto una de las mayores omisiones que la CIJ tuvo en el fallo “Las Pasteras”.

Del mismo modo la CIJ propició la continuación de la indeterminación del daño ambiental trasfronterizo y sus niveles de peligro y concreción, los cuales junto a la inaplicación del principio precautorio –recordando que en la mayoría de los casos la recomposición ambiental se torna imposible- conllevaron a que la protección reforzada que se pretende implementar en el derecho ambiental al tratarse de

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Principalmente la OP 4.01, la cual consolida los procedimientos operativos de Evaluación Ambiental por parte del Banco Mundial, y en la cual se revisaron las recomendaciones de la “Reforma de Préstamos de Inversión: Modernización y Consolidación de Políticas y Procedimientos Operacionales”.

³¹ “Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991, 1992-1996, 1997-2002, 2003-2007, 2008-2015”. Naciones Unidas, 2008. Ver: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/summary.php>

³² Objeto enmarcado en el *Preámbulo* y finalidades de la Carta de las Naciones Unidas firmada en 1945.

bienes e intereses colectivos indispensables para la vida humana y la consecución de condiciones que proporcionan una *"vida digna"*, se constituyan como meras herramientas propias del campo dogmático e ilustrativo sin ninguna institución jurisprudencial o normativa vinculante que rija sus parámetros y haga obligatoria la perspectiva *pro ambiente* que estos conceptos y principios encarnan.

Consecuente a lo anterior, la omisión de los criterios desprendidos de una real *"consulta social"* a las comunidades que pueden ser afectadas en sus intereses individuales o colectivos a causa de un proyecto económico público o privado que se desarrolle en su territorio, no sólo ratifica firmemente la ilegitimidad del orden Estatal en el que se encuentra la comunidad, sino también establece la violación de preceptos mínimos de acreditación de una organización social realmente democrática, deliberativa y sostenible, cuando en realidad representa una delegaría, inquisitiva y a futuro destructiva, tanto de la comunidad como del ambiente en que se encuentra.

Por tanto, desde el conformismo minimalista hacia la observación subjetiva de los contenidos de un Estudio y Evaluación Ambiental, pasando por la indeterminación de los daños ambientales y finalmente por la categorización casi inocua de la consulta social, son criterios que hacen del fallo *"Las Pasteras"*, hoy más que nunca, una oportunidad en donde se obvió el progreso.

6. CONCLUSIÓN FINAL

En tal sentido es de imprescindible practica el pensarnos el ambiente, no solo como un factor local de política pública, ni tampoco como una regulación en espera a la coyuntura de los intereses internacionales, sino por el contrario, y de una manera integral, debemos trascender del institucionalismo hacia el paradigma racional del actuar personal, consolidando perspectivas y con ello soluciones que eran posteriormente palpadas en la regulación local, nacional e internacional por medio de la práctica, pues esta rama, sin distar mucho de la utopía de creación ideológica, se crea y cimienta desde la *"facticidad del pensar"* de cada individuo. Dicho esto de manera concluyente, este capítulo cierra el presente texto brindando las perspectivas de solución que este autor tiene frente a los aspectos analizados:

a. Consulta social de comunidad permanente

Empezaremos mencionando que el Principio 10 de la Convención de Rio integra de una manera muy completa lo correspondiente a la *"participación de todos los ciudadanos interesados"* en todas las cuestiones ambientales que se diriman a nivel local, nacional e internacional de los países signatarios de esta declaración, valga decir, es una demanda hacia la participación activa que genere política pública real y por ende fáctica. De tal modo, su consideración como un mecanismo de acotamiento procesal, sin lugar a dudas es, por lo menos, un análisis incoherente frente a los presupuestos acordados en Rio 92, después de considerar que las comunidades tienen el *"derecho fundamental del disfrute de las condiciones de vida adecuada en un medio*

*de calidad*³³, y no podría considerarse uno mejor que el existente en prevalencia de un contexto de libertad, principio fundador de los Estados modernos y que le da peso político al carácter de ciudadano. Aun así, este sigue rigiéndose como un mecanismo que incluso en las legislaciones nacionales se torna como un procedimiento sin rigor y de percepción optativa. De tal manera, la mejor forma de brindar soluciones a esta problemática se deriva de concebir el mismo en un derecho exigible para cualquier actividad que se genere dentro de una comunidad, objetivo que podría lograrse de dos formas y a partir de estas con una “*aclaración de legitimación*” y un “*acto de composición estructural internacional*” a saber:

1. Forma Directa: de manera inmediata, la consulta social debe ser presentada como un mecanismo que entra a formar parte de las obligaciones sustanciales cuya violación hace nulo cualquier proceso de legalización de una actividad planeada a realizar dentro del territorio de una comunidad. Este mismo, siendo su base el principio y derecho de autodeterminación, crearía un lazo irrompible entre la obligación sustantiva y el mecanismo procedimental de consulta, dado a que sin el ultimo irremediamente se violentaría el derecho que encarna una obligación sustantiva, que en este caso es el desarrollo autónomo de cada comunidad a gobernarse sin violentar mínimos generales de protección preestablecidos en cada Constitución, pero sin dejar que dicha libertad exceda los límites representados en los principios *ius cogens* y *pro ambiente*.
2. Forma Indirecta: dado a la evidente diferenciación entre (1) un acto de esencia procesal, que es la actividad de consultar, frente a los (2) principios distinguidos por su fin de “*optimización de actuables*”, los dos en base a un hecho que los cumple o lo violenta –acto factico–, la forma indirecta para hacer una obligación el principio de consulta social partiría con el mantenimiento de la consulta a las comunidades como parte de un proceso reglamentado por una nación en las actividades que se realizan en su territorio (acto eminentemente procesal), no obstante, la violación de este proceso genera el quebrantamiento de una obligación al ejercicio de la soberanía nacional representada en el cumplimiento de las normas regulatorias de la ciudadanía. En tal sentido, el incumplimiento de una obligación procesal explícita, como lo es la consulta social, y la violación de un principio fundamental *erga omnes* requeriría adicionalmente la creación y aceptación de un *derecho de esencia*, que se distinguirá como “*derecho de consentimiento*”, dado a que sin presentarse consulta tampoco podrá la comunidad considerar actividades que se realicen en su territorio, por lo que atentaría en la esencia misma de su carácter de ciudadanos.

Si bien las dos formas pueden parecer en igual medida equivalentes, es claro indicar que mientras la primera denota un enfoque manifiesto de protección a la “*autodeterminación*” desde la que se constituirán los métodos con los cuales dar efectivo cumplimiento al principio –consulta y sus procedimientos para realizarla–,

³³ Principio I de la Declaración de Río, el cual reza: “El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y, tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras. (...)”.

la segunda toma como punto de partida la exigencia de cumplimiento del método –consulta- para así lograr un Estado de protección basado en el recubrimiento de “*derechos de esencia*”. Estos últimos derechos cuya implementación debería darse en las dos formas, más allá de dotar al ciudadano con las condiciones óptimas para ejercer todos sus derechos y respetar sus obligaciones como ciudadano dentro de una sociedad, generan el fundamento de existencia de un Estado, siendo estas vitales en su ejercicio para garantizar la estructura cuya subsistencia (independientemente de sistema político o económico que lo rijan) no tendría propósito con la eliminación de dichas prerrogativas esenciales.

Posterior a ello, es imprescindible el deber de consolidar una “*aclaración de legitimación*” dentro de las discusiones de consulta social, pues este se deriva de la precisión conceptual de la población que pueda, no solo legal, sino legítimamente, decidir frente a su territorio, con el fin de proteger realmente el ejercicio del derecho a su autodeterminación, y no proceder en buena fe, pero con dañinos resultados a la estructura social, en favorecimiento a la “*injerencia a-comunal*” o de aquellos sectores ajenos a los directamente investidos con el derecho de profesar la libertad en un territorio determinado.

La reglamentación que posibilite una precisa “*aclaración de legitimación*” debe establecerse a partir de la delimitación generacional que subsista en la comunidad, siendo los poseedores históricos de los territorios los que en primera medida son capaces legítimamente para discernir sobre el futuro social, político y económico del mismo, evidenciándose con ello el profundo vínculo existente entre una comunidad y su permanencia dentro de una región.

Una derivación de este mecanismo -aunque metodológicamente más flexible-, se precisa con la determinación de permanencia mínima en el territorio. Esta “*aclaración de legitimación*” no tiene otro fin que engendrar, de manera real, un reglamento que permita vislumbrar el consentimiento de una más nutrida y fluctuante “*comunidad territorial*”, protegiendo sus decisiones con el fin de cimentar su derecho esencial *prima facie* de discernir y decidir qué actividades se pueden llevar a cabo en su territorio, generándose a partir de estas decisiones los aportes cooperativos que cada comunidad brinda al conjunto social Estatal sin que este último a su vez viole el “*derecho de esencia*” a la autodeterminación que posee cada comunidad que lo integra.

Finalmente, el “*acto de composición estructural internacional*” rige su objetivo en la necesidad de consolidar el carácter de *ius cogens* a la consulta social, con el fin de que la misma sea distinguida por su aplicación sin ninguna excepción hacia las comunidades primariamente afectadas por un proyecto económico. Este acto derivaría posteriormente a la creación de normas y procedimientos directamente vinculados con el respeto al principio preventivo y precautorio.

Si bien es cierto, esta propuesta puede presentar -a primera vista- inconsistencias dentro del paradigma del daño social, derivado principalmente por el alcance del “*interés colectivo*” en contraposición al principio de “*aclaración de legitimación*”, siendo el objetivo del primero expandir el carácter subjetivo del derecho ambiental, esto es, el carácter supraindividual y de interés comunitario como consecuencia de algún daño colectivo, frente al objetivo del segundo, que se destina a precisar con mayor claridad

que colectivo comunitario en específico es el directamente poseedor del derecho de autodeterminación en conexidad con su territorio, se debe tener en cuenta que no obstante sus diferencias, los dos son paradigmas consistentemente integrales, pues de ninguna manera el “*principio de aclaración*” pretende desarticular la perspectiva de colectivización frente a los daños ambientales, sino por el contrario, hace partícipes a un mayor espectro de la sociedad para ser defensores de sus derechos reivindicando su carácter de víctimas conjuntas de los daños, así estos perjuicios no sean dentro de sus territorios (o fronterizos a los mismos), sin embargo, ello no implica la omisión de las decisiones deprecadas del principal regulador de la política social, económica y ambiental, en manos de la comunidad asentada históricamente en el territorio, pues estos son finalmente aquellos quienes más protegerán la totalidad de su ambiente, ello claro, dentro de un marco regulador -que lo constituyen los principios *ius cogens* y demás normatividades marco que se presenten derivadas del “interés colectivo” nacional e internacional.

b. Aplicación irrestricta del principio de state of the art y debida diligencia (Principios Caballo de Troya)

Estos principios en su conjunto tienen dos objetivos específicos: el primero, consolidar objetivamente las “*escalas de daño*” frente al peligro ambiental, y el segundo, ser el “*caballo de Troya*” para la implementación científica del principio precautorio en las regulaciones normativas de los Estados. Empezaremos mencionando que el *state of the art*, al ser un mecanismo que desde el ámbito jurídico precisa la necesidad de incorporar los más avanzados mecanismos técnico-científicos que brinden al fallo judicial el sustento probatorio necesario acorde a los complejos requerimientos de los procesos jurídico-ambientales, brinda también en su aplicación los parámetros –hoy subjetivos, y por ende inexistentes- de lo que se debe considerar en plenitud como un daño ambiental, o en otras palabras, una infracción al interés colectivo del ambiente sano y la salud pública. Es necesario precisar que si bien existen regulaciones internacionales –en su mayoría proferidas por órganos adscritos a la ONU³⁴- que consolidan científicamente algunos parámetros de los máximos aceptados en ciertas sustancias que atentan la salud humana³⁵, las mismas no constituyen regulaciones precisas y sustanciales que permitan determinar con claridad que actividad, sin ser un daño catastrófico, constituye también un daño que infrinja intereses colectivos, al igual que el “*principio de debida diligencia*”.

En concordancia con lo mencionado, la “*debida diligencia*” surge como práctica necesaria que genera obligaciones a los Estados para distinguir claramente las actividades que producen o pueden producir un daño ambiental trasfronterizo, acto que es imposibilitado por la inexactitud que el mismo principio le ha dado a su

³⁴ Entre ellos se encuentran la Organización Mundial de la Salud (OMS) y sus seis oficinas regionales. También hay que destacar las regulaciones expresadas por la Agencia de Protección del Medio Ambiente de los Estados Unidos (EPA) y los informes de la Agencia Europea de Medio Ambiente.

³⁵ Algunos de los ejemplos más claros son los informes emitidos por la OMS, como lo es la última evaluación presentada por la Agencia Internacional para la Investigación sobre el Cáncer (IARC), ámbito especializado de la OMS, la cual confirmó la vinculación entre el herbicida glifosato y el cáncer, afirmando que produce daño genético en humanos. Con la nueva evaluación realizada en el mes de Marzo de 2015, el glifosato fue categorizado en el “Grupo 2A” (segundo en una escala de 1 a 5), concluyendo científicamente la OMS como una sustancia “*Probablemente cancerígena para los seres humanos*”.

clasificación de daño (actualmente “daño sensible” y “daño catastrófico”). Uno de los progresos legales en la materia y procedente del desarrollo normativo latinoamericano, se ve reflejado en la constitución ecuatoriana³⁶, donde se constituyen tres niveles de daño: (1) “daño tolerable”, (2) “daño permitido o autorizado” y (3) “daño no permitido o no autorizado”. Tal y como podemos analizar, si bien encontramos que el aumento de niveles tampoco crea mayores aclaraciones de la especificidad del daño, también es cierto que esta clasificación ha dado un paso intermedio que permite distinguir y aceptar el impacto ambiental la gran mayoría de las actividades humanas en el ambiente (daño tolerable), por lo que el Estado, si bien no precisará para estas acciones ordenamientos rígidos para la prohibición o limitación en su práctica, si deberá aplicar una constante política pública de observación y remediación frente a los daños acumulativos presentados en estas actividades cotidianas; así mismo, existen otras acciones que no sólo generan impacto ambiental y social, sino también, por su dimensión, repercuten en la destrucción ambiental, siendo distinguidas unas actividades de las otras en la capacidad de ser reparadas (daños permitidos), o no (daños no permitidos).

Es por ello que el gran objetivo se centraliza en imponer certidumbre científica en los “niveles de daño”, brindándose a su vez en esta clasificación un piso sólido probatorio frente al riesgo de daño como un carácter no dogmático o académico, sino por el contrario, un mecanismo de comprobación científica frente a las consecuencias directas e indirectas deprecadas de cada actividad, siendo finalmente el mecanismo con el que se lograría una verdadera aplicación del principio de “debida diligencia”, y por ende convirtiéndolo en un mecanismo exigible por la ciudadanía y comunidades en legal y legítima aplicación del principio de “interés colectivo”.

c. Transformación del paradigma del daño ambiental –trasfronterizo-

Cumpliendo una misión conjunta con el establecimiento de los principios de “debida diligencia” e “interés colectivo”, la transformación del “paradigma del daño ambiental” no se subsana con la clasificación de los niveles de daño desde una perspectiva científica e irrefutable para cada caso –como lo acabamos de ver en el anterior capítulo–, sino más bien se dirige a vislumbrar la preocupación de algunos pensadores latinoamericanos sobre la necesidad de construir una propia estructura teórica del derecho, la cual, si bien puede admitir la actual influencia de las corrientes europea, norteamericana y en menor medida asiática y africana, sus precisiones deben ser autonómicas, valga decir, propias del pensamiento y organización social latinoamericano dentro de un marco de respeto frente a la humanidad, y materializado en el derecho internacional y sus aparatos de justicia. Es así que la transformación del paradigma propuesto en este ítem tiene su génesis en la necesidad de reestructurar el modelo filosófico actual de “respeto hacia el otro”, traspasando las fronteras del respeto de su “ser material” y ampliarlo al “contexto del ser”, es decir, expandiendo los criterios de derechos exigibles restringidos en la persona como

³⁶ Establecidos dentro del marco constitucional del Artículo 14, y el Artículo 437 Código Penal y la Ley de Gestión Ambiental. Esta legislación se basa enfáticamente en lo regulado por la Ley alemana de Responsabilidad Medioambiental de 1990.

ciudadano, hacia los otros que se presentan directamente como catalizadores de derechos, los cuales son parte indispensable del ser humano y brindan en su conjunción el carácter completo de ciudadano, pues sin estos se eliminan, también se omite el medio que permite conseguir las metas individuales de cada ciudadano y en definitiva se produce la violación sistémica de los derechos del sujeto.

Al establecerse este “*nuevo otro*”, como ciudadano cuyas garantías son una extensa estructura de derechos, y por ende, de responsabilidades de garantía que el Estado debe hacer cumplir, también el Estado mismo se dota, a nivel internacional, de poder suficiente para exigir el respeto de las condiciones que hacen viable el efectivo cumplimiento de los derechos que generan la existencia del ciudadano. Es así entonces que los derechos ciudadanos que debe garantizar el Estado -y en su cumplimiento su justificación existencial-, cabe resaltar, los de orden político y económico³⁷, no son realmente aplicables si otros países, sean o no fronterizos, incumplen y destruyen la base ambiental del existir humano. En tal sentido, la Resolución de la ONU para la “*Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*” es la principal imagen de la restrictiva perspectiva legal internacional actual que vislumbra el daño ambiental como un daño incierto -sensible o catastrófico- y solo viable de forma trasfronteriza -limitando a los Estados su poder de reclamación con la existencia de daños materiales albergados dentro de sus fronteras y no por la afectación de intereses colectivos internacionales, mas allá q estos se encuentren ubicados en sus fronteras-, por lo cual esta debe ser, en principio, trasformada por una legislación internacional incluyente, tanto de vulneración de derechos materiales, como también de derechos que afecten los intereses colectivos, ello claro, con una dinámica diferente de reparación, teniéndose para ello en cuenta, -primero- el principio de “*aclaración de legitimación*” (siendo los principales beneficiarios los ciudadanos que albergan su derecho de autodeterminación, el cual es violado con el daño a su territorio) y -segundo- la necesaria creación de una institución que garantice que la reparación material corresponda directamente a la compensación del “*interés colectivo*” vulnerado, último aspecto que se acaba de desarrollar en el siguiente capítulo.

d. La óptima cristalización de una legislación internacional

Es claro que las instituciones internacionales surgen y evolucionan acorde a las dinámicas sociales existentes en su época, basadas estas en la coyuntura económica y política establecidas por las estructuras que tienen en ese momento el predominio de poder, no obstante, las transformaciones ambientales y el posible colapso de la base existencial de la vida -bien caracterizada por el filósofo colombiano Sergio De Zubiría como la “*destrucción ambiental*” y no el simple “*deterioro ambiental*” (De Zubiría, 2014)- hacen imprescindible que se tomen medidas pensando en un futuro que no posibilite, hasta ahora, la reparación ambiental frente a los daños surgidos en

³⁷ Dentro de estos se puede implícitamente articular los DESC, los cuales son parte integral de la consolidación de ciudadano, pero que siguen omitiendo las garantías base para la existencia de la vida, cuya inclusión -de concebirse dentro de los *derechos sociales* de los DESC- seguiría siendo limitada, dado a que los mismos van destinados a la protección de un conjunto que rodea a los derechos de primera generación (*civiles y políticos*), pero que aun así no se extienden hasta el punto de proteger la esencia de existencia de los demás derechos, de la estructura estatal y del mismo ciudadano, precisado -en la construcción del *nuevo otro*- en la preservación del ambiente.

el presente. Por tanto, la restructuración de la perspectiva de la legislación mundial sobre el “*interés colectivo*”, la “*debida diligencia*”, el aplicación del *state of the art*, entre otros, requiere la existencia de instituciones que rijan parámetros de respeto y efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales frente al ambiente, funciones que pueden cumplirse desde órganos internacionales existentes -añadiéndoles a estos nuevas responsabilidades-, y previniéndose la creación de nuevos en los casos donde sean necesarios dada la particularidad de sus objetivos. Estos son algunos organismos que se ven necesarios para el abordaje de los temas discutidos en este texto:

- a- La practicidad que requiere la aplicación del *state of the art*, se ve reflejada en la existencia de un órgano autónomo que logre determinar científicamente que actividades han generado daños ambientales y a su vez -con este sustento- brindar resultados reales que se enmarquen en las clasificaciones de daño legal internacional. Por tanto, este nuevo órgano, si bien debe ser financiado por la ONU, no debe reflejar más que aspectos meramente técnico-científicos, mientras los órganos de justicia, principalmente la CIJ, podrán dirimir los resultados con base en la pragmática jurídica correcta.
- b- Es necesario de igual manera un organismo capaz de tasar los costos de la reparación ambiental, y aplicarlos eficientemente en los territorios afectados, los cuales, con supervisión de los Estados, brindaran los planes, procedimientos y cronogramas que generen la mejor restructuración y recomposición ambiental del área afectada.
- c- Así mismo, es pertinente la formación de un brazo institucional adscrito a la Comisión de Derecho Internacional que profundice en cada Estado las directrices jurídicas basadas en el *principio precautorio*, *debida diligencia* y *autodeterminación social* aplicable a cada legislación, generando con ello los mecanismos propicios para la adecuada anexión a una política internacional de protección al ambiente como puntal máximo del respeto al *interés colectivo*.

Por último, es pertinente concluir que el caso “*Las Pasteras*” continuará siendo un “*hito sin eco*”, en el que su grandeza se deriva más por las omisiones de parte de la CIJ hacia la construcción de una estructura integral del derecho internacional frente a la protección del ambiente como “*bien e interés común*”, que por la aplicación esquemática de los principios, que si bien son los contextualmente aceptados, no incurrieron de ninguna manera en la expansión de preceptos doctrinales -debida diligencia, principio precautorio, consulta social, *state of the art*, reparación a derechos transindividuales, entre otros- requeridos en el legado jurisprudencial y coactivo de la Corte, perdiéndose de esta manera la posibilidad de hacer de los mismos obligaciones cada vez más cercanas y palpables, y no una sencilla filosofía del “*deber ser*” de la justicia ambiental y social mundial.

REFERENCIAS

- Berros, MARÍA VALERIA. Conferencia *“Pensamiento de la Racionalidad científica hacia el buen vivir”*. Buenos Aires, Marzo de 2015.
- Banco Mundial. OP 4.01, Reforma de Préstamos de Inversión: Modernización y Consolidación de Políticas y Procedimientos Operacionales. Abril de 2013.
- Crespo Plaza, RICARDO. *“Análisis comparativo con legislación internacional sobre la aplicación de la responsabilidad en materia ambiental”*. Quito, Octubre de 2012.
- Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Medio Humano, Declaración de Estocolmo. Junio de 1972, Suecia.
- Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Declaración de Río. Junio de 1992, Brasil.
- Corte Internacional de Justicia. 13 de Julio de 2006. Ordenanza que establece Medidas Cautelares caso Plantas de Celulosa Sobre el Río Uruguay, ARGENTINA c. URUGUAY.
- Corte Internacional de Justicia. 20 de abril de 2010. Caso de las Plantas de Celulosa Sobre el Río Uruguay, ARGENTINA c. URUGUAY.
- Compliance Advisor Ombudsman, CAO. Informe Anual 2005-06. Febrero de 2007.
- De Zubiría, S. Conferencia Conflicto armado en Colombia. Universidad de Nariño, Junio de 2014.
- Díez-Picazo, L. & Gullón, A. (2012). Sistema de derecho civil. Madrid: Tecnos.
- Estatuto del Río Uruguay. Febrero de 1975.
- Ecuador. Congreso Nacional, Comisión de Legislación y Codificación. (10 de Septiembre de 2004) Ley de Gestión Ambiental.
- Kelsen, H. (1935). *“Reine Rechtslehre”* - Teoría pura del Derecho. Buenos Aires: Porrúa.
- Naciones Unidas, Resolución Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas presentado por la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General. Julio de 2001.
- Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Diciembre de 1966.
- Naciones Unidas, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Junio de 1945.
- Naciones Unidas, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Mayo de 1969, Viena.
- Naciones Unidas. Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991, 1992-1996, 1997-2002, 2003-2007. 2008. Enero de 2010.

Naciones Unidas, Carta de las Naciones Unidas. Junio de 1945.

Soto Valverde, MAX. Principios Generales de derecho internacional del medio ambiente. Organización de Estados Americanos. Disponible en: <http://www.oas.org/dsd/Tool-kit/Documentosspa/ModuloII/Soto%20Article.pdf>.

Organización Internacional del Trabajo, Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Junio de 1989.

CARACTERÍSTICAS CURRICULARES Y TEÓRICO JURÍDICAS DEL PROGRAMA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE NARIÑO EN EL PERÍODO 1904 - 1936

Isabel Goyes Moreno³⁸
Rolando Víctor Guerrero T.³⁹

Fecha de recepción: 10 de junio de 2015.

Fecha de aceptación: 18 de octubre de 2015.

Referencia: GOYES MORENO, Isabel. GUERRERO T., Rolando Víctor. *Características curriculares y teórico jurídicas del programa de Derecho de la Universidad de Nariño en el periodo 1904-1936*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 1. Núm. 1. Págs. 77 – 90. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex.

RESUMEN

En el presente artículo se exponen y analizan los resultados finales de la investigación titulada *“Historia curricular de los programas de educación superior en Nariño. Caso: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño 1904 –*

³⁸ Docente tiempo de completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Directora del Centro de Investigaciones y Estudios Socio Jurídicos “CIESJU” de la Universidad de Nariño. Abogada de la Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Laboral de la Universidad de Nariño, Magister en Docencia Universitaria de la Universidad Pedagógica Nacional, Magister en Dirección Universitaria de la Universidad de los Andes y Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Doctora en Ciencias de la Educación RUDECOLOMBIA. Codirectora e investigadora activa del grupo Currículo y Universidad de la Universidad de Nariño y Directora e investigadora del grupo Derecho, Justicia y Región DEJURE con categoría B de COLCIENCIAS pertenecientes a la Universidad de Nariño. Correo electrónico: isabelgm99@yahoo.com. Dirección postal: Carrera 38 No. 18-64

³⁹ Docente tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Abogado de la Universidad de Nariño con menciones de grado de honor y egresado distinguido. Administrador Público de la Escuela Superior de Administración Pública. Especialista en Instituciones Jurídicas de la Seguridad Social de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Magister en Administración de la Seguridad Social de la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador activo del grupo Centro de Estudios Jurídicos Avanzados “CEJA” con categoría C de COLCIENCIAS de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Correo electrónico: victorgue18@yahoo.es. Dirección postal: Carrera 3 B Número 12 – 14.

1936”, desarrollada al interior del grupo de investigación Currículo y Universidad. El artículo presenta una caracterización de las particularidades curriculares que determinaron el devenir histórico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño en el período 1904 - 1936, para tal efecto, sistematiza la vida institucional en dos momentos curriculares a saber: “*creación de la Facultad de Derecho y apogeo conservador*” y “*consolidación universitaria e irrupción del liberalismo*”. La investigación permitió concluir que los estudios de Derecho en Nariño, en el período objeto de estudio, fueron determinados por el proyecto regeneracionista de la Constitución Nacional de 1886 con difusión y consolidación de corrientes jurídicas clasicistas en las que se prueba la influencia temprana de las escuelas de la exégesis francesa y del conceptualismo alemán, así como la influencia tardía del positivismo kelseniano.

PALABRAS CLAVE: currículo, historia curricular, corrientes teórico jurídicas, programas académicos y ambientes hermenéuticos.

ABSTRACT

This drawing relates the final results of the research entitled “*History curriculum of higher education programs in Nariño. Case: Faculty of Law and Political Science at the University of Nariño 1904 - 1936 “developed within the group” Curriculum and University* “. The article presents a characterization of the specific curriculum that determined the course of history in the Faculty of Law of the University of Nariño in the period 1904 - 1936, for this purpose, systematized institutional life at two curricular namely “*creating the Faculty of Law and conservative swing* “and” college consolidation and emergence of liberalism. “The research allowed us to conclude that the study of law in Nariño, in the period under study, were determined by the draft of the Constitution regeneracionista 1886 with dissemination and consolidation of current classical legal test in which the influence of early French schools of exegesis, German conceptualism and influence of Positivism Kelsen late.

KEYWORDS: curriculum, curriculum history, current legal theory, academic programs, hermeneutical environments

INTRODUCCIÓN

La acepción “*historia curricular*” en los contextos académico-universitarios y especialmente en el jurídico puede parecer extraña, puesto que durante muchas décadas, se consideró un tema ajeno al mundo jurídico y sin ninguna relación con él; sin embargo, con la estructuración de los sistemas de calidad educativa, especialmente el de registro calificado y acreditación (Decreto 2566 de 2003, Ley 1188 de 2008 y Decreto 1295 de 2010), lo curricular saltó a un primer plano, puesto que constituye uno de los factores que deben comprender, justificar y desarrollar los diversos programas universitarios, incluyendo a los de formación jurídica, siendo

además el factor dónde puede explicitarse la autonomía académica consagrada constitucionalmente. La reciente implementación desde el Ministerio de Educación de los sistemas de vigilancia y control (Ley 1740 de 2014), revitalizan la importancia de los temas curriculares entre quienes se desempeñan en el campo de la gestión y la administración educativa.

De esta manera, en la actualidad los procesos de investigación sobre lo curricular en los programas de derecho, resulta de relevancia trascendental en orden a los beneficios que reportan para la vida académica de los programas. Sólo desde la teoría curricular es posible comprender los fundamentos, sentido y contenido de los planes de estudio; las ventajas o desventajas de la forma como se encuentran estructuradas las asignaturas, módulos o seminarios; el por qué o el cómo de los procesos pedagógicos y el uso de alternativas didácticas que permitan el traslado de la propuesta teórica al aula de clase. No es posible realizar una autoevaluación sistémica de un programa de formación jurídica si se desconocen, verbigracia, las corrientes de pensamiento que lo inspiran, o si se omite, por ejemplo, el estudio de las formas y los actores de los procesos curriculares que han determinado su vida institucional y disciplinar.

De lo anterior se colige que las investigaciones histórico-curriculares son nuevas en el ámbito educativo legal, aunque ya presentan recorridos sobresalientes en otros contextos, tales como los norteamericanos o los españoles. De hecho, en Norte América los esfuerzos tendientes al mejoramiento de la administración de justicia, comienza por la evaluación de la enseñanza del Derecho y la necesidad de implementar modificaciones tanto en su concepción, como en sus contenidos y procedimientos. En Colombia ya se inició este camino y en la actualidad existe un colectivo académico liderado por la Asociación Colombiana de Facultades de Derecho ACOFADE, liderando esta trascendental área del saber jurídico.

No obstante este surgimiento investigativo, aún son escasos los análisis dogmáticos y sistemáticos destinados a indagar por la regulación histórica de los estudios de Derecho, y más aún, lo son aquellas investigaciones que nos permitan determinar los tipos de modelos educativos que los inspiran, las construcciones teórico-disciplinarias que los determinan, o el trans-fondo *ius-ideológico* sobre el cual descansan los procesos de educación jurídica en Colombia. No es fortuito entonces que la educación jurídica en nuestro país sea el reflejo fidedigno de procesos de enajenación cultural, repetición irreflexiva, e incluso, de negación de los productos *ius-teóricos* propios, los cuales, son desacreditados entre quienes cohabitan en nuestros ambientes hermenéuticos.

Por esta razón se justifican y se requiere impulsar los estudios investigativos e interdisciplinarios, en donde confluyan tres disciplinas estrechamente ligadas al logro de una comprensión integral del proceso formativo en el campo jurídico. Estas disciplinas son: la educativa, porque se trata de conocer desde sus inicios, su implementación y los efectos de la propuesta formativa de los programas de derecho; la histórica, por la necesidad de tener una perspectiva temporal y espacial que permita conocer y evaluar las dinámicas propias de ciertos momentos históricos, así como los contextos que las originaron; jurídica en tanto la reflexión histórico educativa tiene como objeto de investigación la ciencia del derecho y más

concretamente los procesos formales de educación desarrollados al interior de los programas académicos.

La finalidad de reconstruir la historia de la enseñanza del Derecho en Colombia, permitirá develar su realidad educativa. De esta forma, adquirirán sentido las iniciativas de autoevaluación sistémica al interior de los programas para responder de manera propositiva y socio-crítica a las exigencias disciplinares y del entorno.

Urge en ese orden de ideas, determinar e identificar cuál es el pensamiento jurídico en Colombia, cuáles son las relaciones históricas entre el poder y el ordenamiento jurídico, a qué intereses y finalidades obedecen los estudios de Derecho en nuestro país, qué tipo de corrientes jurídicas inspiraron los procesos de enseñanza-aprendizaje-evaluación y que características históricas comporta el profesional del Derecho.

Corresponde a la presente investigación, en virtud de la determinación positiva de un escenario temporal y espacial objeto de estudio, analizar los procesos de formación en el período 1904 a 1936, circunscribiendo nuestro análisis a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño.

La investigación permite hacer hermenéutica de los estudios de Derecho del aludido período en el marco de un modelo estatal de corte centralista y unitario, que adopté como religión oficial, la católica, apostólica y romana. La Hegemonía Conservadora, que continuó el proyecto del movimiento político denominado “*Regeneración*”, que después de la victoria de la “*Ahumada*” constitucionalizó su poder al expedir la Constitución Nacional de 1886, en cuyos marcos se inspiró el orden jurídico colombiano, que duró un poco más de un siglo.

Este orden normativo se consolidó a lo largo de los tres primeros decenios del siglo XX, lo que explica nuestra tradición formalista y cultora de la ley escriturada con sujeción a procedimientos y ritualismos que en algunos escenarios carecen de objeto y finalidad que los justifique.

Una investigación de las características descritas, facilita el acercamiento e indagación a los procesos de enseñanza, sus métodos, las teorías educativas y disciplinarias que la inspiran, su incidencia en el perfil profesional; así mismo permite escudriñar tanto el contexto socio histórico en el que se desenvuelve la educación superior, como el rol desempeñado por los programas de Derecho de la Universidad de Nariño, en torno a la conformación del Estado Unitario propuesto por el movimiento de la Regeneración y con el cual se comprometieron todos los gobiernos e intelectuales conservadores de los primeros treinta años del siglo XX.

METODOLOGÍA

Esta investigación de tipo cualitativo, se insertó en el contexto general de la historia social de la educación y se adelantó con los aportes teóricos y metodológicos del enfoque socio crítico del currículo, con apoyo de la crítica hermenéutica, el

análisis de textos, el estudio de la legislación educativa y las demás experiencias investigativas que el grupo Currículo y Universidad ha logrado en el área de su competencia.

El estudio giró básicamente en torno a tres campos, cada uno de cuyos análisis se abordó a partir de las metodologías y los tipos de fuente respectivos, así:

El curricular, en su amplia concepción de proceso social que involucra a su vez aspectos de determinación o fundamentación de carácter educativo o académico, cultural y científico o disciplinar y nacional, regional e institucional; aspectos referidos a los procesos de construcción teórica y práctica, a sus actores y a sus estructuras o componentes curriculares, en los cuales se buscó desentrañar básicamente los sentidos de educación, disciplina, ciencia y cultura, que actuaron como categorías de análisis. Para el estudio de los elementos de fundamentación (nacional, regional e institucional) y del currículo teórico se recurrió al análisis de los documentos oficiales tales como actas de consejos, proyectos, acuerdos, planes de estudio o pénsum, registros académicos, prospectos, entre otros.

El histórico o contextual, en tanto se requiere la ubicación y comprensión de las diversas realidades en las que tuvo lugar el hecho curricular. Tal contexto incluye el estudio de la realidad social, política, económica y legislativa, institucional y nacional, relacionada con el currículo y para su comprensión se utilizaron documentos y datos de diversas fuentes tales como archivos, publicaciones (periódicos, revistas, libros), y testimonios, entre otros.

El disciplinar que recurrió a la revisión de publicaciones de sentencias del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, trabajos de grado de estudiantes del programa de Derecho, textos de tratadistas internacionales, nacionales y de los personajes más influyentes en la vida jurídica de la región, revistas y artículos. La recolección de fuentes tuvo como referente básico el lapso comprendido entre 1904 y 1936.

La pregunta problema que guió esta investigación se formuló así: ¿Cuál es la historia curricular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño en el período comprendido entre 1904 y 1936? El anterior interrogante permitió derivar preguntas orientadoras del siguiente tenor:

Sobre el currículo: ¿Cuáles son las políticas educativas y enfoques curriculares que subyacían al currículo inicial (1904) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, y quiénes fueron los sujetos sociales de su determinación? ¿Cuáles fueron los cambios curriculares que operaron durante el período de estudio (1904-1936), y a qué factores han obedecido ellos? Lo anterior teniendo en cuenta: los sujetos sociales de determinación curricular, los enfoques curriculares, las políticas educativas y, los componentes curriculares y sus características

Respecto del contexto histórico o contextual: ¿Cuáles fueron las condiciones socio-económicas, políticas, culturales e institucionales en las que se creó la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, cuál fue su incidencia en el currículo y cuál fue el impacto del currículo en esos contextos?

En torno a la disciplina jurídica: ¿Cuáles son las tendencias o corrientes del

pensamiento jurídico que se articulan al currículo inicial y a sus transformaciones?

AVANCES, RESULTADOS, DISCUSIÓN

La investigación se desarrolla en tres momentos. Un primer momento que incluyó la revisión de las diversas escuelas de pensamiento jurídico surgidas fundamentalmente en Europa y Norteamérica, por ser estos los centros de producción jurídica que mayor incidencia han tenido en América Latina y específicamente en Colombia. El estudio de las corrientes teóricas partió del análisis del *iusnaturalismo* en sus diversas versiones (clásica, sacra y racional), hasta el positivismo kelseniano, pasando por la escuela histórica, el conceptualismo alemán, el realismo jurídico y la escuela libre del derecho, lo cual permitió tener una visión de conjunto para finalmente establecer las corrientes que tienen mayor presencia e influencia en Nariño, tendencia que se reflejó tanto en las decisiones judiciales, como en las diversas actividades académicas (cátedra, textos de los docentes, textos de consulta, planes de estudio, actos académico-administrativos producidos en dicho periodo histórico).

Una segunda fase, abordó en concreto el proceso de creación de la Universidad de Nariño, en un contexto nacional y regional específico y cuyas notas características conforman nuestra identidad como región, debido a la enorme importancia que en la vida política, social y económica han tenido los estudios de Derecho, los cuales son anteriores a la creación de la Universidad de Nariño, ya que datan de 1826, cuando la ciudadanía nariñense se solicitó al Vicepresidente Santander autorizar los estudios de jurisprudencia en esta región.

Finalmente, una tercera etapa en la cual se analizaron dos episodios trascendentales en la vida curricular del programa de Derecho de la Universidad de Nariño, correspondientes a lo que en adelante denominaremos: 1) momento de creación de la facultad y apogeo del movimiento conservador y, 2) momento de consolidación universitaria e irrupción del liberalismo.

Ahora bien, a efectos de realizar un estudio del pensamiento jurídico imperante en el contexto nariñense en el periodo comprendido entre 1904 y 1936, se efectuó una revisión de aquellas corrientes jurídicas surgidas en Europa que tuvieron gran influencia en América Latina y en Colombia, mediante procesos de traslación, adopción y aplicación, tanto en las facultades de Derecho, como en la administración de justicia y en la vida pública en general. Ello nos permitió identificar los antecedentes del pensamiento jurídico en el ámbito latinoamericano, colombiano y nariñense.

En el contexto internacional, para el período 1904 a 1936, se encontró que las principales corrientes que determinaron el panorama teórico jurídico en Colombia, y específicamente en Nariño, son: *iusnaturalismo* en su vertiente medieval, moderna y contemporánea, escuela de la *exégesis*, escuela histórica del Derecho, jurisprudencia de conceptos, realismo (en su vertiente norteamericana y en la escuela legal sociológica) y movimiento del derecho libre.

El análisis del contexto latinoamericano dio pie para retomar los estudios del tratadista Diego López Medina, quien en su texto *La teoría impura del Derecho* (2004) plantea la necesidad de realizar un análisis de los procesos de recepción de *ius teoría* de los ambientes hermenéuticamente ricos (Europa y América del Norte) hacia ambientes hermenéuticamente pobres (Latinoamérica) a través de una propuesta a la que el citado autor denomina teoría comparada del derecho "*teocomp*". La "*teocomp*" viabiliza la sistematización de los procesos de transmutación, traslación y apropiación de teoría jurídica creada en Europa o América del Norte hacia Latinoamérica.

A juicio del tratadista Diego López Medina, durante los siglos XIX y XX, Latinoamérica, y específicamente Colombia, se conciben bajo una teoría jurídica particular a la cual el autor denomina "*formalismo jurídico*", visión que se caracteriza por la fusión de supuestos extraídos de la escuela de la exégesis francesa, el conceptualismo alemán y, tardíamente, el positivismo kelseniano. Para el autor, Latinoamérica y Colombia, en una primera etapa concebían el Derecho bajo una visión clasista, es decir, como un sistema de formas preexistentes sin vacíos ni lagunas, en el cual se inspiraban las decisiones correctas de los jueces.

Posteriormente, Latinoamérica adopta una visión positivista prekelseniana caracterizada por un legocentrismo jurídico y una comprensión del Derecho como un todo sistemático, coherente y neutral en donde imperaba la literalidad en la lectura de los textos. Para el año 1916 el autor visualiza una reacción antiformalista, que tuvo su auge en el período 1936-1939, caracterizada por un proceso de modernización legal y una visión crítica hacia el fetichismo de legal.

En el análisis *strictu sensu* del contexto colombiano en los siglos XIX y XX es dable afirmar que el pensamiento jurídico en nuestro país estuvo permeado por el pensamiento católico con una determinación hegemónica del proyecto regeneracionista conservador, y con una breve reacción del radicalismo liberal. Los debates *iusfilosóficos* en Colombia giraban en torno a la inclusión o exclusión de la teoría utilitarista de Jeremías Bentham; discusión que fue zanjada por José María Samper en su *Curso Elemental de la Ciencias de la Legislación* (1873). (Goyes, I. 2010).

Para el siglo XX la enseñanza del Derecho en Colombia fue permeada por la corriente clásica del derecho civil, cuya fuente principal fue la escuela de la exégesis francesa. Para ese entonces, también se recibió el influjo de los métodos romanistas-privatistas provenientes de la escuela del conceptualismo alemán. Allende a lo anterior, se constató un fuerte arraigo por las corrientes del iusnaturalismo ligada a la existencia de principios eternos e inmutables que determinaban las leyes positivas.

En una etapa final, Colombia asiste a la reacción antiformalista, cuyos principales exponentes fueron Edmund Champeau y Antonio José Uribe con su obra *Tratado de Derecho Civil* (1898), Eduardo Rodríguez Piñeres con su *Curso Elemental de Derecho Civil Colombiano* (1912) y, tardíamente, Arturo Valencia Zea con su obra *Curso de Derecho Civil Colombiano* (1945).

La investigación igualmente permitió determinar que la enseñanza del Derecho

en Colombia se ocupó de reproducir cánones europeos, a tal punto que, en el período de la referencia, se toma como propia la historia jurídica europea.

En el análisis del contexto nariñense e institucional de la historia de los estudios de Derecho, estuvo determinada por el quehacer del Colegio Provincial en el año 1836, epicentro en donde se pone en marcha la cátedra de Derecho liderada por el ilustre profesor Antonio José Chaves; igualmente la labor desentrañada al interior del Colegio Académico, con la implementación del programa de Jurisprudencia en el año 1867, y finalmente, el accionar dinamizado desde la Facultad de Derecho ligada a la creación de la Universidad de Nariño con la expedición Decreto No 49 del 7 de noviembre de 1904.

Una vez analizados los contextos disciplinares se realiza un estudio de la historia curricular de la Facultad fundamentado en los siguientes vértices: a) estructura académico administrativa, b) planes de estudio, c) actores curriculares (docentes y estudiantes), d) recursos educativos e) prácticas curriculares y f) relación con el contexto.

El análisis realizado permitió la sistematización histórica de dos momentos curriculares y disciplinares en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño. Un primer momento rotulado con el nombre de creación de la Facultad de Derecho y apogeo conservador y un segundo momento que asume la denominación de consolidación universitaria e irrupción del liberalismo.

El momento curricular de creación de la Facultad de Derecho y apogeo conservador se caracteriza como una etapa en la cual, la regulación universitaria y de los estudios de Derecho, estaban sujetos a la ideología del gobierno conservador, asumiendo un carácter confesional e impositivo, sobre una formación jurídica con cargas porcentuales altas en asignaturas de Derecho privado, que no sólo se limitaba el conocimiento de las normas, sino que también se estructuraba en la fe de la iglesia católica.

Los actores curriculares docentes que marcaron una impronta imborrable en las raíces del pensamiento jurídico para este momento curricular son: Benjamín Belalcázar, José Rafael Sañudo Torres, Leopoldo López Álvarez, Samuel Jorge Delgado, Olegario Medina, Ángel María Guerrero y Ángel Martínez Segura. En esta etapa la Facultad de Derecho entregó a la sociedad nariñense un total de 35 doctores en Derecho y Ciencias Políticas. En la relación con el sector externo se evidenció una estrecha relación entre la jerarquía católica, el partido conservador en el poder y los estudios de Derecho, conclusiones que se pueden extraer de los análisis de las actas de la Asamblea Departamental y de las sentencias del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, en donde magistrados de esta corporación fungían como docentes de la Facultad de Derecho.

En el segundo momento curricular denominado consolidación e irrupción de liberalismo asistimos a las postrimerías del mandato conservador y al anuncio del cambio de régimen. Se observa un incremento sustancial en las áreas de Derecho público en un modelo estatal interesado por la intervención en la vida económica y política, aunque se continúa con la tendencia privatista en la formación jurídica.

En esta nueva etapa se suman personalidades docentes al cuerpo profesoral de la Facultad de Derecho como: Julio C Moncayo, Jorge Delgado y Gutiérrez, Fernando B Jurado, Justino Mejía, José Elías Dulce, Adriano Cortés, Vicente Andrade, Francisco Santander, Bolívar Santander, Leopoldo López Álvarez, Miguel Ángel Álvarez, Luis B. López y Manuel Antonio Coral, este último, autor de la consabida obra *La teoría de la causa es falsa* (1930).

Ahora bien, aunque el período de consolidación de la Facultad de Derecho trae nuevos aires políticos, aún pervive una tendencia que impulsa el respeto por los mandatos constitucionales en el sentido de organizar un sistema educativo en concordancia con la religión católica. En lo que refiere a medios educativos en este periodo se consolida un acervo bibliográfico con un nutrido número de textos que dinamizan el debate al interior del programa de Derecho de la Universidad de Nariño.

CONCLUSIONES

En primera instancia se observa una sujeción determinante de los estudios de Derecho a los procesos de independencia política y jurídica de España, lo anterior se prueba en el trasfondo de nuestros currículos, los cuales, dinamizan la implementación del clasicismo como aquella corriente en la que se agruparon y transmutaron procesos de traslación jurídica heredados de los aportes de la escuela de la exégesis francesa, el conceptualismo alemán y la incorporación tardía de las propuestas kelsenianas.

De igual manera se determinó que en la región suroccidental, específicamente en Nariño, los estudios de Derecho fueron concebidos como un mecanismo para el ingreso a la civilización, a la organización de la vida social y la estructuración de la configuración política. Los permanentes cambios y transfiguraciones de la vida política e institucional tuvieron un impacto significativo en el diseño de las orientaciones curriculares y los planes de estudio en Derecho. Las migraciones de la ortodoxia conservadora-católica hacia el librepensamiento liberal se expresan en el diseño y configuración curricular del programa de Derecho.

La posición ideológica e institucional en el orden nacional es la que finalmente se instaura en el orden educativo regional, y específicamente, en el del programa de Derecho de la Universidad de Nariño, a través de lo que la investigadora María Teresa Álvarez Hoyos (2007) concibe como la *“generación de 1904”*.

Se destaca la digna labor desempeñada por el eximio jurisconsulto, presbítero y docente Benjamín Belalcázar, quien en sus cuatro periodos como Rector de la Universidad de Nariño imprimió a la facultad de Derecho un connotación tomista e iusnaturalista en los procesos de formación jurídica.

Los planes de estudio del programa de Derecho de la Universidad de Nariño en el período 1904 a 1936, comportan un marcado acento político y privatista y privilegian la enseñanza del derecho civil y el conocimiento riguroso del código

civil, el cual, se ve amilanado en las postrimerías de este período por la propuesta del partido liberal cuando asume el poder.

Se constata una dependencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño respecto del programa de Derecho de la Universidad Nacional. Dicha dependencia tiene origen en exigencias de carácter legislativo y en el restringido espacio de autonomía universitaria concedido a los programas de provincia, aunque, la estrecha articulación y dependencia facilitó procesos de movilidad académica de estudiantes de Nariño hacia Bogotá.

Se destaca igualmente el excelente nivel académico y el rendimiento de los estudiantes de la Universidad de Nariño expresado en sus calificaciones.

Los recursos educativos de la Facultad de Derecho comportan una fortaleza admirable, especialmente en lo que refiere a bibliografía la cual en su mayoría tiene origen en España, Francia y Norteamérica.

Los docentes de la Facultad tienen una considerable connotación humanística lo que permitió formación de doctores en Derecho que acoplaban el conocimiento de leyes a la reflexión histórica y social.

REFERENCIAS

- Abadía Méndez, M. (1926). Marconi del 9 de junio de 1926. En: *Ilustración Nariñense*, 1926, N° 14.
- Academia Colombiana de Jurisprudencia (1996). *Pensamiento Jurídico Colombiano. Libro del Centenario (1894-1994)*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Álvarez Hoyos, M. (2007). *Elites intelectuales en el Sur de Colombia*. Colección Tesis Doctorales RUDECOLOMBIA, Pasto: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Universidad de Nariño, ASCÚN, inédito.
- Álvarez Hoyos, María Teresa (2001). José Rafael Sañudo: un representante de la Intelligentsia regional. En: Guerrero Vinuesa, G. *Personajes Importantes en la Historia de la Universidad*, s.l. Editorial Graficolor.
- Anales de la Universidad de Nariño (1930). Año 1. Número 1, 17 de Diciembre. Pasto: Imprenta del Departamento.
- Anales de la Universidad de Nariño (1934). Tomo I, Diciembre 1 N° 11, Pasto: Imprenta del Departamento.
- Andrade, E. (1936). Monografía de la Universidad de Nariño, En: *Anales de la Universidad de Nariño*, Noviembre, Números 16 y 17-Año 2. Pasto: Imprenta del Departamento.
- Archivo Universidad de Nariño (1925): *Reglamento Interno de la Universidad de Nariño*.

Actas 1919- 1935.

- Bastidas, E. (1999): *Dos visiones sobre Bolívar*. Polémica entre José Rafael Sañudo y Sergio Elías Ortiz. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Testimonio.
- Belalcázar, B. (1954). Apuntes para la historia de la universidad. En: *Anales de la Universidad de Nariño*, No. 41. Pasto: Imprenta del Departamento.
- Buendía, J. (1934). *Informe del director de Educación Pública rinde al Gobernador del Departamento*. Pasto: Imprenta Departamental.
- Carr, W. y Kemmis, S. (1988). *Teoría crítica de la enseñanza*. Barcelona: Martínez Roca.
- Codificación Nacional (1924). Bogotá: Imprenta Nacional.
- Colombia, Departamento de Nariño (1906). *Informe de Visita de 28 de noviembre de 1906*, Rectorado de la Universidad, Pasto: Universidad de Nariño.
- Colombia, Departamento de Nariño (1913). Ordenanza, No. 20 de 1913, por la cual se reorganiza la Escuela primaria de niños que funciona en la población de Sandoná. Pasto: Asamblea Departamental.
- Colombia, Departamento de Nariño (1913). Ordenanza, No. 34 de 1913, por la cual se reorganiza la Escuela primaria de niños que funciona en la población de Sandoná. Pasto: Asamblea Departamental.
- Colombia, Departamento de Nariño (1913). Ordenanza, No. 50, 1913, Mayo 7, Ordenanzas de la Asamblea del departamento de Nariño. Pasto: Asamblea Departamental.
- Colombia, Departamento de Nariño (1914). Ordenanza, No. 41 de 1914. Pasto: Asamblea Departamental.
- Colombia, Departamento de Nariño (1917). Ordenanza, No. 40, Abril 24, por la cual se reconoce la importancia de una obra y se auxilia su publicación. Pasto: Asamblea del Departamento de Nariño.
- Colombia, Departamento de Nariño (1935). Ordenanza, No. 6, por la cual se reconoce la importancia de una obra y se auxilia su publicación. Pasto: Asamblea del Departamento de Nariño.
- Cortes Falla, M. (s.f). *La enseñanza del Derecho Romano en Colombia*. Bucaramanga: Editorial Unab.
- Delgado, R. (1924). Doctor Olegario Medina, La carretera de occidente y el cultivo de café. En: *Revista Ilustración Nariñense*, Serie 1, N° 2, 6, s.l., s.e.
- El Foro Nariñés (1912). Órgano del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. República de Colombia, Departamento de Nariño, Año I, 15 de Octubre de 1912, No. 5. Pasto: Imprenta Navarrete.
- Gómez Hernández, B.: *Desarrollo del pensamiento jurídico colombiano*. Desarrollo

y recepción contemporánea del derecho Civil en Colombia (siglos XIX y XX). Informes de Investigación, Grupo: Universidad, Pedagogía y Derecho, s.f., s.l., s.e.

Goyes, I. (2008). *La enseñanza del derecho en Colombia. 1886-1930*, Pasto; RUDECOLOMBIA. Universidad de Nariño. Tesis doctoral.

_____ (1994). "Algunas reflexiones sobre los estudios de derecho en la Universidad de Nariño". En - Foro Universitario. Revista Facultad de Derecho, Pasto, Universidad de Nariño.

_____ (2008). *La enseñanza del derecho en Colombia*. Tesis Doctoral. Pasto: Rudecolombia, Universidad de Nariño, inédito.

Goyes, I. y Uscategui, M. (2000). *Teoría Curricular y Universidad*. Pasto: Universidad de Nariño.

Goyes, I., Uscátegui, M., Díaz del Castillo, S., Guerrero, L. A. (1996). *Elementos teóricos de un currículo universitario para la modernidad*. San Juan de Pasto: Universidad de Nariño.

Guerrero, V. (2006). *Pensamiento Jurídico en Nariño hacia una experiencia desconstruccionista en Teoría Jurídica*. Pasto: Universidad de Nariño, inédito.

Gutiérrez, C.y Zarate, M. (2001). *Pensum histórico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana*. Tesis para optar al título de abogado. Bogotá: Universidad Pontificia Javeriana s.m.d.

Informe del Director de Educación Pública de Nariño (1929). En: Registro de Instrucción Pública, Tomo XVII, junio, numero 17,18 y 19.

Legas Lacambra, L. (1972). *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Bosch Casa Editorial.

Libro de Actas de Exámenes Anuales, Pasto, julio 3 de 1906, s.d.

Libro de actas del Consejo Directivo de la Universidad de Nariño (1919-1928). Año lectivo 1922-1923, Acta No 7. Octubre. Pasto: Archivo de la Universidad de Nariño.

Libro de Actas del Consejo Directivo de la Universidad de Nariño (1919-1928). Año lectivo 1922-1923, Acta No. 39. Pasto: Archivo de la Universidad de Nariño.

Libro de Actas del Consejo Directivo de la Universidad de Nariño (1919-1928). Año lectivo 1923-1924, Acta No. 5., Octubre 18 de 1924. Pasto: Archivo de la Universidad de Nariño.

Libro de Actas del Consejo Directivo de la Universidad de Nariño (1919-1928). Acta No. 8. Octubre 22 de 1925. Pasto: Archivo de la Universidad de Nariño.

Libro de Actas del Consejo Directivo de la Universidad de Nariño (1919-1928). Año Lectivo 1925-1926, Acta No. 22, Enero. Pasto: Archivo de la Universidad de Nariño.

- Libro de Actas del Consejo Directivo de la Universidad de Nariño (1919-1928). Año Lectivo 1925-1926, Acta No. 26. Pasto: Archivo de la Universidad de Nariño.
- Libro de Actas del Consejo Directivo de la Universidad de Nariño (1919-1928). Año Lectivo 1930-1931. Pasto: Archivo de la Universidad de Nariño.
- Libro de Resoluciones Rectorales (1928-1935). Resolución número 24 de 1930. Pasto: Universidad de Nariño.
- Libro de Resoluciones Rectorales (1928-1935). Resolución número 4 de 7 de octubre de 1929. Pasto: Universidad de Nariño.
- López, D. (2004). *Teoría Impura del Derecho*. Bogotá: Legis Editores.
- Medina, O. (1936). *Bolívar, el Alma de la Democracia*. Bogotá: Editorial Lumen.
- Pérez Delgado, T. (1970). *Fisonomía y contornos de Leopoldo López Álvarez*. s.l., s.e. En: Revista Cultura Nariñense. Vol. 3, N° 28, p. 77, s.l., s.e.
- Plan de estudios de la Facultad de Ciencias Económicas, Sociales y Jurídicas de la Universidad de Nariño 1933, Acuerdo No. 20º de 7 de julio de 1933.
- Quijano Guerrero, A. (1985). *La figura proteica de Leopoldo López Álvarez*. En: Revista de historia. Pasto: Academia Nariñense de Historia.
- Quimbayo, M. y Niño, J. (2006). *Producción del Derecho en la Universidad Nacional. Desarrollo, transformaciones e influencias*. Tesis de Maestría en Derecho. Bogotá., Universidad Nacional de Colombia, inédito.
- Registro de Instrucción Pública (1906). Periódico Oficial, Núm. 13, Febrero. Pasto: Imprenta del Departamento.
- Registro de Instrucción Pública (1907). Periódico Oficial, Núm. 12, Enero. Pasto: Imprenta del Departamento.
- Registro de Instrucción Pública (1907). Periódico Oficial, Núm. 19 y 20, Agosto y Septiembre. Pasto: Imprenta del Departamento.
- Registro de Instrucción Pública (1909). Periódico Oficial, Núm. 1., Enero. Pasto: Imprenta del Departamento.
- Registro de Instrucción Pública (1913). Periódico Oficial, Núm. 19, Julio, Tomo VII. Pasto: Imprenta del Departamento.
- Registro de Instrucción Pública (1913). Periódico Oficial, Núm. 20, Agosto, Tomo VII. Pasto: Imprenta del Departamento.
- Registro de Instrucción Pública (1915). Periódico Oficial, Núm. 2, 3 y 4, Marzo y Abril. Pasto: Imprenta del Departamento.
- Registro de Instrucción Pública (1917). Periódico Oficial, Núm. 2, 3 y 4, Febrero, Tomo XI. Pasto: Imprenta del Departamento.

- Registro de Instrucción Pública (1928). Periódico Oficial, Núm. 15 y 16, Diciembre, Tomo XVII. Pasto: Imprenta del Departamento.
- Registro de Instrucción Pública (1929). Periódico Oficial, Núm. 17,18 y 19, junio, Tomo XVII. Pasto: Imprenta del Departamento.
- Rodríguez de Rodríguez, N. (2003). *José Rafael Sañudo y su pensamiento filosófico*. Pasto: Ediciones Unariño.
- Rodríguez Guerrero, I. (1970). *Perfiles Nariñenses de antaño*. Leopoldo López Álvarez. En: Cultura nariñense. Volumen 3, N° 24, p. 7, s.l., s.e.
- Sañudo, J. (1916). *Sentencias pronunciadas en el Tribunal Superior desde 1907 hasta 1916*. En 18 cuadernos, Pasto: Imprenta Ramírez.
- _____ (1921). *Sentencias pronunciadas en el Tribunal Superior desde 1907 hasta 1921*. Pasto: Imprenta Ramírez.
- _____ (1928). *Filosofía del Derecho*. Pasto, Imprenta Departamental.
- _____ (1938). *Apuntes sobre la historia de Pasto. Primera parte. La Conquista 1527 – 1598*. Pasto: Imprenta la Nariñesa.
- _____ (1984). *La expiación de una madre*. Pasto: Tipografía de Alejandro Santander a cargo de Elías A. Villarreal.
- Savigny, K. (1978). *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Valparaíso: Universidad de Chile.
- _____ (1988). *Sistema del derecho romana actual*, citado por Hernández Gil, A. Metodología de la Ciencia del Derecho, Madrid: Espasa Calpe.
- Schwab, J. (1974). *Un enfoque práctico para la planificación del currículo*. Buenos Aires: El ateneo.
- Tascón, T. (1953). *Historia del Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Editorial Minerva.
- Tyler, R. (1973). *Principios básicos del currículo*. Buenos Aires: Troquel
- Uscátegui, de J. M., Burbano, O. H., Sabogal, T. J. (2006). *Hacia un mundo nuevo I. Bases teóricas para un currículo pertinente*. San Juan de Pasto: Colciencias - Universidad de Nariño.
- Verdugo, P. (2004). *Universidad de Nariño. Historia y vida cotidiana 1946-1957*. Pasto: Universidad de Nariño.
- Villamil, C. (2001). *Aproximación histórica a la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Zarama, J. (1942). *Reseña Histórica*. Pasto: Imprenta del Departamento.

LA PRIVATIZACIÓN DEL AGUA, IMPACTO DE LAS CONCESIONES DE AGUA EN TEXCOCO, ESTADO DE MÉXICO, MÉXICO

Mayra A. Ortega Espinosa⁴⁰

Fecha de recepción: 31 de mayo de 2015.

Fecha de aceptación: 26 de octubre de 2015.

Referencia: ORTEGA ESPINOSA, Mayra. *La privatización del agua. Impacto de las concesiones de agua en Texcoco, estado de México, México*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 1. Núm. 1. Págs. 91 – 105. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex.

RESUMEN

Los procesos privatizadores impulsados por los Estados Neoliberales han cobrado una gran fuerza, alcanzando, incluso, a sectores relacionados con los recursos naturales, como es el agua, la tierra y genéticos. Por ello, los Estados-Nación se ven obligados a brindarle a los dueños del capital las facilidades necesarias para acceder al agua u otros recursos y, en ocasiones, se los entrega de manera graciosa a título de concesionarios, otorgándoles la autorización para usar, aprovechar y extraer los recursos sin necesidad de pagar por ellos, cubriendo únicamente el concepto por el derecho a la explotación.

Las concesiones de aguas, tema del presente trabajo, guardan al interior de su naturaleza jurídica características (objeto, titular, volumen y uso) que proyectan si existe o no una tendencia a la privatización del agua. Particularidades que para el caso del municipio de Texcoco, Estado de México, han registrado un incremento de

⁴⁰ Estudiante de pregrado. Licenciatura en Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. Correo: maortegae@derecho.unam.mx

participación privada particular y cambios de uso para servicios en contraposición con el decremento de propiedad social y colectiva y del uso agrícola, industrial, pecuario, múltiple y público.

PALABRAS CLAVE: concesión, privatización, derecho humano y defensa.

ABSTRACT

The privatization process driven by the Neoliberal States has increased impacting, even to sectors related to natural resources as water, land and genetic resources. Therefore, the Nation States are obligated to give the capitalists facilities to have access to water or other resources, sometimes free as concessionaire, allowing them to use, exploit and extract resources scot-free, paying only for the concept of right of exploitation.

Water concessions, subject of this article, keep in his legal status characteristics (object, holder, volume and use) that determine the existence or absence of privatization of water. Particularities that for the case of Texcoco town, State of Mexico, reveal an increment in the private participation and changes in the use for services equivalent to the decrease of social and collective property and use of bound to agricultural, industrial, livestock, purpose and public.

KEY WORDS: concession, privatization, human rights and advocacy.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo, tiene como objetivo general entender la estructura de la privatización del agua y comprender los principios que constituyen las piedras angulares y, en lo particular, describir el estado que guardaban las concesiones de aguas otorgadas en el 2012 y 2014 en cuanto a su objeto, titular, volumen y uso para finalmente realizar una comparación y valorar las diferencias. Todo ello a fin de identificar si ¿existe o no una tendencia a la privatización del agua generada a partir de la concesión? Cuestión que puede ser hipotéticamente respondida señalando que la existencia de fenómenos como: la cesión de derechos y el cambio de naturaleza jurídica del titular y uso del agua de las concesiones denota un incipiente proceso privatizador provocado por la desnaturalización de la propiedad social del agua.

El otorgamiento mismo de la concesión de aguas, se consolida como el nervio central de todo el sistema de cesión de derechos del agua, la piedra angular en la que se han construido los despojos de agua, las ventas irregulares de agua, las expropiaciones y demás denuncias públicas hechas por las organizaciones sociales, ya que las características de éstas determinan un constructo teórico, que determina la lógica de la privatización del agua bajo las características y condiciones de modo, tiempo y lugar impuestas a partir de 1992 en México, cuando se permitió

que particulares y sociedades mercantiles sean titulares de Derechos de Agua que originariamente no poseía pero, que pueden adquirir mediante una simple transacción de compra-venta.

Estas operaciones registradas en el Registro Público de Derechos del Agua (REPGA) permitió que a través de ellos se realizará un análisis estadístico para el estudio comparativo entre lo que señala teóricamente y se registra estadísticamente para el caso concreto seleccionado.

Teóricamente se define la figura legal de la concesión, a partir de la diferenciación de otras figuras del derecho administrativo, señalando los requisitos, elementos y tipos y los conceptos jurídicos utilizados en el Registro Público de Derechos del Agua para describir a los titulares de la concesión en base a lo establecido en el Código Civil, Código de Comercio y Ley Agraria, agrupándolos en 4 categorías principales (titular, objeto, volumen y uso) que los diferencia en relación a su naturaleza jurídica. Se abordan los principales enfoques de la privatización en lo general y la privatización del agua, en lo particular, desde una perspectiva histórica para entender teóricamente la aplicación práctica de las concesiones como medio privatizador. Se mencionan los requisitos, tipos, causas, consecuencias y ejemplos de la privatización del Agua en México, incluyendo América Latina.

En el estudio de caso, se da el seguimiento de los registros y movimientos inscritos en el REPGA para determinar si el municipio de Texcoco puede o no describir una tendencia a la privatización del agua en nuestro país. El procedimiento de análisis de los datos, consiste en la localización geográfica de las coordenadas en las cartas topográficas para delimitar el área de estudio, ubicarlas en zonas o cuadrantes que serán analizadas en torno a los cambios en cuanto a titular, uso y objeto de la concesión y estudiar las transformaciones en los cambios de titular y uso del agua y los rasgos más importantes de ese cambio.

El análisis de los datos se hizo mediante el seguimiento al Registro Público de Derechos del Agua (REPGA) de las concesiones de aguas en el municipio de Texcoco para los años 2010, 2012 y 2014. Así, para el tratamiento estadístico de los mismos, se siguió un procedimiento básico, que consistió en: investigar de cada concesión sus coordenadas geográficas de latitud y altitud a fin de ubicarlo en las cartas topográficas de Texcoco y Chalco de Díaz Covarrubias en una escala de 1:50,000, delimitar el área de trabajo y establecer cuadrantes nominados por una letra y un número en cada grado latitudinales o longitudinales para visualizar las zonas más representativas en cuanto a las 4 características (objeto, titular, uso, volumen) a analizar. Finalmente se compararon los registros del año 2010 con los de los años 2012 y 2014.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Los procesos privatizadores, fruto de la política del Estado Neoliberal han propiciado el retiro de los Estados-Nación en la producción de bienes y prestación de servicios públicos, dejando abierta la posibilidad de que sea la iniciativa privada

quien participe o dirija estos. Así, los gobiernos nacionales impulsan paquetes estratégicos de reformas en áreas económicamente prioritarias para el sector privado; por ejemplo, los recursos naturales.

En este rubro, se promulgaron en 1992 la Ley Agraria (6 de enero), la Ley de Aguas Nacionales (1 de diciembre) y la Ley Forestal (22 de diciembre), a través de las cuales se permitió a los particulares y sociedades mercantiles (incluso las mexicanas, pero de capital extranjero) ser titulares de Derechos de aguas, tierras, bosques minerales, metales y metaloides a través de tres vías: 1) la venta, 2) la consolidación de sociedades mediante acciones "T" y 3) la solicitud de una concesión para uso aprovechamiento o explotación.

Cada una de ellas, involucró un mayor o menor grado de participación por parte de los dueños de capital, pues mientras la primera les exigía el pago "*real y total*" de los bienes entregados, la segunda les permitió ser cotitulares de derechos, como miembros de una sociedad y, por lo tanto, debían de responder con el patrimonio de está o incluso con el propio. Y la tercera, sólo les exigió el pago del derecho de uso aprovechamiento o explotación, lo que a diferencia de las otras dos, no afecta gravemente la masa total de su patrimonio y mucho menos tienen la responsabilidad de responder por ello.

1. DESARROLLO

La nación, al poseer "*el conjunto de bienes de propiedad pública del Estado, lato sensu, afectadas al uso público, directo o indirecto, de los habitantes y sometidos a un régimen jurídico especial de derecho público*" (Farrando & Pablo, 1996) puede entregarles a los particulares concesiones, para que constituyan la propiedad privada.

Dicha concesión, se refiere a los actos de la administración por medio del cual se les conceden a personas privadas ciertos derechos o ventajas especiales sobre el dominio del Estado o respecto del público, mediante sujeción a determinadas cargas y obligaciones. Se define como "*un acto administrativo público, por medio del cual el Estado, llamado concedente, faculta al particular, llamado concesionario, para que administre y explote en su provecho, en forma regular y continua, pero por tiempo determinado, bienes del dominio público o servicios públicos, en vista de satisfacer un interés colectivo, mediante una ley preconcebida y un contrato formulado entre las partes.*" (Melendez, 1964) y en contraprestación de estos Derechos, el concesionario entrega al Estado un pago periódico.

Es decir, un concesionario recibe de manera casi gratuita los bienes de la Nación tan sólo con pagar los derechos para hacerlo, pero no los bienes que le son entregados y a partir de los cuales el desarrollará para provecho propio las actividades objeto de la concesión. Así, se observa que las concesiones de bienes con un alto valor estratégico, permiten la transferencia de utilidades del sector público (Estado) al sector privado (particular) sin que medie en este proceso un pago extraordinario proporcional a la ganancia obtenida, y entonces, bajo estas condiciones se justifican y legitiman los procesos privatizadores.

Ya que el concesionario al pagar única y exclusivamente los derechos, recibe por parte del Estado una utilidad extraordinaria derivada del uso, aprovechamiento y explotación de los recursos naturales concesionados; por lo que, bajo este supuesto, estaríamos situados en una de las modalidades de privatización, entendida de manera genérica como *“la transferencia de los derechos sobre las utilidades netas generadas por el sector público al sector privado, que no implica necesariamente un cambio en la pertenencia del bien”* (Hemming & Mansoor, 1988).y mucho menos el pago por la propiedad de este.

Bajo la figura genérica de la concesión, aplicada a la concesión de aguas, se permite que el concesionario, al igual que pasa con otros recursos naturales, pague el derecho de extraer dicho recurso, no el agua en sí misma y mucho menos la superficie de extracción, pudiendo así, extraer el agua de un manantial o del subsuelo sin tener que comprar la superficie en la que se encuentra y menos el costo real de cada m³ de agua extraída.

Así, al contrastar la doctrina jurídica en materia administrativa con la realidad práctica de la política concesionaria tenemos, que para el caso del agua cuando el concesionario recibe el derecho de explotarla, simultáneamente, se le entrega el derecho de aprovecharlo como insumo de los procesos productivos agropecuario y forestal o industrial, e incluso de separarla del ciclo natural y comercializarla, apropiándose para sí y obteniendo ganancias, muchas veces exorbitantes a partir de ello, sin tener que resarcirle a la Nación el impacto por la merma en sus recursos naturales, de su propiedad originaria.

Y, además se permite que los titulares de derechos de agua concesionados fundamentándose en el artículo 28, fracción IV de la Ley de Aguas Nacionales, puedan transmitir los derechos de los títulos a terceros que originariamente no los poseían. Terceros que, por supuesto, son los dueños del capital y quienes están interesados en usar, aprovechar o explotar el agua en actividades altamente lucrativas, a diferencia de sus poseedores ancestrales, quienes utilizan el agua para satisfacer sus necesidades personales, domésticas, agrícolas y pecuarias a pequeña escala.

Determinar si existe o no una tendencia a la privatización del agua, resulta teórica y metodológicamente complicado, sin embargo, para su identificación es posible hacer uso de los patrones que evidencian la existencia de un proceso privatizador. Uno de ellos: la figura legal de la concesión de aguas, en su devenir histórico ha exteriorizado diversas transformaciones en cuanto a su objeto, titular, volumen y uso, cambios que permiten visualizar los matices de una tendencia de la privatización del agua, ya que al ser esta causa (como acto o instrumento)- y consecuencia (como título que otorga derechos) del mismo proceso revelan la tendencia a la privatización del agua.

1.1. Objeto de la concesión

El objeto para el cual se otorga una concesión, puede ser para el aprovechamiento

de agua subterránea del manto acuífero o superficial de escurrimientos, ríos, lagos o manantiales; descarga de aguas residuales u ocupación de zonas federales para la construcción de instalaciones u otros fines. En el municipio de Texcoco, el agua subterránea (SB) se extrae del Panuco, cuenca 3, acuífero Texcoco; el agua superficial (SP) de manantiales, escurrimientos o ríos que se encuentran dentro de los límites territoriales de titular de la concesión. La zona federal (ZF) para el aprovechamiento de terrenos federales está principalmente en el área del lago de Texcoco y la zona de descarga (DS) se refiere a la liberación de aguas residuales en los ríos u otros cuerpos de agua del municipio.

1.2. Titular

La Ley de Aguas Nacionales prevé que las personas jurídicas pueden ser titulares de Derechos del agua, sin embargo, esto no significa que todas sean similares en su composición, antes bien existen en ellas cambios en su objeto y naturaleza jurídica, los cuales para su estudio se agruparon en cinco categorías: civiles, agrarias, mercantiles, religiosas y administración pública. Veamos:

1.2.1 Las Sociedad y Asociaciones Civiles. Por su naturaleza jurídica, no persiguen fines de lucro y se constituyen con objetivos particulares específicos, ante una aparente necesidad, las distinguimos por el sufijo A.C. al finalizar el nombre de la sociedad, por ejemplo: "Asociaciones de Usuarios del Agua" A.C. Este tipo de sociedades son en su mayoría asociaciones de ayuda a terceros o de autoayuda para sus propios miembros.

En el caso de los titulares de derechos del agua, en el municipio de Texcoco encontramos que los titulares de concesiones inscritos en el REPDA, pueden ser:

a) Asociaciones de Usuarios del Agua.- Entre éstas podemos encontrar a las Asociaciones de Colonos que se organizan como Asociación Civil para solicitar la concesión de derechos del agua. Estas asociaciones de usuarios de agua solicitaron una concesión de agua para uso público urbano o doméstico, son por ejemplo la Sociedad de Usuarios del Agua del Rio Santa María Nativitas, Texcoco, México, A. C. y los Vecinos del Pueblo de Tequexquináhuac, entre otros.

b) Comité de Agua Potable.- Los Comités de Agua Potable no se encuentran reglamentados expresamente en las leyes de aguas, sino únicamente se encuentran pequeñas referencias implícitas en el Bando Municipal y se rigen por medio de los reglamentos internos de las comunidades, de acuerdo a lo establecido por el artículo 115 Constitucional, fracción III. Entonces, las comunidades crean dentro de su estructura orgánica a los Comités de Agua Potable, con personalidad jurídica y solicitan una concesión o sin ella y extraen el agua amparados por un permiso del registro del pozo para el aprovechamiento en uso público urbano y doméstico. Entre éstas podemos encontrar a el Comité de Agua Potable de Santa Cruz de Abajo, Texcoco, Estado de México, A. C., el Comité de Agua Potable y

Alcantarillado el Tejocote, A. C., entre otros.

1.2.2 Sociedades y Asociaciones Agrarias.- La Ley de Aguas Nacionales (LAN) define que los productores rurales en colectivo se podrán asociar entre sí libremente para constituir personas morales, con objeto de integrar sistemas que permitan proporcionar servicios de riego agrícola a diversos usuarios, para lo cual deberán constituir Unidades de Riego (Artículo 88, LAN) o Sociedades de Producción Rural. O bien, solicitarla a título personal como particulares, pero el régimen bajo el cual se registrarán distará mucho de su naturaleza agraria. Sin embargo, para ser titulares del agua y que su concesión sea libremente transmisibles, se les obliga a constituirse como Asociaciones Civiles o en todo caso Mercantiles.

a) Unidades de Riego.- Se refiere al área agrícola que cuenta con infraestructura y sistemas de riego, distinta de un distrito de riego y comúnmente de menor superficie que aquél; puede integrarse por asociaciones de usuarios u otras figuras de productores organizados que se asocian entre sí libremente para prestar el servicio de riego con sistemas de gestión autónoma y operar las obras de infraestructura hidráulica para la captación, derivación, conducción, regulación, distribución y desalojo de las aguas nacionales destinadas al riego agrícola (Artículo 3, fracción LI, LAN). En Texcoco, podemos encontrar, por ejemplo las Unidades de Riego para el Desarrollo Rural San Jerónimo Amanalco, las Unidades de Riego para el Desarrollo Rural “*San Cristóbal Tulantongo*”, entre otras.

b) Ejidos, comunidades y pequeños propietarios.- Corresponde a los ejidatarios o comuneros, de acuerdo a su Reglamento Interno, la explotación, uso o aprovechamiento de aguas en ejidos y comunidades para el asentamiento humano o para tierras de uso común se efectuarán (Artículo 55, LAN), y aun cuando se hubiere parcelado un ejido o comunidad, corresponde a ejidatarios o comuneros la explotación, uso o aprovechamiento del agua necesaria para el riego de la parcela respectiva. Además la asamblea como máximo órgano puede, decidir previo y expreso consentimiento de los ejidatarios titulares, establecer empresas para el aprovechamiento de sus recursos naturales o pactar convenios de participación mediante acciones “T” en las que participen incluso los pequeños productores (Artículo 108, Ley Agraria). Entre ellas encontramos, para el municipio de Texcoco, por ejemplo: al ejido de La Magdalena Panoaya y el ejido de Tocuila que solicitaron una concesión de aguas para uso agrícola.

1.2.3 Sociedades Mercantiles.- Las sociedades mercantiles se constituyen preponderantemente con fines económicos por lo que buscan que la actividad para la que se constituyeron les genere una ganancia. Es decir, que atendiendo a su naturaleza jurídica, la solicitud de concesión de aguas hará que el objeto de esta sea con fines lucrativos, como materia primaria de un proceso o servicio o como elemento de un proceso industrial. Entre ellas:

a) Sociedades Anónimas.- Existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios y cuya obligación se limita al pago de sus acciones. (Artículo 87, LGSM). Dichas acciones, en que se divide el capital social de

una sociedad anónima, estarán representadas por títulos nominativos que servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio, y se registrarán por las disposiciones relativas a valores literales (Artículo 111, LGSM). Estas se dedican a diferentes giros mercantiles, por lo que utilizan el agua como elemento principal o secundario dentro de sus procesos industriales y comerciales, entre ellas se encuentran: Purificadora de Agua de Texcoco S. A. de C. V., Hielo Texcoco, S.A. de C.V., Inmobiliaria Cape, S.A. de C.V, Geo Edificaciones, S.A. de C.V, Desarrollos Ksa Fácil, S.A. de C.V, etc.

b) Sociedades de Responsabilidad Limitada.- Se constituye entre socios que solamente están obligados al pago de sus aportaciones, sin que las partes sociales puedan estar representadas por títulos negociables, a la orden o al portador (Artículo 58, LGSM); Así, por ejemplo, en caso de concurso mercantil, la sociedad responde únicamente con su patrimonio sin afectar el patrimonio de los socios en lo particular. Las que solicitaron una concesión y que a la fecha cuentan con derechos vigentes son: Nueva Wal-Mart de México, S. de R. L. de C. V. y envasadora de Aguas en México, S. de R. L. de C. V. que se dedican a purificar y vender el agua, como actividad principal, entre otras.

1.2.4 Asociaciones Religiosas.- Las asociaciones religiosas se encuentran reguladas dentro de la legislación civil y se constituyen, básicamente con fines de culto. Las instituciones religiosas que son titulares de concesión y se encuentran inscritas con derechos vigentes en el año 2014 en el REPDA son: La Torre del Vigía, A. R., Congregación Cristiana de los Testigos de Jehová, A. R. y la Diócesis de Texcoco, A. R. Sin embargo, debe notarse con especial atención que la congregación de los testigos de Jehová tiene en concesión una zona federal de 6750 metros cuadrados y la torre del vigía tiene una concesión de agua subterránea y de descarga para uso industrial y múltiple, lo que contrarresta con su propia naturaleza.

1.2.5 Administración pública.- Como antes de la administración pública tenemos a: Comisión del Agua del Estado de México, Sistema de Autopistas, Aeropuertos, Servicios Conexos y Auxiliares del Estado de México, Luz y Fuerza del Centro, Instituto de Salud del Estado de México, Municipio de Texcoco, Gobierno del Distrito Federal, Institutos Mexiquenses de Cultura y de Vivienda Social, Secretaria de Comunicaciones y Transportes, Sistema de Autopistas, Aeropuertos, Servicios Conexos y Auxiliares del Estado de México que solicitaron una concesión para uso en servicios y público urbano.

Entre los centros educativos titulares de concesiones podemos encontrar a Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM), Colegio de Postgraduados, Universidad Autónoma Chapingo, Centro de Investigación Filosófica Tláloc, A. C., Centro Internacional de Mejoramiento de Maíz y Trigo (CIMMYT INT.) y el objeto de su concesión es para uso múltiple, mientras que de las dos concesiones que solicito lo UAEM son exclusivamente para servicios.

1.3. Usos

La Ley de Aguas Nacionales y el Registro Público de Derechos del Agua prevén diferentes tipos de uso del agua concesionada, por ejemplo la primera prevé las concesiones para uso público urbano pero no las concesiones de uso doméstico que si se encuentran inscritas en el REPDA. Las concesiones para uso agrícola, pecuario, forestal, y servicios que si están previstos y se señala un rubro adicional que señala concesiones para otras actividades productivas entre las que se podrían englobar las concesiones para uso industrial y las concesiones para uso múltiple que pueden involucrar cualquiera de las anteriores.

1.4. Volumen

Inicialmente el decreto de la Ley de Aguas Nacionales estableció que el período de otorgamiento de las concesiones sería de 5 y hasta 50 años, sin embargo un decreto posterior señaló que debiera ser de 10 años y que eso representaría el tiempo suficiente para mejorar los conocimientos de los titulares de derechos sobre la disponibilidad del agua y al solicitar la renovación de ésta, el volumen sería menor. El volumen de agua subterránea o superficial se mide en m³, el de descarga en m³ de agua que se puede descargar en acuíferos u otros cuerpos de agua y la zona federal en km² concesionados para el establecimiento de infraestructuras relacionados al servicio del agua u otros objetos.

1.5. Actos administrativos

En el otorgamiento de las concesiones apostó al mejoramiento de las condiciones y decisiones en relación a los procedimientos por lo que los procedimientos tendrían que ser ya más simples. Sin embargo, esta simplificación de procedimientos se dio en todos los rubros y eso condujo a la eliminación de los viejos candados que históricamente permitían la protección de los derechos del agua, conduciendo a una transmisión de derechos que por venta, donación o cualquier otra transferencia económica o graciosa pasaron a manos de quienes inicialmente no tenían derechos de uso aprovechamiento o explotación de agua o el volumen entregado era menos. Así de esta forma la el REPDA registra entre los actos más comunes: correcciones a los títulos, cesiones parciales de derechos y prorrogas.

RESULTADOS

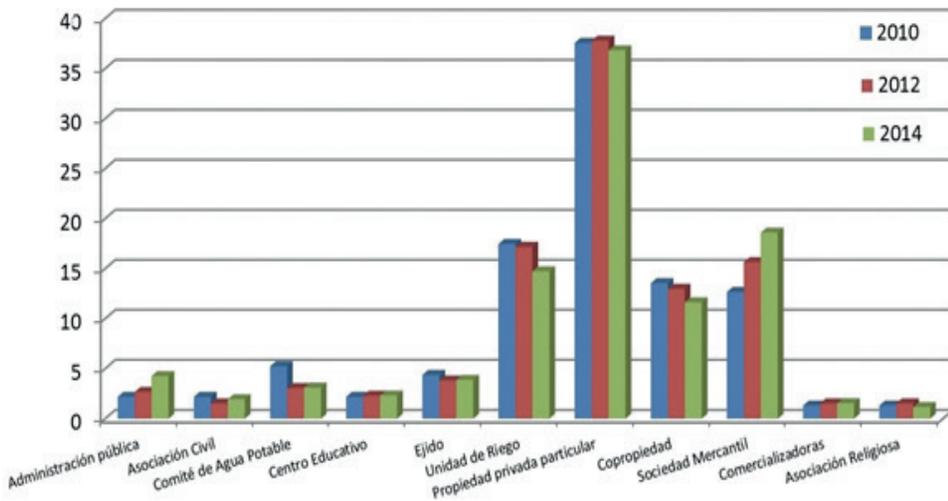
Definidos metodológicamente los parámetros (objeto, titular, volumen y uso) a utilizar para el análisis estadístico del caso concreto de los datos encontrados en el Registro Público de Derechos del Agua para determinar el grado en que se da la privatización del recurso. Para el municipio de Texcoco, en el año 2012 se tenían

229 títulos de concesión inscritos y para el año 2014 se registraron 276 titulares, pero no se registran cambios considerables en los volúmenes concesionados de agua superficial o subterránea, lo que significa que el aumento registrado se debe a las cesiones parciales de derechos del agua y con ello, una modificación en cuatro parámetros principales: objeto de la concesión, titular de la concesión, uso del agua y actos administrativos.

En cuanto al objeto de la concesión en el año 2012 se tenía que un 89% del objeto de las concesiones era para extracción de agua subterránea y ese porcentaje disminuyó para el año 2014 que representó solamente el 79%. El aprovechamiento y uso de agua superficial era de 9.38% en el año 2012 y en el 2014 representó únicamente 3.98% del total; es decir que en relación al total de objeto de las concesiones la utilización de agua superficial resultó menor. El porcentaje de descarga de agua paso de 0.35% en el 2012 a 7.17% en relación al total de las concesiones, sin embargo el volumen total de descarga permitida disminuyó. Mientras que el porcentaje de concesiones con objeto de zona federal pasó de 1.12% a 9.56% del 2012 al 2014, sin embargo pese a que el porcentaje aumento considerablemente en relación al del registro anterior la superficie se redujó.

Las reformas de 1992 al marco jurídico Nacional permitieron que los derechos de aguas se transmitieran (vendieran) mediante el procedimiento concesionario establecido lo que ocasionó que, por ejemplo, para el caso del municipio de Texcoco los titulares de los derechos del agua (gráfico 1), se registraran entre el 2010 y el 2014 una disminución considerable de comités de agua potable, ejidos, unidades de riego, propietarios privados particulares y copropietarios en contraste con el aumento de sociedades mercantiles y comercializadoras de agua. Es decir, los nuevos titulares del agua, ven en esta un medio a través del cual se puede generar ganancia.

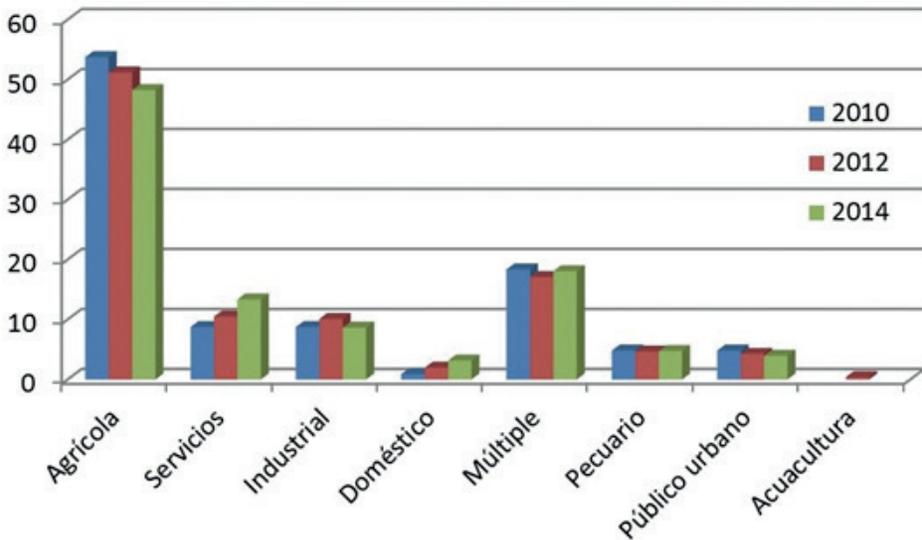
Gráfica 1.-Comparación de los titulares de las concesiones (2010, 2012 y 2014).



Fuente: Elaboración propia con datos del Registro Público de Derechos del Agua (2010, 2012 y 2014)

Asimismo, los cambios en el uso del agua (gráfico 2) denotan que ha habido un aumento de uso para servicios y doméstico equivalente a la disminución de uso agrícola y público urbano, es decir. Y el industrial, múltiple, pecuario se mantuvo casi constante.

Gráfica 2.-Comparación de porcentajes de los usos de las concesiones (2010, 2012 y 2014).



Fuente: Elaboración propia con datos del Registro Público de Derechos del Agua (2010, 2012 y 2014)

Los volúmenes concesionados para el municipio de Texcoco, entre los años 2010 y 2014 se han mantenido prácticamente iguales. El volumen de extracción de agua subterránea disminuyó solamente un 0.33% y de agua superficial se mantuvo, el volumen de descarga disminuyó un 5.37% pero el área de zona federal concesionada aumento 490%, tal y como se observa en la siguiente tabla:

Año/ volumen (m ³ y superficie km ²)	Subterránea	Superficial	Descarga	Zona Federal
2010	65224249.8	8479948	309662.85	810869.54
2014	65003412.17	8479948	293005.44	4786663.95

Finalmente, hasta la actualización de la base del REPDA del año 2014 la mayor cantidad de actos administrativos son transmisiones parciales de derechos del agua y prorrogas del plazo de concesión una vez que este ha vencido.

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

El Estado, al retirarse de los procesos productivos y la prestación de servicios públicos ha permitido que se lucre con los bienes de la Nación, entregándolos a particulares nacionales y extranjeros para usen, aprovechen o exploten los bienes estratégicos, permitiéndoles incluso, intervenir en la administración y abasto del agua potable por medio de concesiones y contratos de participación mixta. Y, aunque, es cierto que la concesión, como figura administrativa no es fuente de derechos reales, la realidad muestra que si se entrega una concesión a cambio de un pago por derechos, pero no de los bienes concesionadas, por un plazo de hasta por 20 años el titular de estos derechos actúa como propietario de los bienes sin serlo, pues tiene a su disposición lo bienes y no hay una manera jurídicamente efectiva de limitarlo, salvo en los casos que excede el volumen concesionado, pero la multa tampoco es económicamente impactante para el titular que utiliza el agua en actividades altamente lucrativas.

La singularidad cualitativa de los datos cuantitativos encontrados en el REPDA, describe el proceso de privatización del agua no sólo desde la perspectiva legal y funcional, sino también estructural, al situar a la concesión como una fase intermedia de apropiación del agua en la que a lo largo del tiempo, la propiedad del agua se ha movido de lo público o social a lo privado particular.

En cuanto al objeto de la concesión era para extracción de agua subterránea, este tuvo un decremento, al pasar del 89% en el 2010 al 79% en el 2014 en relación al total del objeto, lo cual podría significar dos cosas: 1) la carga de extracción al manto acuífero disminuyo y en el mejor de los panoramas que se realizaron tareas institucionales y organizativas para el uso eficiente del agua ya que por la sobrecarga del acuífero no podría concesionarse un mayor volumen o 2) el objeto para extracción de agua superficial, descarga o aprovechamiento de zona federal aumento. Y para este caso, sucedió lo segundo pues los permisos para uso de zonas federales aumento considerablemente.

La disminución considerable del 8% de comités de agua potable, ejidos, unidades de riego, propietarios privados particulares y copropietarios como titulares del agua y el aumento de sociedades mercantiles y comercializadoras de agua en el mismo porcentaje significa que la concesión como figura administrativa se torna más como un elemento para satisfacer intereses particulares del concesionario, que como instrumento del Estado para impulsar el desarrollo económico y social, permitiendo que a través de ella se entreguen a los particulares o sociedades mercantiles la libertad de explotar recursos naturales o prestar un servicio exclusivamente, bajo políticas orientadas al libre mercado.

El uso agrícola se redujo de 53.7% a 48.2%, mientras que el de servicios aumento de 8.7% a 13.3%, situación que sólo puede explicarse por cambios en el uso del agua y de titular, ya que, por ejemplo una inmobiliaria que adquiere derechos de concesión de aguas mediante una transmisión parcial puede solicitar un cambio de uso del agua servicios o incluso, doméstico y proporcionar el servicio a los ocupantes de sus viviendas.

Finalmente, la mayor cantidad de actos registrados son prorrogas y transmisiones parciales de derechos, lo que significa que cuando a un titular su concesión estaba por vencer el plazo, transmitía parcialmente los derechos a un tercero, quien al adquirir respecto a esa parte derechos iguales a los usuarios originales del agua puede solicitar una prórroga de la concesión igual que lo hará el antiguo titular. Estas transmisiones parciales o bien, totales se hacía a un tercero extraño, que no era familiar directo del titular del agua porque de serlo la transmisión se haría vía juicios sucesorios.

Con todos los datos presentados, es posible determinar que el otorgamiento de las concesiones, como un acto discrecional del Estado, es la piedra angular que ha formalizado, los despojos, las ventas irregulares, las expropiaciones y demás violaciones formalizadas bajo las características y condiciones de modo, tiempo y lugar impuestas en México a partir de 1992, cuando se permitió que particulares y sociedades mercantiles pudieran sean titulares de Derechos de Agua y en los hechos, propietarios del agua y, entonces, generaran una ganancia para sí, sin tener la responsabilidad de regresar los bienes de la Nación que se han apropiado, denotando así una fuerte tendencia a la privatización del agua.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El modelo económico Neoliberal, al tratar de mantenerse al margen de procesos económicos de los Estados-Nación ha propiciado una política privatizadora de los recursos y servicios públicos que históricamente les ha pertenecido. En este tenor ha permitido que se lucre con los bienes de la Nación, entregándolos a particulares nacionales y extranjeros para que usen, aprovechen o exploten los bienes estratégicos de la Nación. Para lo cual, ha reformado su legislación interna a fin de permitir que sea la concesión el medio más idóneo para cumplir con los objetivos de la nueva política hidráulica nacional, y delegando a un tercero su responsabilidad directa de la administración de dichos bienes.

Dichas reformas han provocado que actores de diferente naturaleza jurídica puedan participar en la administración local del agua, y por ejemplo, se dé el caso de que la concesión de aguas pueda ser solicitada por asociaciones y sociedades civiles, religiosas e incluso mercantiles, siempre y cuando se sujete a lo establecido conforme a la Ley de Aguas Nacionales. No obstante aún no se le da el pleno reconocimiento a los usuarios que se encargan de administrar y operar los sistemas de agua potable y pequeño riego, sino que por el contrario, se les pide se sujeten y adapten a la legislación vigente. Todo ello ha propiciado el incremento de la participación de

asociaciones civiles y mercantiles, dejando de lado a las sociales que administran el agua en forma de pequeño riego o Comités de Agua Potable, e incluso ha permitido una diversificación del uso del agua.

Al hacer esto, se le ha permitido al titular de la concesión de aguas, que utiliza el agua para venderla embotellándola o por medio de la prestación del servicio de agua potable "*privado*", que extraiga el agua del subsuelo o la aproveche superficialmente sin pagar realmente por el recurso, sino únicamente pague los derechos de uso o explotación conforme al tabulador de la Ley Federal de Derechos, pero no por el recurso en sí.

Para el caso concreto del municipio de Texcoco, Estado de México, se ha registrado a través de la base de datos del Registro Público de Derechos del Agua un incremento en la transmisión parcial de derechos de agua de uso agrícola y pecuario para uso industrial y de servicios, particularmente para la construcción de grandes plazas comerciales o embotelladoras. Y más aún, la mayor cantidad de titulares de dichas concesiones son particulares o sociedades mercantiles a quienes se les concesionan grandes cantidades de agua para sus procesos industriales en alimentos, químicos o automotrices. Se registra un incremento en la transmisión parcial de derechos de agua que representa una embestida directa de la propiedad privada hacia la propiedad social pues con ese cambio de titular y destino, el agua pasa a manos de los dueños de embotelladoras, constructoras, o bien, al servicio de constructoras o de grandes plazas comerciales.

A partir del caso concreto estudiado, para el municipio de Texcoco, se observa que existe un fuerte cambio en la naturaleza jurídica de los titulares y uso para el cual se destina el agua, pasando de pública o social a privada particular y de uso agrícola, pecuario a servicios, pero para el servicio público urbano, sino para el servicio privado, denotando por lo tanto fuertes matices de una clara tendencia hacia la privatización del agua. Por lo que es necesario frenar esta cesión de derechos, sin limitar o condicionar ilegalmente la titularidad de los mismos, pero si delimitar las condiciones mediante las cuales los derechos del agua pueden ser transmitidos y los cambios en la naturaleza y uso de la concesión del agua pueden permitirse y la única manera de lograr eso es capacitando, apoyando y concertando proyectos adecuados que beneficien realmente a los titulares ancestrales del agua y sus herederos para evitar que el agua se pierda.

Además, es necesario, diferenciar entre los tipos de concesión, en relación a su titular y el uso, pues por ejemplo una concesión para uso agrícola si le es otorgada a una Sociedad de Producción Rural (sociedad agraria) no busca la generación de una ganancia exorbitante derivada de la utilización del agua, antes bien, sirve como un elemento que potencia la producción. Caso contrario, ocurre cuando la concesión le es otorgada a una Sociedad Anónima de Capital Variable que se dedique a la producción agrícola de cultivos altamente rentables, como jitomate bajo invernadero, que para su establecimiento requieren de una inversión considerablemente elevada.

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Autónoma Chapingo, mi alma mater, por darme educación y albergar a investigadores como el Dr. Jesús Soriano y la Dra. Tayde Morales, quienes han sido mis guías en esta investigación. A Chio por acompañarme en este largo proceso de investigar.

REFERENCIAS

Código Civil Federal, Diario Oficial de la Federación § 3 de diciembre (1928).

Farrando, L., & Pablo, M. (1996). Manual de Derecho Administrativo. Argentina: Palma.

Hemming, R., & Mansoor, A. (1988). Privatización y participación pública. Whashington D.C.: Ocasional Paper.

Ley Agraria, Diario Oficial de la Federación §6 de enero (1992).

Ley de Aguas Nacionales, Diario Oficial de la Federación § 1º de diciembre (1992).

Ley General de Sociedades Mercantiles Nacionales, Diario Oficial de la Federación § 4 de agosto (1934)

Meléndez, C. (1964). Estudio sobre la concesión administrativa y su definición . Poder Judicial del Estado de Guanajuato, 15-24.

DESOBEDIENCIA CIVIL CUESTIÓN DE TRADICIONES JURÍDICAS O DE COMPOSICIONES Y DESESTRUCTURACIONES SOCIALES

Jairo Enrique Lucero Pantoja⁴¹

Fecha de recepción: 28 de abril de 2015.

Fecha de aceptación: 12 de octubre de 2015.

Referencia: LUCERO PANTOJA, Jairo Enrique. *Desobediencia civil: Cuestión de tradiciones jurídicas o de composiciones y desestructuraciones sociales*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 1. Núm. 1. Págs. 107 – 131. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex.

RESUMEN

Referimos al tema de desobediencia civil en la gran mayoría de ocasiones nos remite a pensar en transformaciones sociales, revoluciones desencadenadas por descontento generalizado junto a pésimas políticas sociales, y así, un sin fin de ideas circunscritas en el “agitamiento de masas” y la “destrucción del statu quo”. No obstante lo anterior, sin desestimarlos y mucho menos pretender visualizarlos como la única forma en la que se representa dicho término, debemos precisar que todo acto referente a desobediencia civil necesariamente requiere de una estructura estatal frente a la cual se presente dicha inconformidad de acciones y omisiones prescritas en políticas, casi siempre, posesionadas en intereses contrarios al bienestar general. En este orden de ideas, también debemos considerar que la esencia de toda estructura estatal se encuentra en la columna legal que este provea, así como el desarrollo

⁴¹ Jairo Enrique Lucero Pantoja, abogado de la Universidad de Nariño (Col.), estudiante del Posgrado de Derecho Internacional Ambiental de la Universidad de Buenos Aires (Arg.) y estudiante becario de la Maestría de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo (Arg.).

aplicativo que las mismas presenten dentro de la sociedad. El sistema legislativo junto al sistema judicial, son dos pilares de gran importancia dentro de la organización del “*todo estatal*”, quedando por fuera el sistema militar y coercitivo, la organización económica y las características particulares de cultura y tradiciones, que forman en su unión dicha estructura. Este trabajo buscará encontrar en que piso de las tradiciones que dan vida a los ordenamientos jurídicos actuales, se facilita el accionar civil desobediente, pretendiendo resolver que caracteres históricos y normativos hacen ello posible, y los análisis fácticos que den validez a nuestras conclusiones.

PALABRAS CLAVE: desobediencia civil, Common Law, Civil Law.

ABSTRACT

Addressing the issue of civil disobedience in the majority of times we think refers to social transformations, revolutions triggered by widespread discontent with appalling social policies, and so circumscribed endless ideas in the grassroots uprising and destruction of the *statu quo*. Nevertheless, without pretend as the only way in which that term is represented, we must point out that any act concerning civil disobedience necessarily require a state structure against, almost always, general welfare. In this vein, we must also consider that the essence of all state structure is in the legal column that this provides, and the development application submitted within the same society. The judicial and legal system are the two pillars of great importance in the organization of the “*whole state*”, being outside the military and coercive system, economic organization and the particular characteristics of culture and traditions, which are in their union that structure. This work will seek to find in what floor of the traditions that give life to the current legal systems, the civil disobedient actions are more plausible, trying to resolve historical and normative character that make this possible, and find the facts that give validity our conclusions.

KEYWORDS: civil disobedience, Common Law, Civil Law.

1. ACLARANDO TÉRMINOS

Desobediencia civil es un término muchas veces presentado como un actuar extremo frente a la organización estatal, más aun cuando por muchos años los poderes mediáticos de comunicación hacen que cualquier amenaza frente al *statu quo* legal y económico sea denominado “*Terrorista*”. Muy a pesar de ello, la desobediencia civil tiene diferentes pisos dogmáticos que hacen de esta un término cuyo fin traspasa un solo actuar drástico o el encasillamiento de reglas que delimitan su accionar. De hecho, la Desobediencia civil como propuesta sociológica y filosófica (Frothingham, 1876) se auto-establece unos límites de obediencia, los cuales tienen como base fundamental el respeto por las libertades democráticas. Es decir, la suposición de

usar la desobediencia civil como medio para llevar a un sector poblacional al poder, y de esta manera constituir políticas propias que aunque siendo justas, no tengan la mayor obligatoriedad de ser refrendadas popularmente, advertiría una clara contradicción, o más bien, oposición a lo considerado “*desobediencia civil*”. Por tanto, el carácter eminente de dicha desobediencia no se enmarca en la contradicción de las normas deprecadas del desarrollo jurídico y moral de la Modernidad y los *acuerdos intertemporales* que esta trae consigo, referidos todos ellos en el marco del sujeto autónomo frente al contrato social⁴², sino por el contrario, deviene de asumir una postura de desobediencia hacia una norma injusta, mas no la total proyección hacia la destrucción de una forma de organización. Por ello el término “*civil*” presenta una gran importancia, pues el mismo conceptualiza los avances de la sociedad liberal y moderna en la referente desobediencia, guiándola por un camino coherente a los principios de libertad y justicia, recubriendo a la acción del cambio en un carácter eminentemente legítimo, pero no totalmente contradictorio del espacio legal.

Así mismo, el uso de la consciencia cumple un importante rol en el no acatamiento de la participación ciudadana de una norma intrínsecamente injusta, pues de ella nace la consideración de una regulación más acorde a los intereses generales, construidos mediante la abstracción del querer conjunto de individualidades y en exaltación a la concepción del bien común. Desde 1948, año en el que Henry Thoreau precisa los principios básicos de la desobediencia civil, se concibe a la misma como una “*práctica válida para manifestar la inconformidad con políticas que instituyen corrupción o algún tipo de arbitrariedad*”⁴³, llegando al punto de presenciar dicha manifestación no como un acto de rebeldía, pues aunque no debe ser ajustada a la ley (es ilegal), se circunscribe en los principios liberales del Estado moderno, llegando a ser en su esencia un acto de mejoramiento al Estado, mas no de desestructuración del mismo.

2. TRADICIONES, MIEDO ORIGINARIOS Y PERMISIÓN A LA DESOBEDIENCIA

Para lograr observar de qué manera se constituye un modelo injusto de organización estatal capaz de propiciar movimientos sociales de desobediencia a sus ordenamientos normativos, es necesario precisar que características estructurales tienen los esquemas legales en los Estados, y así lograr determinar cuál de ellas hace más asequible la generación de acciones de desobediencia civil.

⁴² Consolidar las bases de la modernidad en solo el criterio de autonomía del sujeto y el Contrato Social, no debe dejar de lado que a través de estos se constituyen los presupuestos forjadores del estado liberal, posibilitadores del viraje del principio de autoridad como derecho del soberano (Base de la Pre-modernidad), hasta la consolidación de la Meta Ética Moderna de enaltecer el Consentimiento como puntal de creación de poder, y esta a su vez consolidada mediante la representación de mayorías y el respeto de derechos (Bohmer, 2014).

⁴³ Thoreau expresó en 1848 “*El gobierno mismo, que sólo es el medio escogido por el pueblo para ejecutar su voluntad, está igualmente sujeto a sufrir abusos y corrupción antes de que el pueblo llegue a actuar a través de él*”, conformando con ello el concepto de *Desobediencia Civil*.

Si bien es cierto el Derecho Romano es el génesis de las dos tradiciones jurídicas de mayor relevancia en la actualidad, no es correcto afirmar que todos los modelos jurídicos han debido centrar sus bases en este⁴⁴, desconociendo con ello el gran material “afro-semítico” que configuro sistemáticamente el derecho romano⁴⁵, o -con un ejemplo más cercano-, la regulación indigenista que múltiples pueblos nativos americanos aun hoy siguen aplicando. No obstante, debemos precisar que el derecho romano precisa la creación de las dos tradiciones jurídicas occidentales que este texto pretende abarcar, valga mencionarlas el Common Law y el Civil Law. Al presentar su origen en una estructura organizacional que aglomeró diferentes culturas jurídicas, omitiendo así la labor griega de recopilación legal de las antiguas civilizaciones, pero con ello brindando mayor exaltamiento al accionar romano, debemos considerar también que el poderío militar logrado por el imperio itálico fue clave para el apoderamiento de los insumos del que sería su compilación jurídica, consolidando el factor fuerza y miedo los medios para lograr dicho objetivo. Si bien estos dos caracteres no serían suficientes para lograr el alcance que el *Corpus Iuris Civilis* ha logrado en la historia de las regulaciones sociales desde su creación hasta la actualidad, no es posible omitir su necesaria presencia para dar cabal cumplimiento a los mandatos del emperador y las regulaciones que este deprecaba tanto a la población eminentemente romana como para las colonias anexadas al imperio. Es por ello que usando el factor “miedo”, propondré la distinción de caracteres tanto de una tradición legal como de otra, dado a que esta vive dentro de la historia fáctica de creación y aplicación del derecho base que hoy nos regula.

Para lograr sostener la tesis presentada en el párrafo anterior, deberemos enfatizar como el miedo a “los muchos” frente al miedo a “los pocos” es carácter esencial del núcleo constitutivo de las tradiciones jurídicas que nos gobiernan.

Como bien lo decía el eminente filósofo Von Ihering en dos puntos: (1) “Oportunidad y necesidad”, en el sentido que cada construcción organizacional humana⁴⁶ requiere que puntos concretos, tanto espaciales como temporales que confluyan para así consolidar un resultado final propio para una comunidad en específico, precisa para sus necesidades propias y a la vez usando los instrumentos que tiene a su disposición. En tal sentido, la necesidad de limitar el poder propio de una población para así dominar a otra, es lo que rige en síntesis la construcción del derecho, ya sea para consolidar garantías solidas frente a quienes poseen mayores recursos económicos, o para evitar la amenaza irracional de las mayorías en contra de los derechos individuales, o (en discusiones más modernas, pero que tienen sustento en las respuestas originarias del Estado), las que controlan el poder de las

⁴⁴ En opinión del docente de la Universidad Javeriana de Colombia Federico Escobar Córdoba, “(...) la atención que se le presta al derecho romano en las escuelas de Derecho inscritas en la tradición civilista es excesiva, a la luz de la visión más amplia que un mundo multicultural debe tener del fenómeno jurídico.”

⁴⁵ P. G. Monateri menciona en su ensayo “Gayo, el Negro: Una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental”, una especificación crítica hacia la obra del genio jurídico romano construido a través del *Corpus Iuris Civilis*, en el que lo categoriza como un reflejo o “hibridación cultural mediterránea en la que el aporte del pueblo romano rara vez fue el más sofisticado, siendo este un desarrollo conjunto de préstamos de Egipto y del Medio Oriente”.

⁴⁶ Rudolf Von Ihering explicaba como las características jurídicas más relevantes de las colonias conquistadas por el Imperio Romano fueron anexadas consecutivamente en su *Iuris Civilis*, siendo este finalmente una mezcla de compendios jurídicos, y no un texto original de la organización romana desde el 753 a. C. hasta mediados del siglo VI d. C.

instituciones que amenazan el cuerpo fuente de la sociedad civil en su esencia de respeto a la libertad, justicia, y con ello, la dignidad. (2) *“Derecho Real y Derecho Formulado”*. Con esta segunda construcción analítica, Ihering nos formula la existencia de un derecho auténtico, verdadero, valga decir, *“derecho en sí mismo”* (Hernández, 2005), al cual lo llama *“Real”*, usado para precisar el lugar de existencia en el que se encuentran formuladas las razones primarias y por ende originarias, de fondo, y a su vez sutilmente ocultas que posee cada ordenamiento jurídico, más aun cuando hacen parte de estructuras legales a las que se adicionan (Civil y Common Law). Por otro lado, el Derecho Formulado es la expresión lingüística del primero, con sus fallas y declinaciones a la esencia que oculta el carácter del derecho madre.

Con estos dos insumos podremos dar cabal análisis al carácter *“miedo”* como dinámica de concreción hacia los verdaderos fines protectores de cada tradición jurídica y develar sus principales diferencias, para posteriormente, lograr definir en cual miedo se ve más permisivo una organización estatal frente a las manifestaciones eminentes de desobediencia civil.

En primer lugar, empezaremos diciendo que las dos tradiciones tienen cimientos estructurales que les posibilitan precisar obligaciones normativas y de allí regulaciones sociales, políticas y por supuesto legales. Por una parte, el Civil Law centra sus bases en la Supremacía Parlamentaria, es decir, transpola el poder de la deliberación y poder popular hacia sus representantes democráticamente electos, exaltando de esta manera el poder legislativo como primera fuente del derecho.

La razón de esta importante característica se debe al génesis histórico que en el Civil Law radica el emblema de la Revolución Francesa y de las subsecuentes revoluciones liberales que abrieron el camino de la edad moderna a la contemporánea, consistiendo el otorgamiento del poder estatal en manos de la *“democracia representativa constitucional”* (Bohmer, 2014). De tal manera, la estructura de poder basada en el autoritarismo de las monarquías, y el dominio de la sociedad por grupos o estatus privilegiados de la organización absolutista, tales como la nobleza y el clero, pasan a ser fuentes de *“miedo”* que blindan al nuevo Estado moderno de su intromisión con un control supremo de las mayorías, simbolizadas en el parlamento. Presentado lo anterior, debe ahora considerarse la posición contraria a la tradición del Civil Law, la cual rige su estructura frente al miedo de los resultados producidos por los lineamientos continentales, enfocándose por tanto en dos premisas: primera: concebir límites frente a las mayorías; y segunda: brindar respeto hacia los derechos individuales. De esta manera el Common Law precisa otorgar mayor poder a la rama judicial y los acuerdos intertemporales forjados a través de sus fallos, con el fin de neutralizar la amenaza que implica las mayorías representadas en cambios coyunturales de superioridades parlamentarias, ante las construcciones legales que protegen derechos individuales y que -desde algún punto de vista- se circunscriben dentro de la concepción fundadora del discurso moral de la modernidad concerniente en el sujeto autónomo como concreción primaria del principio de libertad.

El miedo originado, por un lado como consecuencia de las restricciones históricas que minorías ideológicas y económicas (Monarquía, Clero y Nobleza) tuvieron frente a los derechos propios, valga decir, naturales, que las comunidades tienen para gobernarse y decidir sus formas de gobierno libremente, frente a un

miedo (radicado del anterior) que se crea con fundamento, paradójicamente, al exceso de reivindicaciones de las mayorías que pudiesen trasgredir derechos de los ciudadanos, fueron las bases que consolidaron las tradiciones jurídicas de desarrollo occidental o valga decir, del discurso moral moderno.

Ahora bien, considerando estos miedos fundacionales, también podemos rescatar una duda eje de esta investigación, enfatizada a precisar cuál tradición jurídica es más permisiva a las acciones tendientes a dar cabal practica a la desobediencia civil, o en otras palabras, que miedo originario brinda mayores garantías al ejercicio de la desobediencia civil.

Prima facie podremos analizar desde la individualidad y colectividad que doctrinas arguyen por la practica colectiva de desobediencia ante circunstancias legales o fácticas injustas, al igual que ejemplos concretos de algunos países pertenecientes a una u otra tradición en donde se ha generado mayor o menor 1) restricción a prácticas de desobediencia civil y 2) cambios legales, jurisprudenciales, institucionales e incluso estructurales del Estado.

No obstante para abordar este paso, debemos concebir el esquema de normas que codifiquen obligaciones prescriptivas, a fin de resolver, en primer orden, las causas de un acto de desobediencia, en segundo lugar, que tradición abarca mayores normas prescriptivas, y finalmente en tercer puesto, la regla consecuencial entre normas prescriptivas y actos de desobediencia civil.

3. DE LAS NORMAS PRESCRIPTIVAS Y LOS LAZOS DE LA DESOBEDIENCIA

Las normas prescriptivas tienen origen en los estudios teóricos de Wright quien permite la conexión del lenguaje a la eficacia y practicidad del derecho, siendo el lenguaje finalmente el medio con el cual se expresa el derecho y puede o no tener facticidad en sus postulados. Ahora bien, Wright concibe el carácter prescriptivo como una forma de condicionamiento del comportamiento, es decir, que la norma debe incidir en los actuare de cada individuo, y de esta manera en las manifestaciones sociales acordes a la organización u orden establecido por el poder que expide la legislación (Wright, 1970). Volviendo al tema central de nuestra discusión, podríamos preguntarnos, ¿acaso la falta de este carácter prescriptivo en la legislación incide también en la presencia social y permisión estatal de la desobediencia civil?, o adentrándonos mas a esta discusión, y en pleno uso de la mayéutica socrática, debemos cuestionarnos ¿será el carácter prescriptivo el motor de la eficacia legal (mas enfáticamente, en la facticidad de la aplicación y respeto de los derechos) que impida acciones atenientes a la desobediencia civil?

Las normas prescriptivas enfocadas en un orden social implican *per se* que las reglas operativas se cumplan cabalmente, o en otras palabras, las garantías base que dan soporte a la forma de organización gubernamental deben ser reales, palpables, -valga decir- fácticas, y no solo impresas como un medio no alcanzable, pues la concreción del estas nos llevará al fin mismo precisado en la organización X o Y

que un sistema plantea para su comunidad. Ahora bien, estas “regulaciones sostén” de todo el juego organizativo social tienden a volverse reales, o mejor, a concretarse en la vida de los ciudadanos y su satisfacción de necesidades, cuando el Estado en el cual se circunscriben posee recursos económicos bastos para sostener modelos de vida de satisfacción. Dicho lo anterior, nuevamente centraremos el enfoque de este texto direccionado en desentrañar que tradición jurídica es más permisiva a la práctica de la desobediencia civil, por lo que congelaremos la discusión de la prescripción de las normas, y con ello eficacia y validez de las mismas, enfocando la siguiente información para percibir como el miedo, tema que ya observamos, será correlativo a la facticidad de las normas prescriptivas.

<i>Países con la tradición del miedo a las mayorías (COMMON LAW)</i>	<i>Países con la tradición al Miedo a las mayorías Privilegiadas (CIVIL LAW)</i>	<i>Descripción Acto de Desobediencia Civil</i>	<i>Reacción Estatal y Repercusiones</i>
Imperio Británico (marcha de la sal)		Empieza en Marzo de 1930 por la entonces Colonia Inglesa de la India. Dichas manifestaciones son lideradas por Mahatma Gandhi, quien (en su origen) se opone a las leyes coloniales británicas sobre el monopolio de la sal. La acción correspondió en realizar largas marchas hacia el Océano Índico para recoger, producir y transportar sal sin pagar el impuesto correspondiente.	La reacción inglesa fue la represión de la marcha por medio de la fuerza, arrestando a miles de personas, y negando a hacer ninguna concesión (en primer orden, eliminar leyes injustas, para después obtener a favor del Raj británico un estatuto de autonomía, y finalmente eliminar la colonia). La repercusión de dichas acciones fue la obtención de la independencia hindú.
EEUU (Movimiento de Piquetas y Sentadas)		Derivado de la crisis del 29 y la no suficiencia de políticas que evitaran el deterioro laboral y económico de la clase obrera con el “New Deal”, miles de trabajadores organizados en sindicatos y no organizados usan en tres huelgas durante 1934 –en Minneapolis, San Francisco y Toledo–, diversas manifestaciones para brindar mayor	La reacción estatal fue muchas veces representada con fuertes represiones a las organizaciones y líderes de las protestas, al tiempo que se iban aplicando las medidas deprecadas del gobierno de Roosevelt desde 1933, método que en primer orden enfrente la crisis económica y las consecuencias de la depresión con un impulso financiero para socorrer de la bancarrota a los grandes monopolios, y posteriormente

	<p>“democratización” a los lugares de trabajo industriales, uniendo a este propósito la lucha por las libertades civiles de los pueblos y ciudades que circundaban a las fábricas. La acción de “Piquetes”, liderada principalmente por organizaciones adjuntas al Partido Socialista Norteamericano, se basaban en consolidar frentes de resistencia ante la fuerte represión realizada por la policía, sin embargo, no se presentaba como una forma de ataque, sino por el contrario, como un acto de defensa. Posteriormente los mismos se transformaron en grupos que adherían, de forma física o en consciencia, a los trabajadores que aún no presentaban total apoyo a las manifestaciones de inconformidad. Así mismo, las “sentadas” (Widick, 1938) consistían en actos pacíficos que impedían la movilización de materiales de uso industrial, transporte de fuerza laboral e incluso fuerzas de represión estatal, que generaban mayor detrimento a las condiciones de vida de los obreros en los periodos de huelga. Las mismas inspiraron al método de protesta usados contra la guerra de Vietnam.</p>	<p>segunda guerra mundial, se consolida la reconversión económica hacia la “producción de guerra” (Bosch, 2014), y la paulatina cooptación de amplios sectores de masas inconformes en sindicatos regularizados y al Partido Demócrata, todos estos circunscritos en lineamientos gubernamentales que les impedían manifestaciones como las suscitadas en 1934 y los fines de justicia distributiva que estos tenían.</p>
--	--	---

* Se denominan “Sentadas” dado a que los huelguistas de la industria del caucho en el invierno de 1935-36, se sentaban en sus máquinas en protesta por sus demandas hasta la existencia de un acuerdo, hecho que un reportero apodó “sit-down” (sentadas).

<p>Gran Bretaña (Oposición Impuesto por Capitación)</p>		<p>El impuesto por capitación no concibe una estructura de recaudación nueva, por lo contrario, su uso fue generalizado en el siglo XIX, llamada por Adam Smith en su aplicación en Inglaterra y Francia como un gravamen fácil. El método usado para la concreción del impuesto es rápido y sencillo, dado a que se basa en un censo poblacional, en el que ningún poblador puede ser omitido de su pago. De esta manera, el 31 de marzo de 1990, cerca de doscientas mil personas en el centro de Londres manifestaron en contra del pago por capitación. Posterior a ello se generó un complejo proceso organizativo de protesta civil constante que consistió en la creación de una red nacional de campañas y sindicatos de impago. Su estrategia se consolidó en tres pasos: 1) negarse a inscribirse para el impuesto, 2) impugnar las reclamaciones de las instituciones (obstruyendo el sistema legal) y, 3) rechazando finalmente el pago (The Guardian, 2012).</p>	<p>El proceso organizativo fue eficaz dado a la precaria recaudación monetaria que tuvo dicho impuesto, brindado exitosamente impulso a los movimientos civiles ingleses para posteriores luchas. Por otro lado, al impedirse el trámite de encuesta e inscripción necesario para la recaudación del gravamen, la acción represiva del Estado fue casi nula, costándole finalmente al partido conservador la dimisión de su líder.</p>
<p>EEUU (Lucha contra la segregación racial)</p>		<p>Especialmente liderada por el abogado Martin Luther King y el Movimiento por los derechos civiles para los afroamericanos, se consolidó la lucha contra la segregación estadounidense y la discriminación racial a través de medios no violentos.</p>	<p>La mayor parte de los derechos reclamados por el movimiento serían aprobados, en primer lugar de forma legal con la promulgación de la Ley de los derechos civiles y la Ley del derecho al voto, y de forma colectiva, con la transformación de conciencia hacia la igualdad social, si bien no completa, si sustancialmente diferente a la establecida antes de los movimientos en contra de la discriminación racial.</p>

<p>Movimiento Hippie (EEUU y Europa principalmente)</p>	<p>La consolidación de las organizaciones Hippies a finales de los años de 1960 tuvieron como causas tres pilares, 1) las profundas alteraciones económicas que produjo la segunda guerra mundial y su ordenamiento concebido en la guerra fría, 2) las diferentes transformaciones en la sociedad en su estructura organizacional, ocasionando desigualdades y falta de equidad, y finalmente 3) las consecuencias culturales que los cambios políticos, económicos y sociales generaron en el consciente colectivo. Con ello se estructuran ideologías de contracultura política y antibelicistas, que junto a un muy prolífico desarrollo artístico se creó un ambiente de defensa de los derechos ambientales, además de criticar fuertemente las intervenciones en países como Vietnam y Corea, para posteriormente centrarse en problemáticas como la pobreza y desigualdad, aunque de estas nunca se produjo una respuesta ideológica o planteamiento estatal fuerte.</p> <p>Sus manifestaciones variaron dependiendo de la tendencia, momento y lugar en el que estos expresaron su inconformidad, no obstante su base se enfatizaba en la protesta pacífica, tendiendo a utilizar los símbolos y el arte, además de adoptar un cierto estilo de vida para ejercer su rebelión. De esta manera, alentaron la vida comunitaria como manera de protesta contra la vida burguesa y el consumo indiscriminado.</p>	<p>Generó grandes movilizaciones, además de transformaciones sociales hacia la aplicación de criterios sobre la vida sexual, una apreciación más renuente a los conflictos bélicos mundiales, y apoyos ideológicos frente a la protección de derechos civiles. La respuesta estatal, si bien fue en la mayoría de casos se usó la fuerza desmedida de coerción, los movimientos hippies, a pesar de sus esfuerzos, no consolidaron un ideal preciso que pudiese ser reivindicado ante las violaciones de derechos presentadas por las fuerza pública de los países donde se hizo presencia.</p> <p>A pesar de lo anterior, la transformación mental contracultural aún sigue generando reacciones en la sociedad actual.</p>
--	--	--

<p>Rebeldías Lisistratas (En todo el Mundo)</p>		<p>Esta forma de protesta no solo unifica el carácter natural del ser humano, sino también el impulso por generar impacto dentro de políticas que carecen desde alguna perspectiva de justicia. En tal sentido, las atenienses del 400 A.C. realizan una huelga de sexo que se oponían a la guerra civil contra los laconios. Si bien es cierto lo mencionado anteriormente relata la obra de Aristófanes <i>"Lisístrata, Los acarnienses y La paz"</i> (Luz de Levante, 2013), la misma, real o solo ficción, defendió las soluciones pacíficas contra los demagogos que impulsaban al pueblo a la guerra, acto que de alguna manera, al menos para el dramaturgo, era criticable. Casos más relevantes se dan en el movimiento del pacífico colombiano de <i>"piernas cruzadas"</i> de las mujeres contra el conflicto armado en los departamentos de Nariño, Cauca y Choco, impidiendo que sus esposos se involucren en la guerra, o simplemente que estos no se vinculen a actividades que les traigan riesgos a su vida en el mismo contexto de guerra interna existente en el País.</p>	<p>Las repercusiones no se derivan de esta obra, cuyo contenido es desconocido en gran parte de las personas que han practicado este tipo de manifestaciones de desobediencia. No obstante ello, el relato si logra vislumbrar las practicas naturales de grupos reprimidos socialmente en el que su medio para representar dicha inconformidad es el uso de las necesidades biológicas sexuales del otro, repercutiendo en que este vire en su posición política, económica, o en este caso, militar.</p>
<p>Inglaterra (Voto femenino)</p>		<p>En el año de 1913, miles de mujeres fueron encarceladas en Inglaterra por su lucha a favor del sufragio femenino (Anderson y Zinsser, 1992), mediante el empleo de actos no violentos y huelgas de hambre. Si bien este fue uno de los primeros</p>	<p>Los movimientos y diferentes formas de protesta fueron en gran medida ocultados y acallados en contextos históricos que bien se entiende al igual que se reprocha, eran abiertamente conservadores y machistas. Sin embargo, el éxito de las mismas se observó fuertemente diferenciado</p>

		<p>hechos de protesta para lograr el voto femenino, no debemos olvidar que en gran número de países también se realizaron actos de desobediencia civil organizada para lograr dicho objetivo, aunque su resultado exitoso fue posterior al generado en países como Australia (1861), Wyoming (territorio Estadounidense, 1869), Nueva Zelanda (1893), Finlandia (1907), Noruega (1910) y Suecia (1911), los cuales fueron los primeros países en reconocer iguales derechos políticos a la población femenina, mientras que países que de igual forma presentaron movimientos a favor de dicho sufragio, como la Alianza Femenina Ecuatoriana desde 1920 y las seguidoras de la lideresa Julieta Lanteri en Argentina desde 1910, solo lo obtuvieron a partir de 1927 en la legislación uruguaya y en 1947 en Argentina.</p>	<p>dependiendo del lugar donde se pretendió obtener el voto femenino. Este ejemplo será representativo en las páginas posteriores del presente trabajo, dado a que en el mismo se logra diferenciar de forma muy precisa (con algunas excepciones), cuales movimientos que presentan acciones de desobediencia civil y que en un futuro tienen éxito universal, obtienen de forma más rápida sus objetivos, mientras que en otros, a pesar de presentar desempeños equivalentes, el cumplimiento de sus logros son notablemente diferenciados en el tiempo.</p>
<p>FRANCIA, ESPAÑA Desobediencia a Ordenes de Mandos Superiores)</p>		<p>Las acciones de desobediencia ante superiores jerárquicos en las fuerzas militares han sido constantes a través de la historia, tanto que ha generado la abstención de cumplimiento de órdenes que contraríen los códigos militares u obligaciones atinentes a derechos humanos o derecho internacional humanitario. El primer caso que observaremos es el presentado por el recluta del ejército francés, Louis Lecoin quien en 1910</p>	<p>La repercusión directa se materializa en los códigos militares y regulaciones constitucionales que posibilitan la no obediencia de las órdenes de los superiores militares cuando estas conllevan la comisión de actos ilegales.</p>

		<p>desobedece las órdenes dadas a su regimiento para romper una huelga de trabajadores ferroviarios. Por dicho acto debe cumplir seis meses de cárcel. Así mismo, en mayo de 1931, los soldados de reemplazo del Regimiento Sicilia se niegan a disparar a los manifestantes portuarios que marchaban con sus familias en manifestación desde Pasaia a Donostia (España).</p>	
<p>ESPAÑA, EEUU (Boicots)</p>		<p>Lo Boicots obtienen su denominación en el siglo XIX, cuando la revista The Times utiliza en 1880 por primera vez el término boycott para describir como la Irish Land League al tener gran oposición por el capitán Charles Cunningham Boycott, administrador de las fincas de un terrateniente absentista, el conde de Erne (Condado de Mayo, Irlanda) para aplicar las políticas de redistribución de las tierras y mejorar la situación de los granjeros en alquiler, deciden suspender todo tipo de tratos con él, desde los jornaleros que se niegan a cosechar, hasta los comerciantes para vender sus alimentos.</p> <p>Algunos de los casos posteriores y más significativos se dieron en EEUU cuando diversos ciudadanos mantienen una huelga de cinco años de duración con un boicot contra los productores de uva de mesa de California hasta conseguir un convenio más justo para los vendimiadores temporeros</p>	<p>Los boicots han tenido múltiples repercusiones, al igual que diversas formas de ser enfrentados, tanto por el Estado como por terceros a quienes va dirigida dicha acción. Sin embargo, el mecanismo es cada vez más utilizado, aunque su poder se deriva del número de personas que lo apoyen, haciendo ineficiente el método de desobediencia con un número mínimo de ciudadanos.</p>

		<p>(Shiva, 2006). Así mismo, en 1969, para protestar por la represión, mientras se había estipulado el estado de excepción durante el gobierno de Franco (en total fueron 11 estado de excepción), en la noche festiva de Donostia del 19 de enero se produce un completo boicot de las sociedades y compañías a participaren la Tamborrada, siendo los únicos asistentes los vehículos policiales (Rodríguez, 2013).</p>	
	<p><i>España (Ocupación de latifundios en extremo duro)</i></p>	<p>En la España Republicana de 1936, la tardía realización de las promesas políticas referentes a la reforma agraria, hechas por los candidatos electos del Frente Popular, generó que más de 3.000 granjas en la provincia de Badajoz fuesen ocupadas por campesinos desempleados. Presentándose dicha dinámica de descontento popular, el gobierno debió legalizar las primeras ocupaciones, aunado a abrir varios debates públicos para el uso futuro de estos predios con pleno poder decisorio comunitario. Estas ocupaciones no solo generaron una dinámica democrática de empoderamiento popular, sino también brindó tierra y trabajo a los habitantes con mayores necesidades.</p>	<p>A pesar de percibirse actos gubernamentales congruentes a las exigencias de la sociedad civil compuesta por campesinos inconformes con la tardanza de la reforma agraria que había impulsado la elección de las políticas del Frente Popular, en el año de 1936 se libra un Golpe de Estado en contra del gobierno democrático de la Segunda República, que desemboca en la Guerra Civil Española. En tanto los campesinos y sus líderes de la "campaña extremeña" fueron asesinados, y el territorio ocupado fue usurpado por las fuerzas nacionalistas del general Franco.</p>

	<p><i>Francia (Bove y el Desmantenimiento)</i></p>	<p>El método consistente en dismantelar pacíficamente industrias o incluso instituciones estatales que generan perjuicios a comunidades específicas, es lo que se circunscribe al "dismantelamiento" que tiene como principal vocero al agricultor militante y miembro del sindicato agrario Confédération Paysanne de Francia, José Bove, cuando la cadena de comida rápida McDonalds intentaba abrir una sucursal en Millau en 1999. El dismantelamiento "ladrillo a ladrillo", no solo se debió a que sería un factor de gran perjuicio a la economía local de Millau, sino también a la oposición de políticas y capitales que impulsaban la manipulación genética y comida basura en los mercados europeos. Estas acciones dieron gran relieve a toda la estructura de activismo agrícola, unificándose este a movimientos anti-capitalista y más tarde a la unión contra el tratado constitucional europeo, como parte de la coalición que solicitó el "No".</p>	<p>La protesta liderada por Bove tuvo mucha acogida en toda Francia, lo que impidió que dichas acciones fuesen fuertemente reprimidas. Si bien la construcción del establecimiento alimenticio si tuvo lugar, el movimiento por soberanía alimentaria y protección de economías agrícolas fue muy exitoso. Por otro lado, el proyecto del Tratado Constitucional del 18 de Junio de 2003 fue aprobado por la Unión Europea para darse posterior aprobación en cada país. No obstante la gran aceptación en los países de la UE, Países Bajos y Francia (gracias a entre otras las acciones de participación ciudadana de Bove) generaron que con alta participación electoral se rechazara la Constitución Europea, dejándola hasta ahora en reformas que aún no han dado cabida a la materialización de la constitución.</p>
	<p><i>México (Plan Nacional de desobediencia civil Pacífica)</i></p>	<p>Ante el incremento de las tasas tarifarias del transporte público de Diciembre de 2013, se intensifica una campaña denominada "desobediencia civil contra el gobierno corrupto", justificando cada acción de negación de reconocimiento de poder legal y legítimo al Estado, cuando este pretendiese incrementar los impuestos</p>	<p>Aunque la medida de no acatamiento del pago por el uso del transporte público fue en un principio exitosa, no llegó a generar una propuesta gubernamental para el futuro control de las finanzas del Estado mexicano, las cuales son fuertemente golpeadas por la corrupción.</p>

		<p>a la ciudadanía sin antes resolver los problemas internos de corrupción. La primera propuesta para dicha desobediencia se enfatizó en “saltar” los puestos de control ticketeadores de transporte público, para luego concentrar su descontento en innumerables manifestaciones. Finalmente se presenta la negación del pago de impuestos a los bienes de consumo básico, el cual aumento en 8% para el mes de febrero del año 2014. Esta desobediencia se realizó en las principales cadenas de mercado, tales como Wall Mart, descontándose en caja y de forma individual el 8% de cada producto y pagando el importe del bien consumible.</p> <p>Para el mes de Junio del año 2014 se consolida el “Plan Nacional de desobediencia Civil Pacífica”, que incorpora diversas organizaciones estudiantiles y civiles para cumplir dichos actos.</p>	
	<p><i>Perú (Proyectos Minero- energéticos)</i></p>	<p>En la provincia de Cajamarca, norte del Perú, desde el año de 1992 se inició operaciones de explotación aurífera por parte de la Minera Yanacocha. Dado a la gran deforestación y pérdida de acuíferos que se presentarían en la zona, diversas comunidades protestaron frente a la intervención de la compañía minera en dicho territorio. No solo se generaron cortes de vías, sino también se negaron a suministrar productos para la alimentación de los operarios de la empresa minera. Dado al gran apoyo de Estado peruano</p>	<p>Las protestas han sido fuertemente reprimidas por las fuerzas policiales y militares del Estado peruano, existiendo innumerables denuncias internacionales sobre las mismas, aunque estas no han generado una repercusión en la continuación del proyecto minero.</p> <p>Finalmente se debe acotar que la extracción minera se ampliara con el Proyecto Conga, el cual eliminara como mínimo siete lagunas naturales (Servindi, 2014).</p>

		representado en aumento de fuerza pública y creación de nueva normatividad más represora, las acciones de los pueblos, mayoritariamente indígenas, habitantes de la provincia de Cajamarca se ha mantenido hasta la actualidad.	
	<i>Francia (Menville y los transgénicos)</i>	En el año de 2003, cientos de ciudadanos de Menville, localidad de Francia donde se destinó la plantación de gran cantidad de semillas transgénicos de maíz, trasgreden las leyes y arrancan una caña por persona, con el objetivo de "ser miles los que puedan ser condenados por una caña", haciéndolo con las manos para no ser acusados por portar armas (Bové y Dufour, 2001).	Los actos repetitivos de los segadores hacen que el gobierno local de Menville no brinde más permisos para plantaciones transgénicas en su territorio.
	<i>FRANCIA (Frente a la producción nuclear)</i>	Entre 1978 y 1982 se desarrollan diversas campañas de desobediencia civil contra la central nuclear de Lemóniz. Estas se enfatizan en realizar diversas actividades de boicot a la empresa (General Electric) junto con intimidación a los trabajadores de la misma. Entre ellos se practicó el no pago del recibo de la luz producido por la central, creación de equipos de electricistas que volvían a conectar la luz tras el corte por impago, apagones coordinados masivos, boicot de trabajadores portuarios a desembarcar material nuclear, solidaridad de los portuarios franceses que también se negaban a prestar los servicios a la central, llamadas reiteradas a las oficinas e intimidaciones a los operarios de las mismas.	Las diferentes actividades coordinadas tuvieron tanto éxito que en 1984 la Central Nuclear dejó de operar, siendo esta clausurada.

La anterior tabla pretende mostrar en un periodo de un siglo los principales eventos de desobediencia civil. Si bien es cierto, la información anterior cuenta diversos aspectos que pueden generar vacíos⁴⁷ para las reflexiones posteriores del texto, si logra brindar leves parámetros para generar conclusiones sobre las tradiciones jurídicas y la desobediencia Civil. Es así, por ejemplo, que los caracteres de la desobediencia civil se han venido desarrollando desde las dos tradiciones, de una forma muy consistente en la historia, observándose que su presentan de forma más numerosa en el presente que en el pasado, aunque solo algunas con mayor apoyo popular que las vistas en la primera mitad del siglo XX. La gran similitud de acciones de desobediencia civil nos centra en dar mayor importancia a la efectividad de las mismas, y que factores hacen que las repercusiones de verdad sean exitosas.

En apariencia, deberemos decir que la tradición del Civil Law sería más propensa a reglamentar normas permisivas hacia actos de rechazo de la comunidad frente a acciones u omisiones injustas por parte del Estado, dado a que los pilares fundacionales de esta tradición, si bien es cierto se centran en la supremacía parlamentaria, el racionalismo optimista y el legalismo pragmático⁴⁸, estos valores solo son otorgados a los legisladores y a la ley, si, y solo si, estos encarnan la “*representación de la voluntad popular*”, y no -al menos en principio-, la manifestación del querer de un grupo minoritario, cuya presencia fue esencial para la caída del absolutismo y la formación fuerte de la tradición del Civil Law en torno a las reivindicaciones de las mayorías.

No obstante lo anterior, y a pesar de dichas aparentes formaciones mentales -secundadas también por lo expuesto en el inicio de este texto sobre el impacto de los miedos en la construcción de las tradiciones jurídicas-, debemos enfatizar que el Common Law encarna no solo el *stare decisis*⁴⁹ como forma de direccionamiento judicial, pilar de este sistema jurídico en favor de la discrecionalidad judicial (Merryman, 2007), sino también, y fundado en ello se puede lograr, si bien no la trasgresión de las construcciones legales posiblemente injustas, si el viraje aplicativo de la norma con el fin de mellar los caracteres que presenten a dicha ley como ilegítima. No obstante, estas decisiones no podrían considerarse un acto de desobediencia civil, pero si un resultado de un movimiento que logre activar el principio discrecional del juez en favor de las peticiones motivadas en manifestaciones de desobediencia civil.

⁴⁷ Algunos aspectos que se deben aclarar frente a la tabla son: 1) Para inicios de siglo, muchos de los países en que se hace referencia en la anterior tabla hacían parte de territorios coloniales, no obstante y en aras a centralizar la investigación y no omitir dichos acontecimientos, estas se integran al análisis, partiendo de que el imperio o país colonizador al que hacían parte será el país referencia que impone una regulación legal, mientras las colonias se deben percibir como las comunidades que se adhieren a la tradición jurídica del estado, y por ende generan actos de desobediencia ante hechos injustos y finalmente perciben las repercusiones legales y fácticas de las medidas estatales, o en este caso, que el país colonizador formula; 2) No se presenta numeración de casos, dado a la imposibilidad de contabilizar los mismos en todo el mundo, brindándose, al parecer del autor, los más importantes con enfoque a la conclusión que desea exponer el texto.

⁴⁸ Después de la Revolución Francesa, lo que se trata de crear es una legislación Completa, Coherente y Clara, siguiendo los tres principios de construcción de Código Civil Francés de 1804. Una de las más grandes aproximaciones a estos principios fue el Código Civil Prusiano “*Landrecht*” de 1794, el cual tenía alrededor de diecisiete mil disposiciones para gobernar situaciones de hecho. Esta base fue varias veces cuestionada dado a los problemas fácticos de completud del código; uno de ellos fue el doctrinante Francés Etienne-Marce Portalis, compilador del Código de 1804. (Merryman, Jhon Henry. “*Sistemas Legales en America Latina y en Europa. Los Códigos y la Codificación*”).

⁴⁹ El *Stare Decisis* enfatiza el desarrollo de la justicia con fundamento en la observación y conocimiento de los precedentes, mezclado a su vez con la pertinencia que cada juez constate en el caso concreto y la aplicación de lo establecido en la línea jurisprudencial. Matin Bohmer, Clases Maestría en Derecho Universidad de Palermo (2014).

A pesar de lo mencionado, el derecho común, según autores como Jhon Merryman, pasó de consolidarse en las premisas del dinamismo y la creatividad, a convertirse finalmente en un conjunto rígido, circunscrito de procedimientos y remedios aplicativos de acuerdo con reglas técnicas consolidadas en los precedentes judiciales, muy acercado a lo materializado en el Civil Law, que a pesar de la corriente de la escuela histórica de Savigny y sus principios de imposibilidad de completud de la norma, mantiene su espíritu del formalismo dogmático y la certeza legal.

Por tanto -al igual que puede presentarse como una segunda hipótesis de este trabajo-, el acercamiento de las tradiciones, a pesar de consolidarse de diferentes medios, uno desde la obediencia de la norma, teniendo en la actualidad tendencias a la obediencia de la línea jurisprudencial, frente al otro cuyo apoyo se circunscribe en el pilar del stare decisis, las dos corrientes tienden a presentar conclusiones -en sus prácticas diferentes- muy similares, en donde, en el caso del Common Law, el código (base del orden judicial en el Civil Law) es remplazado por innumerables sentencias que forman un conjunto de procedimientos que dejan un mínimo margen discrecional al juez, tal como lo hace en principio la tradición continental. Por otro lado, el Civil Law, tendiendo a presentar una justicia más coherente a la dinámica transformación de las realidades ciudadanas, brinda mayor poder a las decisiones judiciales que se concadenen en líneas de decisión uniforme, relativizando aplicaciones que en algún momento la norma podía tener explícitamente, y ahora incorporando interpretaciones más acordes a la necesidad popular.

Es de esta manera que los actos de desobediencia civil no tienen una mayor o menor eficacia de acuerdo a la tradición jurídica que tenga el país en el cual se llevan a cabo, sino por el contrario, se debe al poder económico que tenga este, el cual hace viables las formas de consolidar derechos que se estén exigiendo, o anular premisas legales que se consideren injustas. Para sostener este planteamiento, deberemos hacer hincapié en innumerables actos de desobediencia civil acontecidos en naciones en vías de desarrollo, tales como los presenciados en Latinoamérica, cuyas exigencias son igual o en mayor medida justificadas a las que se presentan en países con mayor PIB, las cuales de forma escasa tienen repercusiones reales en las políticas o legislación estatal, y en cambio son asumidas en su gran mayoría a través de políticas coyunturales que presentan mantos institucionales que no responden a las exigencias de la comunidad. Aun así, no debemos con esto suponer que todas las exigencias expuestas en un marco de desobediencia civil dentro de países con un considerable PIB, tienen repercusiones positivas en la forma de gobernanza estatal o un cambio en las plataformas legales consideradas injustas, ya que estas dependen de dos factores principalmente: 1) Estructura Económica, donde las acciones de desobediencia no pretenden generar transformaciones importantes en los planteamientos esenciales al desarrollo del sistema económico. 2) Precepto Social, originados en los casos en que la transformación sea una necesidad histórica la cual se ha venido materializando a través de diferentes reivindicaciones, aunque esta no sea conveniente de realizar.

A partir de lo anterior podemos afirmar que las exigencias entre más se acerquen al primer factor y menos al segundo, los logros derivados del acto de desobediencia serán mínimos y en la mayoría de casos nulos, así como la respuesta de represión estatal será contundente. Dentro de este primer planteamiento caben las premisas

exigidas por los movimientos antisistema basados en las tesis de Wallerstein, tal como las planteadas por el 15M en España, Corriente Roja en Francia y Ocupa Wall Street en Estados Unidos. Por otro lado, si las exigencias se derivan del segundo factor, la coerción estatal será gradualmente contundente dependiendo del momento y lugar de desobediencia, la cual, no obstante la represión ejercida, tendrá resultados positivos. Ejemplo de ello se presenta en las luchas generadas en la primera mitad del siglo XX con el sufragio universal y demás reconocimientos de derechos civiles a personas afrodescendientes (culminados en la segunda mitad del siglo), impulsados por movimientos como los liderados por Martin Luther King o Nelson Mandela, los cuales, a pesar de ser fuertemente reprimidos, debían ser aprobados con fundamento a los mismos mínimos argumentos de libertad e igualdad con los que la gran mayoría de los países hoy se sustentan ideológicamente.

4. LA TRADICIÓN “SANCOCHO” Y EL ESTUDIO DEL INCONSCIENTE COLECTIVO

“La verdadera sabiduría está en reconocer la propia ignorancia-”

Sócrates

En Latinoamérica han existido diversas construcciones ideológicas, las primeras, concebidas originalmente de nuestras propias exigencias e interacciones sociales, y las segundas, -empezadas desde finales del siglo XV hasta la actualidad-, han sido gradualmente establecidas en la concepción latinoamericana como si fuesen propias, en una primera etapa de manera violenta y abiertamente arbitraria con la supremacía de la fuerza, para finalmente desarrollada a un estadio en el que se pretende creer que son construcciones propias con arbitrariedades generadas por errores originados de *“nuestras construcciones”, “libres” y “democráticas”*.

Corolario de lo anterior, las restrictivas perspectivas establecidas en Latinoamérica han tenido desarrollos, que si bien son propios, se hacen sobre una base jurídica que no le pertenece, concebida para requerimientos históricos establecidos por una comunidad determinada, bien la construida desde el aliento de la completud romana y la obsesión civilista francesa, o de las antiguas cortes aristócratas anglosajonas.

Para realizar una apreciación más significativa a este tema, deberemos realizar un pequeño paréntesis en 1970. Carl Gustav Jung –fundador de la psicología analítica– expreso en sus investigaciones que cierta medida del inconsciente es individual, lo que llama el autor *“Inconsciente Personal”*. Pero dicho nivel individual descansa sobre otro más profundo que no tiene su origen en la experiencia y adquisición personal, es decir adviene del llamado *“Inconsciente Colectivo”* que es innato, cabe decir, de naturaleza universal y configurado desde lo colectivo.

Retomando nuestro relato, es necesario mencionar que la historia político-jurídica de América Latina es resultado de la imposición cultural producto de la colonización, donde los pueblos indígenas sufrieron un proceso sistemático de *“inclusión/exclusión social”* (Polycarpo, 2014) que produjo gran parte de la destrucción de la diversidad cultural y con ello sistemas de normas y jerarquías de mando en una estructura

propia basada en el bien común. Así, durante el proceso de “descolonización” de América Latina, y la posterior independencia de sus Estados Nación, la cultura política-jurídica no fue objeto de grandes cambios, permaneciendo un sistema de exclusión, discriminación y alienación, generalmente representado con los mismos códigos y reglamentos que los países colonizadores tenían establecidos para sus colonias. Como bien menciona el tema Boaventura de Sousa, “*las instituciones latino-americanas, así como sus culturas jurídicas, se derivan de la “tradición europea”, al igual que su ideal emancipador de los movimientos de independencia fueron importados desde Francia, Inglaterra y Estados Unidos de América*” (Sousa Santos, 1999). De esta forma es como concluimos que son diversos los factores que hacen improcedente la efectividad de la aplicación de la desobediencia civil en un sistema de infinitos retazos impactados con violencia, en donde se ignora la permisión -o más bien recuperación- de los inconscientes colectivos existentes en las comunidades, y se privilegia la mala copia de las estructuras jurídicas foráneas, cuya mezcla hacen un perfecto “*cuadro indefinible*” de tendencia, época u origen, aunque se sigue preservando -más por egos de la inconclusa independencia organizacional, tanto legal, judicial y administrativa- el fácticamente incoherente concepto “*cultura jurídica propia*”.

La identificación del inconsciente colectivo hace viable la creación de normas prescriptivas, y con ello, la unificación de normatividades anexas a la historia cultural de los pueblos latinoamericanos, y un ordenamiento consistente con las necesidades propias de una cultura singular, cuya integralidad regulatoria solo tendrá cabida una vez se empiecen a tomar -en palabras de Dworkin- en serio nuestra identidad.

5. DEL QUEHACER RESPONSABLE DEL ABOGADO

*“Cada uno de nosotros sólo será justo en la medida
en que haga lo que le corresponde.”*

Sócrates

El estudio del ordenamiento social, sea este eminentemente deprecado de la evolución de las redes de interacción comunitaria, o de sus desenlaces en las estructuras económicas y políticas que hayan dado vida en su desarrollo, nos dirigen a postular al estudio del derecho como la base necesaria para el entendimiento de la evolución histórica de una sociedad, y en más atinados, y posiblemente afortunados análisis, a saber cuándo y cómo una determinada organización social va a cambiar. El último informe de la International Bar Association, acerca de la Crisis Financiera Global, la Pobreza y el Estado de Derecho, nos da cuenta que más del 70% de los presidentes en el mundo son abogados, originando un gran peso a esta profesión como ordenadores de la contemporaneidad, y por ende, responsables de los grandes avances sociales, económicos, culturales y políticos originados desde el Estado, pero también, de los dramáticos desenlaces que la era moderna ha tenido en todos sus aspectos, mismos que han hecho, incluso, dudar de la humanidad intrínseca de nosotros mismos. Por ello es necesario hacernos esta pregunta, ¿cómo el estudio concienzudo del derecho no debe precisarse como un acto del mero empoderamiento económico, sino por el contrario, y rescatando la esencia socrática

de los conocimientos sólidos, la sabiduría y la justicia, vislumbrar el derecho como el motor de servicio social para llegar al justo orden?

Es claro que en la actualidad la profesión jurista es admirada en excepcionales casos, como los suscitados con ejemplares abogados como Gandhi, Zola, entre otros, donde esta carrera se presenta como medio para lograr objetivos a fines colectivos, y no solo de simple enriquecimiento. Lo que se desconoce es que no solo en la gran mayoría de los códigos de ética de abogacía latinoamericanos⁵⁰, sino también en la política educativa del derecho, ha existido un continuo desarrollo hacia la consolidación de paradigmas incluyentes en la práctica de la profesión jurista, tanto sociales como económicos, para así consolidar una perspectiva integral del conocimiento y practica de las leyes, vistas estas como un todo contextual cimentado en el bienestar social.

A inicios de los años 60's de la mano del movimiento del *Law and Development*⁵¹, llega a Latinoamérica un cambio conceptual del estudio del derecho, incentivado para lograr la interdisciplinariedad de la formación jurista y fundamentado en las bases ideológicas del realismo jurídico, donde el abogado es concebido como un ingeniero social⁵², dotado de los conocimientos para "*construir las estructuras sociales capaces de llevar adelante las políticas públicas que originen el bienestar social*" (Bohomer, 2004), concibiendo así al abogado más allá del pensamiento memorístico, codificado, dogmático y con fines eminentemente lucrantes, a un ser de interacción comunitaria con el saber dispuesto a servir.

El ingreso de este proyecto a Latinoamérica se generó pragmáticamente con el método de casos dirigido a través del método socrático, enfocados estos en las investigación de "*derecho y sociedad*", para posteriormente afianzarse en centros de investigación formalizados⁵³, cuyos informes se producían conjuntamente con instituciones públicas o de forma individual. Su desenvolvimiento en las formas de presentarse en cada país fue puntal clave para que en algunos se hubiesen logrado algunos éxitos, incluyéndose en las cátedras de enseñanza la conexidad con la sociología y la economía, posibilitando la interdisciplinariedad del derecho. No obstante lo anterior, y como consecuencia del corte abrupto de la financiación del proyecto, para el año de 1971 ningún centro de investigación o facultad de derecho creado o financiado a través del Law and Development tenía recursos propios.

Este movimiento, si bien adecuado para las necesidades de las cátedras y desarrollo profesional de los abogados en su interacción con el derecho y la sociedad,

⁵⁰ Un ejemplo claro reside en el Código de ética provincia de Buenos Aires, el cual integra en su Artículo 4 le objeto primario de la abogacía, enmarcado en el "*desinterés, el espíritu de lucro - el cual - es extraño fundamentalmente a la actividad de la abogacía. el abogado aunque debe defender su derecho a la digna retribución de su trabajo debe tener presente que el provecho es solo un accesorio del fin esencial de la profesión, y no puede conducir al móvil dependiente de su oficio*".

⁵¹ Proyecto inicialmente creado en las Escuelas de Derecho de Yale y Columbia, y posteriormente financiado por la Fundación Ford y la Agency for International Development (AID) en el año de 1958.

⁵² El decano de la Universidad de Harvard Pound Roscoe preciso por primera vez el derecho como una ciencia de ingeniería social, cuya competencia corresponde a "*aquella parte de todo el campo social en el que puede lograrse la ordenación de relaciones humanas a través de la acción de la sociedad políticamente organizada*", lo cual le amerito ser considerado el padre de la sociología jurídica. (*The Spirit of the Common Law*, 1963).

⁵³ Algunas de ellas fueron el CEPAL y CEBRAP, entre otras de alto reconocimiento en su momento de creación, el cual se ha conservado hasta la actualidad.

del otro lado no se debe obviar que este proyecto se generó como medida proporcionada por el conflicto bipolar de las economías occidentales frente a la soviética, con el fin de que la financiación estadounidense se viese reflejada en el bienestar social latinoamericano, la cual, enmarcada en la política de la Doctrina Monroe y Seguridad Nacional, se topaba con el intervencionismo político, militar y económico que sostuvo con las dictaduras militares. De ello la necesidad que el desarrollo de la concepción del ciudadano, y si deseamos restringirlo como medida mediata, del abogado ciudadano, sea una construcción propia de la sociedad latinoamericana, cuyo formalismo radique en pilares nuevos de integralidad de la ciencia jurídica, con las vastas ciencias humanas-sociológicas, políticas, económicas y culturales, que sobre la base del respeto hacia el otro, pero con límites factico-materiales de riqueza, tanto en su tope mínimo como en su máximo, hagan prosperar el *verdadero desarrollo*, cuya misión de crearlo no lo tendrá ningún texto, doctrina, pensador, líder, senador o presidente, sino las múltiples naciones que conforman cada país de nuestra Latinoamérica.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Desde el parecer de este autor, son tres las ideas que se pueden extraer de lo presentado en el texto, sin merecer por ello la limitación a múltiples interpretaciones que tenga el mismo:

Primero.- Los grandes pilares que brindaron diferencias irreconciliables entre las tradiciones jurídicas occidentales, no tienen mayor peso en la diversificación de condiciones que generan el óptimo estadio para la realización de acciones atinentes a la desobediencia civil, tanto en su nivel de eficacia como en su parámetro de represión y permisión estatal, debido no solo a que los factores económicos de dependencia, explotación y explotación sistemizada son los preceptos significativos para que en un determinado territorio sea viable la práctica y obtención de reivindicaciones sociales con la desobediencia, sino también a que el afán de completud -una por medio de los códigos y la otra por medio de la jurisprudencia-, hacen del derecho metódicamente diferente, pero esencialmente el mismo, este dependiente del olvido de las históricas inequidades económicas y la continuación de las actuales, ahora enfatizadas en su carácter internacional e institucional.

Segundo.- Una de las necesidades primarias para la transformación del pensar político latinoamericano, radica en anular el restrictivo y por demás inmoral concepto de la abogacía como una herramienta de enriquecimiento, lo cual le da paso a la aceptación conformista de que el mismo sea un vertedero de tradiciones mal concebidas sin fundamento histórico en el inconsciente colectivo americano, y de esta manera virar su estructura al estudio de la integral organización, juntando leyes y principios propios, enmarcados dentro de la justicia distributiva y la consciencia colectiva.

Tercero.- Existe un extraño límite entre la apreciación de la desobediencia civil como el máximo mecanismo, aunque ilegal, válido para manifestar un grave inconformismo, dejando por ende inviable la transformación estructural

de la organización de la *vida social* de una comunidad. Si bien este debe ser un párrafo conclusivo, en la gran mayoría de ocasiones una pregunta nos genera una oportunidad para descubrir algo nuevo, o tal vez, reconocer la verdad: ¿es posible que la desobediencia civil es un placebo del verdadero cambio social hasta la justicia?

REFERENCIAS

- Anderson, B. S. y Zinsser, J. P (1992). Historia de las mujeres: una historia propia. Barcelona: Documenta.
- Boaventura de Sousa, SANTOS (1999). La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Bohmer, MARTIN (2014). La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía. Barcelona: Gedisa.
- Bosch, VICTORIA (2014). Los trotskistas norteamericanos en la era del New Deal. Buenos Aires: CEIP.
- Bové J. y Dufour F. (2001). Conversaciones con Gilles Luneau: El mundo no es una mercancía y Los agricultores contra la comida basura. Barcelona: Icaria.
- Escobar Córdoba, FEDERICO (2007). Del derecho romano a las tradiciones Jurídicas. Democracia y justicia en tiempos de globalización – Criterio Jurídico Cali, 7, 7-32.
- Frothingham, O. B. (1876). Trascendentalismo de Nueva Inglaterra. New York: D.G. Francis, Clinton Hall, Astor Place.
- Martínez Rodríguez, ALEJANDRO (2013). La desobediencia Civil, una estrategia necesaria. Madrid: Fuhem.
- Merryman, JHON HENRY (2007). Sistemas Legales en América Latina y en Europa. Certeza y Equidad. Ciudad de México: UNAM.
- Monateri, P. G. (2003). A Quest for the Multicultural Origins of the “Western Legal Tradition”. Torino: Hastings Law Journal.

López Hernández, JOSÉ (2005). *Introducción Histórica a la Filosofía del Derecho*. Murcia, España: Colección Estudios de Derecho.

Polycarpo Gomez, ANDRE FERREIRA (2014). *Juan de Hierro y el Príncipe. Una relación de maduración jurídica*. Buenos Aires: UBA.

Servindi (2014). *Perú: Crónica de un desastre anunciado*. Lima: Cumbre de los Pueblos.

Shiva, V (2006). *Manifiesto para una democracia de la tierra. Justicia, sostenibilidad y paz*. Barcelona: Paidós.

The Guardian (Agosto 2012). *Cinco ejemplos de desobediencia civil para recordar*. Recuperado de: <http://traduccionespi.blogspot.com.ar/2012/08/cinco-ejemplos-de-desobediencia-civil.html>

Thoreau, HENRY DAVID (1848). *Desobediencia Civil*. Concord, Ed. Pi π.

Widick, B. J. (1939). *La cuestión de la unidad sindical*. Buenos Aires, Centro de Estudios, Investigaciones y Publicaciones León Trotsky.

Wright, GEORG HENRIK (1970). *Norma y Acción*. Madrid: Tecnos.

CRITERIOS PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DERIVADA DE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

*Problemas jurídicos derivados de la autonomía de las
acciones patrimonial y penal*

Manuel Antonio Coral Pabón⁵⁴

Fecha de recepción: 2 de junio de 2015.

Fecha de aceptación: 25 de octubre de 2015.

Referencia: CORAL PABÓN, Manuel Antonio. *Criterios para determinar la responsabilidad patrimonial del estado derivada de la acción de extinción de dominio: problemas jurídicos derivados de la autonomía de las acciones patrimonial y penal*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 1. Núm. 1. Págs. 133 – 143. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex.

RESUMEN

Parte del éxito de la acción de extinción de dominio reposa en la no exigibilidad de una sentencia penal condenatoria previa para adelantarla, punto en particular que nos propone un problema teórico, relacionado con la eventual responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la absolución de una persona

⁵⁴ Docente Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, magíster en Derecho, estudiante Doctorado en Derecho, Universidad Santo Tomás, miembro del grupo de investigación Centro de Estudios Jurídicos Avanzados (CEJA), email: manuelantoniocoral@gmail.com.

en un proceso penal por enriquecimiento ilícito, con posterioridad a la extinción del derecho de dominio de sus bienes, motivada esta última por la misma conducta punible. La consagración legislativa de la autonomía de la acción de extinción de dominio con respecto a la acción penal, exonera al Estado de responsabilidad, por cuanto si bien se trata de dos decisiones opuestas, funcionan con lógicas diferentes, no les asiste relación de causalidad y por ello, no configuran defectuoso funcionamiento de la administración de justicia o error jurisdiccional que justifiquen una reclamación indemnizatoria frente al Estado.

PALABRAS CLAVE: extinción de dominio, responsabilidad estatal.

ABSTRACT

Part of the success of the ownership extinction action rests on the non-enforceability of a previous criminal conviction to advance it, particular point we proposed a theoretical problem, related to the possible liability of the State arising from the acquittal of a person criminal proceedings for illicit enrichment, after the extinction of the right of ownership of property, the latter motivated by the same criminal offense. The legislative consecration of the autonomy of ownership extinction action with respect to the prosecution, relieve the State of responsibility, because while there are two conflicting decisions, operate using different logic, does not attend them causation and therefore, they do not constitute malfunction of the administration of justice or jurisdictional error that would justify a claim for compensation against the State.

KEY WORDS: ownership extinction action, state responsibility.

1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

Dentro de las nuevas figuras adoptadas por la Constitución de 1991 se halla la acción de extinción de dominio, proyectada como una herramienta idónea para atacar los activos patrimoniales de personas que los han adquirido, prevalidos de conductas constitutivas de enriquecimiento ilícito.

Esta acción judicial, que en un comienzo estuvo acompañada de un rotundo fracaso dados ciertos yerros en su reglamentación legislativa, que poco a poco se han ido corrigiendo, le ha permitido al Estado acceder a la propiedad de un sinnúmero de bienes corporales (muebles e inmuebles) e incorporeales (derechos), deficientemente administrados durante mucho tiempo.⁵⁵

⁵⁵ Basta recordar el triste final de la Dirección Nacional de Estupefacientes. Hoy estos bienes se encuentran a cargo de una gerencia privada (Sociedad de Activos Especiales S.A.S) que administra el fondo que los aglutina (FRISCO – Fondo para Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado). Art. 90 ley 1708 de 2014.

El éxito que hoy ostenta esta acción de carácter patrimonial radica en parte en la no exigibilidad de una sentencia penal condenatoria previa para adelantarla, lo cual nos presenta una paradoja que constituye el problema central que se pretende desarrollar en el presente estudio: ¿Le asiste responsabilidad patrimonial al Estado por funcionamiento defectuoso de la administración de justicia o error jurisdiccional cuando, después de haberse extinguido mediante sentencia judicial y por enriquecimiento ilícito, el dominio de ciertos bienes en cabeza de una persona, ésta resulta absuelta en un proceso penal en la cual era investigada por la misma conducta punible?

A partir del método deductivo, se abordarán las generalidades de la figura de la acción de extinción de dominio, analizándose con posterioridad el caso concreto o particular que constituye la esencia del problema propuesto, a fin de formular una respuesta fundamentada en fuentes legales, jurisprudenciales y doctrinarias.

2. LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE DOMINIO COMO UNA EXCEPCIÓN A LA PERPETUIDAD DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Tradicionalmente se ha considerado que el derecho de propiedad ostenta un carácter: (i) *absoluto* (no en el sentido de un ejercicio arbitrario, lo cual quedó claramente establecido en la jurisprudencia constitucional⁵⁶, sino en la plenitud del derecho que le permite a su titular ejercer los atributos de uso, goce y disposición del bien); (ii) *exclusivo* (pues solamente el propietario pleno es el titular de los citados atributos) y (iii) *perpetuo*, característica que merece especial atención (velásquez, 2008).

La perpetuidad del derecho de propiedad debe entenderse desde un doble punto de vista, considerando que el propietario:

- a. Ostenta esta condición desde que adquiere el derecho hasta que fallece (generándose su transmisión por herencia), o
- b. Conserva su derecho hasta que su voluntad lo permita y en este orden de ideas puede ejecutar una serie de operaciones orientadas a despojarse de su propiedad, a saber: hacer parte de títulos traslativos de dominio (como compraventas, permutas o donaciones), intervenir en tradiciones a partir de las cuales se entregan bienes con la finalidad de transferir el dominio o incluso, abandonar sus bienes para que otro se los apropie a través de modos de adquisición (como la prescripción y la ocupación).

Sin embargo y tal como normalmente acontece en el derecho, la característica de la perpetuidad no es un dogma o regla que se va a cumplir en todos los casos y presenta un amplio catálogo de excepciones, entre las cuales se encuentran la expropiación y la extinción del derecho de dominio.

⁵⁶ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-595 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, mediante la cual se declaró la inexequibilidad de la expresión “*arbitrariamente*” contenida en la redacción original del artículo 669 del Código Civil.

La primera de ellas, que ha hecho parte del constitucionalismo colombiano prácticamente desde los albores de la República⁵⁷, le permite al Estado suprimir, previa indemnización, el derecho de propiedad legítimo en cabeza de un particular, dada la prelación de intereses generales sobre particulares.

La figura de la acción de extinción de dominio, imberbe en comparación con la anterior, también de raigambre constitucional, aparece consagrada en el artículo 34 superior, disposición que consagra simultáneamente prohibiciones y permisiones: prohíbe las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación pero permite que el Estado mediante sentencia judicial pueda declarar *“extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social”*⁵⁸.

Este precepto constitucional ha merecido varios desarrollos legislativos, entre ellos, la ley 333 de 1996 (primera ley reglamentaria de la extinción de dominio), derogada con posterioridad por la ley 793 de 2002, derogada a su vez (salvo el artículo 18) por la ley 1708 de 2014, actual Código de Extinción de Dominio.

Características de la acción de extinción de dominio

El legislador le confirió una serie de características, algunas de ellas comunes con las legislaciones anteriores y otras novedosas⁵⁹:

- Es de naturaleza constitucional, dado su origen, equiparándose esta acción a otras como la de tutela, popular, de grupo, de cumplimiento.
- Tiene un carácter patrimonial, con lo cual se inserta en el terreno del derecho civil, no del penal, circunstancia que explica su intemporalidad (se puede aplicar a bienes adquiridos en cualquier tiempo), descartada de tajo si se tratara de una acción penal.
- Es una acción real, con efectos erga omnes, persigue a los bienes, no a las personas, característica pensada en la posibilidad de atacar el testaferrato y a cualquier propietario que no esté en capacidad de demostrar buena fe exenta de culpa en la adquisición del bien.

⁵⁷ Francisco de P. Pérez explica cómo ya en las constituciones de 1811 y 1812 se consagró el principio de la prelación del interés general sobre el individual en materia de tratamiento de la propiedad. Lo propio aconteció con las constituciones de 1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1858 y 1873. En todas ellas el Estado se reservó la posibilidad de expropiar por motivos de utilidad pública o interés social, con indemnización o en algunos casos sin ella. La Constitución de 1886 reconoció la vigencia de los derechos adquiridos con justo título, los cuales no podrían ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, aceptando expresamente la posibilidad de expropiar. En 1936 se introdujo el concepto de función social de la propiedad. (PEREZ, 1942). Finalmente, la actual Constitución (art. 58) garantiza la propiedad privada como función social y ecológica que genera obligaciones, conservando la posibilidad de expropiar con indemnización, frente a la existencia de motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador.

⁵⁸ Art. 34 inc. 2º C.N.

⁵⁹ Arts. 17 y ss., ley 1708 de 2014.

- Se fundamenta en la nulidad ab initio, declarada por ley, de los actos jurídicos de adquisición de los bienes, a los cuales no se los considera justos títulos de propiedad.
- Es independiente de la acción penal y por ende, no requiere declaratoria previa de responsabilidad de este tipo.

Estas características serán vitales a la hora de establecer los criterios para determinar la responsabilidad del Estado derivada de la aplicación de esta acción.

3. EL CASO CONCRETO

Se presenta un caso hipotético que sirve para ilustrar la problemática sobre la cual versa este estudio:

En cumplimiento de deberes legales, el Banco X reporta a la Fiscalía General de la Nación unas transacciones sospechosas de su cliente señor Z. La Fiscalía Especializada en Extinción de Dominio adelanta una serie de averiguaciones previas, las cuales la conducen a la fijación provisional de la pretensión y a presentar el requerimiento de extinción de dominio al Juez Penal de Circuito Especializado en Extinción de Dominio competente. Las causales invocadas para justificar la petición son las consagradas en los numerales 4º y 7º del artículo 16 del Código de Extinción de Dominio:

ARTÍCULO 16. CAUSALES. Se declarará extinguido el dominio sobre los bienes que se encuentren en las siguientes circunstancias:

4. Los que formen parte de un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos de conocimiento que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas. (...)
7. Los que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los anteriores bienes.

Paralelamente a lo anterior, la Fiscalía General de la Nación instaura en contra del señor Z un proceso penal por un supuesto enriquecimiento ilícito, conducta punible contemplada en el artículo 327 del actual Estatuto Punitivo.⁶⁰

Por las dinámicas propias de cada proceso judicial, el de extinción culmina en primer término, con sentencia de segunda instancia que declara extinguido el dominio de una serie de bienes que eran de propiedad del afectado señor Z. Pero

⁶⁰ Artículo 327 Código Penal (ley 599 de 2000). *Enriquecimiento ilícito de particulares*. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

con posterioridad, con similares pruebas y razonamientos, el mismo Estado, declara absuelto al señor Z en un proceso por enriquecimiento ilícito, donde se debatieron similares hechos que aquellos que hicieron parte de la acción de extinción de dominio.

4. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DERIVADA DE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

La aparente contradicción de decisiones apreciables en este hipotético caso, motiva a pensar sobre los criterios jurídicos que deben ser considerados al determinar una posible responsabilidad patrimonial del Estado por fallas en la prestación del servicio público de la administración de justicia.

Responsabilidad del Estado por fallas en la administración de justicia

Tradicionalmente se venía considerando que los actos de las ramas legislativa o judicial, por ser una “emanación de la soberanía”, no generaban la obligación para el Estado de reparar los daños causados, agregándose para el caso de los actos judiciales, el argumento de la majestad de la cosa juzgada. (Martínez y Martínez, 2003, p. 634)

No obstante esta tradición jurídica, el artículo 90 constitucional consagró la responsabilidad patrimonial por daños antijurídicos⁶¹ y a su vez, el artículo 65 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), específicamente hizo referencia a la responsabilidad derivada de actos judiciales:

Art. 65.- De la responsabilidad del Estado. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

Para el presente estudio, cobran importancia por obvias razones, solamente las dos primeras causales de responsabilidad: funcionamiento defectuoso de la

⁶¹ ENRIQUE GIL BOTERO, basado en la jurisprudencia constitucional, sintetiza las características del modelo de responsabilidad patrimonial del Estado a partir de la Constitución de 1991: se constitucionaliza la responsabilidad estatal; el fundamento de la responsabilidad es el daño, desplazando a la culpa o falla del servicio; el principio de solidaridad permite que el Estado responda por un comportamiento lícito o legítimo del cual se derive un daño antijurídico; la reparación no se considera una sanción a cargo del Estado; el daño antijurídico se relaciona directamente con un menoscabo que la persona no está en el deber jurídico de soportar; los elementos de la responsabilidad del Estado a partir de la constitucionalización de la misma son el daño antijurídico y su imputación y finalmente, la responsabilidad estatal fundada en el daño antijurídico se compadece con principios constitucionales, tales como “el respeto por la garantía y eficacia de los derechos de las personas y los ciudadanos.” (GIL BOTERO, 2014, p. 18).

administración de justicia⁶² y error jurisdiccional⁶³.

Funcionamiento defectuoso

La doctrina ha considerado que:

“[C]ualquier deficiencia en el funcionamiento de la administración de justicia, que no sea error jurisdiccional (como cuando la providencia que ocasiona el daño es revocada por el superior) o privación injusta de la libertad de hecho o de derecho, puede incluirse en el concepto del defectuoso funcionamiento para intentar la acción indemnizatoria.” (Martínez y Martínez, 2003, p. 641).

La forma en que la norma plantea el funcionamiento defectuoso como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, deja abierta la puerta a muchas circunstancias que pueden servir de base para una reclamación de perjuicios. Cabe preguntarse: ¿La aparente contradicción entre autoridades judiciales (Fiscalía y jueces penales) que adoptan sentencias contradictorias sobre unos mismos hechos pero en procesos con alcances diferentes, implica funcionamiento defectuoso de la administración de justicia?

Error jurisdiccional

Se ha considerado que este error es el *“cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional en el trámite de un proceso”* materializándose en la *“expedición de una providencia contraria a la ley, por dolo, culpa o error del funcionario y que haya ocasionado daño o perjuicio a alguna persona”* (Martínez y Martínez, 2003, p. 642).

La Corte Constitucional ha precisado que este error no puede corresponder a *“una simple equivocación o desacierto derivado de la libre interpretación jurídica de la que es titular todo administrador de justicia”*, sino a una actuación *“subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso”*, esto es, lo que esta Corporación ha concebido como una *“vía de hecho”*. (Sentencia, C-037 de 1996).

En el caso hipotético, el señor Z agotó todos los recursos en contra de la sentencia que declaró la extinción del derecho de dominio de sus bienes por motivos de enriquecimiento ilícito y por lo tanto, el fallo se encuentra en firme, presupuestos del error jurisdiccional (art. 67 ley 270 de 1996) y con posterioridad, surge una sentencia que lo declara absuelto por la conducta delictiva que sirvió de base para la declaratoria de pérdida de su propiedad. Puede hablarse en este caso de error judicial?

⁶² Art. 69 ley 270 de 1996. DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación.

⁶³ Art. 66 ley 270 de 1996. ERROR JURISDICCIONAL. Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley. ARTÍCULO 67 ídem. PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL. El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos:

1. El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial. 2. La providencia contentiva de error deberá estar en firme.

5. LA AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE DECISIONES JUDICIALES EN APARICENCIA CONTRADICTORIAS, PROFERIDAS EN EJERCICIO DE ACCIONES AUTÓNOMAS

La respuesta a la pregunta base de este trabajo, deviene negativa. Al Estado no le asistirá responsabilidad patrimonial cuando, después de haber extinguido mediante sentencia judicial, el dominio de ciertos bienes en cabeza de una persona por enriquecimiento ilícito, ésta resulta absuelta en un proceso penal en la cual era investigada por la misma conducta punible. Lo anterior, habida consideración de que en la situación analizada, no se presentaría funcionamiento defectuoso de la administración de justicia ni error judicial, por las razones que entran a explicarse:

a.- El primer estatuto de extinción de dominio, ley 333 de 1996, no consagró autonomía plena de la acción de extinción con respecto a la acción penal. Aquella se consideraba como una consecuencia de ésta⁶⁴, punto en particular que se convirtió en la piedra en el zapato para la prosperidad de las acciones de extinción de dominio, tal como lo reconoció la Corte Constitucional⁶⁵. Por ello, el legislador se vio motivado a expedir la ley 793 de 2002, derogatoria de la anterior, en la cual sí se dispuso la independencia plena de estas acciones⁶⁶, principio que a la postre fue acogido por el actual Código de Extinción de Dominio (ley 1708 de 2014) en los siguientes términos:

ARTÍCULO 18. AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DE LA ACCIÓN.

Esta acción es distinta y autónoma de la penal, así como de cualquiera otra, e independiente de toda declaratoria de responsabilidad.

En ningún caso procederá la prejudicialidad para impedir que se profiera sentencia, ni incidentes distintos a los previstos en esta ley.

De lo anterior se desprende que la acción de extinción no es consecuencia de la prosperidad de una acción penal, por cuanto no implica un ejercicio del ius puniendi, sino un intento para *“destruir el velo de aparente legalidad que recae sobre el derecho de dominio de un bien, derecho que por su origen ilegal nunca ha nacido, pero que goza de apariencia de legitimidad”* (Tobar, 2014, p. 22). Se trata de dos acciones independientes, con sus propios funcionarios autónomos⁶⁷, pruebas, alegatos, decisiones, recursos, en fin. Este acierto legislativo liberó a la acción de extinción de las ataduras que implicaban sentencias penales condenatorias previas.

b.- Si en virtud de la ley se trata de dos acciones diferentes sin relación de causa-efecto, es perfectamente posible que dependiendo de lo alegado y probado en cada proceso, se pueda generar la extinción de dominio por enriquecimiento ilícito con

⁶⁴ Cfr. arts. 7º y 10º ley 333 de 1996.

⁶⁵ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-740 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño. En esta decisión la Corte, entre otros aspectos, determinó la constitucionalidad de la autonomía de la acción de extinción con respecto a la acción penal.

⁶⁶ Cfr. art. 4º ley 793 de 2002.

⁶⁷ Ley 1708 de 2014, art. 9º. AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA JUDICIAL. Las decisiones judiciales proferidas dentro del proceso de extinción de dominio serán la expresión del ejercicio de la función constitucional de administrar justicia. Los funcionarios judiciales serán independientes y autónomos.

la posterior absolución en el proceso penal por la misma conducta punible, sin que esto conlleve funcionamiento defectuoso o error jurisdiccional, los cuales deberán analizarse al interior de cada proceso judicial y no con base en lo que ocurrió en el otro.

Así entonces, si se alega el funcionamiento defectuoso generador de perjuicios, deberá acreditarse que al interior del trámite de extinción de dominio, se presentó entre otros, cualquiera de los siguientes factores generadores de responsabilidad patrimonial del Estado:

[V]encimiento de términos, decisiones inoportunas en el tiempo, falta de análisis probatorio, indebida utilización del arbitrio judicial, desconocimiento de un recurso oportunamente interpuesto o no tramitarlo adecuadamente, no practicar las pruebas oficiosas necesarias y notorias, abstenerse de practicar las solicitadas oportunamente por las partes o los sujetos procesales, las deficiencias formales que perturben, dilaten u originen nulidades como no notificar o notificar inoportunamente las providencias, cuando ocasionen perjuicios a las personas que intervienen en el proceso o como consecuencia de él... (Martínez y Martínez, 2003, p. 641).

Y en tratándose de error jurisdiccional, la responsabilidad se imputa al Estado porque la decisión resulta violatoria de la ley por dolo, diversas modalidades de culpa (imprudencia, negligencia, impericia), por acción (aplicar normas sin vigencia o impertinentes para el caso) o por omisión (inaplicar normas vigentes) (Martínez y Martínez, 2003).

Fuerza es concluir que por la sola existencia de contradicción de dos decisiones judiciales en torno al tema del enriquecimiento ilícito, dictadas en procesos autónomos e independientes, no puede hablarse de defectuoso funcionamiento o error jurisdiccional que soporten una pretensión de responsabilidad patrimonial a cargo del Estado.

Si en el proceso penal aparecen hechos o pruebas nuevas no conocidas durante el trámite de la extinción de dominio o se determina la falsedad de una prueba y de unos u otros se puede inferir razonablemente que la decisión pudo ser diferente, la alternativa del interesado sería adelantar la acción de revisión del fallo, en los términos del artículo 73 del Código de Extinción de Dominio.

CONCLUSIÓN

La consagración legislativa de la autonomía de la acción de extinción de dominio con respecto a la acción penal, libera al estado de responsabilidad cuando quiera que, fruto de la primera de las acciones mencionadas, el Estado mediante sentencia judicial declara extinguido el dominio de los bienes de una persona, adquiridos mediante enriquecimiento ilícito y con posterioridad el implicado resulta absuelto en un proceso penal por esta conducta delictiva. Las dos decisiones opuestas, que funcionan con lógicas diferentes y con respecto a las cuales no hay relación de causalidad, por sí solas no configuran defectuoso funcionamiento o error

jurisdiccional que justifiquen una reclamación indemnizatoria al Estado.

REFERENCIAS

NORMATIVAS

COLOMBIA, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución Política de Colombia de 1991.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Código Civil.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 333 de 1996, por la cual se establecen las normas de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos en forma ilícita.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 793 de 2002, por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1708 de 2014, por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio.

DOCTRINARIAS

GIL BOTERO, Enrique (2014). La constitucionalización del derecho de daños. Bogotá: Ed Temis.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina (2003). Responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Ed. Temis.

PEREZ, Francisco de P (1942). Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá: Ed. Voluntad.

VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo (2008). Bienes. Medellín: Ed. Librería Jurídica Comlibros, Undécima Edición.

JURISPRUDENCIALES

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Meza.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-595 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-740 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

CIBERGRAFÍA

TOBAR TORRES, Hener Alonso. Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia. (2014). En: Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas, 14(26), 17-38, recuperado de: <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar-26/aproximacion-general-accion-extincion-dominio.pdf> [fecha de consulta: 15 de mayo de 2015].

LOS PRECIOS EXCESIVOS EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COLOMBIANA

Juan Pablo Montezuma Martínez⁶⁸

Fecha de recepción: 1 de junio de 2015.

Fecha de aceptación: 1 de octubre de 2015.

Referencia: MONTEZUMA MARTÍNEZ, Juan Pablo. *Los precios excesivos en el derecho de la competencia colombiano*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 1. Núm. 1. Págs. 145 – 162. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex.

RESUMEN

Es innegable la preponderancia que ha adquirido la economía de mercado en el mundo moderno; toda vez que ha sido el sistema adoptado por la mayoría de los países del siglo XX y XXI. Por otra parte, no es menos cierto que en el marco de un Estado Social de Derecho, el mercado tiene un papel trascendental en la consecución del bienestar general. Así las cosas, la intervención del Estado en la economía se justifica en la medida en que el comportamiento individual de cada agente económico tratando de maximizar sus beneficios se contraponga al bienestar social. En ese orden de ideas, el derecho de la competencia se constituye en una herramienta con la que cuenta el Estado para corregir fallas del mercado que no estén acordes con su papel económico y político. Desde esa perspectiva el presente artículo analiza la figura de los precios excesivos en el derecho de la competencia colombiano. Al respecto es importante mencionar que dicha facultad ha generado grandes controversias en las diversas jurisdicciones que la contemplan; ya que tiene

⁶⁸ Abogado, Grado de Honor – Egresado Distinguido de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño 2015. Pasante de verano en la Firma Brigard & Urrutia y Brigard & Castro 2013. Asistente al curso semestral de Perfeccionamiento en Derecho de la Competencia de la Universidad Externado de Colombia 2014. Correo: montezumajuanpablo@gmail.com.

la potencialidad de sustituir al mercado como instrumento de asignación de los recursos de la sociedad, pues se acerca a la regulación de precios. Por lo tanto, este artículo estudia los casos en los cuales la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC) abordó dicha facultad contemplada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Lo anterior con el propósito de conocer cuál ha sido el tratamiento que la autoridad de competencia colombiana le ha dado a esta facultad y si dicho tratamiento está acorde con el sistema de economía de mercado.

PALABRAS CLAVE: economía de mercado, derecho de la competencia, precios excesivos, regulación de precios.

ABSTRACT

It is undeniable the preponderance that the market economy has acquired in the modern world, since this system has been adopted by most countries in the 20th and 21st century. Moreover, it is no less true that in the context of a Social State under the rule of law, the market has a significant role in achieving general welfare. So, government intervention in the economy is justified when the individual behavior of each market agent seeking to maximize their profits is in conflict with the social welfare. Thus, Competition Law is a tool available to the State in order to correct market failures that are not commensurate with its economic and political role. From that perspective, this paper analyzes the figure of excessive prices in the Colombian Competition Law. In this regard it is important to mention that this faculty has been controversial in the various jurisdictions where it exists, because it has the potential to replace the market as an instrument for allocating resources of society, as it approaches to price regulation. Therefore, this paper studies the cases in which the Superintendence of Industry and Trade (hereinafter SIC) addressed this faculty under Article 1 of Law 155 of 1959. This in order to know the treatment that the Colombian Competition Authority has given to this faculty and if such treatment is in line with the market economy system.

KEY WORDS: market economy, competition law, excessive prices, price regulation.

INTRODUCCIÓN

El artículo 1 de la Ley 155 de 1959 señala que están *“prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”*.

Al respecto, la SIC⁶⁹ ha establecido en reiteradas ocasiones que del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 se desprenden tres prohibiciones⁷⁰:

- Los acuerdos que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros.
- Las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia.
- Las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

Para la SIC, la mencionada norma en el primer supuesto busca evitar que, por intermedio de acuerdos restrictivos de la competencia, se reduzca la oferta y, por ende, haya un incremento de precios. Frente al segundo supuesto la “y” en la expresión *limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos* no exige el cumplimiento de ambos supuestos de forma concomitante para considerar que hay una infracción a la prohibición general, es decir, la ley pretende prohibir aquellas prácticas, procedimientos o sistemas que tiendan a limitar la libre competencia y aquellas prácticas, procedimientos o sistemas que tiendan a mantener o determinar precios inequitativos, altos o excesivos⁷¹ (Superintendencia de Industria y Comercio [SIC], Concepto No. 11-130722 de 2011). Así las cosas, el presente artículo toma como objeto de estudio el desarrollo que ha tenido la tercera prohibición en el derecho de la competencia colombiano y el rol que ésta tiene en la protección y promoción de la libre competencia.

A continuación se abordan dos temas fundamentales para entender la figura de los precios excesivos en una economía de mercado⁷² y analizar el desarrollo que ésta ha tenido en el derecho de la competencia colombiano. El primer tema está relacionado con el papel del mercado dentro de un Estado Social de Derecho como el colombiano y el segundo hace referencia a la figura de los precios excesivos como una facultad de regulación indirecta de los mercados.

⁶⁹ El artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 nombra a la SIC como la autoridad nacional en materia de protección de la competencia.

⁷⁰ La doctrina de la SIC frente a la interpretación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 se encuentra plasmada principalmente en las siguientes resoluciones: Resolución No. 37790 de 2011, Resolución No. 53403 de 2013 y Resolución No. 76724 de 2014.

⁷¹ Precios “inequitativos” o excesivos: Son precios en niveles artificiales y significativamente altos frente a la naturaleza misma del mercado, que representan fallas que conducen a distorsiones que suelen ser interpretadas como explotativas. Es una conducta explotativa en la que una empresa dominante toma ventaja de los consumidores mediante el uso desproporcionado de su poder de mercado para cobrar precios excesivos. (SIC, Concepto No. 11-130722 de 2011)

⁷² En la Carta colombiana la economía de mercado no se adopta expresamente, sino que se colige con nitidez desde la consagración de la libertad económica (...) su inserción en la Norma Superior se hace palpable en el artículo 333 con la declaración de la iniciativa privada y de la actividad económica como libres, junto con el derecho a la libre competencia, la distinción de la empresa como base del desarrollo y la obligación del Estado de impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica, referencias normativas que describen propiamente este tipo de sistema económico competitivo y libertario. (Correa, 2008, p. 125).

1. EL SISTEMA DE LIBRE MERCADO Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DENTRO DE UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Para Velandia (como se citó en Cuevas, 2001), el mercado es el lugar geográfico donde se cruzan las empresas interesadas en ofrecer un producto con los sujetos económicos interesados en satisfacer sus necesidades, es decir, donde se adquiere un bien o servicio a cambio de un precio. Al respecto, el profesor de la Universidad Hebrea de Jerusalén, Yuval Noah Harari, ofrece una explicación bastante interesante sobre el origen de los mercados modernos y el dinero.

De acuerdo con el profesor Harari, inicialmente los seres humanos estaban agrupados en pequeñas comunidades que satisfacían sus necesidades cazando, recolectando y fabricando lo que necesitaban; casi todo se obtenía localmente y no compraban ni vendían, solo intercambiaban. Sin embargo, con el surgimiento de las primeras ciudades y reinos, aproximadamente hace 5.000 años, se fueron estructurando los primeros mercados de productos y servicios, en la medida en que la especialización encontraba mayor empleo y utilidad en las nacientes ciudades (Harari, 2013).

Es así como el trueque pierde efectividad, pues solo resulta útil en mercados pequeños en los cuales cada persona conoce el precio de sus productos en distintas tasas de cambio, es decir, cada parte conoce la equivalencia del precio de su producto con la de otro u otros productos⁷³. La solución al problema anterior fue la invención del dinero como medio universal de intercambio, lo cual hizo posible el surgimiento de mercados más complejos.

A partir de la invención del dinero, la humanidad comienza a experimentar las primeras tendencias de la globalización económica; toda vez que los mercados comenzaron a traspasar las barreras culturales de cada civilización, en la medida en que el comercio no reconoce fronteras. Hasta llegar a una economía totalmente interconectada donde el dinero sigue siendo el medio que permite representar el valor de las cosas con el propósito de intercambiar bienes y servicios. En la actualidad el dinero ya no tiene una representación totalmente física pero aún sigue cumpliendo el mismo propósito, bien sea en forma de monedas, billetes o datos electrónicos⁷⁴.

Es así como fueron surgiendo los mercados modernos en los cuales predomina la especialización y el intercambio masivo a través del dinero. *“Es por ello algo propio de la naturaleza social del hombre la existencia del mercado, que es consecuencia necesaria de la libertad del hombre, de su derecho a la propiedad y a la libre iniciativa privada que surgen como consecuencia necesaria de éstos”* (Menchaca, 2011, p. 250).

⁷³ En mercados más complejos el trueque no es viable; ya que en un mercado en el cual se ofrezcan 1.000 productos, las partes del trueque deben manejar 499.500 tasas de cambio o equivalencias; y además se requiere que las dos partes estén dispuestas a aceptar los productos o servicios que cada una ofrece (Harari, 2013).

⁷⁴ Por cerca de 4000 años en toda África, Asia Meridional, Asia Oriental y Oceanía las conchas de caracoles marinos fueron el tipo de moneda más utilizada en estas regiones. Incluso en el siglo XX los impuestos se pagaban con este tipo de moneda en Uganda que en ese entonces era una colonia del imperio Británico. Hoy en día, la mayoría de las actividades económicas no utilizan monedas o billetes para llevar a cabo sus transacciones. En el año 2013 la suma total del dinero mundial excedió los USD \$500 trillones; sin embargo solo USD \$50 trillones correspondían a dinero físico como monedas y billetes; el 90% del dinero correspondía a datos electrónicos (Harari, 2013).

A lo anterior se le suma el triunfo del capitalismo sobre el socialismo a finales del siglo XX, a partir de éste momento se empieza a consolidar el proceso de globalización económica y financiera en la medida en que las naciones industrializadas adoptan al mercado como el instrumento más eficiente en la asignación de los recursos de la sociedad, lo cual ha exigido una constante adaptación de las economías nacionales al mercado internacional.

Colombia no ha sido ajena a este proceso y desde el marco de un Estado Social de Derecho reconoce el papel trascendental que juega el mercado en la consecución del bienestar general. Por esta razón la profesora de la Universidad Externado de Colombia, Magdalena Correa, destaca al mercado como un pilar fundamental que sostiene a la Constitución económica colombiana, al considerar que:

Es en el mercado donde se concreta la primera opción constituyente para realizar el bienestar general en tanto los beneficios individuales que su funcionamiento genera reportan a su vez beneficios colectivos, en tanto espacio que mejor facilita y hace posible el ideal de justicia diseñado por la Constitución (...) De allí su importancia y el requerimiento de su salvaguarda, de allí que el Estado Social de Derecho se sirva de él y sea permeable a su lógica, de allí que se reconozca su entidad constitucional. (Correa, 2008, p. 141)

En ese orden de ideas, el Estado no debe alterar el sistema de precios y la autorregulación del mercado sin que exista una falla que amerite dicha intervención. De lo contrario, se estaría acercando a una economía centralizada en la cual el Estado toma las decisiones más importantes sobre la producción y distribución de un país. No obstante, se aclara que desde la perspectiva del Estado Social de Derecho *“ninguna institución tampoco el mercado reviste sentido en sí mismo, sino en tanto sirve para hacer efectivos los derechos individuales y sociales, para satisfacer las necesidades de la comunidad”* (Correa, 2008, p. 141). Así las cosas, el papel del mercado como instrumento de asignación de recursos debe estar acorde con el papel económico y político del Estado Social de Derecho.

De lo anterior se desprende que el Estado debe intervenir en los mercados cuando éstos fallan en la asignación eficiente de los recursos, en estos casos la lógica del mercado no funciona de manera adecuada; pues el comportamiento individual de cada agente económico tratando de maximizar sus beneficios se contraponen al bienestar social. En este punto aparece el derecho de la competencia como un instrumento de intervención del Estado en la economía para promover y proteger la competencia en los distintos mercados.

Desde esa perspectiva, la figura de los precios excesivos se encuadra dentro del derecho de la competencia *ex post*⁷⁵, es decir, se la toma como una práctica

⁷⁵ Existen dos regímenes de competencia que se deben diferenciar. El primero es la regulación *ex ante* de competencia que es la actividad de administración que realiza el Estado con el fin de lograr un equilibrio en los mercados mediante los lineamientos establecidos en la Constitución, es decir, es la promoción de la competencia en los mercados. Y el segundo es la regulación *ex post* que es el denominado régimen general de la libre competencia, el cual establece una serie de conductas prohibidas y que implica el ejercicio de la facultad de intervención de la economía a través de procesos administrativos sancionatorios. (Ayalde, 2011, p. 138)

restrictiva de la competencia, lo cual implica el ejercicio de la facultad de intervención de la economía a través de procesos administrativos sancionatorios. Al respecto, se reitera que la figura de los precios excesivos no está presente en todas las jurisdicciones, tal es el caso del derecho *antitrust*⁷⁶ que no considera ilegal la fijación unilateral de precios excesivos, por su parte tanto el derecho de la competencia colombiano como el de la UE sí contemplan la mencionada figura⁷⁷.

Así las cosas, a continuación se exponen las principales características de la figura de los precios excesivos dentro del sistema de economía de mercado.

2. LA REGULACIÓN INDIRECTA DE LOS MERCADOS A TRAVÉS DE LA FIGURA DE LOS PRECIOS EXCESIVOS

Bajo la lógica de una economía de mercado los oferentes tienen la libertad de establecer sus precios y solo en algunos casos los precios de un mercado son regulados por disposición legal; de tal forma que ninguna autoridad de la competencia puede regular precios, pues esa facultad le compete únicamente a las autoridades sectoriales cuando por ley así se haya establecido⁷⁸. De acuerdo con el actual Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, Tomás Menchaca Olivares:

(...) en una economía de mercado la regla general es la libertad de precios de productos o servicios, y la excepción es su regulación, la que –por ello– es materia de ley, por lo que los organismos de defensa de la libre competencia no tienen facultad alguna para fijar precios, en ninguna parte del mundo.

Sostener lo contrario implicaría gravísimos problemas desde los puntos de vista jurídico y económico e implicaría otorgar un margen de discrecionalidad muy grande a los organismos de defensa de la libre competencia, que podrían terminar convirtiéndose en reguladores de precios, perjudicando con ello, en lugar de proteger, la libre competencia en los mercados, base esencial de nuestro sistema económico. (Menchaca, 2011, p. 251-252)

⁷⁶ Las cortes de Estados Unidos han sostenido que cobrar precios altos a los consumidores no es ilegal y por lo tanto las empresas dominantes no tienen obligación legal de limitar sus políticas de precios. La doctrina Norteamericana ha respaldado la anterior política de no intervención, basada en el análisis económico que demuestra que la restricción de precios puede desalentar la inversión y causar daño a largo plazo, siendo que estos actos de explotación se corrigen a sí mismos por el hecho de que atraen nuevos agentes. (SIC, Resolución No. 37790 de 2011, p. 39)

⁷⁷ El artículo 102 del TFUE contempla la posibilidad de abusar de la posición dominante a través de precios inequitativos. Sin embargo, durante más de 50 años de vigencia del artículo 102 tan solo se han presentado 4 casos en los cuales la Comisión Europea ha decidido realizar cargos y sancionar por abuso de posición dominante a través del cobro de precios excesivos. En 2 de estos casos la decisión de la Comisión Europea fue revocada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Además, cada día es más fuerte la corriente de pensamiento en Europa que pretende que es más correcta la aproximación al problema del derecho norteamericano de la competencia. (Menchaca, 2011, p. 259)

⁷⁸ En Colombia, el capítulo V de la Ley 81 de 1988 establece las facultades de diferentes entidades de la Rama Ejecutiva para aplicar políticas de precios en determinados sectores económicos. Algunas de las entidades facultadas para desarrollar políticas de precios son el Ministerio de Agricultura para los productos del sector agropecuario, el Ministerio de Minas y Energía para el petróleo y sus derivados, y la Aerocivil para las tarifas del transporte aéreo. (Miranda, 2008, p. 302-303)

Lo anterior limita la facultad que tienen algunas autoridades de la competencia en el mundo para aplicar la figura de los precios excesivos, en la medida en que ésta se dirige a sancionar al agente económico y a exhortar a la autoridad sectorial para que regule los precios del mercado, siempre y cuando los costos de la regulación no sean más altos que la falla del mercado.

Es precisamente el costo que implica regular los precios de un mercado lo que ha impedido sancionar el abuso de la posición dominante por precios excesivos⁷⁹, pues una errónea aplicación de esta figura podría “*desincentivar la competencia, la innovación, y eliminar ese incentivo a alcanzar un poder en el mercado por medios legítimos que produce innovación y crecimiento económico*” (SIC, Resolución. No. 76724 de 2014, p. 76).

Sin embargo, es claro que la normatividad colombiana, en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, consagra la facultad para sancionar a gentes del mercado por imponer precios excesivos, y en razón de ello se han estructurado algunos casos en los cuales se observa la interpretación que se le ha dado a esta facultad. Así las cosas, a continuación se exponen los casos en los cuales se han presentado decisiones formales de la SIC con respecto a la conducta objeto de estudio.

3. LA FIGURA DE LOS PRECIOS EXCESIVOS EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COLOMBIANO

Como se mencionó al inicio, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 contiene tres prohibiciones, de las cuales la última hace referencia al tema de precios excesivos al prohibir aquellas prácticas, procedimientos o sistemas que tiendan a mantener o determinar precios inequitativos. A la fecha sólo se han presentado dos asuntos por esta conducta, y en uno de ellos la SIC sancionó a un agente económico por fijar unilateralmente precios excesivos o inequitativos. Los dos casos son:

3.1. Resolución No. 37790 del 19 de julio de 2011 (Caso Vijagual).

En el año 2009 la SIC abrió una investigación formal como consecuencia de una queja presentada por cuatro empresas

transportadoras y surtidoras de carnes. Las quejas manifestaron que se habían visto afectadas por los altos precios del servicio de sacrificio y faenado de ganado bovino⁸⁰, en razón del monopolio de Vijagual en el departamento de Santander.

⁷⁹ La regulación de un mercado es un asunto muy complejo porque los reguladores no conocen ni los costos ni el esfuerzo de la empresa por ser más eficiente. Ante este dilema la teoría de la organización industrial recurre al teorema de la segunda opción, en virtud del cual los reguladores deben diseñar un esquema tarifario que se adecue a las características particulares del mercado a regular, dejando a un lado el modelo de competencia perfecta. (Navarro, 2014)

⁸⁰ El sacrificio corresponde al aturdimiento y al degüello de bovinos. En cuanto al faenado este abarca las operaciones posteriores como corte de cuernos y extremidades, desuello, lavado, etc. (SIC, Resolución. No. 37790 de 2011, p. 17).

En este caso el mercado involucrado fue el de las carnes. De acuerdo con la Resolución No. 37790, *“en el comercio de ganado y carne de bovino interviene un número considerable de intermediarios, alrededor del cual se constituyen dos mercados separados, pero con fuertes interrelaciones: el mercado del ganado en pie y el mercado de la carne”* (como se citó en Vilorio de la Hoz, 2003). El primero se encarga de la cría, levante y engordedel ganado, y se forma alrededor de las transacciones y subastas de las ferias ganaderas. El segundo tiene que ver con la comercialización y distribución de la carne fresca en caliente, refrigerada o congelada para el consumo humano, el cual se forma en las plantas de sacrificio ubicadas cerca de los centros urbanos⁸¹.

Bajo ese entendido, el servicio de sacrificio y faenado es el puente entre el mercado de ganado en pie y el mercado de la carne. Este servicio lo prestan los mataderos o plantas de beneficio donde llega el ganado vacuno en pie de los hatos ganaderos.

De acuerdo con los decretos 2278 de 1982 y 1036 de 1991 las plantas de sacrificio están clasificadas en cinco clases, determinadas por la capacidad de sacrificio y los requerimientos técnicos que para cada clase se deben cumplir. Dicha clasificación igualmente determina el radio de comercialización de los productos que provienen de cada planta. Las plantas clase I que cuentan con una capacidad de sacrificio diario de más de 480 reses y más de 400 cerdos pueden exportar y comercializar sus productos a nivel nacional, las de clase II pueden vender sus productos en todo el territorio nacional y las de clase III, IV y Mínimo únicamente pueden comercializarlos en la jurisdicción de la localidad en donde está situada la planta, lo cual les impide realizar ventas a mercados ubicados en otras áreas diferentes a su área de influencia.

Vijagual es un matadero clase I, por lo tanto está habilitado para exportar sus productos y comercializarlos a nivel nacional, regional y local. Sin embargo, al momento de definir el mercado relevante la SIC sostuvo que la función de las plantas de beneficio en la interrelación de los mercados del ganado vacuno en pie y el mercado de la carne de vacuno está dada por la distancia geográfica de los hatos ganaderos a los centros de sacrificio y faenado y la cercanía de los mismos a los centros de consumo. Además, señaló que en el país existe una tendencia a consumir carne fresca en caliente; razón por la cual la cercanía a los centros de consumo es determinante, ya que de acuerdo con la regulación sectorial este tipo de carne requiere de un transporte refrigerado si el viaje a los centros de consumo dura más de 1 hora, lo cual incrementa los costos para el comerciante.

Teniendo en cuenta lo anterior, la SIC llegó a la conclusión de que el mercado relevante lo constituye el servicio de sacrificio y faenado de ganado bovino en pie con el fin de obtener carne fresca en caliente en Bucaramanga y su área metropolitana (incluye los municipios de Girón, Floridablanca y Piedecuesta); toda vez que en ésta

⁸¹ En el caso de la industria bovina y porcina los intermediarios más comunes son los colocadores, quienes en general compran en pie, pagan el sacrificio y comercializan la carne directamente o a través de otros. Su actividad se enfoca hacia la actividad post mortem y normalmente tienen oficina dentro de las plantas de sacrificio. (SIC, Resolución No. 37790 de 2011, p. 18-19)

área la oferta se concentra en Vijagual, pues no existe otro matadero que pueda prestar el servicio de manera tal que permita ofrecer carne fresca en caliente en la zona de Bucaramanga y su área metropolitana⁸².

Dentro de este mercado relevante los usuarios no tienen como sustitutos otras plantas tipo I o II. A tal punto que cuando se presentan protestas por los altos precios de Vijagual se genera un desabastecimiento de carne en Bucaramanga⁸³.

Una vez definido el mercado relevante, la SIC analizó la presunta vulneración del artículo 1 de la ley 155 de 1959. En esa oportunidad la SIC aclaró que del mencionado artículo se desprenden tres prohibiciones de las cuales la tercera hace referencia a los precios excesivos, al prohibir las prácticas, procedimientos o sistemas que tienden a mantener o determinar precios excesivos o inequitativos.

Así mismo la SIC reconoció que ante las grandes dificultades que implica la aplicación del régimen de competencia a los precios cobrados por las empresas dominantes no es posible calificar a un precio como inequitativo o excesivo, sin entender las particularidades del mercado al que se hace referencia y sin determinar si efectivamente la conducta de una empresa constituye una práctica, procedimiento o sistema tendiente a fijar un precio artificialmente elevado.

En consecuencia la SIC examinó el precio del servicio prestado en el ámbito nacional, concretamente con las plantas de beneficio de igual categoría; ya que la clasificación de las plantas de beneficio se realiza teniendo en cuenta la capacidad y requerimientos técnicos, lo cual permite afirmar que aquellas que pertenecen a una determinada categoría tienen infraestructura con requerimientos técnicos y de capacidad mínimos iguales. La comparación se realizó con los precios de sacrificio y faenado que durante el 2005 y 2008 cobraron Vijagual y otros mataderos de la clase I y algunos mataderos de clase II y III.

De la comparación se obtuvo que los incrementos anuales del precio del servicio de sacrificio y faenado a nivel nacional fueron del 2,33%, 4,98%, 2,25% para los años 2006, 2007 y 2008 respectivamente. Por otro lado, Vijagual realizó incrementos anuales del 15%, 14% y 19% en cada uno de los años mencionados. Así las cosas, los ritmos de crecimientos de los precios del servicio de sacrificio y faenado de ganado vacuno fueron superiores en 12,7, 8,9 y 16,8 puntos porcentuales al ritmo de crecimiento de los precios del productor a nivel nacional. Por último la SIC encontró que en el año 2008 el precio de Vijagual estuvo en un 48%, 101.5% y 52% por encima del precio promedio de los mataderos clasificados en clase I, II y III, respectivamente.

⁸² Las plantas más cercanas al área metropolitana de Bucaramanga son Coolesar de categoría I distante a 435 km de Bucaramanga y Aguachica de categoría II distante a 165 km de Bucaramanga; razón por la cual la carne proveniente de éstas plantas tendría que ser transportada refrigerada, característica ésta que incrementa los costos y no responde a la práctica habitual del consumidor. (SIC, Resolución No. 37790 de 2011, p. 26)

⁸³ En el año 2008 el valor que cobraba Vijagual por el servicio de sacrificio y faenado era de \$78.000. Otros mataderos de clase I cobraban mucho menos por el servicio en el mismo año, tal es el caso de Camaguey que cobraba \$26.676 (SIC, Resolución No. 37790 de 2011, p. 26).

Con la información recaudada y analizada en materia de precios, la SIC concluye que comparar precios de diferentes mercados geográficos crea algunos problemas que podrían ser significativos. Una primera dificultad está relacionada con la selección del mercado con el cual se realizará la comparación. En ese orden de ideas, afirma que es necesario tener en cuenta que existen diferencias en las características de los mercados que podrían afectar la validez de las comparaciones de precios por mercado geográfico⁸⁴. En consecuencia, *“el número de factores que necesitan ser tenidos en cuenta para asegurar la relevancia analítica de las comparaciones de precio por mercado geográfico, es tal, que logra que este método, aunque teóricamente atractivo, pueda ser difícil de aplicar en la práctica”* (SIC, Resolución No. 37790 de 2011, p. 43-44).

Así, pese a las diferencias observadas en el precio de Vijagual, la SIC estableció que es necesario tener en cuenta que las mismas pueden ser atribuidas a una variedad de razones, incluyendo, posiblemente eficiencias y razones estructurales.

De otro lado, las diferencias en precios pueden ser explicadas por diferentes estrategias ocasionadas por las condiciones comerciales del mercado. Así mismo, forzar a una empresa dominante a reducir las diferencias de precios con sus competidores, tendría el efecto de impedir la competencia, en tanto que forzar la existencia de precios más bajos podría disuadir la entrada a nuevos participantes. Adicionalmente, las diferencias entre competidores simplemente pueden reflejar variaciones en la calidad, caso en el cual es normal que los mejores productos se vendan a un precio más alto. (SIC, Resolución No. 37790 de 2011, p. 47).

También adujo que el hecho de que exista presencia de competidores de Vijagual en otros mercados geográficos, sugiere que el mercado en cuestión no comporta barreras insuperables a la entrada, lo cual es requerido para que las autoridades de competencia intervengan en contra de los precios supuestamente excesivos.

Finalmente la Autoridad de Competencia concluyó que:

Las diferencias en el comportamiento de los precios entre Vijagual y sus similares en otros mercados geográficos no resulta suficiente para establecer que los precios impuestos por la empresa investigada hayan sido excesivamente altos, y por lo tanto, se desvirtúa la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959. (SIC, Resolución No. 37790 de 2011, p. 47).

3.2. Resolución No. 76724 del 16 de diciembre de 2014 (Caso CASYP).

El 26 de agosto de 2011 la SIC abrió una investigación formal como consecuencia de una queja presentada por Copa Airlines Colombia en la cual había manifestado que a través de un contrato la empresa CHEVRON se comprometió a pagar a la

⁸⁴ *“Los precios pueden variar a través de los mercados geográficos por diversas razones tales como las diferencias en los costos de producción, impuestos, poder adquisitivo, preferencias y disponibilidad de pago por parte de los consumidores, concentración del mercado, etc.”* (SIC, Resolución No. 37790 de 2011, p. 43).

Concesión Aeropuerto de San Andrés y Providencia S.A. (en adelante CASYP) \$1.200 pesos por cada galón de combustible vendido en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés, con la contraprestación de ser el distribuidor de combustible en dicho terminal. Al respecto, expuso su preocupación porque la tarifa de acceso a pista pasó de \$58,71 pesos por galón en enero de 2011 a \$500 pesos por galón en febrero de 2011; luego a \$750 pesos por galón en marzo de 2011 a \$1.000 pesos por galón en abril de 2011; y finalmente, a \$1.200 pesos por galón a partir de mayo de 2011⁸⁵.

En este caso la SIC determinó que el mercado relevante afectado es el servicio aeroportuario de abastecimiento de combustible a aeronaves en el aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés. Antes de pronunciarse sobre la responsabilidad administrativa de los investigados, la SIC expuso las situaciones de hecho y de derecho relacionadas con el caso objeto de examen.

En primer lugar señaló que el día 10 de enero de 2007 la AEROCIVIL concesionó a CASYP la administración, operación, explotación comercial, inversión, modernización y mantenimiento del Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés por el término inicial de veinte años. A partir de ese momento, CASYP entró a disponer de los ingresos generados por la administración del aeropuerto de San Andrés, con la contraprestación de adelantar una serie de obras e inversiones, y entregar a la Aerocivil parte de los recursos percibidos.

Como concesionario del aeropuerto de San Andrés, CASYP quedó obligado a prestar o garantizar la prestación de todos los servicios aeroportuarios necesarios para la operación del transporte aéreo en la Isla, esto incluye servicios de plataforma, soporte de aeronaves en tierra, hangares, abastecimiento de combustible, etc.

Por otro lado, el contrato suscrito entre la AEROCIVIL y CASYP estableció cuáles ingresos eran regulados, es decir, el Estado establece el monto del cargo que el concesionario puede cobrar o la fórmula para determinarlo, y cuáles no. Dentro de los ingresos no regulados, el contrato incluyó los ingresos obtenidos por el abastecimiento de combustible a aeronaves. Al respecto, se debe aclarar que de acuerdo con el mencionado contrato, éste servicio no podía ser prestado por el concesionario, simplemente garantizado. Por lo tanto, CASYP era ajeno a las relaciones comerciales que surgieron entre los compradores de combustible y el proveedor que lo suministró, pues simplemente debía permitir que entre un proveedor al aeropuerto de San Andrés para que prestara el servicio de abastecimiento de combustible a aeronaves. No obstante, CASYP estaba autorizado para cobrar una tarifa por volumen de galones que se proveyeren en ejecución de la prestación de dicho servicio. Por lo anterior, la SIC estableció que la tarifa de acceso a pista no era en sí mismo un servicio sino simplemente un cargo que se podía cobrar a quién prestaba el servicio de suministro de combustible⁸⁶.

⁸⁵ De acuerdo con la investigación de la SIC, el máximo valor cobrado en el año 2012 por CHEVRON a las aerolíneas entre los aeropuertos del Caribe en Antigua, Barbados, Islas Caimán, Montego, Port of Spain y St. Maarten, fue el correspondiente al recaudo en Islas Caimán por un monto equivalente en pesos de \$318,38, precio considerablemente alejado de la tarifa de \$1.200 vigente en el aeropuerto de San Andrés. (SIC, Resolución No. 76724 de 2014, p. 13)

⁸⁶ En muchas ocasiones el cargo no regulado no es en sí mismo un servicio, ni tampoco otorga una contraprestación tangible para quién debe soportarlo, tal y como ocurre con la tarifa de acceso a pista, la cual también afecta directamente la prestación del servicio público de transporte aéreo. (SIC, Resolución No. 76724 de 2014, p. 48)

En cuanto a la forma en que se debía establecer el monto que CASYP podía cobrar por los ingresos no regulados, el contrato de concesión señalaba que en caso de no establecerse contraprestación específica para alguno de los servicios asociados a los ingresos no regulados, se entendería que el concesionario podría fijarla de acuerdo con las normas de libre mercado, incluidas las normas que protegen la libre competencia.

Más adelante, y en cumplimiento de su obligación de garantizar la prestación del servicio de abastecimiento de combustible a aeronaves, CASYP suscribió, el 1 de junio de 2007, un contrato de acceso a pista con CHEVRON en virtud del cual CASYP le entregó a CHEVRON el derecho de acceso a plataforma para el suministro de combustible, y a cambio CHEVRON se comprometió a pagar \$58,71 pesos por galón vendido en el aeropuerto de San Andrés. El contrato se suscribió por un año y se prorrogó en las mismas condiciones hasta el año 2010.

Luego, en el año 2010, CASYP puso en marcha un mecanismo de invitación a ofertar a través de negociaciones bilaterales independientes con cada uno de los potenciales proveedores de combustible, y cuyo criterio de selección fue el mayor valor ofertado, a este procedimiento lo denominó subasta informal. En desarrollo de dicho procedimiento, CASYP escribió un correo electrónico, el 18 de junio de 2010, al representante legal de TERPEL con miras a explorar la posibilidad de que esta sociedad incursionara en el aeropuerto de San Andrés como proveedor de combustible. A lo anterior, TERPEL respondió confirmando su interés a través de un correo electrónico enviado el 21 de junio de 2010.

Después, el día 11 de agosto del mismo año, ENERGIZAR envió a CASYP una comunicación en la que informaban que estaban en condiciones de entrar como proveedores del combustible en un lapso de seis meses, tiempo durante el cual adelantaría los permisos e infraestructura necesaria para la prestación del servicio de abastecimiento del combustible de aviación. Cabe mencionar que inicialmente ENERGIZAR ofreció pagar \$250 pesos a CASYP por concepto de tarifa de acceso a pista, luego el 14 de septiembre la aumentó a \$500 pesos por galón facturado.

Como consecuencia de las anteriores ofertas, en octubre de 2010 CASYP estaba pidiendo a CHEVRON un incremento de la tarifa de acceso a pista a \$900 pesos por galón so pena de abrir una licitación en la que TERPEL y ENERGIZAR estarían interesadas. Más adelante, el día 8 de noviembre del mismo año, uno de los miembros de la Junta Directiva de CASYP engañó mediante un correo electrónico dirigido al representante legal de CHEVRON para que igualara una oferta ficticia de \$1.200 pesos por galón facturado que supuestamente TERPEL le había hecho. Dicho correo decía lo siguiente: *“Ustedes tienen una gran ventaja sobre los otros y es que no tienen que hacer inversión en infraestructura, esto debe reflejarse en la oferta. Sé que la oferta de TERPEL está alrededor de los \$1.200 pesos por galón”* (SIC, Resolución No. 76724 de 2014, p. 52).

Antes de recibir la respuesta de CHEVRON, TERPEL le ofreció a CASYP \$900 pesos por galón vendido. Esta oferta fue aceptada mediante comunicación del 9 de noviembre de 2010, en la que adicionalmente le advierte que en caso de retraso en el suministro de combustible, sería multado con 500 salarios mínimos por cada

día de mora. Es por eso que TERPEL decidió no firmar el contrato, pues existe una demora de terceros en tramitar los permisos y autorizaciones necesarias para prestar el servicio de abastecimiento de combustible de aviación.

Posteriormente, el día 18 de noviembre de 2010, CHEVRON presentó una oferta que igualaba a la oferta ficticia de TERPEL de \$1.200 pesos por galón. Esta oferta no fue tenida en cuenta inicialmente por haber llegado de forma extemporánea; sin embargo fue acogida cuando CASYP no llegó a un acuerdo con TERPEL. Una vez adoptada la decisión de contratar con CHEVRON, se implementó la nueva tarifa de acceso a pista de forma escalonada durante los primeros 4 meses del 2011 hasta llegar al mes de mayo a los \$1.200 pesos por galón. A partir del 1 de enero de 2012 la tarifa de acceso a pista aumentó de acuerdo al valor del IPC del año anterior.

Teniendo en cuenta los hechos mencionados anteriormente y la proyección financiera que CASYP utilizó para presentarse al proceso de selección adelantado por la AEROCIVIL para concesionar los Aeropuertos de San Andrés y Providencia en el año 2007, la SIC logró establecer que el ingreso que CASYP había proyectado recibir como concesionario por concepto de tarifa de acceso a pista era significativamente menor al que estaba percibiendo. Así mismo, estableció que el promedio de la tarifa necesario para satisfacer la proyección de ingresos por este concepto era de \$270 pesos por galón. Por lo tanto, la SIC concluye que no es de recibo sustentar que la tarifa de acceso a pista proyectada guarde relación con la tarifa establecida; ya que CASYP afirmaba que durante los tres primeros años mantuvo una tarifa muy similar a la que cobraba la AEROCIVIL (alrededor de \$60 pesos por galón), pero que en el año 2010 tuvo que incrementarla tal como lo había previsto en su modelo financiero para cubrir las inversiones prometidas en la concesión y la utilidad esperada por el concesionario.

El incremento fue tan alto que el valor correspondiente al ingreso por concepto de tarifa de acceso a pista fue cada vez más representativo en los ingresos operacionales de toda la concesión, pues pasó de representar el 2% en 2010 al 26% en 2011 y 31% en 2012, respectivamente. Prácticamente, un tercio de los ingresos operacionales estaban siendo asumidos con uno de los ingresos no regulados en el contrato. Finalmente la investigación de la SIC concluye que la tarifa de acceso a pista entre 2010 y 2012 creció 20 veces (2.000%). Los ingresos operacionales generados por la tarifa de acceso a pista se incrementaron 26 veces (2.611%). El concesionario recibió 62,78% más ingresos de los esperados por concepto de tarifa de acceso a pista, lo que representó \$4.622.595.000 adicionales en los seis años estudiados (2007 y 2012) (SIC, Resolución No. 76724 de 2014, p. 58).

Ante los altos precios del servicio de abastecimiento de combustible como resultado del cargo excesivo de la tarifa de acceso a pista para el proveedor, las aeronaves que no deseaban repostar en San Andrés, tenían la opción de sobrepostar, es decir, llevar combustible adicional que les permitiera completar el trayecto de vuelta. Sin embargo, esa opción no era viable en la medida en que existen limitaciones aeronáuticas respecto de las condiciones de despegue y aterrizaje de las aeronaves en virtud de su peso bruto. De acuerdo con la investigación de la SIC:

Existe un peso máximo de aterrizaje para cada tipo de avión para evitar,

entre otras cosas, un aterrizaje forzoso que afecte la seguridad del vuelo, la estructura del avión y la respectiva rentabilidad de la operación en términos de los costos en que se incurre para el mantenimiento de la aeronave. Adicionalmente, llevar combustible en exceso implica que el avión vaya más pesado y por ende consume más combustible. (SIC, Resolución No. 76724 de 2014, p. 58).

Por lo anterior, en la ruta Bogotá – San Andrés no es viable el sobrepostado porque el avión tendría que llevar 1.300 galones de combustible adicionales, lo cual obligaría a la aerolínea a dejar de transportar cerca de 30.000 pasajeros al mes para compensar el peso del combustible adicional (SIC, Resolución No. 76724 de 2014, p. 62). Es así como resulta prácticamente obligatorio que las aerolíneas compren el combustible en el Aeropuerto de San Andrés, pues la demanda por este servicio es prácticamente inelástica.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la SIC concluye que la fijación de la tarifa de acceso a pista no guardó relación con las proyecciones financieras realizadas por el concesionario respecto de la concesión y del cargo no regulado, pues no tuvo en cuenta factores comerciales o financieros de la concesión para establecer la tarifa de acceso a pista, y tampoco utilizó un método transparente para fijarla, sino que implementó un esquema que, por su naturaleza, derivaría en un alza injustificada de la misma.

Para la SIC este tipo de procedimientos vulneran el bien jurídico tutelado por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y se materializan en el establecimiento de un precio que no guarda relación con aquel que debió ser fijado si se hubiesen atendido las variables económicas y financieras del cargo y de la concesión. Con lo anterior, la tarifa de acceso a pista finalmente cobrada no guardaba relación con las condiciones reales del mercado, es decir, con las condiciones financieras de la concesión que inspiran en sí mismas la existencia de este tipo de cargos.

Esto sin contar con que la conducta de CASYP de simular competencia entre CHEVRON y TERPEL tuvo como efecto que uno de los agentes ofreciera valores superiores a aquellos que hubiese ofrecido si no se hubiese simulado competencia entre TERPEL y CHEVRON utilizando cifras falsas. Se concluye que CASYP no atendió las condiciones económicas y financieras de la concesión, se utilizó un mecanismo no transparente que por supuesto tendió a fijar precios inequitativos al alza al simular una competencia que no existía en realidad. (SIC, Resolución No. 76724 de 2014, p. 88).

Además, la SIC aclara que la imposición del precio inequitativo es imputable únicamente a CASYP y no a CHEVRON; ya que fue el concesionario el que implementó un procedimiento tendiente a fijar un precio inequitativo, al desconocer las proyecciones financieras de la concesión. Por su parte, CHEVRON se constituye como sujeto pasivo de la conducta de CASYP, pues su oferta fue el resultado de la simulación de competencia con TERPEL.

En consecuencia la SIC multó a CASYP y a su representante legal por haber

vulnerado lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al implementar una práctica, procedimiento o sistema tendiente a la fijación de un precio inequitativo para el cargo no regulado de tarifa de acceso a pista para proveedores de combustible en el Aeropuerto de San Andrés. Así mismo ordenó la re-determinación de su tarifa de acceso a pista de acuerdo con las proyecciones financieras del concesionario, y además concluyó que no es razonable que un cargo que tiene todas las características para ser regulado (quien lo cobra es un monopolista – el concesionario- y su fijación afecta directamente la prestación de un servicio público esencial como el transporte aéreo) no esté regulado por la autoridad competente para el efecto. Es por ello que exhortó a la Agencia Nacional de Infraestructura a fin de que estructuren concesiones de esta naturaleza en el futuro estableciendo fórmulas que además de permitir la remuneración adecuada del concesionario y las inversiones en la infraestructura que se requieren para la prestación del servicio, contemplen mecanismos que impidan la extracción ilimitada de rentas en diversas eslabones de la cadena.

CONCLUSIONES

- La dificultad práctica de sancionar la fijación unilateral de precios excesivos se evidencia en el hecho de que en más de 50 años de vigencia del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 tan solo se ha sancionado en una ocasión a un agente del mercado por implementar un procedimiento tendiente a fijar precios excesivos⁸⁷. Sin embargo, de los dos casos expuestos anteriormente se pueden sacar algunas conclusiones que permiten entender el manejo que la SIC le ha dado a esta facultad. Bajo ese entendido, a continuación se mencionan los principales puntos de la doctrina de la SIC en materia de precios excesivos:
- En el caso de Vijagual, la SIC estableció que el abuso de posición dominante por precios excesivos no afecta a la estructura del mercado, es decir, no afecta directamente a los competidores. Los afectados son los consumidores como consecuencia del poder de mercado que ostenta determinada empresa; ya que ésta característica le permite explotar a sus consumidores, generalmente mediante la imposición de precios más altos de los que se encontrarían si el mercado estuviera sujeto a una competencia efectiva. Así las cosas, una estructura de mercado concentrada en uno o pocos oferentes es un factor relevante en la conducta del agente.
- En concordancia con lo anterior, es importante tener en cuenta el concepto de consumidor en el análisis de prácticas restrictivas de la competencia. Con respecto a este tema, la SIC aclaró que el espíritu de las normas de competencia no es proteger a la parte débil en una transacción comercial

⁸⁷ La dificultad de identificar precios excesivos y la insuficiencia de los tests propuestos hasta ahora se traduce en un marco de inseguridad jurídica para las empresas que mina su capacidad de actuación en el mercado y la sana política de competencia en precios. (DÍEZ ESTELLA, 2006, p. 270)

- ya que el objeto del régimen de protección de la competencia es la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores, y la eficiencia económica, bajo el precepto de que el libre juego de la oferta y la demanda y el no falseamiento de los instrumentos que el mercado mismo provee derivarán en que los consumidores reciban mejores precios y mayor calidad. Por lo tanto, el término consumidor en el análisis de prácticas restrictivas de la competencia no es equivalente al establecido en el Estatuto del Consumidor, e incluye compradores que no adquieren para uso personal o privado sino para incorporar el producto o servicio en su cadena de producción. Esa es la razón por la cual la SIC reconoció la calidad de consumidores a las aerolíneas afectadas por el cobro excesivo de la tarifa de acceso a pista en el caso de CASYP.
- Ante las grandes dificultades que implica la aplicación del régimen de competencia a los precios cobrados por las empresas dominantes, la SIC considera que no es posible calificar a un precio como inequitativo o excesivo, sin entender las particularidades del mercado al que se hace referencia y sin determinar si efectivamente la conducta de una empresa constituye una práctica, procedimiento o sistema tendiente a fijar un precio artificialmente elevado.
- Para determinar la existencia de una práctica, procedimiento o sistema tendiente a fijar precios inequitativos se debe tener en cuenta el tipo de producto, servicio o cargo bajo examen, las particularidades económicas y jurídicas de mercado, y el contexto en el cual ha sido fijado el precio. De acuerdo con la SIC, la importancia de estudiar el contexto en el que se analiza la conducta tendiente a fijar un precio determinado radica en que las condiciones de mercado que se deben tener en cuenta para cada caso concreto son diferentes.
- Las diferencias en el comportamiento de los precios entre el agente investigado y sus similares en otros mercados no resulta suficiente para establecer que los precios impuestos por la empresa investigada sean excesivamente altos; ya que las diferencias en precios pueden ser explicadas por diferentes estrategias ocasionadas por las condiciones comerciales del mercado. Por lo tanto, el número de factores que necesitan ser tenidos en cuenta para asegurar la relevancia analítica de las comparaciones de precio por mercado geográfico, es tal, que logra que este método, aunque teóricamente atractivo, pueda ser difícil de aplicar en la práctica. La anterior conclusión fue el argumento principal de la SIC para sustentar que Vijagual no violó el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.
- Teniendo en cuenta todo lo anterior, la autoridad de competencia debe actuar con suma cautela al decidir aplicar el artículo 1 de la Ley 155 de 1959; toda vez que debe existir una racionalidad económica que justifique la regulación indirecta del mercado a través de la figura de los precios excesivos, y además debe tratarse de un agente económico que fije sus precios desconociendo las reglas del mercado y el libre juego de la oferta y la demanda, tal como sucedió en el caso CASYP, en el cual el concesionario no tuvo en cuenta los factores comerciales o financieros de la concesión para establecer la tarifa

de acceso a pista, y tampoco utilizó un método transparente para fijarla, sino que simuló competencia utilizando cifras falsas para incrementar injustificadamente el valor de ésta.

- En conclusión, la aplicación de esta facultad debe estar en consonancia con el sistema económico de mercado que el derecho de la competencia busca proteger, es decir, se debe analizar las consecuencias jurídicas y económicas que implicaría la sanción por precios excesivos en el caso concreto; toda vez que dejar a un lado las consecuencias que este tipo de sanción puede generar en el largo plazo desencadena un escenario de incertidumbre para los competidores de una industria en cuanto a la tasa de retorno que deben percibir, lo cual se traduce en un cierre del mercado y una clara señal para desatender la demanda del mismo.

REFERENCIAS

AYALDE LEMOS, Víctor. (2011). El Derecho de la Competencia en el Sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-TIC. Revista de Derecho de la Competencia. Bogotá D.C. Vol. 7, 127-190.

CORREA HENAO, Magdalena. (2008). Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

DÍEZ ESTELLA, Fernando. (2006). Abusos mediante precios: los precios excesivos. En: Marcial Pons (Ed). *El Abuso de la Posición de Dominio* (pp. 251-272). Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

HARARI, Yuval Noah. (2013). A Brief History of Humankind [curso en línea masivo y abierto]. Coursera: Universidad Hebrea de Jerusalén.

MENCHACA, Tomás. (2011). ¿Se debe sancionar la fijación unilateral de precios excesivos? En: *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario* (pp. 249-266). Santiago de Chile: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile.

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. (2008). El Derecho de la Competencia en el Sector Aeronáutico Colombiano. Revista de Derecho de la Competencia. Bogotá D.C. Vol. 4, 287-403.

NAVARRO, Peter. (2014). The Power of Microeconomics: Economic Principles in the Real World [curso en línea masivo y abierto]. Coursera: University of California, Irvine.

VELANDIA, Mauricio. (2011). Derecho de la Competencia y del Consumo. 2 ed. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

RESOLUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Resolución No. 37790 de 2011

Resolución No. 76724 de 2014

CONCEPTOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Concepto No. 11-130722 del 2 de diciembre de 2011.

UBER UNA ALTERNATIVA NECESARIA PARA EL TRANSPORTE DE PASAJEROS

Marcela Alejandra Acosta López⁸⁸

Lhoren Sthepannie Espinosa Salazar⁸⁹

Fecha de recepción: 29 de mayo de 2015.

Fecha de aceptación: 4 de octubre de 2015.

Referencia: ACOSTA LÓPEZ, Marcela Alejandra. ESPINOSA SALAZAR, Lhoren Sthepannie. *Uber una alternativa necesaria para el transporte de pasajeros*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 1. Núm. 1. Págs. 163 – 176. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex.

RESUMEN

El presente trabajo se centra en la problemática generada por el uso de la plataforma tecnológica denominada Uber, aplicación que tiene por fin el ofrecimiento de intermediación para la celebración de un contrato de transporte entre el usuario y el conductor, con el cual se presta un servicio que generalmente resulta más confortable para el usuario. El epicentro de la problemática en el ámbito colombiano gira en torno al señalamiento que el Gobierno realiza frente a la plataforma al aducir que este tipo de plataformas no están habilitados para desarrollar el servicio que ofrecen, debido a que no se encuentran conformadas como una empresa legalmente habilitada, cometiéndose así una indebida interpretación del servicio brindado a través de la aplicación.

PALABRAS CLAVE: transporte, libertad de empresa, restricciones, comodidad.

⁸⁸ Estudiante de pregrado. Programa de Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Nariño. marce19-4@hotmail.com

⁸⁹ Estudiante de pregrado. Programa de Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Nariño. lhorenespinosa@gmail.com

ABSTRACT

This paper focuses on the problems caused by the use of the technology platform called Uber, which aims to apply the provision of intermediation for the conclusion of a contract of carriage between you and the driver, with which a service is provided which it is generally more comfortable for the wearer. The epicenter of the problem in the Colombian area revolves around the signaling that the government takes off the platform in arguing that such platforms are not entitled to develop the service they offer, because they are not shaped like a company legally enabled and be committed an error in interpreting the service provided by the application.

KEYWORDS: transport, freedom of enterprise, restrictions, comfort.

INTRODUCCIÓN

Se pretende con este artículo tener un acercamiento al conflicto que se ha generado en torno a la plataforma tecnológica llamada Uber, así mismo se hará un análisis acerca de la regulación legislativa que ha tenido el servicio tanto a nivel nacional como a nivel internacional de esta manera se pondrá esta problemática mundial en contexto nacional, se analizará poniendo en evidencia tanto sus ventajas como desventajas y ahondando en el porqué de las diferentes prohibiciones que se le han realizado, se estudiará la libertad de empresa como derecho en Colombia y por qué la última resolución del Ministerio de Transporte prohibiendo este tipo de servicios atenta tanto contra la libertad de empresa así como al derecho al trabajo.

Se buscará adentrarse en el tema del porque el servicio Uber entro a innovar y mejorar la prestación del servicio de transporte y porque no debería el Gobierno Nacional desechar las nuevas opciones para optimizar los servicios de transporte que ofrece la tecnología.

1. ¿QUÉ ES UN UBER?

Uber es una plataforma tecnológica creada en el año 2009, en el Estado de California, Estados Unidos cuyos fundadores fueron Garrett Camp y Travis Kalanick, quienes diseñaron la plataforma como una aplicación para teléfonos inteligentes con servicio de datos o conexión de internet, a través de la cual se buscó acercar a los usuarios quienes necesitaban un servicio de transporte, así como a los conductores quienes por su parte necesitaban un medio de trabajo.

La aplicación se ha expandido alrededor el mundo, encontrándose disponible en más de 56 países con presencia en 276 ciudades en donde se presta el servicio de transporte de pasajeros, con mediación de la aplicación Uber.

Uber se ofrece como una solución para aquellas personas interesadas en acceder a un conductor privado disponible todo el día, en el lugar que se requiera, ofreciendo una gama de vehículos con las calidades y condiciones específicas que el usuario desee.

2. ¿CÓMO FUNCIONA EL SERVICIO?

El servicio funciona básicamente a través de la descarga gratuita de la aplicación Uber en los celulares de los usuarios quienes a su vez crean una cuenta con su correspondiente contraseña, para lo cual deberán hacer el registro de su información, correo electrónico, teléfono y los datos de su tarjeta de crédito, para así en el caso de requerir el servicio de transporte se pueda enlazar al conductor con el usuario, conductor quien también previamente realizara un registro de su información en la plataforma desarrollada por Uber.

Con lo anterior realizado el usuario quien desee el servicio de transporte, a través de la aplicación envía su solicitud la cual será recibida por Uber, quien realizará la localización del usuario contactado por el GPS de su celular, solicitando la información acerca de qué tipo de vehículo desea y a qué lugar se dirige, información con la que se contactara al proveedor del servicio (conductor) que se encuentre más cercano al usuario, siendo el proveedor quien acepta o rechaza la solicitud del usuario, si acepta, de inmediato se da la información al usuario acerca del proveedor que realizara el servicio, señalándole la estimación del tiempo que tardara en llegar el vehículo que prestara el servicio, dándole así mismo y con antelación la estimación del costo que generara el servicio, ya cuando el recorrido acaba se da el valor real del servicio cargándose a la tarjeta de crédito del usuario. Adicionalmente a esto se le pide al usuario realizar una evaluación acerca del servicio que se le ha prestado, esto con el fin de mejorar el mismo y la calidad de los proveedores.

El pago que recibe Uber por la intermediación que realiza entre los proveedores y los usuarios, es un 20% de la tarifa que se cobra por el servicio de transporte que realiza el proveedor.

3. BENEFICIOS

Entre los beneficios que se resaltan en la utilización de la aplicación Uber están:

Rapidez en el acceso al servicio de transporte: La cual se da debido a la geo localización con la que cuentan los vehículos a través del GPS de los teléfonos celulares, seleccionándose al proveedor más cercano al usuario para que preste el servicio. **Pago electrónico:** El cual se carga a la tarjeta de crédito del usuario, beneficiándolo en la medida de que no es necesario llevar dinero en efectivo para acceder al servicio.

Comodidad durante el servicio: Este es uno de los puntos clave para lograr la satisfacción del usuario, puesto que los vehículos utilizados siempre estarán en las

mejores condiciones para prestar el servicio, se suma a esto que al ya conocer el proveedor y la ruta a la cual se dirige no se presentara con el usuario ningún tipo de enfrentamiento o discordancia respecto del destino al que se pretende llegar. Además se suma la facilidad y rapidez que tiene el usuario de encontrar un proveedor del servicio.

Adicionalmente a lo ya mencionado el ofrecimiento al usuario de dulces y agua embotellada para que disfrute durante el recorrido del servicio, los cuales vienen incluidos dentro de la tarifa que se cobrara.

Conocimiento con antelación de la tarifa por el servicio: Cuando el usuario solicita el servicio y señala el lugar al cual se dirigirá se enviará una tarifa aproximada acerca de valor que le generara el servicio.

Seguridad: Se garantiza cuando se solicita a los conductores la licencia de conducción, su cédula de ciudadanía y antecedentes judiciales, haciéndose igualmente un estudio riguroso de seguridad antes de que inicien a operar por medio de la plataforma de Uber.

Calidad del Servicio: Esto se ve reflejado en la calificación a través de estrellas que se da al servicio, puesto que siempre se intenta que el servicio sea calificado en 5 o con un mínimo de 4.7 estrellas, promoviendo siempre un servicio de alta calidad. Así mismo el conductor del vehículo puede calificar al cliente con el fin de verificar su confiabilidad y si es factible a futuro prestar nuevamente el servicio.

Servicio de transporte

En Colombia se tiene la siguiente definición de contrato de transporte:

El transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y entregar éstas al destinatario.

El contrato de transporte se perfecciona por el solo acuerdo de las partes y se aprueba conforme a las reglas legales.

En el evento en que el contrato o alguna de sus cláusulas sea ineficaz y se hayan ejecutado prestaciones, se podrá solicitar la intervención del juez a fin de que impida que una parte se enriquezca a expensas de la otra (Decreto 410 de 1971. Código de Comercio, art.981).

De esta manera tenemos que bajo las condiciones que establece el código de comercio colombiano el aplicativo de Uber, no realiza efectivamente el servicio de transporte, dado que la función que cumple es la de mera intermediación a través de su plataforma electrónica, entre proveedor y usuario, para que sean ellos quienes suscriban el contrato.

Continuando con el análisis legislativo en el panorama nacional se establece que el transporte necesariamente debe estar amparado bajo un contrato de seguro consagrado esto en el artículo 12 del Decreto 01 de 1990 (1990) de la siguiente manera:

Cuando el Gobierno lo exija, el transportador deberá tomar por cuenta propia o por cuenta del pasajero o del propietario de la carga, un seguro que cubra a las personas y las cosas transportadas contra los riesgos inherentes al transporte.

El transportador no podrá constituirse en asegurador de su propio riesgo o responsabilidad.

El Gobierno reglamentará los requisitos, condiciones, amparos y cuantías del seguro previsto en este artículo, el cual será otorgado por entidades aseguradoras, cooperativas de seguros y compañías de seguros, legalmente establecidas.

En Colombia la actividad de transporte es considerada como una actividad peligrosa por ello tanto para la protección de quien lleva a cabo el transporte así como del transportado. En este punto encontramos una de las diferencias marcadas respecto del contrato de transporte que se suscribe por vía del aplicativo Uber, ya que a los prestadores de este servicio no se les exige de manera obligatoria tomar los mismos seguros que debe tomar el gremio taxista y es esto lo que genera inconformidad en el mencionado gremio.

Respecto al servicio de transporte público tenemos la Ley 105 de 1993, por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte entre otras disposiciones; esta ley es uno de los pilares rectores en materia de transporte en el país ya que en ella se consagran las disposiciones del servicio y los principios rectores de esta actividad los cuales son:

- Acceso al transporte
- Carácter de servicio público del transporte
- Colaboración entre entidades
- La participación ciudadana
- La libertad de empresa
- Permisos o contratos de concesión
- Transporte intermodal
- Subsidios a determinados usuarios

Es importante destacar que dentro de estos principios en Colombia se establece la libertad de empresa y el transporte intermodal, favoreciéndose la sana competencia entre las empresas prestadoras del servicio de transporte y garantizándose un

adecuado acceso a este servicio para la población.

Bajo el entendimiento y en consonancia con lo dispuesto por las reglamentaciones señaladas, se tiene que Uber es una de las alternativas a las que hace referencia la ley en su condición de intermediadora para la prestación del servicio de transporte intermodal y más aún en lo atinente a la libertad de empresa, el cual es un derecho del que gozan todos los colombianos, ya que no se le puede cerrar las puertas a estas nuevas empresas que ofrecen sus servicios a través de plataformas tecnológicas.

Continuando con el análisis que se realiza a la normatividad y la jurisprudencia encontramos que la Corte Constitucional (2002) afirmó que *“El transporte público es un medio indispensable para garantizar el goce efectivo de la libertad de locomoción, en especial en las ciudades”*.

Con todo lo anterior se tiene que el servicio que presta Uber está ayudando a que los usuarios satisfagan las necesidades de transporte las cuales no se ven satisfechas por las empresas de transporte en el país.

4. LIBERTAD DE EMPRESA

Respecto a este tema el artículo 333 de la Constitución Política (1991) señala:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Conforme a lo establecido en este artículo podemos interpretar que en Colombia se tiene la potestad y libre decisión de conformar empresa y que esta debe ser respetada por el Estado, situación que está siendo claramente vulnerada por parte del Ministerio de Transporte con la expedición del Decreto 348 de 2015 en el cual se evidencia un completo desacierto por parte del gobierno nacional en cuanto a la prohibición realizada hacia una actividad empresarial que está generando empleo y movilidad económica.

En este sentido y para continuar con el desarrollo que se le ha dado al derecho a la libertad de empresa se tiene lo señalado por Aristizabal (2000), quien manifestó que la libertad de empresa hace parte del derecho a la libertad económica y está compuesta por dos pilares básicos, así:

1. La libertad de establecerse o de instalarse, que con la sola limitación

del bien común consagra el inciso primero del artículo 333 de la Constitución Política en su parte final: Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. Existen algunas excepciones a este principio en la Constitución, como las previstas en los artículos 335 y 150 numeral 19; 189, numerales 24 y 25, atinentes a la actividad financiera, bursátil y aseguradora que, por ser de interés público, sólo pueden ser ejercidas con autorización del Estado.

2. La libertad de ejercicio o de explotación de la actividad profesional, lo que se opone al menos de manera teórica, a restringir la utilización de ciertos procedimientos o de ciertos productos, en general al establecimiento de limitaciones que se refieran tanto a la actividad ejercida propiamente dicha, como a la persona que la ejerce. Incluye desde luego, la libertad de contratar.

De esta manera se tiene que en Colombia debido al modelo económico establecido, la empresa debe contar con una mayor protección por lo tanto no es acorde a los fines sociales del Estado obstaculizar una actividad económica, la cual por el contrario debería ser regulada.

En el mismo sentido Aristizabal (2000) señaló que:

Quando varias personas compiten en una misma actividad, tienen derecho a hacerlo sin obstáculos por parte del Estado. La libre competencia, en realidad, es un aspecto de la libre empresa, pero sin considerar la actividad de los particulares en sí misma, sino en su relación con otros, se trate bien de particulares o bien del Estado mismo. La Constitución contiene ciertas limitaciones a la libre competencia: por ejemplo, en materia de precios, con fundamento en el artículo 334 es posible intervenir para regular ciertos productos. Otra limitación del derecho a la competencia tiene su consagración constitucional en el artículo 333 (inc.4) de la Constitución Política: El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

De igual manera la Corte Constitucional (2011) estableció que:

La libertad de empresa comprende la facultad de las personas de “(...) *afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia*”. Esta libertad comprende, entre otras garantías, (i) la libertad contractual, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica, y (ii) la libre iniciativa privada. Su núcleo esencial comprende, entre otras prerrogativas, (i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada;

(v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable”

Para concluir lo atinente a la libertad de empresa se tiene que ésta no puede ser coartada por la posición del gobierno nacional, ya que se generaría un grave conflicto de intereses y una clara desviación de la potestad nacional de proteger y salvaguardar la libertad económica en pro de favorecer el interés de un pequeño sector del país.

Por último el mecanismo idóneo para defender este derecho vulnerado sería un tipo de acción constitucional, pues si bien no se está vulnerando directamente un derecho fundamental como lo es la libertad económica, si se lo está haciendo con la libertad de empresa que hace parte de este concepto y se entendería que son conexos, en este sentido los proveedores del servicio ven menos cavado su derecho a promover empresa y desarrollar libremente una actividad económica.

5. PROBLEMÁTICA NACIONAL

Uber llegó a Colombia el 1 de octubre de 2013, y en lo que ha corrido del tiempo la principal razón de los enfrentamientos que se han tenido por el uso de la aplicación Uber, se da entorno a que se señala que el servicio que se presta no es legal, con el argumento de que el servicio especial no puede prestar un servicio individual, al estarse cambiando la modalidad a través de la cual fueron habilitados. El superintendente de Puertos y Transportes Javier Jaramillo, señaló que: *“los carros de servicio especial están restringidos a contratos con empresas, colegios, agencias de turismo y hoteles. De hecho, la póliza de esos carros no ampara a los pasajeros que viajen bajo modalidades tipo Uber, porque se está prestando un servicio para el cual no están facultados”*.

El Gobierno intenta resguardar su institucionalidad representada esta en las normas, por lo que señalan que un servicio como el que presta Uber no es legal ya que no se sujeta al marco legal que se impone para la prestación del servicio de transporte, puesto que Uber no sea constituido siquiera como una empresa para lograr la aprobación para la prestación del servicio de transporte.

La queja entonces del gremio taxista es que Uber no paga impuestos, el cupo para el funcionamiento de estos vehículos blancos es mucho menor al que se paga por el de un taxi y la competencia desleal que argumentan se da con los altos costos que se cobran por el servicio de los proveedores de Uber.

Pero lo que vio la plataforma tecnológica Uber, fue una necesidad que no estaba del todo satisfecha, Uber vio una falla a la cual de cierto modo le dio una solución, puesto que como es conocido la mayoría de trabajadores del gremio de los taxistas realizan conductas no muy apropiadas en el desarrollo de su servicio, como ejemplo ya conocidos se tienen: el abuso en las tarifas del servicio (contrario al servicio Uber en donde las tarifas se conocen con antelación a la prestación del servicio), el maltrato al pasajero, el querer siempre carreras cortas o no prestar el servicio para acceder a ciertos sectores. Generando todo ello a que esta plataforma desarrollara

un puente entre el usuario y el conductor del servicio, generándose entre las partes un acercamiento para la celebración del contrato de transporte, por tanto lo que realiza la plataforma tecnológica no es la prestación del servicio de transporte, sino el acercamiento entre las partes.

Dentro de la reglamentación para el servicio público de transporte terrestre especial se encuentra el Decreto 174 de 2001, en el que se menciona el tipo de servicios que se prestan a través del servicio de transporte especial y estos son: el turístico, empresarial y escolar. Es claro entonces que el servicio de transporte público individual de pasajeros no está dentro de la autorización dada a este tipo de automotores y menos aún contempla la prestación del servicio por medio de plataformas tecnológicas.

Así mismo se puede evidenciar que en el régimen de sanciones por infracciones a las normas de Transporte Público Terrestre Automotor y en el que se determinan otros procedimientos, establece su artículo 53 que será un servicio no autorizado *“el que se realiza a través de un vehículo automotor de servicio público, sin el permiso o autorización correspondiente para la prestación del mismo; o cuando este se preste contrariando las condiciones inicialmente otorgadas”* (Decreto 3366 de 2003, 2003). Por lo mencionado anteriormente es claro que quien preste un servicio para el cual no está habilitado incurre en una flagrante vulneración de la normatividad.

El Gobierno cree que Uber llega a fomentar la ilegalidad en la prestación del servicio de individual de transporte, ya que toman a los vehículos con destinación para el servicio especial llevándolo a que asuman un papel para el que no están autorizados como es el servicio de transporte individual, por lo que el Gobierno ha tomado como estrategia hacer controles para que no se dé la prestación del servicio individual de transportes a través de la aplicación Uber, aplicando sanciones como multas e inmovilización de los vehículos que presten el servicio para el cual no están autorizados.

Los vehículos que prestan el servicio de transporte a través del aplicativo Uber, si tienen seguros de responsabilidad civil contractual y extracontractual, pero hay que tener en cuenta que las compañías de seguro no pagan la responsabilidad que se deriva de los siniestros si éste se presentó mientras el conductor prestaba el servicio de Uber, esto debido a que el servicio no es el por el cual se contrató el seguro, por lo que el nombre de la persona quien sufra el daño no aparecerá en el contrato suscrito entre la aseguradora y el vehículo, debido a que el servicio que se presta es un servicio de transporte individual, por lo que quien deberá pagar por los daños generados a consecuencia del siniestro será el conductor del vehículo, para lo cual el servicio de Uber también maneja una póliza contra todo riesgo esto por si llegado el caso las otras dos pólizas no funcionaran.

Por todo ello, con las medidas que está tomando el Gobierno al declarar el servicio que presta Uber, está dando un cierre a la innovación, al desarrollo tecnológico y a la búsqueda de un mejor servicio. El Gobierno debería empezar a adaptarse a las nuevas tecnologías y así lograr modernizar las leyes adaptándolas a los cambios que ha traído la revolución tecnológica, por lo que si bien el Gobierno debe propender por la legalidad de este tipo de servicios, debe buscar un equilibrio y no desechar

las innovaciones que ofrece la tecnología para brindar un servicio como es el de transporte.

La vocera de Uber para Colombia Adriana Garzón afirmó que no es una empresa ilegal, es una empresa legalmente constituida, que además es una empresa de tecnología mas no de prestación de servicio de transporte y al ser una empresa legal paga los impuestos que se derivan de su funcionamiento. Se debe además tener en cuenta que la plataforma en si no es la ilegal, cuestión diferente es que aún en Colombia no exista regulación para este tipo de innovaciones tecnológicas.

Es claro que en un mercado como el transporte también está en juego la oferta y la demanda, y si uno de los competidores no ofrece los servicios que las personas desean y otro por el contrario los ofrece, serán entonces las personas quienes decidirán a que servicio van a acceder y del cual se van a beneficiar, la competencia en estos casos solo traerá beneficios para el usuario, puesto que siempre se tendera a mejorar el servicio y prestarlo en óptimas condiciones.

Es importante destacar que en este momento el Gobierno Nacional, a través del ministerio de transporte está adelantando un proyecto de reglamentación para las empresas que prestan servicios de transporte "*de lujo*" pero en esta reglamentación no se está teniendo en cuenta el tema ya planteado y es que UBER no es una empresa encargada de prestar directamente el servicio de transporte, es como ya se había enfatizado un aplicativo intermediario, por lo tanto el servicio que presta debe ser regulado de manera específica, no general como es la idea del Ministerio de Transporte al incluirlo en la calificación de servicio especial de lujo.

6. PROBLEMÁTICA INTERNACIONAL

Como se podrá avizorar Uber no ha sido solo un problema de nuestro país, sino que también ha traído repercusiones en el panorama internacional, pues han sido diferentes ciudades en donde opera la aplicación Uber, en las cuales se han presentado inconformismos por parte del sector taxista contra el servicio, pues declaran que este genera para ellos competencia desleal y a esto se suma el argumento de que violan la legislación sobre el servicio de transporte en los diferentes países en que es usada la mencionada plataforma.

Dos han sido las ciudades en Europa donde sea legalizado el servicio de Uber, estas con Londres y Fráncfort, en la mayoría de las ciudades aún no se regula acerca del tema y en otras están estudiando la posibilidad de hacerlo.

Londres quien reguló el tema debido a las continuas quejas por el servicio realizo un análisis por medio del cual se verifico la legalidad de Uber, respaldada la decisión por Transport for London (TfL), entidad encargada de lo referente a regular dar las licencias del transporte privado, en Londres el sector taxista argumentaba así mismo que Uber estaba dando la estimación del valor de los servicios a través de un sistema que se podría igualar al taxímetro que es de uso exclusivo de los taxis a esto el Gobierno argumento que en ningún momento la aplicación tiene algún tipo

de implicación física con los carros, que lo que hace es solo brindar información a los proveedores del servicio a través de sus teléfonos celulares vía GPS, por lo que no se podría realizar este tipo de comparaciones (Universal, 2015).

Para el caso de Fráncfort se tiene que el tribunal Alemán reviso la decisión que se profirió en instancia inferior y decidió de lleno la problemática que se venía suscitando respecto del aplicativo, el tribunal alemán revoco la decisión en la que se prohibía el servicio de Uber en todo el territorio Nacional, de esta manera al revocarse la decisión ya no se podría imponer multas a los usuarios de Uber.

En este sentido el director de Uber en Alemania anunció que los proveedores del servicio pagaran los impuestos municipales de taxi así como también los impuestos que se pagan a la Cámara de Comercio alemana para así afianzar la confianza en el servicio que se presta y propender por evitar futuros inconvenientes y la posible prohibición de su servicio en todo el territorio Alemán.

Se tiene claros ejemplos en el caso de Latinoamérica en países en los cuales hace poco tiempo ha desplegado el uso de la plataforma como lo son Chile, Panamá, Costa Rica y Perú en los cuales las constantes quejas no se hacen esperar al ver a UBER como un competidor el cual no se ciñe a las normatividades de cada país, a lo que la empresa siempre se ha escudado en manifestar que no están generando competencia puesto que su servicio va enfocado a un sector específico de la comunidad, siendo así solo un servicio complementario.

En el caso de Brasil tenemos que ha sido la ciudad de Rio de Janeiro la primera en declarar ilegal el servicio de UBER esto a través de una ley previamente aprobada por el concejo municipal, señalándose que no se podía seguir prestando el servicio a través de plataformas como lo hacía Uber, puesto que de contrariarse la disposición se aplicarían multas, se resaltó con ello que solo las personas que cuenten con los permisos necesarios podrán prestar el servicio de transporte.

Con la medida tomada por el alcalde Rio de Janeiro se vuelve evidente que no solo se está yendo contra el uso de plataformas tecnológicas al momento de requerirse el servicio de transporte, sino que también se está afectando a los usuarios y su derecho a elegir acerca de cuál es la forma en la que quieren movilizarse.

El caso de México ha sido uno de los que ha marcado precedentes al ser este el primer país que regularizo no solo el caso de Uber sino de otras empresas que ofrecían el servicio de transporte por medio de plataformas tecnológicas, el Distrito Federal llego a un acuerdo entre el sector taxistas y las empresas que prestaban sus servicios a través de diversas aplicaciones.

Teniendo en cuenta su Ley de movilidad, México implementó la regularización de los sistemas de aplicaciones por medio de las cuales se acerca al usuario con el conductor, facilitando la prestación del servicio tanto para usuarios como para conductores, pensando así en una regularización sostenible y optimizando al máximo la utilización de los recursos. Se reguló el tema por medio de los siguientes acuerdos:

Acuerdo por el que se crea el Registro de Personas Morales que Operen,

Utilicen y/o Administren Aplicaciones para el Control, Programación y/o Geolocalización en Dispositivos Fijos o Móviles, a través de las cuales los Particulares pueden Contratar el Servicio Público de Taxi en el Distrito Federal

Acuerdo por el que se crea el Registro de Personas Morales que Operen y/o Administren Aplicaciones y Plataformas Informáticas para el Control, Programación y/o Geolocalización en Dispositivos Fijos o Móviles, a través de las cuales los Particulares pueden Contratar el Servicio Privado de Transporte con Chofer en el Distrito Federal

Adentrándonos en los mencionados acuerdos se tiene que por medio de los cuales teniendo en cuenta que la Secretaría de Movilidad tenía por fin mejorar el servicio de transporte y por ende la movilidad, con la reglamentación que se implementó se buscó obtener la información acerca de aquellas personas que prestaban el servicio lo cual se hizo con la solicitud de que realizaran su debido registro ante la Secretaría de Movilidad del Distrito Federal (SEMOVI) y señalándose que debían tener un permiso el cual sería expedido por la misma, todo esto en pro de la seguridad de los usuarios en los traslados requerido.

El registro busca conocer cuántos automóviles están a cargo de las plataformas y los conductores que prestan el servicio. Se señaló que el registro se haría por solo una vez ante la Secretaría suministrando la información requerida como es el acta constitutiva de la empresa, la identificación del representante legal, información de la aplicación entre otros. Se busca igualmente que a través de los viajes realizados por medio de la plataforma se genere una aportación del 1.5% por cada viaje realizado, el cual estará dirigida al Fondo para el Taxi, la Movilidad y el Peatón.

Se resaltó en el acuerdo que para que se les suministrara el permiso una vez llenado los requisitos solicitados, los vehículos debían contar con una serie de exigencias las cuales giran en torno a las condiciones en las que debía estar el vehículo con el cual se haría la prestación del servicio de transporte indicándose que el permiso tendrá una vigencia anual; se fijó asimismo un monto dentro del cual debía estar el valor del vehículo pues se señaló que éste estaría como mínimo alrededor de los doscientos mil pesos mexicanos (\$200.000), resaltándose que se debía contar con una póliza de seguro que cubriera a los ocupantes del vehículo.

En el acuerdo también se consignó que el conductor debía aprobar un curso de capacitación que sería autorizado por la Secretaría, entre las medidas que ésta tomó cabe resaltar la de que se podría inspeccionar y verificar los vehículos por medio de los cuales se prestaba el servicio.

En lo consignado en el acuerdo se enfatizó en que no estaría permitido que se prestara el servicio mediante las plataformas tecnológicas sino se contaba con el permiso de la Secretaría, ya que es en caso de prestarlo omitiendo el mencionado permiso se sancionaría al infractor por medio de multas.

Finalmente se contempló el uso de este tipo de aplicaciones como un servicio de transporte privado, pues por sus características no se lo podía tener como un servicio que se pudiera prestar a la comunidad general.

Con todo lo hecho por México se tiene ya un base de cómo se podría regular el tema en el caso de Colombia, puesto que el tema no se lo puede dejar a un lado y aún peor prohibirlo ya que se estaría menguando el derecho a elegir del usuario, debiéndose enfatizar en que por medio de las leyes de oferta y demanda la competencia siempre será un factor por medio del cual se impulsará a mejorar el servicio, pero no se debe dejar de lado la propuesta que está impulsando el vicepresidente para regular el tema de los aplicativos en la prestación de servicio de transporte como es el caso de Uber, ya que no se puede ser parcos ante el cambio y la evolución a la que nos está llevando la tecnología.

CONCLUSIONES

Se tiene que los principales afectados con las medidas del Gobierno no solo son los usuarios del servicio Uber quienes deberán seguir con el precario servicio ofrecido por el gremio taxista, sino también los conductores del servicio ofrecido por la plataforma quienes veían en el servicio una oportunidad laboral.

Se vuelve claro como el servicio prestado por Uber está generando enfrentamientos con el gremio taxista, al ver en el servicio una competencia desleal, debido al no cumplimiento de la normatividad del país, por lo que la única manera de solucionar el problema en el caso de los proveedores de transporte es que en la regulación existente para el servicio de transporte especial se amplíe el espectro en el que desarrollan sus servicios, buscando así el beneficio de los ciudadanos.

Se hace evidente que los usuarios buscan alternativas en las cuales se sienten más cómodos y más seguros, reflejándose esto en la utilización de un servicio un poco más costoso que el ofrecido por el gremio taxista pero con un mejor servicio y de mayor calidad.

En Colombia se tiene que jurídicamente existe el derecho constitucional al trabajo así como a la libertad de empresa de esta manera encontramos que al pretender sacar de funcionamiento el servicio de transporte que se presta con intermediación de Uber se está vulnerando estos derechos tanto de los usuarios así como de los proveedores.

Es necesario que la legislación Colombiana vaya a la vanguardia de los avances tecnológicos, no es posible continuar expidiendo normas en las que no se tengan en cuenta los cambios y avances tanto tecnológicos como sociales de esta manera es imprescindible que en lugar de prohibirse el uso de estos medios, lo que debiese es regularse y propenderse por la inclusión y sana promoción de la nueva empresa en el país.

REFERENCIAS

Decreto 01 de 1990. (1990). Colombia.

Constitución Política. (1991). Colombia.

Decreto 3366 de 2003. (2003). Colombia.

Aristizabal Villa, J. (2000). Aproximación al marco jurídico de la libertad económica en Colombia. Estudios Generales.

Constitucional, C. (2002). Sentencia T-595 de 2002. Bogotá.

Decreto 410 de 1971. Código de Comercio. (s.f.). Colombia.

Pretelt, M. P. (2011). Sentencia C-263 de 2011. Colombia: Corte Constitucional.

Universal, E. (20 de Marzo de 2015). El universal . Recuperado el 1 de Abril de 2015, de <http://www.eluniversal.com.co>

LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN COLOMBIA⁹⁰

Faisury Martínez Tovar⁹¹

Lina Vanessa Ortiz Montoya⁹²

Katherin Torres P.⁹³

Tutor: Germán Alfonso López Daza

Fecha de recepción: 28 de agosto de 2015.

Fecha de aceptación: 29 de octubre de 2015.

Referencia: MARTINEZ TOVAR, Faisury. ORTIZ MONTOYA, Lina Vanessa. TORRES P., Katherin. *Los medios electrónicos en la administración de justicia en Colombia*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 1. Núm. 1. Págs. 177 – 194. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex.

RESUMEN

Desde la expedición de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia –LEAJ– (ley 270/1996), ha sido palmario el deseo del legislador de utilizar las nuevas tecnologías de la información y comunicación con el fin de imprimirle al procedimiento judicial un trámite más ligero, eficaz, y de fácil acceso a la comunidad.

⁹⁰ El presente artículo constituye uno de los resultados del proyecto de investigación: “*Los Medios Electrónicos en los Procesos Judiciales y el Derecho al Debido Proceso en Colombia*”, financiado por la Universidad Surcolombiana y desarrollado por el Semillero de Investigación Estudios Constitucionales, bajo a tutoría del doctor Germán Alfonso López Daza.

⁹¹ Estudiante VIII Semestre de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Surcolombiana. Integrante del Semillero Estudios Constitucionales. Correo electrónico: faimartinez_12@hotmail.com

⁹² Estudiante VIII Semestre de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Surcolombiana. Integrante del Semillero Estudios Constitucionales. Correo electrónico: linavanor@hotmail.com

⁹³ Abogada, candidata a Magíster en Derecho con énfasis en Responsabilidad Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia. Integrante del Grupo de Investigación Nuevas Visiones del Derecho, actualmente es Asesora Metodológica de la Maestría en Derecho Público Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Surcolombiana. Correo electrónico: katherin.torres@usco.edu.co

Sin embargo, alrededor de este tema se suscitan ciertos interrogantes, en especial en lo que refiere a las garantías mínimas que se le deben otorgar a los intervinientes en dichos procesos. El presente artículo de investigación, resuelve el interrogante: ¿La implementación y aplicación de los medios electrónicos en los procesos judiciales, respeta los derechos fundamentales, especialmente el derecho al debido proceso? En el desarrollo del texto, se evidenciará que la finalidad de los medios electrónicos en el funcionamiento de la administración judicial está dirigida a la descongestión de los despachos, por lo que se debe garantizar la veracidad de los datos que a través de ellos se suministran, y el de responder por los errores que se cometan al procesar y comunicar dicha información⁹⁴.

PALABRAS CLAVE: administración de justicia, debido proceso, medios electrónicos, sistema judicial siglo XXI.

ABSTRACT

Since the Statutory's Law of Justice Management expedition (Law 270th/1996) it has been notorious congresses wish of using new information and communication technologies with the goal of having a judicial procedure to get a way faster, and easier to enter to the community. However, around this topic brings forward some questions, in special about minimum guarantees that should be given to the subjects of this processes. This following Article, answers the question about what is the electronic devices' function in the court proceeds and what is the juridical impact that they are developing of the information used? This text will notice the Electronic devices' objective in the using of court proceed is leds to relief the judicial offices, so it must guarantee the information's truth which are supply through them. Also to answering some mistakes done to process and communicate the information.

KEY WORDS: justice system, electronic media, judicial system century XXI, due process

INTRODUCCIÓN

En el escenario de la administración de justicia, encontramos que las preocupaciones rondan más en temáticas relativas a cómo proporcionar la información a través de las TIC en un marco que combine la eficiencia con la seguridad jurídica, resultando aún inexplorado el campo de la participación en los escalones más avanzados del control ciudadano; cogestión y autogestión (Álvarez, et al 2003).

⁹⁴ Sentencia del Consejo de Estado - Sección Primera del 30 de agosto de 2012 M.P. Marco Antonio Velilla Morena. Expediente 2012 - 117 AC

Como bien lo señala Rodríguez (2008), la digitalización de los procesos judiciales o la denominada teletramitación se fundamenta en un derecho de importantísima relevancia en la actualidad: la necesidad de que los administrados se puedan comunicar con el sistema judicial por el medio más ágil y flexible para satisfacer los principios procesales y de contera llevar a cabo los fines del Estado.

En ese sentido, como bien lo indica el autor, el trabajo de decisión del juez estaría incluido en una nueva dinámica que no se puede agotar en el examen de determinada información almacenada en un medio electrónico, ya que si bien existe un medio más eficaz para que el juzgador pueda examinar la información esta deberá ser tratada de manera especial en la medida que se pueda tener certeza de la veracidad de la información que se tiene y que las decisiones judiciales no solo sean con base en la reflexión de determinada información.

De esta manera, se reconoce como un hecho ineludible el asincronismo entre los avances científicos por delante del Derecho y por ello se deben iniciar procesos que acerquen ambos polos, entendiendo que la implementación de los sistemas de información tecnológicos no son un fin en sí mismo sino simplemente un medio. Por lo que el derecho debe preguntarse cuál es el camino más eficaz para integrarse con los avances tecnológicos, sin dejar de lados las garantías propias del derecho procesal (Rodríguez, 2008).

En ese contexto, frente al uso intensivo de los medios electrónicos y las nuevas tecnologías de la información en todas las esferas de la sociedad - incluyendo la administración pública -, era necesario que el Sistema Judicial colombiano adelantara las gestiones que le permitiera la implementación de los medios electrónicos en los procesos judiciales y la comunicación electrónica de los actos procesales inmersos en ellos.

Es por eso que con la expedición de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia – LEAJ - (ley 270/1996), se le otorgó la facultad al Consejo Superior de la Judicatura para que incorporara la tecnología al servicio de la rama judicial con el fin de mejorar la práctica probatoria, la formación, la conservación, la reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y así mismo, garantizara el funcionamiento razonable del sistema de información

Ahora bien, la ley 527 de 1999 desarrolló de manera integral el manejo de las tecnologías de la información y comunicación (TIC), consagrando la regla de interpretación de “*equivalencia funcional*”, que le brinda el mismo valor probatorio y de eficacia jurídica a los documentos escritos y a los mensajes de datos⁹⁵.

Con la ejecución de la estrategia “*Gobierno en Línea*”, establecido en la Directiva Presidencial No. 02 del 28 de agosto de 2000, se incorporó la información pública en páginas institucionales, brindando una oferta de servicios y tramitación en línea confiable y eficaz para los ciudadanos, experiencia que debería ser reflejada cuando la administración de justicia adoptara el uso de los medios electrónicos en los procesos judiciales.

⁹⁵ Siempre y cuando, se cumplan con requisitos de forma, fiabilidad, inalterabilidad, rastreabilidad y que estos a su vez se complementan con los equivalentes funcionales de firma, original y archivo.

Posteriormente, mediante acuerdo No. PSAA06-3334 del 02 de marzo de 2006, el Consejo Superior de la Judicatura reglamentó la utilización de los medios electrónicos e informáticos para los actos de comunicación procesal que se pudieran adelantar a través de mensajes de datos, en cumplimiento de las funciones de la administración de justicia, lo que constituyó un primer avance en la puesta en marcha de las actuaciones judiciales electrónicas.

En el 2011, con el acuerdo PSAA11-9109 se estableció la administración de las publicaciones de la información de los procesos en el portal web de la Rama Judicial, convirtiéndose en uno de los mecanismos de comunicación más expeditos, pues se crea el aplicativo “Sistema Judicial Siglo XXI”, que permite a los usuarios la consulta virtual de los procesos (administrativos, laborales, civiles, penales y de familia), reportando durante el 2011 un promedio de 765 consultas mensuales⁹⁶, lo que ha generado que se incremente el índice de visitantes y participación en un porcentaje de 73% a 82%⁹⁷.

Ante el uso masivo de esta plataforma, se generan las siguientes inquietudes: ¿Qué tan confiable es la administración de justicia a través de los medios electrónicos?, ¿la información inoportuna, errónea e inadecuada del Sistema Judicial Siglo XXI, podría vulnerar el principio de confianza legítima, el derecho al debido proceso y a la defensa de las partes intervinientes en él?

Resulta entonces, pertinente reflexionar sobre las ventajas y desventajas que traería consigo la implementación de políticas públicas que se dirijan hacia la digitalización del sistema procesal nacional, de modo que sea contundente y con decisiones administrativas que tengan claro el camino que deba seguirse para la correcta armonización entre informática y Derecho (Rodríguez, 2008).

De esta manera, el presente artículo plantea los siguientes objetivos: i) Describir las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura, en el uso de las Nuevas Tecnologías en los procesos judiciales. ii) Determinar el desarrollo jurisprudencial del derecho al debido proceso en el escenario de la utilización de los medios electrónicos en los procesos judiciales, realizado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. iii) Caracterizar el procedimiento judicial electrónico a partir de la Experiencia del Tribunal Administrativo del Magdalena.

METODOLOGÍA

Para llevar a cabo el proyecto de investigación, que estuvo dirigido a determinar la utilización de los medios electrónicos en los procesos judiciales, se aplicó la metodología de carácter analítico - descriptivo, la cual fue desarrollada con labores

⁹⁶ Datos tomados de *Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) para la Justicia*. <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/ALTAS%20CORTES/CONSEJO%20SUPERIOR/UDAE/publicaciones/2011%20CAP%C3%8DTULO%205TECNOLOG%C3%8DAS%20DE%20LA%20INFORMACI%C3%93N%20Y%20LAS%20COMUNICACIONES.pdf>

⁹⁷ *Ibidem*

encaminadas a la búsqueda de doctrina, jurisprudencia y normatividad nacional, que se practicó a través de exploración en bibliotecas virtuales, páginas de internet, visita a las relatorías de las altas cortes y a diferentes universidades en la ciudad de Bogotá.

Al finalizar la compilación de información, se procedió a realizar la clasificación de la misma, organizándola por categorías conceptuales, lo que permitió continuar con el análisis e interpretación de la información, a través de la utilización de fichas bibliográficas y jurisprudenciales, que permitieron responder los interrogantes que generaron la investigación.

Por último, se aplicó una entrevista abierta a la Magistrada del Tribunal Administrativo del Magdalena, ya que es el primer despacho que ha implementado los medios electrónicos en su quehacer judicial de manera íntegra desde el año 2013. Es importante mencionar que a la fecha existen dos despachos que a partir del 2014 iniciaron el proceso de utilización de los medios electrónicos en sus procesos: el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Yopal y el Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Ibagué.

AVANCES, RESULTADOS, DISCUSIÓN

1. REGLAMENTACIÓN DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LOS PROCESOS JUDICIALES EN COLOMBIA

El primer fundamento jurídico expedido por el gobierno nacional es la Ley Estatutaria de Administración de Justicia – LEAJ - (ley 270/1996) que en su artículo 95 señala que: *“El Consejo Superior de la Judicatura debe propender por la incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia”* descrita con anterioridad.

La normativa estuvo diseñada principalmente para mejorar la conservación y reproducción de los expedientes, la práctica de las pruebas, la formación, la comunicación entre los despachos judiciales y para propender por el efectivo funcionamiento del sistema de información, partiendo de la premisa de que los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podían implementar el uso de cualquier medio técnico, electrónico, informático y telemático, para el cumplimiento de sus funciones.

Para tales efectos, la LEAJ establece que los documentos emitidos por los citados medios tendrían toda la validez y eficacia de un documento original, cualquiera que sea su soporte, siempre y cuando se garantice la autenticidad e integridad, además del cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales (artículo 95 ley 270/1996).

Con la expedición de la ley 527 de 1999, se concedió un alto grado de validez jurídica

y probatoria a los documentos, firmas y comunicaciones electrónicas y su equivalencia absoluta con los medios escritos e impresos que se utilizaban tradicionalmente. Aclarando que el término “*equivalencia*” hace referencia al principio de “*equivalencia funcional*” incorporado por esta ley, el cual consiste básicamente en afirmar que la función jurídica materializada a partir de la instrumentación escrita respecto de todo acto jurídico, se cumple de igual forma la instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, comunicación electrónica, firma electrónica o firma digital.

Para adelantar un procedimiento judicial electrónico seguro, es necesario tener en cuenta y aplicar las disposiciones que generan presunción de legalidad en los mensajes de datos, es decir, que estos mensajes están revestidos de los atributos de seguridad jurídica, autenticidad, integridad y no repudio, según la confidencialidad y veracidad de estos sistemas de seguridad; contexto que solo es viable alcanzar a partir de los artículos 17 y 28 de la ley 527 de 1999.

Con el propósito de dar a conocer reglas únicamente enfocadas en el tema y de carácter particular, brindando una mayor claridad sobre el uso de los medios técnicos disponibles en la Rama Judicial, el 02 de marzo de 2006 el Consejo Superior de la Judicatura expide el Acuerdo No. PSAA06-3334 de 2006, con el cual se reglamenta la utilización de medios electrónicos e informáticos en el cumplimiento de las funciones de la administración de justicia, de dicha normativa se destaca: El ámbito de aplicación del acuerdo, que comprende el procedimiento civil, laboral y contencioso administrativo, para las comunicaciones que provengan de los Despachos Judiciales y que sean susceptibles de realizarse por medios electrónicos, como por ejemplo, la presentación y recepción de memoriales, las notificaciones del auto admisorio de la demanda, que deban efectuarse por aviso a las personas jurídicas de derecho privado con domicilio en Colombia y las citaciones que para efectos de notificación personal deban hacerse a los comerciantes inscritos en el registro mercantil y a las personas jurídicas de derecho privado domiciliadas en Colombia.

El artículo cuarto, desarrolla una serie de reglas útiles y necesarias para el tratamiento otorgado a los actos de comunicación procesal por medio de los mensajes de datos y los métodos de firma electrónica. Principalmente, señala que al Consejo Superior de la Judicatura le corresponderá establecer una dirección de correo electrónico a cada autoridad judicial, quienes tendrán a su cargo el certificado digital, uso y control de dicha dirección, utilizándola solamente para dar cumplimiento a las exigencias de cada despacho y por su puesto para realizar los actos de comunicación procesal. Así mismo, las autoridades tendrán que dar a conocer el correo electrónico que haya sido asignado e informar todas las posibilidades de uso a los ciudadanos por medio de un aviso que será fijado permanentemente en el despacho, escritos que la autoridad judicial suscriba y en la página web de la Rama Judicial.

Los actos de comunicación procesal anunciados a través de medios electrónicos, se entenderán recibidos por el destinatario, que para el caso son los usuarios o los despachos, cuando en el sistema de información se genere el “*acuse de recibo*” y la radicación consecutiva propia de cada autoridad judicial, de tal manera que corresponderá a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, realizar e implementar el adecuado programa que efectuó de manera confiable el radicado o acuse de recibo.

En el 2011 el Gobierno Nacional profiere la ley 1437, por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, esta ley entra a regular el funcionamiento de la administración pública y para hacer de ella un procedimiento eficaz y expedito, concentra su importancia en el afianzamiento de los medios tecnológicos inmersos en la gestión administrativa, incorporando un conjunto de normas que permiten hacer uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones con la autorización de un procedimiento administrativo electrónico y eliminando el uso de papel, exaltando claramente los requisitos para la seguridad jurídica que indica la ley.

El artículo 53 del CPACA, dispone que los procedimientos y trámites administrativos pueden realizarse a través de medios electrónicos, siempre y cuando las entidades brinden los mecanismos necesarios y adecuados de acceso gratuito a los medios electrónicos y que además permitan el uso alterno de otros procedimientos, con el propósito de garantizar a los ciudadanos el acceso a la administración de justicia.

La notificación electrónica, se encuentra regulada en el artículo 56 del CPACA y señala que las autoridades podrán comunicar sus actos a través de medios electrónicos, siempre y cuando el ciudadano haya aceptado previamente este medio de notificación; a su vez, el interesado podrá solicitar a la autoridad que las posteriores notificaciones no se realicen por medios electrónicos, sino de conformidad con los otros medios establecidos por la ley. Dicha notificación se entenderá surtida a partir del momento exacto en que el administrado acceda al acto administrativo, se entiende entonces, que la fecha a partir de la cual inicia el conteo del término para interponer recursos, es a partir del día siguiente en donde se tuvo conocimiento del acto.

El expediente electrónico, se encuentra regulado en el artículo 59 del CPACA y se entiende como el conjunto de documentos electrónicos correspondientes a un procedimiento o litigio administrativo, foliado mediante un índice electrónico con firma digital de la autoridad, órgano o entidad responsable, dicho índice asegura la integridad del expediente y permite su recuperación cuando sea necesario, la autoridad deberá conservar copias de seguridad periódicas que cumplan con los exigencias de archivo y conservación de documentos en medios electrónicos, tal cual lo dispone la ley.

Finalmente, cabe señalar que las disposiciones legales de mayor trascendencia en el CPACA, son las referentes a los equivalentes funcionales, la validez y efectos probatorios, la presunción de legalidad, los atributos de seguridad jurídica y lo referente a entidades con certificación digital.

Para el procedimiento civil, se profiere en 2012 la ley 1564, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, implementando los medios electrónicos y las nuevas tecnologías en el ámbito del procedimiento civil, admitiendo la tecnificación y modernización de cada uno de los aspectos, etapas y herramientas procesales al servicio de la administración de justicia. Este código atribuye la competencia de la incorporación de los medios electrónicos y las TIC a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, los cuales debían adoptar todas las disposiciones

necesarias para propender que las autoridades judiciales contaran con las condiciones técnicas y de infraestructura necesarias para archivar, generar y comunicar mensajes de datos una vez entrara en vigencia.

En el artículo 103, según el principio de eficiencia y oportunidad, se señala que en todas las actuaciones judiciales se deberá procurar el uso de los medios electrónicos para el trámite y gestión de los procesos, con el fin de facilitar y acelerar el acceso a la justicia, haciendo de ella un derecho mucho más amplio, eficiente y seguro. A su vez, el código introduce las actuaciones procesales específicas que podrán realizarse a través de dichos medios, como por ejemplo, la forma de presentar el poder (artículo 74), la presentación de la demanda (artículo 89), la contestación (artículo 96), la forma de realizar las notificaciones (artículos 291, 292 y 295), los traslados y comunicaciones (artículos 39, 49, 111 y 593), el contenido de las comisiones (artículo 37), el registro de audiencias y diligencias (artículo 107), la expedición de copias (artículo 114), el expediente (artículo 122) entre otros aspectos. Actuaciones que a nuestro juicio, resultan novedosas y útiles en el funcionamiento diario de la administración de justicia.

2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL USO DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS Y LAS POSIBLES VULNERACIONES A LOS DERECHOS DE LOS INTERVINIENTES

La posibilidad de implantar un procedimiento administrativo electrónico, a partir de la consagración de principios, derecho y deberes consustanciales a esta materia, supone el desarrollo de un debate público respecto de las ventajas: celeridad y simplicidad de procedimientos. Pero también sobre los problemas de la iniciativa, dentro de los que se encuentran la misma disponibilidad de herramientas tecnológicas necesaria y la recepción social y cultural del tema.

El recorrido de aquellas disposiciones que relacionan TIC y procedimientos administrativos, revela avances importantes pero también algunas carencias como lo relacionado con la inclusión de normas de contenido informático dirigidas a la protección y garantías de derechos fundamentales, como la protección de datos publicidad, sustrato del debido proceso, y la mirada hacia el marco internacional en el que se plantean reglas generales a seguir por el legislador cuyo objetivo resida en la efectividad del derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con la administración pública (Quintero, 2013).

En este apartado, se estudian los pronunciamientos más relevantes del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional con el fin de exponer el desarrollo y evolución en lo que refiere al uso de los medios electrónicos y TIC en los procesos judiciales, estableciendo las hipótesis en las cuales se ha vulnerado el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución.

a. *El Consejo de Estado.*

Quizá uno de los primeros antecedentes jurisprudenciales que trata y cuestiona el tema, sea la sentencia del Consejo de Estado, Rad. 20230 del 14 de marzo de 2002, en un proceso de reparación directa, dirigida contra el "INPEC" y OTROS, se dicta sentencia de primera instancia en la cual se acogen parcialmente a las súplicas de la demanda. La decisión fue apelada por la parte demandante, por lo que el Magistrado conductor del proceso corrió traslado por el término de tres (3) días para que se sustentara el recurso de apelación interpuesto, el mencionado traslado corrió entre los días del 21 a 26 de junio de 2001.

El 27 de junio de 2001, la Secretaría del despacho recibió en original el memorial correspondiente a la sustentación del recurso de la parte demandante, al cual se anexó copia simple del reporte automático del envío de dicho documento el día 26 de junio de 2001, es decir, dentro de los términos procesales establecidos por la ley. Además, el 28 de junio siguiente, fueron presentados ante la misma dependencia, dos faxes, cuyo contenido correspondían al mismo escrito de sustentación del recurso de apelación.

Sin embargo, la Secretaría de la Sección no tenía habilitado el servicio de telefax, y cuando los interesados en los procesos judiciales que cursaban allí, hacían uso de este medio para la remisión de documentos, lo hacían a través de las líneas de fax de los despachos de los Magistrados de la Corporación y no directamente con la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dependencia idónea para recibir y posteriormente repartir los documentos en los despachos correspondientes. En ese orden de ideas, el memorial que sustentaba el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante no fue recepcionado en la dependencia y fecha indicada por el impugnante, solo dos días después de vencido el término, es decir, hasta el día 28 de junio del año 2001 fueron entregados en la Secretaría de la Sección, por tal motivo fueron supuestamente recibidos en esta última fecha y no en la fecha real del envío que era el día 26 de junio del año 2001.

De manera que el Consejo de Estado debía establecer si el memorial a través del cual la parte demandante sustentó el recurso de apelación contra la sentencia ya referida, fue recibido vía fax por esa corporación en la fecha señalada, es decir, el día 26 de junio de 2001, dentro del término procesal.

Al respecto, se observa que las copias de los reportes de telefax cuya fecha y hora corresponden con las indicadas por el impugnante, es decir, el día 26 de junio de 2001 a las 2:39 p.m., coinciden con las que aparecen en el memorial. En dicha providencia el Consejo de estado, cree conveniente aclarar que el memorial de sustentación del recurso aparece recibido por la Secretaría de la Sección el 28 de junio de 2001 debido al diario vivir y normal giro de las actividades internas de los despachos judiciales, que impedían en ocasiones, remitir en forma inmediata a la Secretaría los memoriales y demás documentos que a diario se recibían por telefax. En consecuencia, quedó claro que el memorial que sustentaba el recurso de apelación fue presentado ante esa Corporación en forma oportuna, por lo tanto, se admitió el recurso y se revocó el auto que declaró la deserción del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

b. *Anotaciones tardías de los autos en el sistema judicial del siglo XXI.*

En sentencia del Consejo de Estado proferida el 13 de marzo de 2008, con ponencia de la magistrada María Inés Ortiz Barbosa, se discute la fecha exacta de la remisión de una acción de reparación directa; la parte actora alega que revisaba constantemente el sistema de información del juzgado, con el fin de presentar dentro del término establecido por la ley la sustentación del recurso de apelación, dichas consultas se efectuaron desde que fue interpuesto el recurso, sin que se hubiera encontrado información sobre la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con la excepción de que el 31 de octubre de 2007, encontró una anotación en el sistema del Juzgado con fecha del día anterior, en la que se señalaba que el expediente había sido remitido desde el 30 de agosto de 2007 al referido Tribunal, es decir, los términos concedidos para la sustentación del recurso de apelación se encontraban vencidos desde el 23 de octubre de 2007.

De tal manera, se evidencia que la omisión de los funcionarios del Juzgado, hizo incurrir en un error a la accionante, circunstancia que le impidió a la parte actora el ejercicio efectivo del recurso de apelación, por lo que interpone acción de tutela contra el Juzgado, considerando afectados sus derechos fundamentales al debido proceso, al buen nombre, a la buena fe y al acceso a la administración de justicia.

Así, el Consejo de Estado hace una respectiva reconvención al mal proceder del Juzgado encargado inicialmente de remitir el expediente por no haber hecho correctamente el ingreso de la actuación al sistema del Juzgado, lo que generó el vencimiento de los términos para la sustentación del recurso, sin que la interesada tuviera conocimiento de ello.

Reitera el Consejo de Estado, que el objetivo primordial de instaurar un sistema computarizado para el registro de las actuaciones de los despachos judiciales, es proporcionar certeza y veracidad en la información allí consignada y posteriormente, suministrarla a las personas que acuden a él, de tal manera que puedan eximirse del deber profesional de revisar directamente los expedientes en las oficinas de los juzgados, ya que de lo contrario nada justificaría su implementación. En ese orden de ideas, se concluye que los empleados judiciales están en la obligación de alimentar correcta y oportunamente el historial de los procesos a su cargo para que de esa manera reflejen de forma inequívoca el estado real de los mismos.

Sin lugar a dudas, este pronunciamiento constituyó un avance en lo que refiere a la necesidad de que los registros que se efectúen en el sistema de consulta de los procesos judiciales, sean confiables, oportunos y correspondan a la realidad de los expedientes físicos; además significó un cambio en la jurisprudencia contencioso administrativa, toda vez que los anteriores pronunciamientos del Consejo de Estado, manejaban la tesis que consistía en que la consulta de los procesos que hicieran los abogados a través del sistema de información, no lo exoneraban de la revisión “in-situ” del proceso.

Finalmente, es importante mencionar, que este cambio jurisprudencial estuvo influenciado por las subreglas jurisprudenciales desarrolladas en la Sentencia T- 686 de 2007 proferida por la Corte Constitucional que se estudiará más adelante.

c. *Actuaciones extemporáneas por omisión en el registro de la información en el Sistema Judicial Siglo XXI.*

En sentencia del Consejo de Estado del 30 de agosto de 2012, con ponencia de Marco Antonio Velilla, se resuelve el caso en donde la parte actora considera que le fueron violados los derechos fundamentales, al debido proceso, acceso a la administración de justicia, principio de confianza legítima y buena fe; ya que dentro de las etapas del proceso interpuso recurso de apelación en fecha tardía contra un auto, porque el Tribunal claramente omitió registrar en el Sistema Informático de Consulta de Procesos la información sobre la notificación del referido auto, apelación que fue rechazada por extemporánea y sobre la cual se hizo uso de recurso de súplica, en el cual se reitera que la apelación fue interpuesta una vez precluidos los términos.

En lo que refiere a la anotación en el Sistema Judicial, el principal interrogante que surge consiste en establecer la función que cumple el Sistema de Gestión Judicial y las consecuencias que se derivan de la información que allí se maneja.

Inicialmente, el Consejo de Estado consideró que las publicaciones realizadas por medios electrónicos se deben considerar solamente como actos que facilitan la actividad de las partes, pero que no es debido hacer uso de él como mecanismo judicial para notificar autos y sentencias, aludiendo a que las partes interesadas en un proceso deben consultarlo personalmente en los respectivos despachos judiciales, y no confiar, ni dar por ejecutada la revisión de sus procesos por medios electrónicos, pues dichas anotaciones son una simple ayuda que no constituye un medio legítimo de notificación, ni publicación.

Sin embargo, advirtiendo que con la aplicación de este sistema, la administración de justicia cumple con la finalidad de ejecutar sus labores de forma más eficiente, y al mismo tiempo al aplicar a los historiales de los procesos el principio de “*equivalencia funcional*” incluido en la ley 527 de 1999 antes descrito; para que aquellos historiales tengan el carácter de “*información oficial*”, así, los datos, como por ejemplo las fechas de las actuaciones judiciales relacionados con el historial de cada expediente, sea una fuente confiable y fidedigna a la cual se le denominará como un “*acto de comunicación procesal*”, el cual debe ser concordante con los datos de los expedientes físicos.

Ese carácter de fuente confiable y fidedigna que se le atribuye al Sistema Judicial, también debe ser garantizado por los empleados judiciales, pues son ellos quienes desempeñan su labor con la utilización de los medios tecnológicos, actividad que debe ser ejecutada con gran responsabilidad para proteger la confianza depositada en ellos, respecto a la veracidad de los datos, la oportuna publicación de las notificaciones generadas en los despachos judiciales, y la atribución de responder por las irregularidades cometidas en el proceso de publicación. Con ello el servicio será más eficiente y facilitará el acceso seguro la justicia por medios tecnológicos que le atribuyen modernización a la administración y celeridad a los ciudadanos.

d. *Cambio en la radicación del proceso.*

Una consecuencia derivada de la implementación y puesta en marcha del Sistema Judicial Siglo XXI, es el cambio de la radicación del proceso, tal cual como se evidencia en la sentencia proferida por el consejo de estado el 24 de abril de 2014, que contó con ponencia de Gerardo Arenas Monsalve.

En proceso de reparación directa, instaurado contra la Dirección Nacional de Estupefacientes en Liquidación, el 10 de agosto de 2011 se efectúa la radicación y reparto de la demanda, con la posterior diligencia de admisión por el Juzgado Treinta y Tres Administrativo de Bogotá, este despacho manifestó su impedimento para conocer del proceso, remitiéndolo a otro Juzgado quien admitió el proceso y a su vez, teniendo en cuenta las medidas de descongestión para la justicia administrativa, remitió el asunto al Juzgado Diecinueve Administrativo de Descongestión de Bogotá, quedando finalmente identificado con un radicado diferente al que en un inicio conoció la entidad, en la ya agotada diligencia de radicación y reparto del proceso.

La entidad demandada instauró acción de tutela ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, solicitando la defensa de sus derechos fundamentales al debido proceso, buena fe y confianza legítima, que estimó lesionados por que no se le comunicó oportunamente del cambio de radicación del proceso, ni siquiera en el aplicativo del Sistema Judicial Siglo XXI.

De tal manera que le correspondía al Consejo de Estado determinar si el cambio de radicación del proceso, que no fue debidamente comunicado a la entidad, violó el derecho fundamental al debido proceso. Sobre este punto, concluye dicha corporación que cuando un proceso ha sido objeto de un nuevo reparto, es obligación del juzgado notificar el cambio de radicación del mismo, propendiendo por garantizar los derechos fundamentales, al debido proceso y acceso a la administración de justicia de las partes, ya que solo así se asegura y permite la intervención activa en el proceso, procurando la oportuna defensa de intereses jurídicos. De esta forma, todas las comunicaciones procesales que las autoridades judiciales suministren a los interesados a través de cualquier medio de comunicación electrónico autorizado por la ley, debe proporcionar veracidad y seguridad a fin de no defraudar el principio constitucional de la buena fe, ni legítima confianza.

De esta manera, el Consejo falla a favor de la entidad amparando los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la Dirección Nacional de Estupefacientes en Liquidación.

e. *La Corte Constitucional y la sentencia hito: T-686 de 2007.*

Se presentó acción de tutela en busca de la protección de los derechos fundamentales como el debido proceso, acceso a la administración de justicia, derecho de defensa y la buena fe; vulnerados en razón de la fecha tardía de publicación de la notificación personal del auto admisorio de la demanda en el sistema de información del juzgado, pues la actuación fue generada el 3 de marzo de 2006 y la notificación registrada en la pantalla del despacho aparece con fecha del

4 de mayo de 2006, generando la contabilización de los términos de traslado para contestar y proponer excepciones de forma errónea, en consecuencia, se allegó dicha actuación extemporáneamente.

La primera instancia en manos del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá rechazó lo solicitado con el argumento de que *“la omisión de consultar directamente el expediente sólo denota descuido en la vigilancia de las actuaciones procesales por parte del apoderado”*⁹⁸ y a su vez, argumentó que no se le debía agregar un carácter oficial a los datos que se registran en el sistema de información ejecutada a través de los medios electrónicos de los juzgados, complementando su manifestación con que las fallas deben ser atribuidas a los medios tecnológicos con los que cuenta la Rama Judicial, pues según su explicación, estos aun presentan irregularidades en su funcionamiento, razón por la cual el usuario se ve obligado a consultar no simplemente el sistema, sino también el expediente de forma física, para evitar el vencimiento de los términos. Esta decisión fue reiterada en segunda instancia por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

El proceso llegó hasta la Corte Constitucional para revisión, con el fin de establecer si la obligación de vigilancia con la que deben cumplir los abogados queda satisfecha o no con la revisión realizada por medios tecnológicos, y si se violaron los derechos fundamentales a la defensa, al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y el principio constitucional de buena fe, *“al desatender, por extemporáneas, las excepciones formuladas por la parte demandada, quien había efectuado el cómputo de los términos sobre la base de una información errónea, acerca de la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda, suministrada por el computador del juzgado”*.

En cuanto al deber de vigilancia de los procesos por parte de los abogados, la Corte Constitucional señaló que se satisface con la revisión a través de cualquier medio electrónico, desde que este cumpla con los requisitos necesarios que le otorgan la equivalencia funcional a la información transmitida. Pues la ley 1123 de 2007, Código Disciplinario del Abogado, en su artículo 28, numeral 10, indica que es su deber *“atender con celosa diligencia sus encargos profesionales...”* y en el artículo 37, numeral 1, hace referencia a las faltas de su debida diligencia profesional, *“dejar de hacer oportunamente las diligencias propias de la actuación profesional, descuidarlas o abandonarlas”*. Sin embargo no especifica, si la vigilancia de las actuaciones judiciales se satisface solamente con la revisión directa de los expedientes que están en físico.

Ahora, en lo que concierne a la violación de los derechos se determina como cierta, toda vez que la información referente al historial de los procesos, la cual descansa en el sistema computarizado usado por los despachos se considera como *“mensajes de datos”* pues se trata de información transmitida a través de un medio electrónico, que para el caso en concreto lo es la pantalla de un computador que opera como dispositivo de salida.

Este medio con el que cuenta la rama judicial para generar, enviar, archivar o procesar la información, posee una valoración jurídica y su transmisión por medio

⁹⁸ Corte Constitucional- Sala tercera de revisión, Sentencia del 31 de agosto de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño. Expediente 1620094.

electrónico se considera como un “*acto de comunicación procesal*”, que cuenta con una regulación normativa, consagrada en la ley 527 de 1999, normativa que a pesar de no haber desarrollado de manera expresa el principio de equivalencia funcional, lo consagra dentro de sus artículos 6 y 8, los cuales hacen alusión a que los mensajes de datos obtendrán el mismo trato y generarán los mismos efectos jurídicos que ofrecen los medios tradicionales de comunicación de la administración de justicia.

Esta sentencia fue tomada como referente por el Consejo de Estado, para reconsiderar lo que antes se había afirmado acerca de la aplicación de los medios electrónicos y las TIC dentro de la administración de justicia, ya que se consideraba que la utilización de ellos era solamente una ayuda ofrecida a las partes, y no constituían un mecanismo oficial para notificar autos, sentencias, ni el historial de los procesos. En este orden de ideas el seguimiento que se le debía hacer a los procesos era en forma física.

De los pronunciamientos analizados con anterioridad, se afirma que la eficacia por la que debe propender la administración de justicia se puede alcanzar a través de la introducción de nuevos sistemas de almacenamiento de información que permitan la celeridad del proceso, identificado no solo en la reducción de términos procesales, tiempo promedio de duración de procesos en las distintas jurisdicciones sino también en nuevas garantías procesales.

En esa línea argumentativa, es acertado exponer que el mayor obstáculo que se presenta para esta transformación no está fundamentalmente en los medios para su introducción sino más bien en los modelos mentales que se han creado los operadores judiciales decimonónicos en la medida que es una realidad incontestable la posibilidad, con las nuevas tecnologías, del recortamiento de los tiempos en la travesía de las diversas fases procesales, la mejora del conocimiento del estado del proceso por el ciudadano, así como la seguridad de que las comunicaciones han llegado a su destino y la celeridad en las mismas (Rodríguez, 2008).

En la nueva Administración, el funcionario público, lejos de configurarse como un miembro de un estamento privilegiado o de una casta superior, aparece como una figura encauzada a dar vida a la Administración pública en su principal objetivo constitucional de servir con objetividad a los intereses generales (Rodríguez, 2008).

3. DESPACHOS CON TIC: EL CASO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA

Las experiencias reales de la incorporación de los medios electrónicos en los procesos judiciales, son en la actualidad visibles y palmarios en el quehacer judicial de algunos, por no decir pocos despachos; tal es el caso del Tribunal Administrativo del Magdalena que en cabeza de la magistrada María Victoria Quiñones Triana, son uno de los escasos grupos de trabajo dispuestos a apostarle todo a esta nueva implementación. La magistrada como líder y gestora del “*Grupo Victoria en Línea*”, sin la intervención permanente de un ingeniero de sistemas y apoyándose principalmente en un servidor y en la plataforma GDATA, adicionó en el funcionamiento del

Despacho, herramientas tecnológicas y programas informáticos gratuitos y de fácil acceso (tales como *dropbox*, *google calendar*, *google drive*, *ooVoo*, *vimeo*), además del uso de un correo electrónico oficial de carácter institucional para la Secretaría del Tribunal, entre otros; todo esto con el fin de materializar lo que sería el papel de la tecnología en la administración de justicia, sus funcionarios y por supuesto en la vida del abogado, contribuyendo a la ejecución de la política “*cero papel*” y al mismo tiempo presentando mejoras en el servicio para hacer del trámite procesal una etapa mucho más celera y eficaz.

El Tribunal Administrativo del Magdalena hace poco más de un año cuenta con su propia página web, la cual tiene registro certificado de seguridad internacional otorgado por DigiCert, este sitio web goza de gran acogida por la comunidad jurídica y académica, pero sobre todo por los abogados litigantes, ya que con esto ellos pueden presentar memoriales, documentos, consultar los expedientes digitalizados, ver videos de audiencias y observar el calendario judicial del despacho, además de que tienen una amplia colección de jurisprudencia sobre pronunciamientos respecto de la ley 1437 de 2011.

En lo que atañe a los expedientes digitalizados, es de fundamental importancia la actuación que deben desplegar las partes y sus apoderados, puesto que inicialmente deben presentar la demanda y la contestación de forma magnética, o en su defecto los funcionarios encargados tendrán que escanear las piezas documentales, con el fin de subir los archivos en el link correspondiente de la página web, y posteriormente, adicionar todos los autos proferidos por el Tribunal, las actuaciones procesales de las partes, los videos de las audiencias y finalmente la sentencia.

Todos estos servicios proporcionados por el sitio web son de libre acceso, exceptuando el expediente digitalizado, allí solo los abogados, las partes y el Ministerio Publico, deberán diligenciar un formulario, con el cual obtendrán un usuario y una contraseña, dada a conocer por medio de un correo electrónico y lo que les permitirá acceder al expediente de determinado proceso judicial.

Otra de las particularidades de este despacho, es que utiliza un software diseñado por la empresa GDATA para alertas y recordatorios a través de mensajes de texto y correos electrónicos. Fue pensado principalmente para brindar seguridad a las audiencias realizadas virtualmente y garantizar a las partes que quien este al otro lado de la video conferencia sea la persona indicada y requerida por el despacho.

El grupo “*Victoria en Línea*” fue galardonado por el Consejo de Estado en el concurso “*La Jurisdicción tiene talento para las TIC*”, organizado en el XVIII Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en la ciudad de Neiva, gracias a que todas las experiencias antes mencionadas le han permitido a su líder y al grupo de trabajo que la acompaña, romper los esquemas tradicionales en la administración de justicia, incorporado rotundamente los medios electrónicos y las tecnologías de la información y las comunicaciones en todas y cada una de las etapas procesales.

CONCLUSIONES

La necesidad de implementar los medios electrónicos en la administración de justicia no es una iniciativa reciente del Gobierno Nacional, puesto que desde 1996 con la expedición de la ley Estatutaria de Administración de Justicia, se ha evidenciado la intención del legislador para que los procesos judiciales no sean la excepción al desarrollo de los medios tecnológicos.

Sin embargo, dicha intención solo recobró fuerza con la expedición del CPACA y el CGP, aun así, su materialización ha sido lenta y demorada por cuanto ha estado supeditada a la disponibilidad de recursos económicos por parte del estado, por ejemplo: el CGP crea dentro de su articulado la obligación de que cada despacho cuente con un técnico o ingeniero de sistemas para que sea el encargado de la sistematización de los procesos y la implementación de los medios electrónicos en la administración de justicia. No obstante, lo anterior queda en entredicho a consecuencia de la experiencia del Tribunal Administrativo del Magdalena, puesto que con aplicaciones básicas, gratuitas y de fácil manejo, las cuales no requieren ser dirigidas o asesoradas por un técnico en sistemas demostraron que también se puede materializar el manejo completo y absoluto de los medios electrónicos en el quehacer judicial.

La adecuación integral de los procesos, que pasan de documentos físicos a electrónicos, ha generado descongestión de los despachos, ya que al tener la posibilidad de revisar el expediente en la página oficial de la autoridad judicial no es necesario su consulta física, contribuyendo a la política de cero papel, a la conservación del medio ambiente y a la practicidad archivística ocupando menos espacios físicos. Adicionalmente, se brinda la posibilidad de hacer audiencias y diligencias en línea, exceptuando de esta forma el aplazamiento de diligencias por causa de las fallas del abogado o de alguna de las partes.

El cuerpo normativo y los casos expuestos en este escrito, nos permiten afirmar que actualmente existe equivalencia funcional entre: las actuaciones procesales que se generen de forma física y las respectivas anotaciones que se deben ingresar en el sistema judicial Siglo XXI, es decir que la responsabilidad de que dicha labor sea correcta, oportuna, veraz y que además este acorde con el expediente físico recae única y exclusivamente sobre los operadores judiciales de los despachos.

Lo anterior genera como consecuencia que al momento de evidenciar alguno de los tres posibles escenarios (recepción tardía de documentos, ingreso tardío de las actuaciones al sistema judicial Siglo XXI y cambio en la radicación del proceso) existen vulneraciones a derechos fundamentales en especial del derecho al debido proceso, acceso a la administración de justicia, derecho a la defensa y a los principios de buena fe y confianza legítima.

Según los referentes jurisprudenciales, el paradigma que se tenía respecto al deber de vigilancia de los abogados cambia en el año 2007, a raíz de que antes los operadores jurídicos tenían la concepción de que ese deber se agotaba únicamente con la consulta física de los expedientes, la Corte Constitucional dispone que además

de eso, los medios electrónicos y en especial el “*Sistema Judicial Siglo XXI*” en los cuales se apoyan los profesionales del derecho también constituyen una efectiva revisión de los procesos y no precisamente de forma subsidiaria.

Finalmente y ante las pocas experiencias encontradas en los despachos judiciales en lo que refiere a la implementación absoluta de los medios electrónicos al proceso judicial, encontramos que dicha transformación es reciente y aún se encuentra en etapa de desarrollo, por ende, esta investigación deja las puertas abiertas a futuros análisis y seguimientos una vez se haya implementado completamente el Plan de Justicia Digital.

BIBLIOGRAFÍA

NORMATIVA

Colombia. Congreso de la República. Ley No. 270. Ley Estatutaria de Administración de Justicia. Publicada en el Diario Oficial 42745 de Marzo 15 de 1996. Colombia.

Colombia. Congreso de la República. Ley No. 527. ley por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. Publicada en el Diario Oficial 43.673 del 21 de agosto de 1999. Colombia.

Colombia. Consejo Superior de la Judicatura Acuerdo No. PSAA06-3334. Por el cual se reglamentan la utilización de medios electrónicos e informáticos en el cumplimiento de las funciones de administración de justicia. Publicado en la Gaceta de la Judicatura el 02 de marzo de 2006.

Colombia. Congreso de la República. Ley No. 794. ley por la cual se modifica el Código de Procedimiento Civil, se regula el proceso ejecutivo y se dictan otras disposiciones. Publicada en el Diario Oficial 45058 de Enero 9 de 2003. Colombia.

Colombia. Congreso de la República. Ley No. 1437. ley por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Publicada en el Diario Oficial 47.956 de enero 18 de 2011. Colombia.

Colombia. Congreso de la República. Ley No. 1564. ley por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Publicada en el Diario Oficial 48489 de julio 12 de 2012. Colombia.

JURISPRUDENCIA

- Colombia. Consejo de Estado. (2002, 14 de marzo). Rad. 20230.
- Colombia. Corte Constitucional. (2007, 31 de agosto). Rad. T-686.
- Colombia. Corte Constitucional. (2013, 30 de mayo). Rad. T-324.
- Colombia. Corte Constitucional, (2013, 2 de febrero). Rad. T-041.
- Colombia. Consejo de Estado. (2008, 13 de marzo). Rad. 2007-02345-01(AC).
- Colombia. Consejo de Estado. (2012, 30 de agosto). Rad. 2012-117 (AC).
- Colombia. Consejo De Estado. (2013, 11 de junio). Rad. 2010-00025-01(43105).
- Colombia. Consejo De Estado. (2014, 26 de junio). Rad. 2014-00002-01(AC).
- Colombia. Consejo de Estado. (2014, 24 de abril). Rad. 2014-00044-01(AC).

DOCTRINA

- Rincón, E. (2013). *Tecnología y administración. Colombia*. Recuperado de: file:///D:/REPIZO%202/Downloads/tecnologia_%20y_administracion_de_justicia_en_colombia%20(1).pdf
- Consejo de Estado de Colombia (2014). *Audiencia Inicial ley 1437 de 2011*. (1a. Ed.). Colombia: Oficina de Prensa Consejo de Estado.
- Consejo de Estado de Colombia (2014). *Cien Años Jurisdicción Contencioso Administrativa*. (1a. Ed.). Colombia: Oficina de Prensa Consejo de Estado.
- Rodríguez, F. (2008). *“La Administración de Justicia Digitalizada. Una necesidad inaplazable”*. Ediciones Experiencia.
- Quintero, G. (2013). *Procedimiento Administrativo Electrónico: Aportes de la ley 1437 de 2011*. *Revista De Derecho, Comunicaciones Y Nuevas Tecnologías*. Bogotá. Facultad De Derecho Universidad De Los Andes.
- Navarro S. (2003). *El programa de Transparencia del Poder Judicial Costarricense y el Sitio. En Internet y Sistema Judicial en América Latina Reglas de Heredia*. San José de Costa Rica.
- Álvarez, G., Gregorio, C., Navarro S., Greco S., Vecchi S., y Highton E. (2003). *Capacidad Regulatoria de la Difusión de Información Judicial. En Internet y Sistema Judicial en América Latina Reglas de Heredia*. San José de Costa Rica.

LA IGUALDAD DE ARMAS ENTRE LA DEFENSA TÉCNICA Y EL ENTE ACUSADOR EN EL MARCO DE LA LEY 906 DE 2004⁹⁹

*Andrea Aguilar Barreto*¹⁰⁰

*Carlos Marcucci Parada*¹⁰¹

*Nandy Angarita Fuentes*¹⁰²

Fecha de recepción: 29 de mayo de 2015.

Fecha de aceptación: 26 de octubre de 2015.

Referencia: AGUILAR BARRETO, Andrea. MARCUCCI PARADA, Carlos. ANGARITA FUENTES, Nandy. *La igualdad de armas entre la defensa técnica y el ente acusador en el marco de la ley 906 de 2004*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 1. Núm. 1. Págs. 195 – 209. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex.

⁹⁹ Artículo de reflexión. Realizado como avance en el desarrollo del Trabajo de Grado "Uso e importancia de las facultades de investigación otorgadas por la ley 906 de 2004 a la defensa técnica" que se desarrolló en la Universidad Simón Bolívar, extensión Cúcuta durante el periodo 2014- 2015.

¹⁰⁰ Abogada (Universidad Libre de Colombia), Licenciada en Lengua Castellana (Universidad de Pamplona), Administradora Pública, (Escuela Superior de Administración Pública- ESAP). Doctorando en Educación (Universidad Pedagógica Experimental- UPEL). Maestrante en gestión de la Tecnología Educativa, Universidad de Santander- UDES) Especialista en Orientación de la Conducta, Especialista en Administración de la Informática educativa (Universidad Francisco de Paula Santander- UFPS). Docente e investigadora, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta, Tutora del Ministerio de Educación Nacional de Colombia. Autora responsable de la correspondencia: andreitajaguilar@hotmail.com

¹⁰¹ Estudiante de Derecho (Universidad Simón Bolívar). Ex detective Profesional del Departamento Administrativo de Seguridad DAS e Investigador Particular del Sistema Penal Acusatorio. correo cm2275@hotmail.com

¹⁰² Estudiante de derecho (Universidad Simón Bolívar). Funcionaria de Notaria 5 de Cúcuta. Correo: n.angarita Fuentes@gmail.com

RESUMEN

Este artículo analiza la igualdad de armas entre la defensa técnica y el ente acusador en el marco de la Ley 906 de 2004. Implicó la realización un análisis doctrinario y jurisprudencial, además indagar sobre la percepción de una muestra de abogados públicos y privados que ejercen en el campo del Derecho penal. La discusión se centra en las herramientas e instrumentos jurídicos y técnicos para el ejercicio de la defensa técnica y las desventajas frente al ente acusador en las etapas de proceso. Del mismo modo, se solicitó la opinión de la Directora del Colegio de Defensores de Cúcuta y al Director del Instituto de Medicina Legal al respecto. Los resultados muestran un desequilibrio entre el ente acusador y la defensa técnica al momento de ejecutar su autonomía en los actos de investigación, en especial por las limitaciones en materia de recursos económicos, el acceso a los medios técnicos y tecnológicos, la disponibilidad de expertos y colaboradores, así como de la falta de cultura por los ciudadanos del común que desconocen el rol del Investigador de la defensa en el proceso penal Colombiano, toda vez que existe el mito de que estas actividades están en exclusividad de los entes de Policía Judicial Estatales.

PALABRAS CLAVE: debido proceso, derecho a la defensa, defensa técnica, ente acusador.

ABSTRACT

This article the equality of weapon analyzes between the technical defense and the accusing entity in the frame of the Law 906 of 2004. It implied a doctrinaire and jurisprudential analysis, in addition investigating on the perception of a sample of public and private attorneys that they exercise in the field of the Criminal law. The discussion centers on the tools and juridical and technical instruments for the exercise of the technical defense and the disadvantages opposite to the accusing entity on the process stages. In the same way, there was requested the opinion of the Director of the Defenders' College of Cucuta and the Director of the Institute of Legal Medicine in the matter. The results show an imbalance between the accusing entity and the technical defense to the moment to execute his autonomy in the acts of investigation, especially for the limitations as for economic resources, the access to the technical and technological means, the availability of experts and collaborators, as well as of the lack of culture for the citizens of the common one who do not know the role of the Investigator of the defense in the penal Colombian process, although there exists the myth of which these activities are in exclusivity of the State entities of Court officers.

KEY WORDS: *due process, right to the defense, technical defense, accusing entity.*

INTRODUCCIÓN

La legislación penal y la jurisprudencia de los altos Tribunales en Colombia es clara en señalar la importancia y trascendencia que reviste el debido proceso como derecho fundamental y principio rector de las actuaciones en materia judicial y administrativa. El debido proceso representa una garantía judicial edificada para evitar actos arbitrarios a través de la limitación de la potestad punitiva o jurisdiccional que se le atribuye al Estado, a partir de actuaciones racionales y fiables concretadas en diversos elementos. En otras palabras, el debido proceso busca la protección de los diferentes valores y principios constitucionales como el de la justicia, la igualdad, la libertad y la dignidad humana.

Hassemer (1981) al analizar el proceso penal desde los principios de legalidad y oportunidad, infiere que la normas que hacen parte del derecho penal establece *“no sólo los límites de la punibilidad sino que además reafirma y asegura las normas fundamentales de una sociedad (prevención general)”* y añade que el aseguramiento de esas normas *“presupone que en el proceso penal se van a aplicar tal y como el Derecho material las dispone, es decir, según la legalidad jurídico-material”*. De este modo, las normas procesales permiten que se concreten los derechos y garantías de los sujetos. De ahí que se pueda afirmar que la existencia del Derecho material en la práctica sólo dependa del uso efectivo de las normas procesales para este fin.

Dentro del Derecho penal coexisten diversas reglas, normas, términos y principios que son esenciales para dar cumplimiento a otras normas que están dentro del campo constitucional y en el ámbito internacional. Se resalta, para efectos de la exposición del problema que se quiere introducir, el principio de que el sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, desde el instante que tenga conocimiento de que está siendo objeto de investigación y durante todo el proceso (etapa indagación, etapa de investigación y etapa de juzgamiento), además que dicho proceso debe ser público, oral, sin dilaciones injustificadas y con oportunidad para presentar y controvertir pruebas. Al respecto menciona la Corte Constitucional sobre el artículo 29 de la Carta Política: *“Uno de sus componentes esenciales es el derecho de defensa, que en líneas generales consiste en el poder de voluntad de controvertir las pretensiones, pruebas y argumentos de la contraparte o del Estado, según sea el caso, solicitar y allegar pruebas, formular e interponer recursos, entre otras actuaciones”* (Corte Constitucional, 2009, 10 de febrero).

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el marco del derecho penal, la defensa tiene una especial importancia conforme al artículo 29 de la Constitución Política de 1991. Para la Corte Constitucional el proceso penal *“no sólo debe ser concebido como un medio para castigar, sino que también cumple su finalidad cuando se llega a la absolución una vez agotadas las instancias y el debate probatorio respectivo”* (Corte Constitucional, 2009, 10 de febrero). Esto significa que el proceso penal no debe ser percibido como un sistema de castigo para los autores o partícipes de un hecho punible, sino que representa la oportunidad para

hallar la verdad conforme a los elementos materiales probatorios y evidencias físicas recolectadas por las partes y debatidos en etapa de juicio, que conlleva para la defensa evitar actuaciones judiciales falsas, y poder alcanzar, entre otras cosas, a la absolución del procesado por ausencia de responsabilidad.

De la misma forma, la Corte Constitucional en esta misma sentencia ha descrito que la defensa del procesado puede ser de dos tipos: material y técnica. La primera atañe al mismo imputado mientras que la técnica le corresponde al abogado de confianza o de oficio material, que es la que lleva a cabo personalmente el propio imputado y que se manifiesta en diferentes formas y oportunidades, y la técnica, que es la ejercida por un abogado, quien debe desplegar una actividad científica, encaminada a asesorar técnicamente al imputado sobre sus derechos y deberes. (Corte Constitucional, 2009, 10 de febrero)

El ejercicio del abogado defensor también encuentra, como se mencionó con anterioridad, coherencia con algunas normas internacionales las cuales integran el bloque de constitucionalidad como lo es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Naciones Unidas, 1966) y la Convención Americana de Derechos Humanos de 1972 (Organización de Estados Americanos, 1972). En el primer Convenio, el artículo 14 menciona que *“Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial... disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor [...]”*. En el segundo Convenio el artículo 8.2 está señalado que: durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas.

En el sistema penal acusatorio adoptado por Colombia, la defensa técnica asumida por el profesional en Derecho requiere de especial preparación y diligencia para una asistencia efectiva de su prohijado, donde debe tener la capacidad y conocimiento para liderar todo un equipo defensivo que presume acompañamiento de personal idóneo en actividades de investigación, diligencias técnicas especializadas, y trámites que de una u otra manera exigen de los imputados una contribución económica, la cual, aún más en la defensa pública, son nulas. Por lo general, los abogados públicos y privados en Colombia en materia penal no cuentan con los recursos idóneos que permitan la ejecución íntegra de los actos de investigación que probatoriamente amparen la teoría del caso de la defensa, por lo que se presenta un verdadero desequilibrio frente al ente acusador que cuenta con un amplio andamiaje operativo Investigativo.

De este modo, el diseño de estrategias investigativas tempranas y fiables para la defensa queda como una exclusividad en cabeza de aquellos procesados que cuenten con los recursos económicos para contratar investigadores, peritos expertos, efectuar estudios científicos en laboratorios privados nacionales o internacionales y todo aquel recurso que considere idóneo para su defensa, quedando para el restante de la población procesada como una posibilidad inalcanzable para los defensores en la medida que no cuenta con los recursos, vacío que tiene amparo Constitucional en su artículo 13 al invocar:

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real

y efectiva y adoptara medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionara los abusos o maltratos que contra ellas se cometan...

Situación desconocida por las Entidades Estatales amparados por su posición de ente acusador de la acción penal y de la autonomía de los actos de investigación de las partes que conlleva a interponer peticiones ante los Jueces de Control de Garantías e incluso al Juez de Tutela con el fin de proteger Derechos Fundamentales. Estas situaciones implican la pérdida de material probatorio ya que en oportunidades los actos de investigación requieren de intermediación o urgencia para la recolección de los mismos, generando de manera concadenada la pérdida de confianza entre el procesado y el defensor, la poca motivación del ente defensor frente al caso que sostiene, la rotación de abogados rompiendo con la unidad y continuidad que se debería sostener en la defensa técnica.

El derecho a la defensa es una garantía que tiene su origen en el principio constitucional del debido proceso, convirtiéndose en un derecho autónomo ligado al derecho del debido proceso. En opinión de Linares (2001) *“el Constituyente colombiano, como el legislador, han previsto los mecanismos adecuados para garantizar, necesariamente, el adecuado derecho a la defensa. Tanto es así, que en ausencia del defensor público, debe, de todas maneras, nombrarse un defensor de oficio”*, debido a que se debe garantizar otro grupo de derechos fundamentales. Atendiendo a su importancia, el Estado ha dispuesto de la defensoría pública quien tiene la función de velar *“por la promoción, ejercicio y divulgación de los derechos humanos”*. De todas maneras, para que se alcance garantizar este derecho fundamental *“debe entenderse que el abogado debe ser, ante todo, un defensor del derecho y aunque la defensa sea esencialmente técnica, requiere de una dimensión humana inmensa”*.

Menciona Cornelis y Morais (2002) que el derecho a la defensa puede ser abordado conceptualmente desde un sentido amplio y uno restringido. En el primer caso, es *“la facultad, esto es el derecho subjetivo, de aquellos que por cualquier concepto intervienen en un proceso judicial de naturaleza civil, penal, laboral, entre otros; para ejercitar dentro del mismo las acciones y excepciones que correspondan como actor o demandado”*. En el segundo caso, *“es la razón que se alega en un proceso para desvirtuar o contradecir la acción del demandante”*.

El derecho a la defensa, explica Amnistía Internacional (2003), para que adquiera un verdadero significado requiere de la presencia del acusado para que pueda defenderse personalmente, es decir, pueda ejercer la defensa material. En cuanto a la defensa técnica, tiene la posibilidad de ser asistido por un abogado quien ejerce la defensa técnica del imputado o acusado: *“el derecho a ser asistido por un defensor incluye el derecho a elegirlo o, cuando lo exige el interés de la justicia, el derecho a que se le nombre un defensor de oficio, gratuitamente en caso de ser necesario”*.

El derecho a la defensa, aún más, no sólo se concreta en la posibilidad de defenderse el mismo imputado o acusado, ni con la asistencia de un abogado que ejerce la defensa técnica, también es necesario *“disponer del tiempo y los medios*

adecuados para preparar la defensa. Asimismo, el acusado debe disponer de una oportunidad igual a la de la acusación para presentar sus argumentos, lo que incluye el derecho a obtener la comparecencia de testigos y a interrogarlos” (Amnistía Internacional, 2003). En otras palabras, la defensa requiere de recursos de todas las clases a fin de esclarecer los hechos, aspecto que resulta muy difícil en las personas con bajos ingresos.

LA IGUALDAD DE ARMAS ENTRE LA DEFENSA TÉCNICA Y EL ENTE ACUSADOR

Los abogados que participaron en la entrevista semi-estructurada correspondieron a 50 profesionales del Derecho. Entre fiscales, jueces, investigadores, pero en su mayoría de los abogados son litigantes de varias áreas del Derecho y sólo el 24% de esta población labora de forma exclusiva en el área penal. Un 58% de la población además del Derecho Penal, también maneja causas enmarcadas en el Derecho Civil y Familia, y un 24% se desempeña además en el área del Derecho Laboral. Un aspecto clave que permite garantizar parte de los resultados se encuentra en el tiempo de experiencia de los abogados, los cuales en su gran mayoría (72%) cuentan con más de cinco años en la profesión. A su vez, la muestra seleccionada está compuesta por un 58% de abogados que se desempeñan tanto el ámbito público como privado. Por lo anterior, los resultados de la investigación resultan importantes y significativos, toda vez que la población participante es diversa, cuenta con una amplia experiencia en la actividad del litigio y han pertenecido tanto al escenario privado como público.

El abogado defensor se enfrenta a múltiples dificultades de diversa naturaleza. En primer lugar, se encuentran aquellas dificultades ligadas con sus capacidades y habilidades, en segunda medida, se hallan las dificultades relacionadas con los procedimientos de la investigación, y un tercer grupo de dificultades tienen origen en el mismo sistema de defensoría pública. Las dificultades de primer orden corresponden también a las principales herramientas e instrumentos con los que cuenta la defensa técnica, pero en opinión de algunos expertos y entrevistados, muchos abogados no se encuentran capacitados o con las competencias requeridas para gestionar los intereses de los procesados, además que existe un desconocimiento parcial en las facultades otorgadas por las legislación jurídico penal en cuanto a las actuaciones investigativas y de los medios que puede proporcionar algunas entidades como el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. En otros términos, el desconocimiento en materia criminalística puede ser parte de las deficiencias que por lo general presenta la defensa técnica, pero que caso contrario si conoce el ente acusador toda vez que al mismo le corresponde la carga de la prueba y la investigación de las causas penales.

El segundo grupo de dificultades halladas se relacionan con la investigación y los procedimientos, es decir, con la ausencia marcada de recursos y medios que apoyen la labor del abogado en su defensa técnica. Las tecnologías, los peritos idóneos y expertos, los análisis en laboratorios y los dictámenes periciales especializados son elementos de los cuales adolece la defensa técnica, bien por desconocimiento para el acceso o bien por las dificultades para obtener determinados elementos materiales probatorios. Es también lógico inferir que la defensa de una causa requiere de

inversión, tiempo y medios, y muchas veces las personas judicializadas no cuentan con recursos para gestionar toda una defensa.

El tercer conjunto de dificultades está ligado a problemas inmersos en el sistema de defensoría pública, y se concreta en alto número de procesos por abogado defensor. En el municipio de Cúcuta, los abogados defensores tienen un promedio de 200 y 250 casos según la Directora del Colegio de Defensores del municipio de Cúcuta. Esto repercute en otro tipo de males propios de la justicia en el país: congestión, poca celeridad en la administración de justicia, incapacidad en la preparación efectiva de los casos, entre otros. No se trata de una situación exclusiva del municipio de Cúcuta, sino de un problema generalizado pues es común encontrar artículos de investigación y prensa que analizan este fenómeno de la sobrecarga de los abogados defensores.

1. HERRAMIENTAS E INSTRUMENTOS JURÍDICOS Y TÉCNICOS PARA EL EJERCICIO DE LA DEFENSA TÉCNICA

Los abogados participantes señalan que hay algunas herramientas e instrumentos jurídicos y técnicos para la defensa técnica de los procesados. En el criterio de un 76% de los abogados participantes, existen algunas herramientas e instrumentos con los que cuenta el abogado pero que resultan escasos. Las herramientas e instrumentos jurídicos y técnicos para la defensa técnica más valorados se inscriben en el campo personal y privado, y no en los aportes que pueda brindar el Estado para el proceso de investigación, recolección de pruebas y análisis del acervo probatorio. Por ejemplo, señalan como herramientas la profesionalización, experiencia y aptitud del defensor, los recursos económicos del procesado y sus familias, o la capacidad para el análisis del acervo probatorio. En el caso de los abogados privados, indica la Directora del Colegio de Defensores en el municipio de Cúcuta, hay investigadores privados contratados para apoyar la labor de la defensa así como los cursos de actualización ofertados por las universidades, aunque son limitados.

También señalan algunos elementos claves para el desarrollo de una defensa técnica adecuada y que están dados por el marco jurídico vigente como lo es el Juez de Control de Garantías, a donde se puede acudir cuando se requiera recolectar Elementos Materiales Probatorios que para su obtención se invada la esfera de derechos fundamentales de terceras personas o cuando los actos investigativos de la defensa no han tenido el respaldo de las entidades públicas o privadas vulnerando el derecho de igualdad de armas en el proceso penal acusatorio; además del recurso de protección Constitucional que brinda el Juez de Tutela y de las normas internacionales propias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los cuales conforman el denominado bloque de constitucionalidad conforme al artículo 93 de la Constitución Política: *“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”*. En este espectro la jurisprudencia ha sido de gran utilidad para los abogados defensores y así lo indica la Directora del Colegio de Defensores

en el municipio de Cúcuta.

Sin embargo, la opinión del Director del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del municipio de Cúcuta, explica que las diferencias de herramientas e instrumentos técnicos y jurídicos no son muy diferentes entre una parte y otra. Para el experto en la materia, los medios como laboratorios adscritos a la Fiscalía General de la Nación también se encuentran a disposición de los abogados para su efectiva defensa técnica ya que estos *“pueden pedir perfectamente en un momento determinado al fiscal que tenga el caso, que se le practique una prueba paralela a la que se está haciendo, si ellos no están satisfechos con la que se hizo”*. Frente a ello es de mencionar que los preceptos legales reconocen a la defensa la facultad para recolectar evidencias durante la etapa de investigación y para acceder en forma gratuita a los medios técnicos y científicos con que cuenta el Estado en procura de su valoración; en este último caso, cuando por razones económicas o de otra índole el imputado no esté en capacidad de acudir peritos particulares o de confianza conforme lo autorizan los artículos 204 y 413 de la ley 906/2004, donde se le debe dar un trato en igualdad de armas a los requisitos presentados por la defensa.

Los resultados demuestran que las herramientas e instrumentos jurídicos y técnicos para la defensa técnica de los procesados se centran en aspectos más de orden privado que de orden público, y que algunas ventajas están dadas por los avances en el Derecho Constitucional y la protección dada a los derechos fundamentales a partir de la adopción de instrumentos internacionales como los inscritos en el campo de los Derechos Humanos. De este modo, la percepción de los abogados litigantes en cuanto a la defensa técnica de los procesados está más vinculada, en términos de éxito, a las capacidades y habilidades de los mismos para desvirtuar la tesis del ente acusador, analizar el acervo probatorio o usar de forma adecuada los recursos de reposición y apelación. De allí que tan sólo un 8% de los abogados consideren que si existe herramientas e instrumentos jurídicos y técnicos para la defensa técnica de los acusados. Caso contrario sucede con la opinión de la Directora del Colegio de Defensores en el municipio de Cúcuta, quien destaca que dentro de las ventajas que tiene la fiscalía se encuentran la capacidad del Estado para el manejo de la evidencia física y los elementos materiales probatorios, así como el tiempo para la preparación del caso.

Este último aspecto, representa una fortaleza del ente acusador y una desventaja para la defensa, como lo indica la Directora del Colegio de Defensores en el municipio de Cúcuta al describir que la Fiscalía posee medios más técnicos para recopilar elementos materiales probatorios o perfeccionar una investigación a través de los diferentes grupos de Policía Judicial y el apoyo constante y sin dilación que brinda el Instituto de Medicina Legal. Sin embargo, para el Director del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el municipio de Cúcuta hay una desventaja de fondo y corresponde al desconocimiento de los abogados del Código de Procedimiento Penal y otras normas que en su conjunto le permiten a los abogados defensores tener autonomía investigativa para la recolección de Elementos materiales probatorios y evidencia física para garantizar el éxito de su teoría del caso: *“La fiscalía de hecho, como ente acusador lleva un poco de pruebas y ellos llevan unas cargas especiales, pero el otro [la defensa], a veces desconoce el código de procedimiento y las cosas que puede impetrar, que los puede hacer perfectamente y no hace uso de ese arsenal que tiene”*.

En cuanto a los elementos de los cuales adolece el ente defensor para una efectiva defensa técnica, los abogados señalan que existen varios factores que no favorecen la actividad de los mismos. Entre estos se encuentran los recursos económicos, los cuales por lo general son escasos, ya que deben ser proporcionados por los mismos procesados y sus familias. Por tanto, no es factible una investigación técnica garantista sobre los hechos que estructuran los casos, lo que dificulta la recopilación de sus elementos materiales probatorios.

Este fenómeno debe observarse en el marco de los tipos delictivos que son comunes en el municipio de Cúcuta porque dependiendo de ello, la actividad y la tarea del abogado defensor puede ser más o menos compleja. Sobre este aspecto se le preguntó a la población participante de abogados, los cuales señalaron que en Cúcuta los principales casos presentados en el campo penal corresponden a los delitos contra la seguridad pública (76%), delitos contra la vida y la seguridad (58%), delitos contra la familia (54%), delitos contra la libertad y el pudor sexual (46%) y delitos contra el orden económico social (42%).

Como se observa, esta clase de delitos requieren de un trabajo profundo de investigación y análisis con el propósito de ejercer una defensa técnica adecuada, en donde es necesario exámenes y estudios especializados de diversa índole, recolección de información extensa entre testigos, labores de vecindario y de campo, etc. Y esto se convierte en una dificultad de proporciones mayores al considerarse que la mayoría de procesados tienen una situación económica regular o mala según la opinión del 88% de los abogados que participaron en el estudio. En efecto, un fenómeno de este tipo reduce las capacidades y oportunidades reales de los procesados en cuanto a la garantía de un proceso justo y en igualdad de condiciones, pues el Estado no ofrece instrumentos ni mecanismos más allá de los recursos legales o la garantía de los derechos fundamentales aunque sin medios idóneos para su alcance y gozo efectivo. Esto conduce a que los abogados litigantes califiquen de bajas o escasas las posibilidades del procesado para una defensa técnica.

En consecuencia, las dificultades y limitaciones antes descritas conducen a la violación de un conjunto de preceptos que configuran el denominado derecho al debido proceso. Desde la opinión de los abogados participantes en el estudio, los principales derechos y garantías violadas son la presunción de inocencia (70%) y el derecho a la defensa material (50%). Es menester recordar que la defensa técnica ha sido conceptualizada por la Corte Constitucional como una *"parte del núcleo esencial del debido proceso, cuyo propósito no es otro que ofrecer al sindicado el acompañamiento y la asesoría de una persona con los conocimientos especializados para la adecuada gestión de sus intereses"* (Corte Constitucional, 2009, 10 de febrero). Una interpretación sistemática de los aportes de la Corte Constitucional contenida en la sentencia permite inferir que no basta con la asignación de un abogado ni la representación del sindicado por el profesional en las etapas del proceso, pues como bien lo señala la Corte Constitucional el abogado de hacer una adecuada gestión de los intereses del sindicado.

La llamada gestión de los intereses se convierte en verdaderas acciones complejas que incluye la investigación, recolección de pruebas, análisis de material probatorio, etc., y en esto se requiere de medios para hacer efectiva la gestión de los intereses de

un procesado. Una defensa técnica mal planeada conduce a la violación de preceptos estructurales del debido proceso como la presunción de inocencia, el derecho a que el indiciado comparezca de forma ágil ante el juez, el derecho a controvertir en audiencia los elementos probatorios, entre otros. Es menester recordar que la igualdad de condiciones corresponde al denominado principio de *igualdad de armas*, el cual ha sido descrito la Corte Constitucional en el siguiente sentido:

“En relación con el derecho a la defensa técnica, conocido en el modelo de tendencia acusatoria como el principio de igualdad de armas, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en sostener que el mismo hace parte del núcleo esencial del derecho a la defensa y al debido proceso, y su garantía plena es particularmente relevante si se considera que de su ejercicio se deriva la garantía de otros derechos como el de igualdad de oportunidades e instrumentos procesales. Para la Corte, el principio de igualdad de armas constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección”. (Corte Constitucional, 2011, 2 de marzo)

La Corte Constitucional a través de su pronunciamiento enfatiza que en el Derecho Penal debe existir *igualdad de armas* entre las partes, es decir, deben contar tanto la defensa como el ente acusador con los mismos factores y elementos para ejercer las funciones correspondientes dentro del proceso penal. En otras palabras, el principio de *igualdad de armas* representa la oportunidad de las partes para hacer valer sus argumentos, controvertir pruebas, exponer las razones lógicas de interpretación, etc. En cuanto a la defensa técnica, dicha posibilidad corresponde a una de las principales garantías del debido proceso y por ello su importancia innegable:

Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. Su importancia en el contexto de las garantías procesales, radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado. (Corte Constitucional, 2009, 27 de enero)

2. DESVENTAJAS FRENTE AL ENTE ACUSADOR EN LAS ETAPAS DE PROCESO

De acuerdo a los resultados obtenidos de la entrevista, para un 62% de los abogados, existen algunos casos donde hay desventajas marcadas que no permiten poner al ente defensor en igualdad de condiciones frente al ente acusador. Por el contrario, para un 30% de los encuestados existe una desventaja marcada e indiscutible entre los dos actores en los procesos penales.

Las principales desventajas se presentan en la disponibilidad de los recursos económicos (80%), el escaso acceso a los medios técnicos y tecnológicos para la investigación (62%), la disposición de profesionales expertos (34%) y la disponibilidad de material probatorio (30%) de acuerdo a los abogados defensores consultados. Así mismo lo considera la Directora del Colegio de Defensores en el municipio de Cúcuta al señalar: *“La mayor desventaja en materia defensiva es la falta de equipos o profesionales científicos o técnicos propicios para una investigación en delitos complejos como estudios de ADN, balística y documentología, entre otros”*. De este modo, los medios e instrumentos que apoyan la defensa técnica de los imputados corresponden a aquellos recursos legales de Ley o a las capacidades y habilidades que tenga la defensa para desvirtuar los argumentos del ente acusador.

Las etapas en las que se presentan mayores desventajas frente al ente acusador, en opinión de los abogados, corresponde a las audiencias preliminares de legalización de la captura, formulación de la imputación y medida de aseguramiento (más del 50%). Sin embargo, los abogados aclaran que también en la audiencia de formulación de la acusación y en el juicio oral y público también se presentan desventajas. Lo mismo describe la Directora del Colegio de Defensores en el municipio de Cúcuta cuando señala que las mayores desventajas se encuentran en *“la primera etapa de investigación o introducción y con preparación en el debate probatorio del juicio oral”* y añade que desde el inicio de las labores se presentan dificultades, es decir, desde el instante en que *“asume el defensor público o privado su caso, en cuanto a ir a la inmediatez de ir al lugar de los hechos acompañado de un investigador técnico con los medios y equipos adecuados para la eficaz consecución de elementos materiales para la defensa”*.

En concepto de la muestra participante, la forma en que se puede superar las dificultades a fin de igualar las capacidades y oportunidades del ente defensor frente al ente acusador son: mayor inversión del Estado para apoyar la labor del abogado defensor, mayor capacitación y actualización de los abogados en temas jurídicos, argumentación jurídica, entre otros, mayores tiempos para la preparación de los casos, mayor disponibilidad para el acceso a los laboratorios y dictámenes del Instituto Nacional de Medicina legal y ciencias forenses, mayor número de Investigadores idóneos con facilidad de contratación que permitan agilizar los procedimientos preparativos y acceso a la jurisprudencia actualizada tanto para el defensor público como para el privado.

Frente a las anteriores alternativas es necesario hacer algunos análisis e interpretaciones que se consideran pertinentes. Algunos documentos explican la situación actual del defensor público y esto es relevante si se considera que la mayoría de los abogados encuestados corresponden a este tipo de defensores. Uno

de los problemas que afronta el Estado colombiano se concreta en la sobrecarga de procesos que tienen los defensores públicos, quienes en promedio tienen cerca de 90 casos (nivel nacional) (Yañez, 2014), por lo que la denominada gestión de los intereses de los imputados que debe el defensor realizar se queda corta por razones lógicas. Por su parte, la Directora del Colegio de Defensores en el municipio de Cúcuta en énfática en señalar que en el ámbito de los defensores públicos la situación es grave pues cada uno de los abogados tiene en promedio 200 y 250 casos asignados y que solo hay dos investigadores públicos del Sistema Penal Acusatorio, por lo que se producen contratiempos y desventajas de diverso tipo: falta de tiempo en la preparación de los casos, cruce de audiencias, aumento de los honorarios de investigadores privados, entre otros.

De este modo, las limitaciones en el presupuesto conducen a que no sea posible una efectiva defensa, además por el escaso tiempo que tienen los defensores para preparar la defensa por el alto número de casos asignados, el cual puede solucionarse al solicitar prorrogas al Juez respectivo por mandato Constitucional, ya que se le debe dar el tiempo razonable y necesario a la Defensa para su actuar investigativo con el fin de estructurar de manera íntegra su bloque defensivo, situación que conlleva a extender los términos procesales que va en contravía de la libertad del procesado, quien espera pronta solución a su situación jurídica. Sumado a lo anterior, la situación económica de los abogados es otro factor que puede incidir en la labor del abogado.

3. DE LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN

Los actos de Investigación según sentencia C-536 de 2008 de la Corte constitucional tienen como finalidad recaudar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes y el Ministerio Público y, para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control de garantía en las etapas preliminares del procedimiento, y son adelantados por la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la víctima con el control y vigilancia del juez de control de garantías, durante la etapa de investigación y hasta la audiencia preparatoria. Son trascendentes porque a través de ellos se materializa el derecho a la defensa constituyendo el componente probatorio dentro de una teoría del caso; o, el derecho a la contradicción, al refutar pruebas.

Estos actos constituyen una oportunidad para la defensa, en razón del derecho a la igualdad, de participar en la constitución del acervo probatorio, atendiendo a las necesidades desde su defensa. La ley exige que estos se desarrollen en igualdad de condiciones para los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Sin embargo son varios los factores que hacen que dicha premisa no se cumpla a cabalidad.

Para iniciar se debe considerar que la ley penal en procura de implementar el Sistema dejó vacíos que ha sido la corte a través de su línea jurisprudencial quien ha

clarificado, orientado y hasta establecido criterios para que todas estas instituciones novedosas e incluso para las situaciones que se van decantando se traduzcan en seguridad jurídica. Siendo la jurisprudencia fuente del Derecho, que crea contenidos jurídicos para subsanar los vacíos que se dejaron al implementar en el Sistema Penal acusatorio.

El sistema acusatorio colombiano entró a sustituir el sistema mixto sumarial, donde durante el mecanismo procesal la Fiscalía debía investigar tanto lo favorable como lo desfavorable en virtud del principio de investigación integral. Esto ha generado una dificultad cultural para aceptar completamente el paso a un sistema mixto donde el único que podía recaudar las pruebas es el ente acusador; se observa la renuencia negativa por parte de entidades, tanto públicas como privadas y de gran parte de la comunidad, a permitir el acceso de investigadores privados para el recudo de pruebas, e incluso para simple entrega de información. Las entidades en general desconocen esa igualdad de armas que reza el sistema penal acusatorio, y por lo tanto a veces le impiden el acceso en igualdad de condiciones que a la fiscalía, a la defensa y su obligación legal establecida en artículo 125 numeral 9 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 47 de la ley 1142 de 2007, de prestar la colaboración que requiera la defensa con el fin de poder recaudar materiales, o evidencias físicas correspondiente independiente de su naturaleza pública o privada

De otra parte, existe la percepción que los Defensores, carecen de la formación suficiente de las facultades defensivas que les conduzca al adecuado uso a los actos de investigación, situación que se reafirma al ver que no existe una dedicación exclusiva a la rama pena, en la mayoría de los casos.

Igualmente aunque la ley establece la responsabilidad del Estado éste posee los medios y la capacidad logística suficientes para adelantar la tarea encaminada a acusar, el principio en mención busca igualar a la defensa, ofreciéndole medidas positivas, precisamente esas que debe vigilar y hacer cumplir el juez de control de garantías; pero en esta segunda situación el aparato estatal se hace insuficiente, como se observa específicamente en el caso de la Defensoría del Pueblo de Cúcuta, que solo se cuenta con dos (2) investigadores para atender solicitudes de actos de investigación de setenta (70) defensores públicos que hacen presencia en el sistema de a ciudad. Así mismo, la Igualdad de armas constituye una de las características sobresalientes de los sistemas penales de tendencia acusatoria, dando la posibilidad de que la defensa tenga las mismas posibilidades que la parte acusatoria de a ser oída y a deponer las pruebas, en igualdad de condiciones.

CONCLUSIONES

El artículo analiza de forma particular dos aspectos de la defensa técnica como fenómeno sociojurídico. En primer lugar, se indagó por el tema de las herramientas e instrumentos jurídicos y técnicos que facilitan la labor del abogado en cuanto a la defensa técnica ejercida. Los resultados sobre este tópico o variable de análisis permiten concluir que el abogado defensor cuenta con algunas herramientas e instrumentos de orden jurídico y técnico, entre los cuales se destacan aquellos

propios de su capacidad de reflexión y las normas constitucionales y legales, además de la jurisprudencia de las altas Cortes. Por tanto, los medios son más de naturaleza personal concretadas en capacidades y habilidades del abogado defensor, pues en opinión de la población participante, la regla general es la ausencia de herramientas e instrumentos técnicos como pruebas de laboratorio o estudios especializados, con los cuales si cuenta la Fiscalía General de la Nación.

Sin embargo, se debe anotar que muchas posibilidades que tiene la defensa, en lo que refiere la Corte Constitucional como *igualdad de armas*, son desconocidas por los abogados y ello se debe a la visión estrecha que tienen los mismos de las normas legales y en especial, el Código de Procedimiento Penal. Las herramientas e instrumentos jurídicos y técnicos de los que goza la Fiscalía pueden ser mayor beneficio para esta parte por su amplio conocimiento del sistema y los procedimientos en la recolección y análisis del material probatorio. Los recursos económicos y tecnológicos parecen ser una limitante a la actuación del abogado defensor, por lo que se hace urgente una política que regule el acceso a determinados medios y recursos por parte de la defensa.

En segundo lugar, se exploró sobre las desventajas que tienen los defensores tanto públicos como privados. En este aspecto destacan las fallas ya antes descritas como el acceso efectivo a determinados medios o recursos que permiten la labor de la defensa, en especial, las tecnologías y los expertos en determinados campos de la investigación criminalística. Así mismo, se observa algunas deficiencias presentadas por la sobrecarga de trabajo, lo cual no permite que la situación de los procesados sea asumida con profesionalismo y efectividad.

Este fenómeno repercute también en el acceso a la justicia y a la pronta respuesta del Estado frente a la situación de las personas privadas de la libertad. Por tanto, parte de la política que debe diseñarse debe incorporar en la discusión el aumento del presupuesto para la contratación de abogados defensores e investigadores, a fin de que la administración de justicia sea conducida con celeridad y efectividad. Del mismo modo, los hallazgos ponen de manifiesto que las desventajas de la defensa respecto del ente acusador son percibidas en mayor grado en las audiencias preliminares de legalización de la captura, formulación de la imputación y solicitud de medida de aseguramiento. Esto se debe a que el abogado defensor durante esta etapa empieza a tener contacto con el caso, los hechos, los medios probatorios y el procesado, y en muchos casos el tiempo es muy corto para construir una defensa idónea.

El breve estudio permite recomendar a las universidades de la región tienen un escenario propicio para gestionar programas y cursos de actualización en el campo del Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal de una forma compleja que abarque otras áreas en cuanto al acceso y uso de determinados recursos del Estado en materia de investigación criminal. Es urgente analizar el fenómeno de la sobrecarga laboral de los abogados defensores de nivel público a través de un estudio diagnóstico que permita verificar y explorar todos los efectos que trae consigo esta situación. Igualmente se hace necesario unas acciones de política pública que permita la igualdad de armas entre la defensa técnica y el ente acusador en términos de recursos y medios, en especial en las primeras audiencias del proceso penal.

REFERENCIAS

- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2003). Juicios justos. Manual de Amnistía Internacional. Madrid: Editorial Amnistía Internacional (EDAI).
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA (1991, 20 de julio). Constitución Política del 20 de julio de 1991.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL (2009, 27 de enero). Sentencia C-025 del 27 de enero de 2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL (2009, 10 de febrero). Sentencia C-069 del 10 de febrero de 2009. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL (2011, 2 de marzo). Sentencia C-127 del 2 de marzo de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa.
- CORNIELES, C. y MORAIS, M. (2002). Segundo año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. *Terceras Jornadas sobre la LOPNA*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela.
- HASSEMER, W. (1981). La persecución penal: legalidad y oportunidad. *Revista Ciencias Penales*, (No Especial).
- HIGUITA, G. (2010). Una visión cualitativa de la investigación socio jurídica: reflexiones metodológicas respecto a un proyecto de investigación sobre los Jueces de Paz del Oriente antioqueño. *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, (29).
- LINARES, P. (Comp.) (2001). *Constitución política de Colombia: acompañada de extractos de las sentencias*. Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano.
- NACIONES UNIDAS (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (1972). Convención Americana de Derechos Humanos de 1972.
- SALANUEVA, O. y GONZÁLEZ, M. (2011). Enseñanza del Derecho: enseñar metodología de la investigación sociojurídica. *Revista Anales*, (41).
- YAÑEZ, P. (2014). Crítica situación de los defensores públicos. Artículo de prensa. Diario del Huila. [Online] Recuperado de: <http://www.diariodelhuila.com/judicial/%E2%80%9Ccritica-situacion-de-los-defensores-publicos%E2%80%9D-cdgint20140302080249118>

MUJERES SUPREMAS. LA CUESTIÓN DE GÉNERO EN CORTES SUPREMAS Y TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. DATOS COMPARADOS SOBRE LA PERFORMANCE DE LAS JUEZAS

Jorge O. Bercholz¹⁰³

Fecha de recepción: 14 de agosto de 2015.

Fecha de aceptación: 23 de octubre de 2015.

Referencia: BERCHOLC, Jorge. *Mujeres supremas. La cuestión de género en cortes supremas y tribunales constitucionales. Datos comparados sobre la performance de las juezas.* Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 1. Núm. 1. Págs. 211 – 226. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex.

RESUMEN

La cuestión de género, en relación a la integración de los tribunales y a la performance y el funcionamiento judicial, nos introduce en dos problemas diferentes. Uno de ellos, razones de representación democrática como fiel reflejo-espejo de la composición social por géneros, basado en un concepto representativo sociológico que debe ser plasmado a nivel institucional.

¹⁰³ Doctor en Derecho Político, Especialista en Sociología Jurídica y Abogado, Universidad de Buenos Aires. Diploma en Estudios Avanzados (DEA), Universidad de Castilla-La Mancha, España. Postgraduado como Especialista en Constitucionalismo y Democracia, y en Justicia Constitucional, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Diploma de postgrado, Especialista en Integración Regional y Relaciones Económicas Internacionales, Universidad de Barcelona. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Universidad de Buenos Aires. Profesor Catedrático de Teoría del Estado y de Postgrado y Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
e-mail: estudiobercholz@fibertel.com.ar
Dirección postal: Pujol 675 CP 1405 CABA, Argentina

El otro tópico es el de visualizar cuál sería el valor agregado, si alguno, de la mirada femenina en los tribunales. Las características diferentes de mirada, abordaje, perspectiva o sensibilidad, que podría ofrecer una mujer en un tribunal colegiado de control de constitucionalidad.

¿Acaso es esperable una performance diversa de las magistradas por su condición de mujer en un tribunal constitucional? ¿En qué medida varones y mujeres pueden desarrollar la magistratura de manera diversa en una agencia de ese tipo?, ¿qué influencia tiene en las mujeres y desde ellas en la interacción profesional en un tribunal siempre mayoritariamente masculino?, ¿son reales las posibilidades de influencia de las juezas o, por el contrario, ellas terminan adaptándose a la cultura profesional predominante?

PALABRAS CLAVE: cuestión de género. Tribunales Constitucionales, performance de las juezas.

ABSTRACT

The topic of gender, as regards of the process of appointment to the courts and to the judicial performance, introduces us in two different problems. One of them, reasons of democratic representation like faithful mirror of the social composition for gender, based on a representative sociological concept that must be taken form to institutional level. Another topic: ¿which would be the added value or different point of view, if someone, from the women in the courts? ¿What different perspectives or sensibility, could be offer a women in a constitutional court?

KEYWORDS: supreme women, the gender topic in Constitutional Courts. comparative studies about the women justices performance.

LISTADO DE ABREVIATURAS

CCAA: Comunidades Autónomas

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)

PP: Partido Popular

PSOE: Partido Socialista Obrero Español

TC: Tribunal Constitucional y Tribunal Constitucional de España

INTRODUCCIÓN

La cuestión de género, en relación a la integración de los tribunales y a la performance y el funcionamiento judicial, nos introduce en dos problemas diferentes. Uno de ellos, razones de representación democrática como fiel reflejo-espejo de la composición social por géneros, basado en un concepto representativo sociológico que debe ser plasmado a nivel institucional. Para ello es esencial definir un concepto de “representatividad” aplicable a la magistratura, para que no resulte contradictorio con la noción de meritocracia que caracteriza a toda carrera burocrática, como lo es la judicial (Gastron, 2009). Además, y en particular en la cuestión de género, para visualizar cuál sería el valor agregado, si alguno, de la mirada femenina en los tribunales. Pues la otra cuestión es, justamente, las características diferentes de mirada, abordaje, perspectiva o sensibilidad, que podría ofrecer una mujer en un tribunal colegiado de control de constitucionalidad.

¿Acaso es esperable una performance diversa de las magistradas por su condición de mujer en un tribunal constitucional? ¿En qué medida varones y mujeres pueden desarrollar la magistratura de manera diversa en una agencia de ese tipo?, ¿qué influencia tiene en las mujeres y desde ellas en la interacción profesional en un tribunal siempre mayoritariamente masculino?, ¿son reales las posibilidades de influencia de las juezas o, por el contrario, ellas terminan adaptándose a la cultura profesional predominante?

Según algunas especialistas, las magistradas, por el hecho de pertenecer al sexo femenino, por haber sido socializadas y educadas como mujeres, por haber vivido experiencias de vida “*intransferiblemente femeninas*”, tienen una mirada propia, lo que a la postre concluye en una manera distinta a la masculina de administrar justicia (Gastron, 2009).

En el Seminario “*Aspectos Políticos e Institucionales de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina*” convocado en noviembre de 2004 por una ONG, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), introduce tal cuestión, pues la Corte argentina estaba en plena renovación luego de la crisis política y económica de 2002, y desde el Poder Ejecutivo se proponían juezas mujeres para la Corte Suprema. Constitucionalistas mujeres, que participaban de la conferencia, reaccionaron con cierta virulencia, sosteniendo que no hay porqué esperar una performance peculiar dada la cuestión de género, en su caso, se trataría de juezas con capacidades técnicas y expertas que deben resolver en forma ajustada a derecho sin que la cuestión de género tenga relevancia.

Sin embargo, ello contradice lo sostenido por Elena Highton, actual jueza de la Corte Suprema argentina, en un reportaje: “...creo que hay intuitivamente una mayor empatía en la mujer, una mayor posibilidad de consustanciarse con los conflictos en profundidad, otra mirada sobre los problemas, que claramente no les está negada a los hombres, pero que a las mujeres les permite abordar diferentes cuestiones de otra manera, incluyendo aspectos que no se limitan solamente a lo jurídico.”¹⁰⁴

¹⁰⁴ Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, n° 77, página 39, 2003.

Si bien dicha impresión y prejuicio resulta atractivo como hipótesis de trabajo, a fin de generar conocimiento sustentable sobre la cuestión de género, su comprobación requiere suficiente verificación empírica previa a efectos del análisis y de la elaboración teórica que permita sustentar, que una mujer producirá fallos diferentes basados en su empatía o mirada diversa sobre los conflictos por resolver, tal cual ha sugerido la jueza argentina Elena Highton.

La literatura e investigación específica sobre la cuestión muestra patrones contradictorios, *"...y ello obstaculiza la posibilidad de asumir conclusiones contundentes en este campo. Así, si bien por un lado se sostiene que habría una jurisprudencia femenina con énfasis en ciertas características tradicionalmente asociadas a la mujer, tales como conexión, subjetividad, y responsabilidad, más que en las "masculinas" autonomía, objetividad y derecho... al mismo tiempo, se sostiene que las diferencias de género entre los jueces, si es que las hubiere, no son consistentes ni estadísticamente demostrables."* (Gastron, 2009, p. 82-113).

Sin embargo, para evitar las inconsistencias, y previo a la utilización de variables cualitativas que pretendan explicar las supuestas diferencias que tendría la *"jurisprudencia femenina"* por razones biológicas, culturales u otras, resulta recomendable, como escalón superador para la generación de información básica que nos provea de conocimiento sustentable, verificar y mensurar mediante variables cuantitativas la performance de las magistradas, y compararlo con el desempeño de la formación de tribunal que integraron, con la performance diacrónica y sincrónica de los jueces varones, y con la performance de magistradas y tribunales de diferentes sistemas judiciales. Este tipo de relevamiento es especialmente conducente cuando se discute sobre la cuestión de género en el proceso de designación de magistrados/as para un tribunal constitucional o corte suprema. Y ello así, dadas las características institucionales y los temas que, en particular, tratan ese tipo de agencias judiciales. Por lo que se requiere una generación de información y conocimiento más estrecho y específico en relación a la agencia que se está investigando. Pues hablar del sistema judicial, o de la justicia, o del poder judicial en general, resulta muy genérico, poco desagregado, y que remite a un universo de cuestiones que presentan muchos matices y diferencias operativas que necesitan de explicaciones específicas. En el caso que nos ocupa, se trata de interpelar la performance de las magistradas en tribunales constitucionales o cortes supremas con facultades de control de constitucionalidad, para detectar algún patrón o sesgo en su producción, que requiera una hipótesis explicativa desde el género. Luego, la justificación o no, de una mejor representación femenina basada, no solo en criterios de legitimidad democrática sino, además, en el diferencial de la perspectiva de género.

1. LA PERFORMANCE DE LAS MAGISTRADAS EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (TC)

Desde la creación del TC hasta Diciembre de 2011, período abordado en una investigación mayor que tomamos como referencia,¹⁰⁵ han sido 4 las mujeres que lo integraron sobre un total de 50 jueces en ese período. Solo el 8% han sido mujeres, es evidente el serio déficit representativo por género en el TC. En los años posteriores al período relevado la cuestión no varió, por el contrario, porcentualmente el déficit se ha profundizado. Solo se ha incorporado una mujer en 2012, Encarnación Roca Trías, elegida magistrada del TC por el Congreso de los Diputados a propuesta del PSOE, por ello catalogada como progresista; magistrada proveniente de la Sala Primera –Civil- del Tribunal Supremo, primera mujer catedrática de Derecho Civil en la Universidad de Barcelona, por ende con el doble perfil de jueza de carrera y académica. Nacida en Cataluña y graduada en la Universidad de Barcelona. Coincide en el TC con Asúa Batarrita, bilbaína, quien lo integra desde 2010. De algún modo ambas representan una deferencia institucional a las CCAA (comunidades autónomas) de Cataluña y del País Vasco, en orden a responder a la reivindicación de estas CCAA por tener mayor presencia en el TC.

Las 4 magistradas sobre las se han generado datos son: Gloria Begué Cantón, María Casas Baamonde, Elisa Pérez Vera y Adela Asúa Batarrita.

Todas ellas académicas y publicistas; progresistas, salvo Begué Cantón calificada de centro; y propuestas por el Senado, salvo Perez Vera propuesta por Diputados y luego Roca Trías.

Con distintas especialidades jurídicas, ninguna de ellas dentro de las especialidades más repetidas en el TC. Begué Cantón experta en economía política, Casas Baamonde en derecho laboral y de la seguridad social, Pérez Vera en derecho internacional público y privado y Asúa Batarrita en derecho penal. Roca Trías, ya fue dicho, experta en derecho civil. Se agregan aquí las características ya enunciadas de Encarnación Roca Trías pero no se cuenta con datos de su producción por haber ingresado al TC en 2012.

¹⁰⁵ Los datos estadísticos sobre el TCE son tomados de una investigación mayor cuyos datos son: Bercholz Jorge O., La performance del Tribunal Constitucional español a través del ejercicio del Control de Constitucionalidad de los actos normativos de los otros poderes políticos del Estado (1980-2011). Un estudio sobre las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el sistema político-institucional de España; proyecto de investigación UBACyT, acreditado por la Universidad de Buenos Aires, Secretaría de Ciencia y Técnica, convocatoria 2010/2012 y 2013/2016, n° Proyecto 20020120100031, Resolución N° 6932/13, Director del proyecto Jorge O. Bercholz, "Un estudio comparado de la performance de los Tribunales Constitucionales de la Argentina, Alemania, Canadá, España y Brasil en el ejercicio del Control de Constitucionalidad".

Cuadro N° 1: Listado de Magistradas TC ordenadas cronológicamente. Características técnicas, órgano proponente y filiación ideológica

<i>Magistrado</i>	<i>Académico</i>	<i>Publicista</i>	<i>Privatista Civilista</i>	<i>Especialidad Jurídica</i>	<i>Órgano Proponente</i>	<i>Filiación Ideológica</i>
Begué Cantón	X	X		Economía polít.	Senado	Centro
Casas Baamonde	X	X		Dcho. Trabajo	Senado	Progresista
Pérez Vera	X	X		Dcho. Internacional	Diputados	Progresista
Adela Asúa Batarrita	X	X		Dcho. Penal	Senado	Progresista
Roca Trías	X		X	Dcho. Civil	Diputados	Progresista

Fuente: base de datos propia elaborada con información extraída de la web-page del TC.

Cuadro N° 2: Análisis comparativo de la performance de las Magistradas respecto de la Formación de TC que cada una integró desagregado por el sentido de los votos

Comparativo de votos por la constitucionalidad de la norma cuestionada					
	Formación TC	Votos x Constituc.		Votos x Constituc. TC (1)	
		%	cantidad	%	cantidad
Gloria Begué Cantón	1980-89	47	110	46	103
Ma. Emilia Casas Baamonde	1998-10	51	290	50	307
Elisa Pérez Vera	2001-10	58	281	57	312
Adela Asúa Batarrita	2011-	61	42	60	47

1) Esta columna indica la performance de la formación de TC que cada magistrada integró. De modo que se compara la performance de cada magistrada en relación a la producción de la formación de TC que le fue contemporánea.

Comparativo de votos por la inconstitucionalidad de la norma cuestionada					
	Formación TC	Votos x Inconstituc.		Votos x Inconstituc. TC	
		%	cantidad	%	cantidad
Gloria Begué Cantón	1980-89	35	83	32	73
Ma. Emilia Casas Baamonde	1998-10	20	115	22	132
Elisa Pérez Vera	2001-10	19	94	23	125
Adela Asúa Batarrita	2011-	28	19	29	23

Comparativo de votos por la inadmisión por defecto formal					
	Formación TC	Votos x inadmisión		Votos x inadmisión TC	
		%	cantidad	%	cantidad
Gloria Begué Cantón	1980-89	19	44	22	50
Ma. Emilia Casas Baamonde	1998-10	29	168	28	170
Elisa Pérez Vera	2001-10	23	110	21	114
Adela Asúa Batarrita	2011-	12	8	10	8

Cuadro N° 3: Análisis comparativo de la performance de las Magistradas respecto de la Formación de TC que cada una integró desagregado por votos en mayoría o disidencia

Comparativo de votos en mayoría					
	Formación TC	Votos en mayoría		Votos en mayoría TC	
		%	cantidad	%	cantidad
Begué Cantón	1980-89	98	191	85	235
Casas Baamonde	1998-10	97	482	74	414
Pérez Vera	2001-10	98	420	72	350
Asúa Batarrita	2011-	100	58	92	58

Comparativo de votos en minoría o disidencia

Formación TC		Votos en disidencia		Votos en disidencia TC	
		%	cantidad	%	cantidad
Begué Cantón	1980-89	1,5	3	15	40
Casas Baamonde	1998-10	3,4	17	26	146
Pérez Vera	2001-10	2,3	10	28	136
Asúa Batarrita	2011-	0	0	8	5

Fuente: base de datos propia elaborada con información extraída de la web-page del TC.

Una particularidad llamativa: ninguna de las magistradas es experta en las materias más comunes en la producción del TC, y especialidades jurídicas que detentan más magistrados, hablamos de derecho administrativo y derecho constitucional. Son las áreas jurídicas donde el TC ocupa mayor cantidad de tiempo y producción. Careciendo de ese expertise, ¿acaso las magistradas son de algún modo marginadas en debates y decisiones sobre los temas que más esfuerzo le requieren al TC? En esta línea especulativa, ¿influyó ello en la escasa capacidad de liderazgo demostrada por la primera y única mujer que presidió el TC, Casas Baamonde? Este tópico es desarrollado en detalle en el siguiente apartado, al tratar el rol de las mujeres presidentes del TC.

Casas Baamonde es la magistrada que más sentencias ha suscripto, 499, y la que más votos (los votos implican que pueden existir decisiones distintas en una misma sentencia) ha emitido, 573, en toda la historia del TC, incluyendo a los varones. También Pérez Vera ha tenido una gran producción en el TC con 430 y 485 votos, ha sido quinta en productividad en toda la historia del TC, incluyendo a todos los magistrados.

Las 4 magistradas de las que se han relevado datos sobre su producción han tenido un altísimo porcentaje de votos en mayoría, entre el 97% y el 100%. Inversamente proporcional fueron las escasas disidencias. Casas Baamonde con 3,4% del total, es la que más votos en disidencia emitió, fueron 17. Con la llamativa particularidad, que se comentará más en extenso en el apartado siguiente, de que 10 de ellos fueron emitidos cuando era presidente del TC (cuadro n° 5). Las cuatro han tenido un comportamiento dentro de los parámetros mayoritarios de las formaciones que integraron, ninguna se acerca a guarismos de disidencias ni siquiera en el promedio del TC en los períodos correspondientes (cuadro n° 3).

La magistrada que emitió más votos por la constitucionalidad de las normas cuestionada, fue Asúa Batarrita, el 61%, y la que menos votos presenta por la inadmisión, el 12%. La más “*inconstitucionalista*” fue Begué Cantón con el 35% de sus

votos por la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas. Casas Baamonde es la magistrada que emitió más votos por la inadmisión, el 29% (cuadro n° 2). Sin embargo las particularidades descriptas, no tienen relación con la cuestión de género sino con particularidades propias de las formaciones de TC que las magistradas integraron. Por ello, sus performances individuales, presentan porcentuales semejantes a los de las formaciones de TC que integraron, no observándose ninguna particularidad relevante (cuadro n° 2). Solo merece mención el sesgo más “*inconstitucionalista*” de Begué Cantón en comparación con la formación que integró. Si bien la diferencia no es muy significativa (35% de Begué, 32 % de inconstitucionalidades para el TC), se da dentro del período más “*inconstitucionalista*” del TC, sus formaciones durante los años 1980 a 1989 (cuadro n° 2).

El caso español no ofrece, por ahora, verificación empírica suficiente que permita sustentar que la cuestión de género podría influir en una producción diferente del TC dada el déficit de representación femenina en la institución. En cambio sí es evidente el otro problema relacionado al género, el déficit por razones de representación democrática fiel de la composición por géneros en la sociedad española.

Pero existe doctrina, en especial en EEUU y Canadá, que relaciona ambos aspectos. La mayor presencia de mujeres juezas es la que genera la diferencia en la performance de los tribunales. El creciente número de voces femeninas en el mundo jurídico cambiaría la sensibilidad y la escala de valores, afectando la cultura legal dentro de algún tiempo (Menkel-Meadow, 2002).

2. DATOS COMPARADOS CON OTROS TRIBUNALES

En 1982, El primer ministro canadiense Pierre Trudeau nominó a la primera mujer magistrada en la Corte Suprema de Canadá, la renombrada Bertha Wilson.

La designación de Wilson en 1982 por Trudeau no fue casual, ya que coincidió con la culminación del proceso denominado “*patriation*”, la recuperación por Canadá de la plena facultad y potestad soberana para dictar su propia legislación, sin la necesidad de que sea refrendada por el Parlamento británico, y con la famosa *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, declaración que consagra la garantía de los derechos y las libertades fundamentales e incorporadas a la constitución, que en la práctica refundó las funciones y el rol institucional de la Corte Suprema canadiense. Es decir, una época de apertura liberal del sistema judicial canadiense.

Bertha Wilson cimentó una performance en la Corte muy reconocida, en especial por algunos votos paradigmáticos y muy relacionados con cuestiones de género, por ejemplo, el caso *Morgentaler* de 1988, decisión que descriminalizó el aborto, y *Lavallée* de 1990, que permitía la defensa propia de una mujer abusada por su padre y que era acusada como criminal.

Además dictó una famosa y polémica conferencia sobre el rol y la influencia de la mujer en las profesiones legales y en el sistema judicial y sus instituciones titulada “*Will Women Judges Really Make a Difference?*”. La conferencia fue dictada en Febrero de 1990 en la Osgoode Hall Law School. La polémica la desató la posición

desafiante, realista y sociológica de Wilson ante algunos conceptos tradicionales sobre la función de los jueces, como la imparcialidad y la neutralidad. Wilson sostenía que si se entendían a esas dos capacidades como naturalmente existentes en el derecho, concebido especialmente por hombres, entonces la presencia femenina en la corte y en el sistema judicial en general era irrelevante en términos técnicos, los hombres lo habían hecho solos, para qué designar mujeres. Pero si se entendía que la imparcialidad y la neutralidad puras no existen, sino que existen diferentes perspectivas y sensibilidades, entonces las mujeres sí podían hacer una diferencia en la producción de los tribunales de justicia. En su discurso citó muchos antecedentes de investigación académica que daban cuenta de la cuestión de género y de las diferentes perspectivas posibles, en especial trabajos de la doctrina en EEUU y Canadá (Wilson 1990).

Entre ellos citaba a la profesora de la Universidad de Minnesota Suzanna Sherry, quien sugirió que la mera ampliación de designaciones de mujeres en el cargo de juezas serviría eficazmente al proceso educativo de equiparación de trato de género, tanto hacía dentro del personal del sistema judicial, como en las sentencias que el sistema produciría (Sherry 1986).

Han sido 9, hasta la actualidad, las juezas mujeres designadas en la Suprema Corte de Canadá, Wilson incluida.

La actual presidente del tribunal, Beverly McLachlin, primera mujer en ocupar ese cargo en Canadá, fue designada como tal el 7 de Enero de 2000. Había ingresado a la corte como jueza el 30 de marzo de 1989. Es la *Great Dissenter* de la corte canadiense. En materia de control de constitucionalidad ha votado 37 veces en disidencia, seguida por otra mujer, Claire L'Heureux-Dubé, con 28 votos disidentes.¹⁰⁶ Estos datos, si bien provisionales y que requieren aún mayor elaboración, estarían indicando que el rol y desempeño de las magistradas en la Corte Suprema de Canadá tendría características distintivas del de los hombres y que aportan una perspectiva diferente en algunos temas que trata el Tribunal. Además del liderazgo en disidencias, muy sintomático de una producción por género muy diferenciada, pues son dos las mujeres que lideran el ranking de votos en disidencia, sobre un total de 9 (el 27% de mujeres en el período 1982- 2014), ante un total de 24 jueces hombres (73%) en el tribunal durante el mismo período.

Este es un panorama diferente en relación al rol desempeñado, hasta ahora, por las magistradas en el TC español.

En la Argentina, hasta las designaciones de Carmen Argibay en 2005 (fallecida en 2014) y Elena Highton en 2004, la Corte Suprema había sido integrada sólo por una mujer en toda su historia. Margarita Argúas fue designada el 7 de octubre de 1970 por el entonces presidente de facto General Levingston, y se mantuvo en su cargo hasta el 24 de mayo de 1973, cuando asume el poder Cámpora como presidente constitucional electo.

¹⁰⁶ Datos extraídos de base de datos propia, generada en el marco del proyecto de investigación UBACyT, acreditado por la Universidad de Buenos Aires, Secretaría de Ciencia y Técnica, convocatoria 2010/2012 y 2013/2016, n° Proyecto 20020120100031, Resolución N° 6932/13, Director del proyecto Jorge O. Bercholz, "Un estudio comparado de la performance de los Tribunales Constitucionales de la Argentina, Alemania, Canadá, España y Brasil en el ejercicio del Control de Constitucionalidad".

Argúas fue la primera mujer que accedió a cargo semejante en toda América, precediendo en más de diez años a la primera mujer nombrada en la Corte Suprema de Estados Unidos, Sandra O'Connor, designada por Reagan en 1981 y a la ya mencionada Wilson en Canadá.

En Turquía en 1934 accedió a tal cargo la primera mujer en el mundo, luego ocurrió en Alemania Oriental en 1949 y en Alemania Occidental en 1951. En Israel en 1989 dos mujeres integraban el Tribunal.¹⁰⁷

Los datos sobre la producción de Argúas en la Corte argentina, si bien presentan peculiaridades de acuerdo a parámetros comparados con los demás ministros de la Corte, y en particular con los que le fueron contemporáneos, requieren una corroboración profundizada cualitativamente. Además se trata de un sólo caso y que permaneció en la Corte durante un tiempo no prolongado.

En nuestro país, dada la escasa experiencia de mujeres en la Corte y los datos sobre la performance de Argúas, no se puede verificar terminantemente lo sostenido por Highton, aunque datos provisionales aún no debidamente elaborados, darían cuenta de una actividad en disidencia, por parte de las magistradas Argibay y Highton, más intenso que el de los jueces varones, tal cual se observa en el caso canadiense. De confirmarse esa tendencia, debería explicarse el comportamiento más disidente de las mujeres en comparación con el de los varones.

Cuadro N° 4: Análisis comparativo de la performance de Margarita Argúas

Porcentaje de votos por la constitucionalidad de la norma cuestionada. 1)

	<i>% Votos Favor Const.</i>	<i>Cantidad de votos</i>
Argúas	34	21
Promedio Corte	45	

(1) La categoría “Promedio Corte” significa el promedio resultante de calcular lo producido por los otros cuatro ministros que integraron la Corte contemporáneamente a Argúas.

¹⁰⁷ Datos extraídos de Beverly Cook, Women on Supreme courts. A Cross-national Analysis, trabajo presentado en el XIII Congreso de la International Political Science Association y de Martín Edelman, The judicial elite of Israel, International Political Science Review, Vol.13 n° 3.

Porcentaje de votos por la inconstitucionalidad de la norma cuestionada.

	<i>% Votos Inconst.</i>	<i>Cantidad de votos</i>
Argúas	46	28
Promedio Corte	33	

Porcentaje de votos por las inadmisión.

	<i>% votos Inadmisión</i>	<i>Cantidad de votos</i>
Argúas	13	8
Promedio Corte	22	

Porcentaje de decisiones en que integro la mayoría

	<i>% votos mayoría</i>	<i>cantidad de votos</i>
Argúas	92	56
Promedio Corte	95	

Porcentaje de decisiones en disidencia

	<i>% votos en disidencia</i>	<i>cantidad de votos</i>
Argúas	8	5
Promedio Corte	8	

Porcentaje de abstenciones de mayor a menor

	<i>Fallos CSJN durante estadía 2)</i>	<i>votos emitidos 3)</i>	<i>% abstenciones 4)</i>
Argúas	80	61	24
Promedio Corte			22

- 1) Porcentaje de abstenciones con relación a todos los fallos emitidos por la CSJN durante la estadía
- 2) Total de sentencias emitidas por la Corte que integro.
- 3) Votos emitidos por Argúas durante su estadía en la Corte que integró.
- 4) Porcentaje de abstenciones.

Fuente de los cuadros estadísticos: Base de datos propia y "La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)", Jorge Bercholz, Ediar, 2004, Buenos Aires, páginas 235 a 251.

Los datos vertidos nos indican que la performance de Argúas presenta algunos rasgos distintivos respecto a la de los jueces varones que le fueron contemporáneos. Muestra un porcentaje mayor de declaraciones de inconstitucionalidad y menor de rechazos técnicos o inadmisiones, lo que significaría un nivel de independencia mayor que el de sus pares varones. De cualquier modo tal hipótesis requiere de una corroboración más extendida y con mayor cantidad de performance de magistradas relevadas.

3. PERFORMANCE DE LAS MUJERES PRESIDENTES DE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA OBTENCIÓN DE SENTENCIAS UNÁNIMES

En la obtención de votos unánimes resulta fundamental la decisión política, el liderazgo y la capacidad negociadora del presidente del Tribunal. En casos de gran trascendencia institucional, jurídica y social, siempre resulta un objetivo deseable para el ejecutivo y para el presidente de un tribunal constitucional, la emisión de sentencias unánimes o con disidencias acotadas. Ello así, por evidentes y obvias razones de gobernabilidad y legitimación política de decisiones sensibles en materia de políticas públicas, y en pos de un funcionamiento armónico de la administración estatal.

La falta de liderazgo que conlleve a esa armonía le quita espíritu de cuerpo al

tribunal colegiado y puede permitir o alentar, depende de las circunstancias, un comportamiento más fragmentado de sus magistrados, entendiéndose por tal cosa, un menor nivel de coincidencias, traducido en menor cantidad de fallos unánimes, y en una mayor cantidad de disidencias y de votos que, desde la mayoría, se distinguen individualmente (“según o por su voto”), y son emitidos por juristas más preocupados por dejar su sello o marca personal en cada resolución trascendente del Tribunal, respetando su imagen, trayectoria y producción académica, pero desoyendo los aspectos y consecuencias que la visión positiva de las unanimidades ofrece y, lesionando, en determinadas circunstancias, la gobernabilidad.

Es muy interesante el caso comparado de la Suprema Corte canadiense. Ya se ha mencionado que la actual presidente del tribunal, Beverly McLachlin, primera mujer en ocupar ese cargo en Canadá, fue designada como tal el 7 de Enero de 2000, y que había ingresado a la corte como jueza el 30 de marzo de 1989. Es la *Great Dissenter* de la Corte canadiense con 37 votos en disidencia en materia de control de constitucionalidad, seguida por Claire L’Heureux-Dubé, con 28 votos disidentes. Lo notable es que McLachlin solo voto 6 veces en disidencia desde que fue designada presidente. Sus 31 votos restantes fueron emitidos antes de su designación como tal. Es una producción que se asemeja, salvo una excepción, a la de los presidentes del TC.¹⁰⁸

Los presidentes del Tribunal Constitucional español han asumido ese papel de liderazgo y procuran, también por motivación para dejar su sello personal, o por la ya referida necesidad política, las unanimidades. Por ello no registran votos en disidencia durante sus presidencias (García Pelayo, Rodríguez Piñero, Sala Sanchez), o disminuyen notoriamente esos votos si se compara su performance como magistrados, con la que les cupo como presidentes (Tomás y Valiente, Rodríguez Bereijo, Cruz Villalón, Jiménez de Parga). Salvo el llamativo caso ya mencionado de Casas Baamonde, única magistrada que accedió a la presidencia, que tiene la mayoría de sus votos en disidencia durante el período de su presidencia, incluso, en algunos de ellos, votando en soledad.¹⁰⁹ Ello, sin duda, es un reflejo de una compleja etapa en la vida del TC, signada por visibles alineamientos político-partidarios de los magistrados y por una notable crisis de liderazgo de la presidente. Aunque sobre esta cuestión ya hemos expuesto, en el apartado anterior, salvedades, reparos y complejidades que deben tenerse en consideración para el análisis del rol que le cupo a Casas Baamonde durante su presidencia.

Además, se ha dicho que: “...Desafortunado es, el sistema del Tribunal constitucional (y del Tribunal de Cuentas) de estar compuesto por un número par de personas, con lo que, en caso de empate, quien decide, con voto de calidad, es el presidente, como si se tratara de un órgano administrativo.” (Valiño, 2015). Esto implica que el puesto del presidente es absolutamente relevante para intentar controlar el proceso de toma de decisiones siendo oposición o minoría política.

¹⁰⁸ Datos extraídos de base de datos propia, generada en el marco del proyecto de investigación UBACyT, acreditado por la Universidad de Buenos Aires, Secretaría de Ciencia y Técnica, convocatoria 2010/2012 y 2013/2016, n° Proyecto 20020120100031, Resolución N° 6932/13, Director del proyecto Jorge O. Bercholz, “Un estudio comparado de la performance de los Tribunales Constitucionales de la Argentina, Alemania, Canadá, España y Brasil en el ejercicio del Control de Constitucionalidad”.

¹⁰⁹ Sus votos disidentes en soledad, siendo presidente, fueron en: sentencia 194/2004 de 4/11/04 sobre temas ambientales y administrativos; sentencia 341/05 del 21/12/05 sobre Ley de la Asamblea de Madrid 1/1998; sentencia 112/06 de 5/4/06 Ley 21/1997 reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos. Ver en Web-page del Tribunal Constitucional español.

Durante la presidencia de Casas Baamonde (formación del TC entre los años 2004-2010) ese escenario fue especialmente complejo, y la captura del voto de calidad del presidente generó una lucha sin cuartel, entre el PSOE y el PP, por controlar al TC, en las épocas de sentencias paradigmáticas que sobrevivieron ante recursos y cuestiones de inconstitucionalidad planteados contra leyes muy relevantes y polémicas, por caso, las ya referidas sobre los estatutos catalán y valenciano, la ley contra la violencia de género, la de matrimonios entre homosexuales y la ley sobre aborto.

El cuadro que sigue muestra las disidencias totales de los presidentes del TC, desagregadas durante sus presidencias. Se observa notablemente, salvo la excepción referida de Casas Baamonde, que los presidentes han asumido claramente ese rol de liderazgo en busca de las sentencias unánimes.

Cuadro N° 5: Disidencias de los presidentes del TC

<i>Magistrado</i>	<i>Total Disidencias</i>	<i>Permanencia en el TC</i>	<i>Disidencias Durante su Presidencia</i>	<i>Período Presidencia</i>
García Pelayo	--	1980/85	--	1980/85 *
Tomás y Valiente	7	1980/92	1	1986/92
Rodríguez-Piñero	4	1986/95	--	1992/95
Rodríguez Bereijo	2	1989/98	1	1995/98
Cruz Villalón	9	1992-01	2	1998-01
Jiménez de Parga	18	1995/04	3	2001/04
Casas Baamonde	17	1998/11	10	2004/10
Sala Sanchez	7	2004/13	--	2011/13

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Es evidente, en el TC español, el déficit femenino por razones de representación democrática fiel de la composición por géneros en la sociedad española. Sólo 5 magistradas mujeres han sido designadas en el TC. Pero, el caso español, no ofrece verificación empírica suficiente que permita sustentar que la cuestión de género haya influido o podría influir en una producción diferente del TC, dado ese déficit de representación femenina en la institución.

* Toda su estancia en el TC fue como presidente, desde el inicio del funcionamiento de la institución. Fuente: base de datos propia

Todas las mujeres magistradas han sido y son académicas y publicistas, ninguna conservadora. A su vez, ninguna de las 5 magistradas fue o es experta en las materias más comunes en la producción del TC, derecho administrativo y constitucional.

El caso argentino presenta también un serio déficit representativo, aún mayor que en España. Sólo tres mujeres juezas han integrado la Corte Suprema en la Argentina en 155 años de existencia del Tribunal. Por ello también, hay escasa evidencia empírica sobre rasgos diferenciales en la producción de las mujeres en relación al tribunal.

En cambio, la corte canadiense, ofrece evidencias muy sugerentes. En primer término, si bien existe déficit femenino en el tribunal, es menor que en España y Argentina, ya que entre 1982 y 2014, el 27% de los jueces de la Corte Suprema de Canadá han sido mujeres, se trata de nueve mujeres juezas. Luego, su producción tiene matices bien diferenciados, desde que dos de ellas encabezan el ranking de disidencias. Las hipótesis de *Menkel-Meadow* y de *Sherry* parecen corroborarse, la mayor cantidad de mujeres en los tribunales permitirá florecer las características diferenciales de la producción por género. Al mismo tiempo, pareciera que la cuestión de género, en esas condiciones, no afecta la concepción del liderazgo.

REFERENCIAS

- Cook Beverly, (1988) Women on Supreme courts. A Cross-national Analysis, trabajo presentado en el XIII Congreso de la International Political Science Association.
- Edelman Martín, (1992) The judicial elite of Israel, *International Political Science Review*, Vol.13 n° 3, pp 235-248.
- Gastron, Andrea L., (2009), Género y argumentos de Género en el Poder Judicial: Lo que muestran las sentencias judiciales en la Argentina, *Revista Científica de UCES*, vol. XIII, N° 2, Buenos Aires, pp. 82-113.
- Menkel-Meadow, Carrie, (2002) Portia in a Different Voice: Speculations on a Women's Lawyering Process, Ngairé Naffine (ed.), *Gender and Justice*, Washington.
- Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, (2003), n° 77.
- Sherry Suzanna, (1986), *The Gender of Judges, Law & Inequality*, University of Minnesota.
- Valiño del Río Emilio, (2015), Jueces constitucionales, ¿de reconocida competencia?, Universitat de Valencia. http://www.uv.es/ajv/art_jcos/artjuridicos/art15/jueces%20constitucionales.htm. Consultado el 31/7/15
- Wilson Bertha, (1990) Will Women Judges Really Make a Difference?, *Osgoode Hall Law Journal* Volume 28, Number 3, Canada, pp 507-522. <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol28/iss3/1>

LA EDUCACIÓN SOCIO JURÍDICA EN LA PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA ESCOLAR¹¹⁰

Amanda Parra Cárdenas¹¹¹

Fecha de recepción: 31 de mayo de 2015.

Fecha de aceptación: 19 de octubre de 2015.

Referencia: PARRA CÁRDENAS, Amanda. *La educación socio jurídica en la prevención de la violencia escolar*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 1. Núm. 1. Págs. 227 – 244. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex.

“Educar a un joven no es hacerle aprender algo que no sabía, sino hacer de él alguien que no existía” (Ruskin, 2014).

RESUMEN

La Universidad Libre Seccional Socorro efectuó un diagnóstico a partir de la aplicación de encuestas a 540 estudiantes de los colegios del municipio, comunidad académica conformada por 3.500 estudiantes aproximadamente, correspondiendo estas al 21% del total de la población estudiantil del municipio, arrojando como resultado general que el 72% de los niños y niñas han sido víctimas de violencia escolar en cualquiera de sus formas.

Para verificar y medir el cumplimiento de los objetivos propuestos y el impacto socio jurídico en la comunidad objeto del proyecto se aplicaron 637 encuestas a los estudiantes de los colegios del municipio de Socorro Santander, que equivalen al

¹¹⁰ Ponencia presentada en el VI Congreso Mundial sobre violencia en las escuelas y Políticas Públicas: de la violencia al bienestar escolar, Lima, Perú.

¹¹¹ Amanda Parra Cárdenas, docente investigadora de la facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad Libre Socorro, Correo: amandaparracardenas@gmail.com, abogada especialista en derecho administrativo, candidata a magister en Derecho urbanístico y desarrollo territorial sostenible UDES, Bucaramanga, autora de libros pedagógicos sobre prevención de la violencia escolar y del proyecto de ley 151-2012 cámara: Código de los recursos naturales y ambientales de Colombia.

21,9 % del total de los niños, niñas y adolescentes educandos del Municipio, que arrojan como resultado que la educación basada en la pedagogía socio jurídica, a través de actividades lúdicas, artísticas y académicas, es la opción para prevenir la violencia, el acoso escolar, el matoneo y las conductas infractoras de los infantes y adolescentes.

PALABRAS CLAVE: violencia escolar, acoso escolar, sana convivencia, matoneo, bullying.

ABSTRACT

Free University Sectional Socorro make a diagnosis from conducting surveys to 540 students from schools in the municipality, academic community consists of approximately 3,500 students, those corresponding to 21% of the total student population of the municipality, throwing as general result that 72% of children have been victims of school violence in any form.

To monitor and measure compliance with the proposed objectives and the socio legal community impact of the project object surveys were applied to 637 students from schools in the municipality of Socorro Santander, equivalent to 21.9% of all children, students and adolescents in the municipality, yielding results in the education based on socio legal pedagogy, through playful, artistic and academic activities, is the option to prevent violence, bullying, and bullying behaviors infringing infants and adolescents.

KEYWORDS: school violence, bullying, healthy living, bullying, Bullying.

INTRODUCCIÓN

Una propuesta de Educación para la prevención de la violencia y el acoso escolar, orientada a formar personas capaces de reconocerse como sujetos activos titulares de derechos y deberes, con valores y principios éticos es la opción de cambio y transformación de las dinámicas sociales para la construcción de país y con el fin de realizar labores preventivas frente a la criminalidad de los menores, de orientar a niños, niñas, adolescentes, docentes y padres de familia sobre la responsabilidad penal de los menores infractores se estructura la propuesta de investigación *“considerando la importancia que los docentes, padres y/o representantes de los estudiantes participen en la construcción de las normas de convivencia pacífica para que los niños y niñas las apliquen en su diario vivir como protagonistas de acciones por la paz, En atención a la problemática detectada se plantea el macro proyecto de investigación: la responsabilidad de los niños, niñas y adolescentes frente al ordenamiento jurídico penal colombiano”*, integrado por tres (3) proyectos, así: La pedagogía socio jurídica en el modelo de prevención de las conductas infractoras de los niños, niñas y adolescentes. Caso municipio de Socorro, Santander (2012–2015). Aula pacífica: el respeto en la convivencia escolar en los grados 5 primaria, 6, 7 y 8 de básica secundaria. Semillas de paz: una generación

de pacificadores, que busca “establecer en el ámbito de la prevención del delito de los niños, niñas y adolescentes el conocimiento de su responsabilidad y las sanciones a imponer por el ordenamiento penal colombiano en los adolescentes de la comunidad académica del municipio de El Socorro”.

En términos generales el proyecto Las Conductas Antijurídicas de los niños, niñas y adolescentes Frente al Derecho Penal Colombiano; Caso Municipio De Socorro, Santander tiene cuatro componentes: **SOCIAL:** que busca la Restauración del Tejido Social, Sana Convivencia, Prevención de la violencia Escolar, Estructurar aulas y colegios en Paz, Prevención de la violencia de Género, Aceptación de las diferencias, Fortalecimiento de las relaciones, (Padres/Hijos, Padres/Docentes, Docentes/estudiantes, Estudiantes/Estudiantes). **ACADÉMICO:** pretende la Enseñanza-Aprendizaje de deberes, valores y principios, Responsabilidades legales y sociales de Leyes y normas nacionales e internacionales, Establecimiento de un modelo de pedagogía socio jurídica. **PSICOLÓGICO:** Análisis clínico, Concepto Clínico, Revisión por Expertos de tareas y trabajos realizados por los niños, niñas y adolescentes. **JURÍDICO:** Cuyo fin es enseñar a la comunidad académica sobre Políticas públicas, Tratados y convenios internacionales, Constitución Política, Legislación Nacional: Código Penal (Ley 599, 2000) y de procedimiento penal (Ley 906, 2004), Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098, 2006), Sistema nacional de convivencia escolar y formación para el ejercicio de los derechos humanos, la educación para la sexualidad y la prevención y mitigación de la violencia escolar (Ley 1620, 2013), Cátedra de la Paz (Ley 1732, 2014), Reglamentación del Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el ejercicio de los Derechos Humanos, la educación para la sexualidad y la prevención y la mitigación de la violencia escolar (Decreto 1965, 2013), y la Reglamentación de la Catedra de la Paz (Decreto 1038, 2015).

El matoneo, la violencia y el acoso escolar no pueden ganarle la batalla a los docentes, padres de familia, Estado y sociedad en general, existen medidas que se pueden implementar para detener, contrarrestar y atacar este flagelo; es necesario buscar soluciones concertadas, dialogadas y sobre todo correlacionadas que propendan por la convivencia pacífica a través de la comunicación continua entre padres, docentes y estudiantes, enseñando a los menores de edad que ni él ni nadie debe ser maltratado por que la constitución política colombiana establece la igualdad y el derecho a vivir en paz.

1. LEGISLACIÓN SOBRE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño indica que “niño [es] todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad (Unicef. Org, 2010, pág. 188). En las Reglas de Beijing, en las Reglas de Tokio y en las Directrices de Riad se utilizan los términos “niño” y “menor” para designar a los sujetos destinatarios de sus disposiciones. De acuerdo con las Reglas de Beijing “menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por cometer un delito en forma

diferente a un adulto". En las Reglas de Tokio no se establece salvedad alguna al límite de dieciocho años de edad (Unicef. Org, 2010, pág. 489).

La problemática real de la violencia escolar radica en la inoperancia de un proceso preventivo y la negativa de adultos, niños, niñas y adolescentes para cumplir la normativa existente, la dificultad general de la convivencia pacífica, se fortalece por que la normatividad existente no logra materializarse en acciones reales, toda vez que no cumple su función en la praxis cotidiana, *"históricamente considerada, que la tradición jurídica latinoamericana descansa en una dicotomía flagrante entre discurso y práctica. Un derecho liberal y formalmente garantista, desvirtuado y distorsionado en la práctica por las mediaciones de los factores reales de poder. Activarlo en un sentido democrático, depende en parte de una nueva jurídica que tímidamente se encuentra en proceso de formación"*. (García & Carranza , 1992).

Según el Fondo para las Naciones Unidas para la Infancia Unicef en su documento Derechos de niñas, niños, adolescentes y Mujeres (2010), establece en su capítulo 4, Declaración Universal de los Derechos Humanos, que *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"*. Entre otros derechos: Toda persona tiene derecho a la educación, y tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales (Unicef. Org, 2010, pág. 38).

La Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes hace referencia al Derecho a la paz, *"(...) proclama el derecho a la paz, a una vida sin violencia y a la fraternidad y el deber de alentarlas mediante la educación y programas e iniciativas que canalicen las energías solidarias y de cooperación de los jóvenes"* (Unicef. Org, 2010, pág. 140); Derecho a la Educación: *"La educación fomentará la práctica de valores, las artes, las ciencias y la técnica en la transmisión de la enseñanza, la interculturalidad, el respeto a las culturas étnicas y el acceso generalizado a las nuevas tecnologías y promoverá en los educandos la vocación por la democracia, los derechos humanos, la paz, la solidaridad, la aceptación de la diversidad, la tolerancia y la equidad de género"* (Unicef. Org, 2010, pág. 143).

La organización Human Rights Committee, General Comment 17, Rights of Child (Art. 24), 07/04/1989, CCPR/C/35, para. 1 and 2. Se refiere al interés superior del niño, incorporado en la legislación colombiana, como sigue: 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. (Unicef. Org, 2010).

1.1 Colombia y la normatividad sobre los infantes

Colombia se suma a la larga lista de estados que consideran, la expedición de normas como la solución retórica a un conflicto social, familiar y jurídico, cuya

causas son la carencia de una estructura educativa y de formación integral basada en valores, es posible minimizar el estadio violento de los infantes educando en prevención, en deberes y valores, citando a Mariño C, es se debe resaltar la labor de los juristas por querer enriquecer el proceso de prevención punitiva, mediante la proyección de *“Los instrumentos y lineamientos internacionales que dan origen al paradigma de la protección integral de la infancia establecen, en el campo penal, un sistema de justicia garantista”* (Mariño Rojas, 2010).

Según la Carta Política Colombiana, los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos, el ordenamiento sustantivo tiene por objeto garantizar el ejercicio y el reconocimiento de los mismos de manera integral, frente a todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza donde aquellos se encuentren involucrados. Con basamento en el ordenamiento constitucional, se debe señalar que los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes serán protegidos contra todo factor de riesgo o menoscabo, la familia como núcleo esencial de la sociedad y el Estado, tienen a cargo la responsabilidad de asistirlos, protegerlos y educarlos en aras a impulsar su DESARROLLO ARMONICO E INTEGRAL. (Constitucion Política de Colombia, 1991).

Si bien es cierto, Colombia es un Estado Social de Derecho, y tiene como principio rector el respeto de la dignidad humana (Constitucion Política de Colombia, 1991), así mismo reconoce sin discriminación inminente, la primacía de la tutela de los bienes jurídicos inalienables del ser humano, y que en el caso de los menores de edad estos son de interés superior y prevalente a otras disposiciones, por cuanto cualquier persona está facultada para exigir de la autoridad competente el acatamiento y la guarda de los derechos de los que no han cumplido la mayoría de edad (Ley 1098 C. , 2006) esta ley en sus artículos 14, 15 y 16 - “C.I.A”, habla de la responsabilidad parental que subyace del nexus family, en donde se incoa la obligación inexorable de los padres en la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los menores durante su proceso de formación, valiéndose de la coadyudancia de las autoridades como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-, para cumplir el propósito de tomar decisiones oportunas y eficaces con evidente sentido PEDAGÓGICO. *“La lucha por ampliar el status de ciudadanía al conjunto de la infancia, pone definitivamente en evidencia la claridad e importancia del nexo existente entre su condición jurídica y su condición material”*. (García & Carranza, 1992).

La ley dilucida de esta manera su función preventiva hacia el niño, niña y adolescente, bajo el carácter coactivo o coercitivo regula el proceder de los menores de edad, sancionando y castigando el actuar ilegal e ilícito, toda vez que en sus normas sustanciales configura la tipificación de las conductas lesivas o punibles que alteran el status quo; por tanto quedan revestidas de seguridad jurídica las relaciones sociales prevalentes en el Estado a luz del artículo 19 del C.I.A, en tanto que sobre los niños, niñas y adolescentes que hayan incurrido en una infracción de tipo penal, recaen unas sanciones de índole pedagógico, que materializaran el derecho a la REHABILITACIÓN Y RESOCIALIZACIÓN, mediante planes y programas institucionales adelantados por Centros Especializados. *“Por su condición de sujetos de especial protección, tal responsabilidad está sujeta al cumplimiento estricto de ciertos principios claves, a saber: los principios de diferenciación y especificidad de las leyes, órganos, objetivos, sanciones y modo de actuación propios del sistema de justicia de menores, que debe*

estar orientado hacia la promoción de su bienestar, su tutela y la garantía de proporcionalidad entre el hecho y la respuesta institucional (Sentencia C-203, 2005)”, Se da por sentado en esta providencia el carácter especializado, en cuanto a la aplicación del S.R.P.A, lo que va en concordancia con el artículo 148 del Código de Infancia y Adolescencia -C.I.A, por cuanto los entes administradores de la justicia penal para adolescentes, deben estar amparados bajo una jurisdicción especial, diferente de la ordinaria.

El proceso de justicia juvenil restaurativa propone la reparación del daño, asumiendo de forma responsable la aceptación de la conducta que desató el estado de lesividad, con ello es propicio restituir el yerro, restablecer los bienes jurídicos afectados con el actuar delincencial o sanear de algún modo el detrimento provocado, se hace indispensable el compromiso directo del menor infractor del ius puniendi, su actitud debe ser la propicia para entablar diálogos amenos y fructíferos de donde derive la solución alternativa de conflictos; *“El principio de la finalidad tutelar y resocializadora de las medidas que se han de imponer a los menores de edad como consecuencia de su responsabilidad penal, principio que conlleva la proscripción de un enfoque represivo en su tratamiento jurídico-penal”*. (Sentencia C-203, 2005), en cuanto a la justicia juvenil retributiva, es preciso subsanar o restituir el daño al ordenamiento jurídico, producido con la configuración de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del adolescente frente a determinada conducta, así mismo, recae el peso de la ley sobre el menor infractor, materializándose en la figura de SANCIÓN, la cual goza de un Régimen Penal Especial, y que está regida por factores como la razonabilidad y la proporcionalidad. Por *“programa de justicia restaurativa se entiende todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos”*. (Carranza, Tiffler, & Maxera, 2002).

Actualmente se encuentra en vigencia el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, S.P.R.A, artículo 139 ley 1098/06 actual C.I.A, en donde se encasillan el conjunto de principios, nomas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que ejercen su poderío o intervienen en la investigación y juzgamiento de las conductas típicas, antijurídicas y culpables cometidas por personas que se encuentren en el rango de edad de catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de haber delinquido, la finalidad de la aplicación de este sistema, es la implementación de medidas sancionatorias, revestidas bajo el carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del plexo sustantivo aplicable a los mayores de edad, en este proceso debe garantizarse LA VERDAD, LA REPARACIÓN DEL DAÑO Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA, (C.I.A 2006), el *“-resultado restaurativo- se entiende como un acuerdo alcanzado como consecuencia de un proceso restaurativo. Entre los resultados restaurativos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y el delincuente”*. (Carranza, Tiffler, & Maxera, 2002).

“Las necesidades de nuestra infancia son de vieja data, los derechos “nacen cuando deben o cuando pueden”. (García & Carranza, 1992), es factible señalar que protección integral del menor, como paradigma de la prevención punitiva, se encuentra arraigada en los centuplicados plexos jurídicos colombianos, y los convenios ratificados, es preciso hacer un recuento histórico que grosso modo ilustraran la abundante normatividad que inunda el pueblo colombiano, cabe resaltar que actualmente se cuentan con

herramientas e instrumentos idóneos para hacer efectiva la protección, educación y restauración armónica de la integridad de los menores, por lo cual es veraz indicar que la problemática que encierra el régimen punitivo en adolescentes, no es más ni menos que la falta de compromiso por parte de los que ejercen el papel de garantes sobre los niños, niñas y adolescentes, no se está tomando en serio la tarea de proteger de forma integral al menor en el seno de la familia, toda vez que la cifra de delincuencia juvenil ha ido experimentando un incremento considerable, que es inversamente proporcional al desenvolvimiento del paradigma de la prevención punitiva, *“Porque un adolescente infractor es un adolescente que por casualidad ha cometido un delito y no un delincuente que por casualidad es adolescente”* (Maxera, 2000).

A nivel nacional emerge una justicia que ve al adolescente como sujeto de derechos y obligaciones, el nuevo S.R.P.A contiene un proceso pedagógico que incluye al adolescente como actor de su propio cambio, *“Una justicia que respete al adolescente como sujeto de derechos y como persona en proceso de desarrollo debe partir de la comprensión de la dimensión pedagógica del proceso y de las sanciones a imponer”*. (Sarmiento, 2012). A partir de 1899 inicia la concepción de un sistema judicial de índole penal denominado *“tutelar”* o *“paternalista”*, que encuentra su raigambre en la compasión-represión, al concebir al menor infractor como un ser incapaz, indefenso, dependiente que requiere una tutela constante del órgano estatal.

Actualmente Colombia cuenta con las siguientes normas que versan sobre violencia escolar: Ley 1098/2006, Código de Infancia y Adolescencia, establece la normas para la protección de los niños, niñas y adolescentes, con el principio rector del desarrollo integral del menor, eje del desenvolvimiento cognitivo, emocional y social del ser humano, contempla entonces disposiciones, conducentes a la corresponsabilidad o concurrencia que tiene el Estado, la sociedad y la familia, en aras a proteger, garantizar y tutelar el ejercicio responsable de los bienes jurídicos de los niños, niñas y adolescentes. Ley 1453/2011, reforma el Código Penal, el Código de Infancia y Adolescencia (Capítulo IV, Medidas para garantizar la seguridad ciudadana relacionadas con el código de la infancia y la adolescencia), el artículo 90 de la ley 1453/11, que modifica el artículo 187 del Código de Infancia y Adolescencia, el cual solo consideraba como susceptible de privación de la libertad a los jóvenes mayores de 16 años. Con la modificación, se añade este texto”, La privación de la libertad en centro de atención especializada se aplicara a los jóvenes adolescentes mayores de 14 años y menores de 18 que sean hallados responsables de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual.. (Código de Infancia y Adolescencia, 2006), Ley 1620/2013 del 15 Marzo, Por la cual se crea el sistema nacional de convivencia escolar y formación para el ejercicio de los derechos humanos, la educación para la sexualidad y la prevención y mitigación de la violencia escolar. Se preceptúa como Principios del Sistema la Participación, Corresponsabilidad, Autonomía, Diversidad e Integralidad. Esa ley tiene 4 ejes, a saber: (1).- La creación de los comités de convivencia escolar en todos los niveles (nacional, regional e instituciones educativas), (2).- Establecer una ruta de atención integral para la convivencia escolar, (3).- Establecer el sistema de información unificado de convivencia escolar, (4).-La aplicación efectiva de los manuales de convivencia y su decreto reglamentario 965/2013; Ley 1732/2014, *“por la cual se establece la cátedra de la paz en todas las instituciones educativas del país”*, promulgada con el fin de garantizar la creación y el fortalecimiento de una cultura

de paz en Colombia, establézcase la Cátedra de la Paz en todas las instituciones educativas de preescolar, básica y media como una asignatura independiente y su Decreto 1038 de 2015. En el artículo 177 del C.I.A, modificado por la ley 1453/11, se indica taxativamente las sanciones a imponer a los adolescentes que quebranten la ley con una conducta punible, quienes al demostrárseles su culpabilidad pueden ser sujetos activos de una amonestación, imposición de regla de conducta, prestación de servicios a la comunidad, libertad asistida, internación en medio semicerrado y la privación de la libertad en centro de atención especializado, todas estas reforzadas bajo la efectiva vinculación al sistema educativo (Código de Infancia y Adolescencia, 2006), es preciso garantizarles su DESARROLLO ARMÓNICO E INTEGRAL (Constitución Nacional, 1991), en el devenir de su proceso de juventud, direccionado por una asertiva FORMACIÓN INTEGRAL. (Constitución Nacional, 1991).

Mediante la implementación de la mencionada ley se modificó el concepto atinente a la privación de la libertad en menores de edad, puntualizando y concretando con ello que la forma de internamiento solo procede como MEDIDA PEDAGÓGICA y para ello el menor infractor goza de los medios idóneos y las instalaciones suficientes para reeducarse y por ende resocializarse. (C.I.A 2006) Con ocasión a la dinámica criminal, surge la necesidad de aplicar un régimen jurídico sancionatorio, en aras a mitigar las conductas criminales que alteren el equilibrio del conglomerado societal, no obstante tratándose de adolescentes, debe implementarse un sistema especial de responsabilidad penal, en el cual se vele por los derechos fundamentales del menor y a su vez garantice siempre *“los postulados de la justicia restaurativa, de la verdad y de la reparación del daño”*. (Escuela Rodrigo Lara Bonilla, 2010), y *“Como rasgos principales del modelo jurídico garantista, en el campo penal, pueden citarse: La diferenciación y especificidad del derecho penal, en cuanto a las normas, las autoridades e instituciones, la estructura del proceso, los procedimientos y las sanciones, aunque se nutre de principios que rigen el derecho penal en general, tales como el de legalidad, tipicidad y culpabilidad. En estos términos, el sistema de responsabilidad penal es diferente del que se aplica a los adultos y toma en cuenta las circunstancias específicas propias de la condición de menor infractor”*. (Sarmiento, 2012).

Respecto al caso concreto, el proyecto la responsabilidad de los niños, niñas y adolescentes frente al ordenamiento jurídico penal colombiano, es preciso indicar que el enfoque jurídico que se propone impulsar, va arraigado a la implementación del paradigma de la prevención punitiva, como mecanismo idóneo y eficaz para garantizar la protección integral del menor, así mismo para factibilizar su desarrollo armónico con la sociedad, en tanto que la estrategia de concienciar a los menores pertenecientes a los planteles educativos del Socorro, se fundamenta en premisa de la abstención delictiva por parte de los niños, niñas y adolescentes; a través de disertaciones, actividades lúdicas, y estudios de casos reales, se pretende infundir en el menor la ideología de la no violencia, de la no agresión y de que *“el crimen no paga”*.

Brindar adecuada información, orientar el proceso formativo y generar espacios propicios para gestar en los niños, niñas y adolescentes la SEMILLA DE LA PAZ, VALORES ÉTICOS y DEBERES en su diario vivir, contribuirá a que se desarrollen en armonía con los demás, los encaminará a obrar de forma responsable. El Estado, la sociedad, la familia y el menor de dieciocho años, deben ser gestores del

PARADIGMA DE LA PREVENCIÓN SOCIO JURIDICA, por cuanto este *“Persigue que el adolescente tome consciencia de su conducta e implicaciones para su proyecto de vida, el de su víctima, comunidad y la sociedad, en general. Por ende, promueve acciones restauradoras y pedagógicas que permitan su proceso de formación”* y con ello cada vez se está más cerca de comprender la implicación de proteger integralmente a los niños, niñas y adolescentes.

La idea de esta exhaustiva labor es cambiar la pedagogía con la que se ha intentado difundir la formación integral, y que ha generado la claudicación del sistema punitivo, el S.R.P.A debe emplearse como SISTEMA INFORMATIVO-PREVENTIVO, para el aprendizaje de un derecho globalizado que se interesa por el individuo en relación con la macro-estructura estatal, y quien es generador de cambio, a través de su autorregulación comportamental, *“el enfoque moderno consiste en examinar si los niños pueden hacer honor a los elementos morales y psicológicos de responsabilidad penal; es decir, si puede considerarse al niño, en virtud de su discernimiento y comprensión individuales, responsable de un comportamiento esencialmente antisocial”*. (Sarmiento, 2012).

La idea de justicia vista desde el *“PREVENIR”*, resulta más efectiva que la justicia enmarcada en la restauración y reparación del tejido social, por cuanto evita la exclusión del infante, el rechazo social y la segregación del contexto comunitario; lo que en relación con la llamada *“teoría del etiquetamiento o la nueva escuela del labelling approach”* (Derecho y Cambio Social, 2010), propicia que el adolescente sea víctima de la estigmatización social, con ocasión a su actuar delictivo, toda vez que la connotación de su proceder altero el status quo, por ello es de suma relevancia fomentar una pedagogía que oriente al menor antes de que adopte la figura de menor infractor de la ley penal colombiana.

2. LA VIOLENCIA ESCOLAR EN COLOMBIA Y EN EL SOCORRO

Los procesos de violencia y acoso escolar se presentan en Colombia, es además un fenómeno globalizado, donde el maltrato verbal es el más común y al que más miedo le tienen los escolares, el principal es el apodo, seguido por el chisme y los insultos, también hay agresiones físicas y de exclusión. El matoneo no solo se presenta en los estratos bajos ni es solo por parte de niños; por el contrario, en los estratos altos se evidencia el matoneo cibernético (bullying). *“En Canadá, España y Colombia este fenómeno que los tiene en alerta por la racha de suicidios de adolescentes (64 casos de suicidios de menores en el país de enero a mayo) y porque aflige al 15 por ciento de la población escolar”*; según cálculos del mayor experto en este tema, el noruego Dan Olweus (Jerez & López Ortíz, 2006).

En el municipio de El Socorro se aplicaron 540 encuestas a estudiantes de los colegios, arrojando como resultado general que el 72% de los niños, niñas y adolescentes han sido víctimas de violencia escolar en cualquiera de sus formas, y que permiten identificar el grado de conocimiento sobre las conductas punibles cometidas por los menores de edad y las sanciones que la ley establece para las mismas, arrojando como resultados, los siguientes: La presión de grupo, es un

elemento decisivo en la conducta violenta de los jóvenes, La agresión verbal como conducta violenta ejercida de unos jóvenes contra otros, El desconocimiento real de las conductas delictivas y sus sanciones, se examina la realidad de los sistemas familiares en los cuales se forman los niños, niñas y adolescentes (NNA) infractores y consumidores de sustancias alucinógenas y estupefacientes, que son un claro reflejo de una sociedad en la cual se presentan fenómenos de tipo estructural que impiden la socialización y el desarrollo de la personalidad.

Este diagnóstico permite diseñar, planear y aplicar instrumentos pedagógicos que orienten el conocimiento, la sensibilización y la concientización de los niños, niñas y adolescentes sobre las conductas punibles y su responsabilidad penal, buscando con esto la prevención del delito, la reconstrucción de los valores sociales infantiles y la protección de los menores, en el país los niños gozaran de los derechos consagrados en el Artículo 44 de la Constitución Política, en la ley y en los tratados internacionales ratificados por Colombia, la Universidad Libre, principal alma mater de la región no es ajena a esto preceptos, razón está para apoyar el desarrollo de esta propuesta, planteada como proyecto de investigación.

3. ACCIONES Y PROPUESTAS DESARROLLADAS PARA PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA ESCOLAR

Se justifica la propuesta educativa *“La pedagogía socio jurídica en el modelo de prevención de las conductas infractoras de los menores de edad, Municipio de Socorro, Santander - 2012-2014”*; bajo la visión de la UNESCO (1999): *“Hacia una Cultura de Paz”*, quien reconoce que la paz no sólo es la ausencia de conflictos, sino que también requiere un proceso positivo, dinámico y participativo en que se promueva el diálogo y se solucionen los conflictos en un espíritu de entendimiento y cooperación mutuos. Entre las medidas para promover una cultura de paz por medio de la educación, plantea: Velar por que los niños, desde la primera infancia, reciban instrucción sobre valores, actitudes, comportamientos y estilos de vida que les permitan resolver conflictos por medios pacíficos y en un espíritu de respeto por la dignidad humana y de tolerancia y no discriminación. Hacer que los niños participen en actividades en que se les inculquen los valores y los objetivos de una cultura de paz (Unesco Org, 1999), Es relevante la participación de la academia en la búsqueda de una solución que propenda por formación y conocimiento en la prevención de la violencia, generar conductas de sana convivencia, crear un pensamiento y una cultura de conciliación, dialogo, superación personal en el individuo, en aras de cumplir con la misión formadora no solo del conocimiento intelectual sino en los valores sociales y morales que fortalezcan el tejido social.

El derecho ha dado un giro a un nuevo paradigma, busca hoy dar solución a los problemas sociales del entorno, plantea pronunciamientos fuera de la norma, generando resultados positivos en torno a la protección y cumplimiento de los principios con respecto a Derechos Fundamentales, dando a la academia y a la investigación un nuevo papel en el ordenamiento jurídico y en la estructura pedagógica, puesto que le permite recurrir a otros métodos de solución de conflictos jurídicos y sociales cuando se configuren los eventos de violencia y acoso escolar, y

revisando la teoría de Robert Alexy sobre los Derechos Fundamentales en 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 propuesta de una pedagogía de prevención de la violencia y las conductas infractoras de infantes y adolescentes está orientada a determinar la influencia del Juicio de valores y deberes frente a los derechos en aras de proporcionar un clima de sana y pacífica convivencia escolar resolviendo los conflictos sobre el principios garantista de los Derechos Fundamentales de niños, niñas y adolescentes.

3.1. *La cultura de la prevención en la pedagogía socio jurídica*

El objetivo propuesto señala la necesidad de contribuir al desarrollo social de los niños, niñas y adolescentes y a la búsqueda del bienestar común que se podrá alcanzar mediante la equidad e igualdad, el cumplimiento de deberes, el respeto por los valores, esperanza. Social para la comunidad académica del municipio de El Socorro Santander, que dé certeza al infante y adolescente que será formado en aptitudes, actitudes, destrezas y habilidades para lograr un desempeño dentro de la sociedad con confianza, liderazgo y seguridad en relación con la evolución histórica del hombre.

Con base en la problemática detectada y con el fin de realizar labores preventivas frente a la criminalidad de los menores, de orientar a niños, niñas, adolescentes, docentes y padres de familia sobre la responsabilidad penal de los menores de 18 años, infractores, se estructura un plan de acción a través de disertaciones atinentes al paradigma de la prevención punitiva en el compendio de la protección integral del menor, actividades lúdicas acordes al tema, informándose y sensibilizándose un promedio de dos mil novecientos (2.900) estudiantes, se desarrollaron talleres de dibujo, cuento, elaboración de carteles ilustrativos y acciones plásticas donde se propugnó por sembrar semillas de paz en cada niño, niña y adolescente, en aras a fomentar un aula pacífica y una cultura de la no violencia, obteniendo la atención de la comunidad académica, generando inquietudes en los jóvenes asistentes, participación activa, y especialmente manifestando su interés por conocer más a fondo aspectos atinentes a la reglamentación Penal para Adolescentes y las reglas de la no violencia para una convivencia pacífica en Socorro, Santander y en Colombia.

En este contexto, se encontró que es fundamental que temas como la Convivencia Escolar, la participación, el respeto, la corresponsabilidad, la autonomía, la diversidad y la integralidad de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y deberes, se retroalimenten con los docentes. Los establecimientos educativos como responsables de formar, la familia base de la vida del menor para el ejercicio de los mismos, a través de actividades lúdico-pedagógicas desarrolladas en la ejecución del proyecto de investigación de la línea de derechos humanos y garantías procesales, que se adelanta por el centro y el semillero de investigación de la Universidad Libre.

La acción a desarrollar es la prevención, es necesario plantear un modelo de

pedagogía socio jurídico que motive a los docentes, padres e institucionalidad desde la dialéctica de la teoría y práctica, y de la importancia de ésta última para dar sentido y re significar la teoría, acercando al niño, niña, adolescente a momentos de verdad que le permitan identificarse con su entorno social, académico y familiar de manera temprana, donde es factible, que contemple no solo la naturaleza asistencial del ser humano, sino también el conocimiento de problemas y su solución pacífica que motiven al estudiante a pensar, que los introduzca en el paradigma de los deberes – derechos, responsabilidades, motivaciones culturales de carácter incluyente con un sentido de respeto e identidad propios.

Es urgente estructurar y sistematizar entre las instituciones, la familia y la academia un trabajo focalizado para la educación en valores, la paz, los deberes del ciudadano, del niño, la niña y el adolescente, los derechos humanos, reforzando la cultura de la no violencia, los principios de la convivencia pacífica, la resolución pacífica de los conflictos, para detener el avance de los comportamientos violentos entre menores de edad educandos de los municipios del país, en los centros educativos no existe un proceso estructurado de cultura de la no violencia, esta se trata, como resolución sui generis y casuística, a través de la intervención de cada caso en particular por parte de los docentes y autoridades, la solución de fondo es plantear una estructura pedagógica basada en herramientas de información en responsabilidades, prevención de la violencia incorporando acciones de aprendizaje lúdico, artístico y académico, es así que se propone el modelo pedagógico de educación socio jurídica con base en dos claros objetivos: primero el conocimiento de la responsabilidad y consecuencias para padres, docentes, niños, niñas y adolescentes frente a la sociedad y el ordenamiento penal colombiano y la importancia de ser partícipes, actores protagónicos y gestores de un nuevo proceso pedagógico incluyente de factores sociales, familiares, legales, constitucionales, que desarrollen los principios del Aula Pacifica, las potencialidades y competencias de los valores, el respeto por los derechos humanos propios y ajenos, y el cumplimiento de deberes en la órbita del mundo intrínseco y extrínseco del infante y en segundo lugar el cambio del sistema y del plan de estudios asignatural a uno basado en valores deberes y derechos, donde se importancia más que a contenidos, a los proyectos éticos de vida de cada uno de los actores.

La estrategia didáctica que se propone es una metodología de aprendizaje activo, donde el infante se enfrenta al estudio de los derechos y deberes inherentes al ser humano, al imaginario social de las generaciones por venir mediante la aplicación de pensamientos y destrezas para el liderazgo crítico, la comunicación, las relaciones interpersonales, la capacidad en la solución pacífica de conflictos, bajo el paradigma estrategias pedagógicas y didácticas de socialización de deberes y derechos integradora, incluyente, humanista y participativa, es decir, que la respuesta a la violencia escolar está en el aprendizaje basado en la cultura por la paz que les dé a conocer a los implicados, los deberes y normas de convivencia, en construir un instrumento pedagógico que motive los comportamientos adecuados a un orden social pacifico de pleno cumplimiento de las normas existentes en la institución y en el país prevención de la violencia, la conservación y a la convivencia armónica con el otro, educando a los niños, niñas y adolescentes en la importancia que tienen las actividades educativas, pedagógicas, lúdicas y artísticas de la cultura pacifica del aula de clase y el entorno socio familiar donde crece.

Julian Dooley, director del programa de Ciberbullying del Centro de Investigación para la Promoción de la Salud Infantil de la Universidad Edith Cowan de Australia, *"Advierte que el 'matoneo' es un problema de conducta y cualquiera puede hacer parte de estos comportamientos"*. Con esta afirmación podemos ver que estas conductas pueden ser imitadas a causa de las secuencias de grados estudiantiles, y que los hace sentir mejor persona frente a situaciones de la vida diaria. Los que alguna vez fueron víctimas, victimarios y observadores, continuaran así durante toda su vida si no reciben algún tratamiento, para mejorar su conducta.

Por eso es que en las sociedades se puede ver esto muy claramente cuando van a robar a alguien, se ve en las personas que se dan cuenta y no hacen nada por evitarlo; el ladrón, una persona que intimida a su víctima, la cual puede reaccionar de manera defensiva o por el contrario se siente totalmente intimidada; y aunque no parezca este problema social se da por el patrón que viene desde la vida estudiantil" (Jerez & López Ortíz, 2006).

Los nuevos modelos educativos aplicados a niños, niñas y adolescentes no incluyen específicamente la enseñanza de valores, buen comportamiento, trato amigable, reglas de convivencia, la enseñabilidad, entendida como la oportunidad y posibilidad de enseñar es hoy un mecanismo parcialmente utilizado, en la época actual se informa más que formar al discente, aplicando las estrategias metodológicas para la Aprehensión del conocimiento y del moderno concepto de aprendizaje-enseñanza resultaría fácil enseñar y brindar conocimiento en los temas y las normas de educación y civismo, es así que el proceso de educabilidad se conforma con informar al niño, niña o adolescente sobre temas científicos, abandonando el proceso formativo del ser humano, el civismo, la educación en valores.

Se han realizado actividades artísticas, académicas y lúdicas desde el año 2012 dirigidas a los estudiantes de los diferentes colegios del municipio de El Socorro en un total de 5031, informando y capacitando un promedio de 2900 estudiantes.

3.2. Cartografía social

Se aplica esta estrategia en los colegios del municipio de El Socorro con el fin de observar el comportamiento de los niños, niñas y adolescentes dentro del aula de clase, creándose categorías de comportamiento que muestran la preferencia de los infantes observados, por la permanencia en un determinado lugar del aula o del colegio, bajo aspectos sociales predeterminados por el grupo, que permite analizar la situación, identificar las causas del problema, establecer las preferencias y el impacto de la metodología en el aprendizaje, se puede reconocer el imaginario social de grupo y las propuestas de solución aplicables ante los casos de violencia y acoso escolar.

3.3. La cartografía comportamental virtual

Para Ruby VILLAR 2011, la terapia comportamental, se resume en la

reestructuración del comportamiento, la terapia cognoscitivo comportamental fue desarrollada por los psicólogos clínicos entre los años cincuenta y 1960, sobre todo en los Estados Unidos, el cognitivismo es una ciencia del pensamiento. Así, el elemento esencial y fundador es el enfoque cognoscitivo comportamental: análisis de los pensamientos, de las creencias y de los comportamientos que ellos causan, el objetivo es trabajar de manera interdisciplinaria los temas que se propongan con el fin de habilitar al estudiante para la crítica y la discusión y solución de problemas que se le planteen; realizar talleres con los estudiantes sobre convivencia pacífica, deberes, derechos; actividades lúdico pedagógicas que estimulan la creatividad y despierten el interés del educando por conocer cada vez más del tema, ser multiplicador y practicante en su entorno académico, social y familiar.

3.4. *Pacificarte*

El objetivo central subyace en la necesidad de gestar en los niños, niñas y adolescentes de los colegios del municipio de El Socorro, la cultura jurídica de prevención punitiva, a través de una pedagogía enfocada en las expresiones artísticas y culturales, que permitirán determinar y analizar la problemática social que se deriva del acoso escolar, también denominado “*bullying*” o “*matoneo*”, se cuenta con la activa participación de los estudiantes del colegio del municipio de Socorro, quienes en un esfuerzo por minimizar la violencia y el acoso escolar a través de acciones artísticas, como las composiciones musicales, envían un mensaje de convivencia pacífica a la comunidad académica, ejemplo de esto, es la canción inédita ganadora del segundo festival de música por la convivencia y la paz escolar.

3.5. *Evento Público: La Juventud Socorrana Marcha por la paz*

Dentro de la dinámica de aprendizaje colaborativo que les permite a los niños, niñas y adolescentes de la comunidad académica del municipio de El Socorro Santander, desarrollar actividades de construcción de conocimiento mediante el proceso investigativo, la argumentación, el debate y la comunicación, se socializó en este evento los resultados del proceso pedagógico de prevención de las conductas infractoras, del acoso y la violencia escolar, encontrándose que la educación preventiva es la mejor estrategia para cambiar los paradigmas de violencia y construir aulas pacíficas y sembrar una semilla de paz en los educandos, líderes del futuro y germinadores de una cultura de la no violencia.

RESULTADO DEL PROCESO

Para verificar y medir el cumplimiento de los objetivos propuestos y el impacto socio jurídico en la comunidad objeto del proyecto se aplicaron 637 encuestas a los estudiantes de los colegios del municipio de Socorro Santander, que equivalen al 21,9 % del total de los niños, niñas y adolescentes educandos del Municipio, que

arrojan como resultado que la educación basada en la pedagogía socio jurídica, a través de actividades lúdicas, artísticas y académicas, es la opción para prevenir la violencia, el acoso escolar, el matoneo, y las conductas infractoras de los infantes y adolescentes, tomando una muestra aleatoria, se obtuvieron resultados como: Disminución del matoneo, acoso-violencia escolar, Construcción de aulas pacíficas, Semillas de paz, Mejoramiento del entorno y ambiente escolar, Establecimiento de relaciones con los padres de familia.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Las conclusiones de la actividad se construyen a partir de la opinión y concepto de los niños, niñas y adolescentes participantes, encontrándose desconocimiento de los derechos y deberes de los niños motivo que lleva a los investigadores a proponer la estructura de una pedagogía socio jurídica con miras a sustraer a los menores de 18 años del ámbito de la praxis violenta dentro del espacio académico donde se desenvuelven.

La evolución en el desarrollo de la legislación colombiana en materia penal, específicamente en el manejo del menor infractor, se ha visto decaer en el real propósito de resocialización y rehabilitación del individuo en cuestión, debido a que en sí misma, la medida de tomar parte solo del “castigo” del menor infractor se hace obsoleta, y posiblemente sería el detonante de un sinnúmero de actuaciones por parte de los menores y los adolescentes, que no benefician de ninguna manera al desarrollo real del fin de la sanción impuesta como una actuación legal garantista, para el menor y las víctimas, En sentido literal todas las penas y sanciones son privativas de derechos: la libertad, libertad de movimiento, limitación de derechos y funciones, multas, u otros derechos, vale la pena preguntarse si son eficaces para impedir el ejercicio de actividades como el matoneo en los centros de educación en el país.

Incluir una educación en materia penal en las instituciones educativas es primordial, como primer paso para que los menores no se vean inmiscuidos en las cifras más infames de nuestro país, pero, este es el primer paso, debido a que no solo es necesario educar, se debe prevenir, restituir, y lo más importante institucionalizar la práctica de una educación penal efectiva. Pensando en nuestros jóvenes nace el interés por crear no solo una práctica, deseamos que se institucionalice y hasta se logre legislar sobre la verdadera arma que tenemos en nuestras manos: prevención y educación, esa es la bandera que izamos para que nuestros jóvenes tengan la oportunidad de ver el futuro con esperanza.

La Universidad Libre Seccional Socorro efectúa un diagnóstico a partir de la aplicación de encuestas a 540 estudiantes de los colegios del municipio, conformada por 3.500 estudiantes aproximadamente, correspondiendo estas al 21% del total de la población estudiantil del municipio, arrojando como resultado general que el 72% de los niños y niñas han sido víctimas de violencia escolar en cualquiera de sus formas.

La participación de la comunidad educativa, los medios de comunicación, la institucionalidad, el sector productivo como coadyuvantes en el proceso iniciado por la investigadora en la Universidad, son los activos que aporten a la construcción de una sociedad democrática, participativa, pluralista, incluyente e intercultural, en concordancia con el mandato constitucional, la Ley General de Educación y los postulados de proyección social, la misión y la visión del alma mater.

Se recomienda dar continuidad al proyecto en el esquema socio jurídico de la conciliación escolar, como paradigma formativo de la academia, coadyuvando a los establecimientos educativos del Socorro a garantizar su participación activa en el marco de la coordinación, concurrencia, complementariedad y subsidiariedad; respondiendo a sus funciones misionales.

En el marco del posconflicto y dentro de la línea de investigación globalizada de los derechos humanos es importante trabajar en la deconstrucción, construcción y recomposición de la sociedad que incluye asuntos como la seguridad ciudadana, la paz, los valores, deberes, la prevención de la violencia y el acoso escolar, haciéndose evidente la participación de la académica como elemento estructural de la formación e información de la ciudadanía en estas temáticas.

Pensando en nuestros jóvenes nace el interés por crear no solo una práctica, deseamos que se institucionalice y hasta se logre legislar sobre la verdadera arma que tenemos en nuestras manos: prevención y educación, esa es la bandera que izamos para que nuestros jóvenes tengan la oportunidad de ver el futuro con esperanza.

REFERENCIAS

- Aranda Ortiz, L. P. (2006). *VerbaJuris*. Recuperado el 2014, de Sistema de Responsabilidad Penal para los Adolescentes a partir de la ley 1089 de 2006: <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/images/stories/vol1/dp6.pdf>
- Carranza, E., Tiffler, C., & Maxera, R. (2002). *La reforma de la justicia penal juvenil en América Latina y la justicia restaurativa*. Recuperado el 2014, de Biblioteca Justicia Penal Juvenil de Costa Rica: <http://www.ilanud.or.cr/centro-de-documentacion/biblioteca/174-justicia-penal-juvenil.html>
- Código de Infancia y Adolescencia, C. (8 de Noviembre de 2006). Código de Infancia y Adolescencia. *Ley 1098 de 2006*, Artículo 187. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional, Diario Oficial 46446.
- Código de Infancia y Adolescencia, L. (8 de Noviembre de 2006). Código de Infancia y Adolescencia. *Ley 1098*, Artículo 160. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional, Diario Oficial 46446.
- Código de Infancia y Adolescencia, L.-2. (8 de Noviembre de 2006). Código de Infancia y Adolescencia. *Ley 1098 de 2006, modificada por el Art. 36 del Decreto 126 de 2010 (multas), reglamentada parcialmente por el Decreto 860 de 2010*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional, Diario Oficial 46.446 de Noviembre 8 de 2006.

- Constitución Nacional, A. (20 de Julio de 1991). Constitución Política de Colombia. *Asamblea Nacional Constituyente*, Artículo 45, inc 1°. Bogotá, Colombia: Gaceta Constitucional N° 116 de Julio 20 de 1991.
- Constitución Nacional, A. (20 de Julio de 1991). Constitución Política Nacional. *Constitución Nacional*. Bogotá, Colombia: Gaceta Constitucional N° 116 de Julio 20 de 1991.
- Constitucion Nacional, C. (20 de Julio de 1991). Constitución Política de Colombia. *Constitucion Nacional*, Artículo 44-45. Bogotá, Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.
- Decreto 1038, C. (2015). *Por el cual se reglamenta la Cátedra de la Paz*. Bogotá: Disponible en <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/decretos/2015/Decretos2015/DÉCRETO%201038%20DEL%2025%20DE%20MAYO%20DE%202015.pdf>.
- Decreto 1965, C. (2013). *Por el cual se reglamenta la Ley 1620 de 2013, que crea el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el Ejercicio de los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar*. Bogotá: Diario Oficial 48910 de septiembre 11 de 2013.
- Escuela Rodrigo Lara Bonilla, E. (2010). *Sistema de Juzgamiento en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*. Bogotá, Colombia: Escuela Judicial.
- García, E., & Carranza, E. (1992). *Del Reves al Derecho. La condición jurídica de la infancia en America Latina, bases para una reforma legislativa*. En: BOBBIO, N (1990). *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino XV. Recuperado el 2014, de Biblioteca Justicia Penal Juvenil de Costa Rica: <http://www.ilanud.or.cr/centro-de-documentacion/biblioteca/174-justicia-penal-juvenil.html>
- Jerez, C. A., & López Ortiz, S. (10 de Septiembre de 2006). El Matoneo se toma las aulas. *El Tiempo.com*, pág. Redacción.
- Ley 1098. (2006). *Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*. Bogotá: Diario Oficial 46446 de noviembre 08 de 2006.
- Ley 1098, C. (8 de Noviembre de 2006). Código de Infancia y Adolescencia. *Ley 1098*, Artículo 7-8. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional, Diario oficial 46446.
- Ley 1620, C. (2013). *Por la cual se crea el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y formación para el ejercicio de los Derechos Humanos, la educación para la sexualidad y la prevención y mitigación de la violencia escolar*. Bogotá: Diario Oficial 48733 de marzo 15 de 2013.
- Ley 1732, C. (2014). *Por la cual se establece la Catedra de la Paz en todas las instituciones educativas del Pais*. Bogotá: Disponible en <http://sutevalle.org/wp-content/uploads/2014/09/Ley-1732-de-2014-CATEDRA-DE-PAZ.pdf>.
- Ley 599, C. (2000). *Por el cual se expide el Código Penal*. Bogotá: Diario Oficial 44097 del 24 de Julio de 2000.

- Ley 906, C. (2004). *Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004)*. Bogotá: Diario Oficial 45658 de septiembre 1 de 2004.
- Mariño Rojas, C. (2010). *Catedra Unicef*. Recuperado el 2014, de Política criminal y excepcionalidad de la privación de la libertad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.: http://190.7.110.123/pdf/2_CatedraUnicef/proyecto_CieloMari%C3%83%C2%B1o.pdf
- Maxera, R. (2000). *Los derechos de las personas adolescentes frente al sistema de la justicia juvenil y la función del ombudperson*. En: GOMES DA COSTA, A. *Pedagogía y Justicia. Ponencia I concurso Latinoamericano de Derechos de la Niñez y la Adolescencia, Costa Rica 1999*. Recuperado el 2014, de Biblioteca Justicia Penal Juvenil de Costa Rica: <http://www.ilanud.or.cr/centro-de-documentacion/biblioteca/174-justicia-penal-juvenil.html>
- Muñoz, F., Herrera, J., Molina, B., & Sánchez, S. (2005). *Investigación de la Paz y los Derechos Humanos desde Andalucía*. Granada, España.: Universidad de Granada.
- Osorio Sánchez, M. (18 de Abril de 2010). Neiva 400 años, una perspectiva hacia el futuro. *Ideas, Miradas, perspectivas y Sueños*. Neiva, Departamento del Huila, Colombia: Alcaldía del municipio de Neiva.
- Pérez López, J. A. (2010). *Derecho y Cambio Social*. Recuperado el 2014, de La explicación Sociológica de la Criminalidad: http://www.derechoycambiosocial.com/revista022/explicacion_sociologica_de_la_criminalidad.pdf
- Ruskin, J. (09 de Agosto de 2014). Mahatma Gandhi. *Escritos Selectos*. Mexico, Mexico: Miraguano editores.
- Sarmiento, G. (6 de Agosto de 2012). *Fiscalía General de la Nación*. Recuperado el 2014, de Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes: http://colectivociajpp.files.wordpress.com/2012/08/m6_101139-sistema_responsabilidad_penal_adolescentes-definitivo.pdf
- Sentencia C-203, C. (8 de Marzo de 2005). Sentencia C-203. *Sobre las garantías del menor; Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 2 del artículo 19 de la Ley 782 de 2002 "Por medio de la cual se proroga la vigencia de la ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la ley 548 de 1999 y se modifican a*. Bogotá, Colombia: Gaceta Corte Constitucional.
- Unesco Org, C. (1 de Julio de 1999). *Declaración sobre la ciencia y el uso del saber científico*. Recuperado el 2014, de Conferencia Mundial sobre la ciencia: http://www.unesco.org/science/wcs/esp/declaracion_s.htm
- Unicef. Org. (2010). *Derechos de Niñas, niños, adolescentes y Mujeres*. Buenos Aires, Argentina: Area de Comunicación UNICEF.

INCONGRUENCIA ENTRE EL ESTABLECIMIENTO DE PATRONES DE MACROCRIMINALIDAD Y MACROVICTIMIZACIÓN Y LAS SENTENCIAS DE JUSTICIA Y PAZ: ANÁLISIS DE LA CONDENA PARCIAL DE RAMIRO “CUCO” VANOY MURILLO

Juan Manuel Córdoba Martínez¹¹²

Fecha de recepción: 10 de junio de 2015.

Fecha de aceptación: 9 de noviembre de 2015.

Referencia: CÓRDOBA MARTÍNEZ Juan Manuel. *Incongruencia entre el establecimiento de patrones de macrocriminalidad y macrovictimización y las sentencias de justicia y paz: análisis de la condena parcial de Ramiro “Cuco” Vanoy Murillo*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 1. Núm. 1. Págs. 245 – 260. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex.

RESUMEN

La ley de justicia y paz adoptada en Colombia con la promulgación de la Ley 975 de 2005, refleja el deseo del Estado colombiano de garantizar los derechos de las víctimas del conflicto armado interno a través de la verdad, la justicia y la reparación, todas enmarcadas en el debido proceso. Sin embargo, la ineficacia en la aplicación de los criterios de priorización y selección ha llevado a la justicia al borde del colapso. Esto dado que las instituciones jurídicas carecen de reglas de interpretación para la toma de decisiones e imposición de condenas eficaces. Recientemente la Sala del Tribunal Superior de Justicia y Paz del Distrito Judicial de Medellín profirió el

¹¹² Estudiante de décimo semestre del programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de San Buenaventura - Cali, Correo electrónico: jmcm3264@hotmail.com

fallo condenatorio de manera parcial a Ramiro “Cuco” Vanoy, bajo los preceptos de Macrocriminalidad y Macrovictimización. El fallo parcial proferido en este caso muestra incongruencias entre la aplicación de dichos conceptos con la parte decisoria, generando un desgaste adicional del aparato judicial y particularmente de la Fiscalía General de la Nación.

PALABRAS CLAVE: justicia transicional, condena parcial, macrocriminalidad, macrovictimización.

ABSTRACT

The Law of justice and peace, adopted in Colombia by the proclamation of Law 975 of 2005, embodies the desire of the Colombian State to guarantee the armed conflict's victims' rights through truth, justice and reparation, all of them defined in its due process. However, the inefficacy in the application of prioritization and selection criteria related to this law has taken the judicial system to the brink of disaster, thanks to juridical institutions lacking effective rules of interpretation in their decision making or their sentence imposition process. Recently, the Hall of the Superior Court of Justice and Peace of Medellin, uttered the condemning verdict in a partial manner to Ramiro 'Cuco' Vanoy under the precepts of 'Macrocriminality' and 'Macrovictimization'. The partial Verdict uttered in this case shows incongruences in the application of such concepts with the decisive section, creating with it an added decay of the judicial apparatus, particularly for the National General Prosecutor's Office.

KEY WORDS: transitional justice, partial sentence macrocriminality, macrovictimization.

INTRODUCCIÓN

El proceso de Justicia y Paz en Colombia está regulado por la Ley 975 del 2005. Desde su promulgación, esta ley ha sufrido una serie de cambios, en especial con la incorporación y aplicación de los criterios de priorización y selección que fueron instaurados por la Ley 1592 de 2012. Buena parte de estos cambios han surgido a raíz de las experiencias recopiladas después del proceso de Desmovilización, Desarme y Reintegración de las Autodefensas Unidas de Colombia AUC, que dejaron grandes lecciones acerca de la operatividad de estos procesos.

Se puede afirmar que, después de ocho años de aplicación de la Ley 975 de 2005, el resultado no ha sido el esperado en términos de eficacia, cuestión que se ve reflejada en las cifras que presenta la Fiscalía General de la Nación. Esta entidad afirma que hasta 2012 recibió más de 30.000 solicitudes de desmovilizados que buscaban acogerse a la ley de justicia y paz. El elevado número de solicitudes desbordó la función jurisdiccional del Estado que no pudo desplegar toda su capacidad operativa

de manera eficiente y eficaz¹¹³, lo que ha impedido que el proceso de Justicia y Paz se desarrolle satisfactoriamente —cuestión que se evidencia de manera contundente para la opinión pública (Fiscalía General de la Nación, 2012). Sobre esta premisa se puede inferir que la aplicación de los criterios de priorización y selección no han sido definitivos para implementar y fijar decisiones que permitan al Gobierno y a la sociedad en general avanzar en la búsqueda de la paz, el reconocimiento de los derechos de las víctimas y la reincorporación a la vida civil de los miembros de grupos emergentes (Fiscalía General de la Nación, 2012).

Debido a lo expuesto, este artículo pretende dar un esbozo de la situación actual de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz, tomando la Justicia Transicional como referente teórico y práctico que establece patrones de macrocriminalidad y macrovictimización como mecanismos que agilizan el proceso investigativo de la Fiscalía, aunados a la aplicación de sentencias parciales¹¹⁴ que permiten al Estado colombiano entregar verdad y justicia a las víctimas. Este análisis se desarrolla en función de la sentencia proferida el 2 de febrero de 2015 por el Tribunal Superior de Justicia y Paz de Medellín contra Ramiro Vanoy Murillo, alias “Cuco Vanoy”, y las críticas que de esta se derivan por las falencias detectadas en la aplicación del marco legal y conceptual existente.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A partir del análisis interpretativo del contenido de la sentencia emitida por la Sala del Tribunal Superior de Justicia y Paz del Distrito Judicial de Medellín, a la luz de los criterios y conceptos de los patrones de macrocriminalidad y macrovictimización, se plantean una serie de interrogantes sobre la interpretación obtenida del articulado de la ley de justicia y paz. Esto con el fin de develar el sentido que subyace en las incoherencias contenidas en la parte resolutive de dicha sentencia frente a la errónea aplicación de los criterios de macrocriminalidad y macrovictimización —aplicación desde la cual se condenó parcialmente al ex jefe paramilitar Ramiro “Cuco” Vanoy Murillo—, así como de la jurisprudencia emitida dentro del marco de justicia transicional y en la imputación parcial de cargos.

¹¹³ La Corte Constitucional en la Sentencia No. T-399/93, se refirió a los principios de eficacia, eficiencia y efectividad que cobijan, por mandato de la Constitución, toda actividad pública y por tanto son inherentes a las funciones de la Fiscalía General de la Nación dada su naturaleza como institución pública que debe contribuir al cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Refiriéndose a dichos principios como aquellos que garantizan que la diligencia en las investigaciones se realice de manera ágil, oportuna (eficacia), con la prestación satisfactoria de los servicios a cargo del Estado y el rendimiento de los recursos que administra (eficiencia), y que suponen una pronta y cumplida justicia, a la que tienen derecho la sociedad y cada uno de los asociados (efectividad). De la diligencia con que se adelanten las investigaciones y se impulse y lleve a cabo la indagación inicial, a cargo de la Fiscalía, dependen en gran medida la oportunidad y la eficacia de actuaciones procesales posteriores y el logro final de los objetivos que en este campo persigue la administración de justicia: el merecido castigo al delincuente y, hasta donde sea posible, el resarcimiento de los perjuicios causados a su víctima.

¹¹⁴ Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en la compilación de autos de esta sala para el periodo octubre de 2009 a noviembre de 2010, aporta que *“el criterio actual, el que ahora se ratifica, producto de la evolución necesaria en la construcción del derecho a partir de la confrontación con la realidad, que como en los casos de la llamada Ley de Justicia y Paz, ha desbordado todas las perspectivas legales; supone que se pueden hacer, tanto imputaciones como formulaciones parciales de cargos; y, en consecuencia, proferir sentencias parciales que a la postre podrán ir acumulándose con otras que se profieran contra el mismo desmovilizado; parcialidades que deben consultar criterios de razonabilidad, los cuales deben ser presentados y justificados por la Fiscalía en cada caso”* (p.76) *“las acusaciones parciales se producen en los eventos en los cuales la Fiscalía no logra documentar de manera suficiente todos los delitos atribuidos al postulado; en otras palabras – a diferencia de lo que ocurre en relación con el principio de oportunidad- no cuenta con los elementos de convicción necesarios que le permitan elevar una acusación por una particular conducta, naturalmente distinta al delito base, pero no por ello renuncia a investigar o acusar los comportamientos punibles que no logra incluir en una acusación inicial”* (p.82)

De esto se puede formular la siguiente pregunta ¿Qué tan ajustada estuvo la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Justicia y Paz del Distrito Judicial de Medellín, a los conceptos teóricos y legales expresados por el ordenamiento jurídico que sustenta el proceso de justicia y paz?

2. LA JUSTICIA TRANSICIONAL COMO MARCO TEÓRICO

La promulgación de Ley 975 de 2005 trae a consideración una serie de estrategias que dieron luz verde al Gobierno para avanzar en los diálogos de paz que en aquel momento se llevaban a cabo con los grupos armados al margen de la ley, conocidos como autodefensas, siendo el concepto de Justicia Transicional el eje sobre el que orbita la mencionada ley. El Centro Internacional para la Justicia Transicional (2009) señala que: *“La Justicia Transicional no es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de los derechos humanos”* (p. 1). En efecto el concepto de Ambos (2009) define que: *“la Justicia Transicional implica un tránsito: de un conflicto a un postconflicto y un fin: la reconciliación y la consolidación de un sistema democrático que permita la construcción de una paz duradera”* (p. 23).

A nivel internacional, diferentes experiencias dan cuenta del carácter contextual de la justicia internacional, teniendo antecedentes históricos de su aplicación a nivel latinoamericano y europeo donde la transición ha consistido principalmente en la apuesta por un cambio de régimen dictatorial a uno democrático, o el retorno a la paz tras largos periodos de guerra civil. Entre estas experiencias se encuentran a nivel latinoamericano las acontecidas en países como El Salvador, Perú, México, Chile, Uruguay, Bolivia y Brasil. A nivel europeo cabe mencionar la experiencia de España en su transición de la dictadura a la democracia, y el caso alemán con la transición del nacionalismo a la democracia. (Modolell, 2008).

Actualmente la Justicia Transicional aparece como un mecanismo que admite una transformación política, tendiente a buscar el fin del conflicto y la búsqueda de la paz. Esto con el objetivo de direccionar nuestra sociedad a un futuro prometedor donde reine la verdad, la justicia, la reparación de las víctimas y el cumplimiento de los derechos garantizado por un Estado Social de Derecho. Sobre este particular cabe resaltar lo señalado por López, González y Errandonea (2012):

La Justicia transicional puede ser entendida como una rama de los derechos humanos con un enfoque pluridisciplinario, integral y holístico. Sus métodos y su marco teórico suelen concentrarse principalmente en los desafíos planteados por las transiciones de la guerra a la paz de gobiernos autoritarios a la democracia o, de forma más genérica, en contextos de graves violaciones a derechos humanos que dan lugar a transformaciones políticas y sociales. Las herramientas o mecanismos de la Justicia Transicional pueden también ser aplicados en democracias consolidadas, en donde se pretende reparar injusticias o violaciones a los derechos humanos ocurridas varias décadas o siglos atrás. (p. 13 -14)

En Colombia los cambios políticos, sociales, culturales entre otros, han abierto la puerta a este nuevo campo multidisciplinario cuyo enfoque principal holístico consiste en establecer medidas jurídicas que permitan dar respuesta a las violaciones sistemáticas o generalizadas de Derechos Humanos e infracciones de Derecho Internacional Humanitario. Particularmente las respuestas partirán de la promoción de la paz, la reconciliación y la protección de un sistema democrático eficiente.

Atendiendo al concepto propiamente dicho de justicia transicional, el Secretario General de Naciones Unidas (2004) lo expresa de esta manera:

La noción de “justicia de transición” que se examina en el presente informe abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos.(p.18 -19)

En cierto modo la Justicia Transicional puede considerarse como el proceso a través del cual se realizan cambios de orden social y político, ya sea por el paso de un gobierno autoritario a un democrático, o bien por el fin del conflicto armado interno y la consolidación de la paz y la reconciliación. De lo anterior podemos afirmar que la justicia transicional se cataloga como un proceso de justicia caracterizado por otorgar las herramientas necesarias para hacer frente a todas las violaciones de derechos humanos que se cometieron en años atrás e incluso en los años posteriores a la promulgación de la Ley 975 de 2005.

Ahora bien, el concepto legal de justicia transicional se encuentra en el artículo 8º de la Ley 1448 de 2011, que básicamente expresa que los fundamentos de este mecanismo son la justicia, la verdad, la reparación con garantías de no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible. Teniendo en cuenta el proceso de transición que adoptó Colombia respecto de la creación de un Marco Jurídico para la Paz, este no ha sido lo suficientemente estable para velar por los derechos y la reparación de las víctimas. De ahí que no solo el Estado es el encargado de asumir la función principal de garantizar los ejes fundamentales de la justicia, sino que ésta es también una función de los órganos judiciales al momento de interpretar la ley y sus alcances normativos (Colombia, Ley 1448 de 2011).

Por lo tanto, al acercarnos a esta conceptualización teórica y legal de la Justicia Transicional, logramos tener en mente una aproximación al espíritu que originó la Ley 975 de 2005 y entender entonces los motivos por los cuales este concepto se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico. Así mismo, podemos entender la evolución que ha sufrido y por qué ha sido establecido como el origen y tránsito de un proceso de desmovilización del cual no solamente hace parte el ex jefe paramilitar Ramiro “Cuco” Vanoy, sino otros ex jefes miembros de los grupos emergentes y vinculados al proceso de Justicia y Paz.

3. CONTEXTO ACTUAL

Debido a los pobres resultados obtenidos por la Ley de Justicia y Paz, la Fiscalía General de la Nación, a través de la Unidad Nacional de Fiscalías, se vio obligada a establecer una serie de fundamentos constitucionales cuya función primordial es la de apoyar el proceso de priorización de los casos ya seleccionados que se concretaron con la directiva N.º001 de 2012 (Fiscalía General de la Nación, 2012) y que se materializó en el Plan de Acción de casos a priorizar por la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz (Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, 2013). Ambas iniciativas están enfocadas en dos objetivos fundamentales, el primero es acelerar el proceso de selección y priorización de los procesos, y el segundo es poder establecer patrones acordes al accionar criminal de los grupos armados (Fiscalía General de la Nación, 2012).

Las disposiciones establecidas en estos mecanismos permitieron dar una nueva luz a investigaciones que se encontraban estancadas hasta ese momento, este es el caso del proceso judicial adelantado en contra de líderes de las autodefensas. Uno de los casos objeto de esta priorización fue el que daba cuenta de la actividad delictiva del ex jefe del Bloque Mineros, Ramiro “Cuco” Vanoy Murillo, desarrollada en el Bajo Cauca y Antioquia entre los años 1989 y 2005. Así pues, la priorización llevada a cabo en el caso Ramiro “Cuco” Vanoy no sólo se dio en virtud de la Ley de Justicia y Paz, sino también bajo los marcos conceptuales que definen los patrones de Macrocriminalidad y Macrovictimización. Patrones que son particularmente aplicables al momento de determinar las causas generadoras y los motivos que llevaron a los miembros de los grupos paramilitares a cometer violaciones contra los Derechos Humanos y los preceptos del Derecho Internacional Humanitario.

En esta oportunidad la decisión adoptada por la Sala del Tribunal Superior de Justicia y Paz de Distrito Judicial de Medellín se dio en razón a la aplicación del patrón de macrocriminalidad. Debido a la multiplicidad de delitos cometidos por los grupos emergentes, este patrón se considera como un determinante al momento de impartir justicia a los miembros que el Estado ha seleccionado y priorizado. Ramiro “Cuco” Vanoy fue uno de estos postulados y su caso se priorizó con el fin primordial que se le condenara bajo estos patrones que fueron impuestos a partir de la reforma de la Ley 1562 de 2012. Fue así como el 2 de febrero del año 2015, la Sala del Tribunal Superior de Justicia y Paz del distrito judicial de Medellín profirió condena parcial consistente en 8 años de reclusión en centro penitenciario contra este ex combatiente del Bloque Mineros. (Tribunal Superior de Justicia y Paz de Medellín, Sentencia del 2 de febrero 2015).

La sentencia, bajo ponencia de María Consuelo Rincón Jaramillo, evidencia una inadecuada interpretación y aplicación de los patrones de Macrocriminalidad y Macrovictimización, y un uso ineficiente de los recursos judiciales que se incorporan en la Ley 1562 de 2012. De ahí la exigua condena parcial impuesta a este individuo, en la que se exhorta a la Fiscalía General de la Nación para que continúe la investigación de delitos menores —el robo de ocho gallinas, el hurto de una cadena de oro, el robo de unos animales, entre otros— (Tribunal Superior de Justicia y Paz de Medellín, Sentencia del 2 de febrero 2015), en relación a los perpetrados durante la militancia de Vanoy al frente del Bloque Mineros.

El Estado ha proporcionado los medios necesarios para que se juzgue y condene a los miembros de grupos emergentes. No obstante, con la inadecuada interpretación del patrón de macrocriminalidad que se ha dado hasta la fecha, se ha sentado un precedente que obliga a la Fiscalía a continuar asignando recursos para investigar delitos que a la postre no se van a configurar en una pena mayor. Si tomamos en cuenta que la condena ya se impuso por el término máximo, se reconoce que la investigación a futuro generaría un desgaste innecesario del aparato judicial. La Fiscalía daría utilidad a la investigación de delitos que se exhorta y que están dentro de la figura de los patrones de macrocriminalidad y de la Justicia Transicional.

Así pues conviene preguntarse ¿cómo podrá la justicia imponer penas a infractores de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario mientras exista una inadecuada comprensión en la aplicabilidad del patrón de Macrocriminalidad y Macrovictimización con relación a la decisión de las sentencias impuestas a los miembros vinculados al proceso de Justicia y Paz? Lo cierto es que no existe una respuesta taxativa que permita a la justicia la aplicabilidad de dichos conceptos referidos en la decisión de los casos postulados al proceso de Justicia y Paz y bajo criterios de priorización y selección.

4. SELECCIÓN Y PRIORIZACIÓN DE DELITOS COMO CONTEXTUALIZACIÓN Y REFERENTE TEÓRICO

La aplicación de la Ley de Justicia y Paz ha implicado un importante reto para el sistema judicial colombiano dada la cantidad de casos por seleccionar y la falta de apoyo judicial en la determinación de los criterios de priorización, a través del cual se debe imponer la pena y determinar las responsabilidades en los delitos contra los Derechos Humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Esto ha derivado en una escasa respuesta del Estado ante las postulaciones realizadas por los desmovilizados, situación ocasionada por deficiencias de tipo humano y logístico. Según datos oficiales reportados por la Fiscalía en el año 2013 y como consecuencia de la desmovilización de las organizaciones de autodefensas: “aparecieron más de 32.500 desmovilizados con cerca de 417.000 hechos delictivos reportados” (p.1). Datos estadísticos presentados en febrero de 2013 por la misma entidad (2013) muestran que en materia de justicia y paz se profirieron:

15 sentencias en primera instancia, y 9 sentencias en segunda instancia, lo cual constituye un balance bastante pobre frente a los 1,126 postulados a los que se les presentó escrito de solicitud de audiencia de imputación, 628 postulados a quienes se presentó escrito de solicitud de audiencia de formulación de cargos, 292 postulados que terminaron formulación de cargos en espera de realización de audiencia de control de legalidad, 128 postulados a quienes se les ha realizado audiencia de legalización de cargos y 11 postulados en Incidente de Reparación, estas cifras, a su vez, deben compararse con el total de 4787 postulados ante justicia y paz, reportados a febrero de 2013. (p.31)

Con base en lo anterior se puede concluir que los resultados obtenidos carecen de efectividad en al momento de aplicar la ley, pues según la información oficial analizada, no se ha cumplido con las metas que en un momento dado se habían presupuestado. Se puede inferir también que resulta infructuoso buscar nuevas

alternativas e instrumentos de justicia, si no existen un mínimo de garantías para la efectiva aplicación e interpretación de los criterios dirigidos a todas las personas que a la fecha se han identificado como desmovilizados y se han postulado dentro del proceso de Justicia y Paz.

Por otra parte, para el autor Paul Seils (2012) *“El establecimiento de criterios de priorización por parte de la Fiscalía se convirtió en una necesidad apremiante ante el colapso y posible fracaso de Justicia y Paz”* (p. 1). Esta afirmación se puede interpretar en el sentido de que el proceso de Justicia y Paz no está dando cumplimiento a las expectativas propuestas en su momento, ante lo cual se tendrá que hacer un replanteamiento de los instrumentos necesarios para abordar el verdadero objetivo de la justicia transicional y así llevar a cabo un proceso que tenga como final la paz y asegurar la no repetición de los hechos. No obstante, se debe resaltar que el Estado colombiano ha llevado a cabo ingentes esfuerzos en la búsqueda del fin del conflicto, por lo que no se puede desmeritar el proceso que se ha venido adelantando hasta el momento por parte de la Fiscalía General de la Nación y todas las instituciones que tienen el deber de colaborar armónicamente para la obtención de este propósito nacional.

Según la normatividad vigente de justicia y paz los casos de priorización y selección de los miembros de grupos emergentes, gozarán de ciertos beneficios y garantías constitucionales con el único objetivo de colocar fin al conflicto armado interno y contribuir al lineamiento de la búsqueda de la paz y la construcción de un Estado ejemplar. Esto está acorde con lo consagrado en el Acto Legislativo No. 01/2012, que estipula que la consagración de los criterios de priorización y selección tomaran fuerza constitucional (p. 2).

El Estado ante la preocupación por la falta de resultados arrojados por la ley de Justicia y Paz (Colombia, Ley 975 de 2005) y atendiendo lo establecido anteriormente, se vio en la obligación de establecer una serie de reglamentaciones adicionales que contribuyeran a la descongestión judicial, que en ese momento acosaba al sistema judicial, por el gran número de miembros de grupos emergentes desmovilizados y acogidos al programa de Justicia y Paz. Fue en este contexto que la Fiscalía General de la Nación, mediante la Directiva 001 de 2012, estableció los criterios de priorización y selección de los casos utilizando mecanismos de investigación, fundamentalmente asistidos por el Derecho Internacional, los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Cumplía así con los lineamientos del debido proceso y con el fundamento de un Estado Social de Derecho en torno a la administración de justicia y la protección de derechos fundamentales para la reparación de las víctimas del conflicto, interpretando una de las funciones del Estado.

5. DE LA IMPUTACIÓN PARCIAL

La imputación parcial de cargos a los desmovilizados nació en la ley 975 de 2005 y fue perfeccionada a través de la modificación que de este proceso se planteó en la ley 1592 de 2012. Se busca básicamente regular la aceptación parcial de cargos por parte del postulado a Justicia y Paz y con ello agilizar la labor de la Fiscalía en cuanto a las labores de investigación y esclarecimiento de los hechos motivo de

investigación.

Si bien la imputación parcial ha traído consigo críticas por considerarla inviable y por entenderlo como una vía que va en detrimento de la víctimas, la Corte Suprema ha manifestado en varias ocasiones la compatibilidad de esta figura con los principios jurídicos de justicia y paz, y su concordancia con el principio de unidad procesal. Se considera a la imputación parcial como un mecanismo que permite una reivindicación de los derechos de las víctimas ágil y que va acorde a la aceptación de cargos del desmovilizado. Una vía que da espacio a la Fiscalía para realizar las tareas investigativas y recolectar el acervo probatorio de los delitos que no hayan sido reconocidos por el postulado, haciendo más dinámico el proceso de imputación y condena posterior.

En cuanto a su objetivo fundamental el Alto Tribunal se ha referido en varias ocasiones acerca del principio de imputación y aceptación parcial de cargos:

“está vinculado con imprimir al proceso agilidad y la seguridad progresiva en torno a la judicialización de lo que el desmovilizado confiese inicialmente en la primera parte de su versión libre, con miras a que la privación de su libertad tenga como soporte una medida de aseguramiento legalmente impuesta, con fundamento en hechos precisos”. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sentencia 31290 de 8 de julio de 2005)

Así pues se infiere que la imputación de cargos es una herramienta que permite, junto a las medidas tomadas por la Fiscalía en el año 2012, dinamizar los procesos de selección, priorización y posterior juicio de los desmovilizados de los grupos armados al margen de la ley. Es decir que existen las herramientas jurídicas necesarias para poder llevar a buen fin el proceso de justicia transicional, entregando a las víctimas y a la totalidad de la población colombiana las tan anheladas justicia, verdad y reparación, necesarias para que el flagelo de la guerra no se repita.

6. PATRONES DE MACROCRIMINALIDAD Y MACROVICTIMIZACIÓN

Conceptualizar la macrocriminalidad es un paso necesario para entender la importancia de este mecanismo como fundamento en el restablecimiento jurídico del proceso de justicia y paz, por lo que podemos definir ésta como una serie de macro acontecimientos que se llevan a cabo en medio de una guerra o conflicto armado y que al enmarcarse en el derecho internacional se salen de las formas consideradas del actuar delictivo (<http://derechopenaljcb.blogspot.com>). Este concepto está soportado en el artículo 5 del Estatuto de Roma, que define los crímenes que son de competencia de la Corte Internacional y establece que sus responsables son susceptibles de ser perseguidos por este alto tribunal (Corte Penal Internacional, 1999). De otro lado, la macrovictimización o victimización múltiple se establece cuando una comunidad o número indeterminado de personas han sido objeto de conductas delictivas derivadas de la masificación de la violencia. Este concepto está íntimamente ligado a los factores de riesgo que hacen más vulnerables a ciertas comunidades que presentan características especiales. (Hope, Bryan, Trickett, 2001).

Con ocasión del Acto Legislativo 01 de 2012, se establecieron en Colombia instrumentos jurídicos de Justicia Transicional, de carácter judicial y extrajudicial que hacen uso de estos conceptos para establecer parámetros conductuales dentro de la actividad criminal de los grupos armados, lo que facilita la labor de la rama judicial. Estos instrumentos se catalogan como criterios de priorización y selección, y su objetivo principal consiste en continuar con la investigación de los casos de miembros de grupos emergentes acogidos al programa Justicia y Paz. Investigación que deberá ir acompañada de la articulación de la Fiscalía y los órganos jurisdiccionales para establecer una sanción ya sea en razón al ejercicio o la imposición de excepciones al tipo penal (Colombia, Acto Legislativo 01 de 2012).

Tomando como base la Ley 1592 de 2012, la Fiscalía General de la Nación expidió la Directiva 0001 del 4 de octubre de 2012, cuyo fin consiste en establecer estrategias de priorización enfocadas a: “La persecución efectiva de los máximos responsables de la comisión de crímenes de sistemas, perpetrados por aparatos organizados del poder, a efectos de conocer la verdad de lo sucedido, evitar su repetición y propender por la reparación” (p.32). En efecto, el fin del Marco Jurídico para la paz radica en establecer un orden sancionatorio y un régimen normativo que apoyará el establecimiento objetivo de condenas a los postulados de Justicia y Paz.

Es por esto que la legislación colombiana en aras de alcanzar los fines que establece la justicia transicional, y con relación al principio de celeridad de la norma, consagró significativos cambios, entre los cuales cabe destacar:

La aplicación de criterios de priorización de casos dirigidos a establecer los patrones de macrocriminalidad y develar los contextos, así como la supresión de una de las audiencias preliminares, para sustituirla por una concentrada de formulación, aceptación y legalización de cargos, seguida del incidente de afectación de las víctimas. (Colombia, Ley 1592 de 2012)

En consecuencia el Estado incorporó un cambio significativo en la investigación de violaciones de Derechos Humanos o infracciones al Derecho Internacional Humanitario, y que con ocasión del conflicto armado interno fueron vulnerados. Este cambio sustancial se estableció de tal forma que la verdad ya no se busca desde la perspectiva de los hechos individuales de cada perpetrador, sino sobre los contextos, las causas y los motivos que llevaron a los miembros de grupos emergentes a cometer los delitos; de ahí la búsqueda de criterios para la construcción del patrón de macrocriminalidad.

El Decreto 3011 de 2013 en su artículo 16 define patrón de macrocriminalidad de la siguiente manera:

Es el conjunto de actividades criminales, prácticas y modos de actuación criminal que se desarrollan de manera repetida en un determinado territorio y durante un periodo de tiempo determinado, de los cuales se pueden deducir los elementos esenciales de las políticas y planes implementados por el grupo armado organizado al margen de la ley responsable de los mismos. La identificación del patrón de macrocriminalidad permite concentrar los esfuerzos de investigación en los máximos responsables del desarrollo o realización de un plan criminal y contribuye a develar la estructura y modus operandi del grupo

armado organizado al margen de la ley, así como las relaciones que hicieron posible su operación. (p.1338)

De esta manera, el Gobierno Nacional estableció una clara definición sobre el patrón de macrocriminalidad, incluso se adicionaron criterios de selección tales como las acciones cometidas dentro del conflicto armado interno, la identificación de los grupos criminales organizados, sus formas de financiación, entre otros. La definición de patrón de macrocriminalidad nos permite identificar el método y la práctica utilizadas por la cuales se violan los derechos humanos de las víctimas y se cometen infracciones de Derecho Internacional Humanitario.

Si tomamos los elementos anteriormente citados se puede inferir que son estos preceptos legales sobre los cuales el Tribunal Superior de Justicia y Paz de Distrito Judicial de Medellín se sustentó al proferir la sentencia condenatoria parcial al ex jefe paramilitar Ramiro “Cuco” Vanoy. Pero su vez esta referencia nos permite establecer que esta decisión adoptada por la Sala muestra de manera clara la inadecuada interpretación y aplicación del patrón, puesto que deja en entre dicho la verdadera forma con la cual se interpretó el concepto de Macrocriminalidad y priorización del caso en concreto.

Con respecto a la procedencia de las imputaciones parciales dentro de los procesos de justicia y paz, la Corte Suprema de Justicia en la Sala de Casación Penal manifestó las ventajas de estas con relación a la agilidad que se genera en los procesos. Las imputaciones parciales permitirían llevar a cabo la imposición de medidas cautelares e imponer sentencias, sin que se impida la prosecución de más delitos por parte de la Fiscalía.

De igual manera la Corte advierte en la misma sentencia que estas imputaciones parciales deben obedecer a ciertas condiciones. Entre ellas se destaca que estas no pueden ser ilimitadas y su período debe ser relativamente corto, para que la Fiscalía formule cargos y se profiera sentencia condenatoria (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sentencia 31115 de 16 abril de 2009). Basados en esta manifestación de la Corte, se puede inferir que las imputaciones y sentencias parciales son una herramienta que permite dar agilidad a los procesos de justicia y paz, pero que ésta depende del buen juicio y correcto criterio bajo los cuales se lleven a cabo la toma decisiones por parte del juez, con el fin de que en virtud del espíritu propio de la ley no se lesionen los intereses de las víctimas.

7. DECISIÓN (CONDENA PARCIAL) vs (APLICACIÓN DE PATRONES DE MACROCRIMINALIDAD)

El resultado de la interpretación y aplicación del patrón de Macrocriminalidad por parte de la Sala del Tribunal Superior de Justicia y Paz del Distrito de Medellín denota incongruencia con la decisión condenatoria parcial proferida el pasado 2 de febrero de 2015 a favor del ex jefe paramilitar del bloque minero de las autodefensas, Ramiro “Cuco” Vanoy Murillo.

La Fiscalía después de una investigación exhaustiva, determinó la formulación,

imputación y legalización de 192 delitos cometidos por Vanoy durante el tiempo de insurgencia al mando del Bloque Mineros de las autodefensas. Entre los delitos identificados se encuentran crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad, masacres, homicidios, desplazamiento forzado, narcotráfico, amenazas, reclutamiento ilícito de menores, entre otros. Todos contemplados como factores determinantes del patrón de macrocriminalidad.

Durante el transcurso del proceso de investigación adelantado por la Fiscalía, Ramiro “Cuco” Vanoy, en versión libre realizada desde la cárcel de Estados Unidos donde se encuentra actualmente recluso, aceptó 328 hechos delictivos de los cuales 247 han sido verificados por la Justicia Colombiana. De igual forma, y según el Sistema de Información de Justicia y Paz, el ex jefe paramilitar tiene registradas más de 3.522 víctimas, entre las que se encuentran decenas de familias, oficiales de policía, personas civiles e incluso menores de edad.

La decisión parcial adoptada por la Sala del Tribunal Superior de Justicia y Paz de Distrito Judicial de Medellín carece de argumentos válidos cuando exhorta a la Fiscalía para que continúe la investigación de delitos considerados de poca relevancia, en relación a los delitos cometidos por el ex jefe paramilitar y con los cuales vulneró Derechos Humanos y atentó contra el Derecho Internacional Humanitario. Situación que va en detrimento de los principios y factores de macrocriminalidad y macrovictimización. A continuación se citan algunos hechos con los cuales la Sala del Tribunal Superior de Justicia y Paz del Distrito Judicial de Medellín exhortó a la Fiscalía para que continúe la investigación y determine la respectiva imputación:

Cuadragésimo octavo. Para que por la Fiscalía se investigue y/o se formule la respectiva imputación se determina:

CARGO 26: En relación con el aludido cargo, “*Masacre de El Aro*”, esta Colegiatura demanda de la Fiscalía que se recabe en la investigación e imputación de conductas evidenciadas en el devenir fáctico reseñado en el referido cargo como lo son: el despojo de que fue objeto el interfecto JOSÉ DARÍO MARTÍNEZ PÉREZ, a quien integrantes del grupo, según se informó, registraron su cadáver y sustrajeron cuatrocientos mil pesos (\$400.000,00) que llevaba consigo, un anillo y un reloj. (p.2531)

[...] También se ordena a la Fiscalía para que impute lo relativo al HURTO y destrucción de algunos bienes del señor WILLIAM GUIASO CHANCÍ (5 vacas con la marca M.D., 8 gallinas y la quema de su vivienda). (p.2532)

II. CARGO 71: Atendiendo los criterios expuestos al momento de abordar el estudio este específico cargo, la Sala conmina al ente investigador para que impute el delito de APROPIACIÓN Y DESPOJO EN CAMPO DE BATALLA por el reloj y doscientos mil pesos (\$200.000) pertenecientes a FRANCISCO ELÍAS LOPERA ÁLVAREZ. (p.2538)

aaa. CARGO 100: Deberá la Fiscalía investigar e imputar la posible ocurrencia del delito de HURTO AGRAVADO, en tanto de la declaración rendida por la señora MARÍA BLANCA RÚA MORA manifiesta que a su hijo le fue hurtado una moto y papeles de propiedad de esta, unas

cadena de oro que valían aproximadamente dos millones quinientos mil pesos (\$2.500.000) de pesos, además de quince millones de pesos (\$15.000.000) producto de la venta de una finca. (p.2541)

vvv. CARGO 155: Se demanda de la Fiscalía ahondar en la posible ocurrencia del delito de HURTO CALIFICADO, en tanto que la declaración rendida por la señora GLORIA MARÍA MENA CLÍMACO manifiesta que a su sobrino le fue hurtado trescientos mil pesos (\$300.000). (p.2545)

Lo anterior demuestra que la decisión proferida por esta sala no fue acorde con el Decreto Reglamentario 3011 de 2013, el cual establece e indica de forma clara y taxativa el sentido con el cual se debía tomar la decisión. En efecto y debido a los claros errores de interpretación de la ley cometidos al momento de proferir fallo, no se puede tomar esta sentencia como precedente aunque se muestre como un manual de procedimiento o referencia para otros casos que se traten y juzguen con posterioridad sobre la aplicación de dichos patrones. Por tal razón esta decisión no abre campo a la validez del asunto, y menos sobre el caso puntual en concreto, ya que denota una clara incongruencia en la interpretación de dichos presupuestos estipulados por el Gobierno Nacional para la priorización de los casos postulados al proceso de Justicia y Paz (Colombia, Decreto 3011 de 2013).

Si se procede a una revisión acuciosa del fallo se pueden determinar algunos puntos que denotan las falencias de aplicación conceptual en el mismo. Bajo el concepto de patrón de Macrocriminalidad anteriormente mencionado podemos constatar que los órganos jurisdiccionales no pueden tomar un tipo de precedente como el que se dictó de manera inocua favoreciendo al ex jefe paramilitar Ramiro “Cuco” Vanoy, pues debe entenderse éste como el verdadero instrumento que favorece la correcta administración de justicia y la construcción de una verdad histórica que determine la verdad individual de los delitos perpetrados por los miembros de los grupos emergentes.

CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta los criterios conceptuales de macrocriminalidad y macrovictimización se puede establecer que la interpretación de la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín no se ajusta a lo dispuesto por el Decreto Reglamentario 3011 de 2013, en el entendido que carece de determinación y fuerza jurídica respecto de las normas impuestas por el Estado. De ahí entonces que resulte imposible hacer una verdadera aplicación de dichos patrones, ya que no se realiza una adecuada interpretación de lo que realmente interesa al momento de proferir el fallo, que por ser uno de los primeros de su clase tenía la función de servir de precedente o referencia en casos futuros referente a la construcción de la paz y el fin del conflicto.

Ahora bien, al tener en cuenta los argumentos expuestos por la Magistrada ponente, se establece cómo la Fiscalía determina claramente las razones por las

cuales a este individuo se le debe dar un trato especial en cuanto a la aplicación de los criterios de selección del cual goza. Sin embargo la sala del Tribunal Superior de Justicia y Paz de Distrito Judicial de Medellín dedujo que además de los criterios de priorización y selección, los delitos ocasionados por parte del ex jefe paramilitar se deben condenar bajo los criterios de patrones de Macrocriminalidad y Macrovictimización que establecen las circunstancias y razones de tiempo, modo y lugar con las cuales se configuran los delitos y violaciones de derechos humanos, así como también las infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

Es necesario precisar que la sentencia emitida el pasado 2 de febrero de 2015 por la Sala del Tribunal no sienta un precedente propio acerca de una buena interpretación de la aplicabilidad de los patrones de Macrocriminalidad y Macrovictimización. Por el contrario la justicia colombiana esta frente a un referente no idóneo para la aplicabilidad en las decisiones de otros casos de miembros de grupos acogidos a programa de Justicia y Paz en Colombia.

Este análisis en concreto busca establecer una aproximación del error en el cual está incurriendo la justicia al determinar el caso de Ramiro Vanoy Murillo alias "*Cuco Vanoy*" a través de una condena parcial. Pues al momento de pretender establecer un precedente de esta categoría a partir de este fallo, lo único que se generaría sería un gasto innecesario de los recursos del Estado en delitos que al final no resultarán en una pena adicional, puesto que la condena proferida se hizo por el término mayor establecido en el marco jurídico para la paz.

Resulta algo incoherente que al ex jefe paramilitar se le condene por un sin número de violaciones de derechos humanos entre ellos delitos atroces como masacres, torturas, entre otros, y se exhorte a la Fiscalía para que continúe la investigación sobre aquellos delitos de tan poca relevancia como el robo de ocho gallinas, hurto de una cadena de oro, el hurto de 400.000 mil pesos. Esta investigación lo único que generaría sería el desgaste del aparato judicial y la vulneración del principio de economía procesal, yendo en contradicción de los conceptos analizados de priorización, macrovictimización, macrocriminalidad y celeridad.

Para nadie es ajeno que el tránsito hacia la consolidación de la paz ha resultado un proceso de desgaste procesal y judicial mayor, esto debido a que no se ha logrado establecer un proceso eficaz que permita condenar a los responsables de los delitos contra los derechos humanos. En ese sentido, se puede decir que la sentencia analizada no mejora la perspectiva actual del proceso de justicia y paz debido a que la aplicación de dichos patrones carece de coherencia judicial y validez jurídica lo que implica decir que de nada sirve que la Fiscalía expida actos y directrices legales, si los jueces no le otorgan a las víctimas las garantías necesarias que permitan el esclarecimiento de la verdad, la justicia, la reparación de las víctimas y el principio de no repetición de los hechos o actos.

REFERENCIAS

- Ambos, K. (2010). Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional. Bogotá D.C.: GTZ.
- Bergsmo, Morten y Saffon, M. (2011). "Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?" En: Ambos, Kai (Coordinador). Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. (pp. 23-112). Bogotá D.C.: GIZ
- Bernal, G. y Alvarez, N. (2009). Aprendizaje significativo de la Ley de Justicia y Paz. Bogotá D.C.: GTZ.
- Centro Internacional para la Justicia Transicional (2009). ¿Qué es la justicia transicional? Recuperado el 3 de abril de 2015, de <http://bit.ly/1C2WpSr>
- Colombia, Congreso de la República. (2005, 25 de junio). Ley 975. Bogotá D.C.: Diario Oficial N° 45.980 del 25 de julio de 2005. Recuperado el 5 de abril de 2015, de <http://bit.ly/1FCPhc2>
- Colombia, Congreso de la República. (2011, 10 de junio). Ley 1448. Bogotá D.C.: Diario Oficial N.º 48.096 de 10 de junio de 2011. Recuperado el 5 de abril de 2015, de <http://bit.ly/1Ih6F0i>
- Colombia, Congreso de la República (2012, 2 de diciembre). Ley 1592 de 2012. "Por medio de la cual se introducen modificaciones a la ley 975 de 2005 por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios y se dictan otras disposiciones".
- Corte Constitucional. (1993). Sentencia No. T-399/93 Fiscalía General de la Nación. Diligencia en las investigaciones/principio de eficacia.
- Corte Penal Internacional (1999). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Roma.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2009, 16 abril). Proceso 31115 sobre imputaciones parciales, postulado Fredy Rendón Herrera. MP José Leonidas Bustos Martínez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2010). El proceso penal de justicia y paz. Compilación de autos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Octubre de 2009 a noviembre de 2010. Tomo II.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2005, 8 de julio). Proceso 31290 sobre imputaciones parciales, postulado Jhon Fredy González Isaza. MP Augusto José Ibáñez Guzmán.
- Fiscalía General de la Nación (2012). Plan de acción de casos a priorizar por la unidad nacional de fiscalías para la justicia y la paz. Bogotá
- Hope, T., Bryant, J., Trickett, A. (2001). The Phenomena of multiple Victimization. The Relationship Between Personal and Property Crime Risk. The British

Journal of Criminology

- Fiscalía General de la Nación. (2012). Directiva N.º 001. Recuperado el 5 de abril de 2015, de <http://bit.ly/1O5c7SI>
- Fiscalía General de la Nación. (2012). Estadísticas Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Recuperado el 4 de abril de 2015, de <http://bit.ly/1cnOKId>
- Fiscalía General de la Nación. (2015). Fiscalía General de la Nación: Sentencia Ramiro Vanoy Murillo. Recuperado el 9 de abril de 2015, de <http://bit.ly/1ynDupp>
- Modolell, J. (2008). La justicia de transición en América Latina y Europa y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Informe del Seminario Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España. Valparaíso, 1 al 4 de abril de 2008.
- Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y paz. (2015). Sentencia Bloque Mineros – Ramiro Vanoy Murillo – alias (Cuco Vanoy). Radicado 110016000253200680018. Recuperado el 4 de abril de 2015, de <http://bit.ly/1M1De2r>
- Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. (2013). Plan de Acción de casos a priorizar por la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Recuperado el 5 de abril de 2015, de Disponible en <http://bit.ly/1OqbLb8>
- López, C. Gonzales, D. y Errandonea, J. (2012). “Justicia transicional en Colombia. En: FORER, Andreas y López Díaz, Claudia (Editores). Colombia: un nuevo modelo de justicia transicional. (pp. 11 – 114) Bogotá: GIZ.
- Romero, M. y Van Zyl, P. (2008) “Serie justicia transicional: verdad memoria y reconstrucción: promoviendo la justicia transicional en sociedades post-conflicto. Colombia: centro internacional para la justicia transicional. Bogotá D.C. Segundo tomo., 1ª. Edición.
- Rúa, C. F. (2014). “Prolegómenos para la aplicación de los criterios de priorización de delitos en los procesos de Justicia y Paz en Colombia”. *Revista latinoamericana de derechos humanos*, Vol. 25 (pp. 193 – 579). Honduras.
- Secretario General de Naciones Unidas (2004). El Estado de Derecho y justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad S/2004/616. Recuperado el 5 de abril de 2015, de <http://bit.ly/1IzR74D>
- Seils, P. (2012). Propuesta de criterios de selección y priorización para la Ley de Justicia y Paz en Colombia. Bogotá D.C.: ICTJ. Recuperado 5 de abril de 2015, de <http://bit.ly/1Ih6F0i>
- Uprimny, R. y Saffon, M.P. (2008) “Desplazamiento Forzado y Justicia Transicional en Colombia” En: Sandoval, D. Matus, A. Tulena, J. Triana, P. Justicia Transicional: Su contenido y significado. Una breve aproximación al caso Colombiano. Recuperado el 3 de abril de 2015, de <http://bit.ly/1ErmteI>

INDICE DE AUTORES

ANDREA AGUILAR BARRETO

Abogada (Universidad Libre de Colombia), Licenciada en Lengua Castellana (Universidad de Pamplona), Administradora Pública, (Escuela Superior de Administración Pública- ESAP). Doctorando en Educación (Universidad Pedagógica Experimental- UPEL). Maestrante en gestión de la Tecnología Educativa, Universidad de Santander- UDES) Especialista en Orientación de la Conducta, Especialista en Administración de la Informática educativa (Universidad Francisco de Paula Santander- UFPS). Docente e investigadora, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta, Tutora del Ministerio de Educación Nacional de Colombia. Autora responsable de la correspondencia: andreitajagUILAR@hotmail.com

AMANDA PARRA CÁRDENAS

Docente investigadora de la facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad Libre Socorro, Correo: amandaparracardenas@gmail.com, abogada especialista en derecho administrativo, candidata a magister en Derecho urbanístico y desarrollo territorial sostenible UDES, Bucaramanga, autora de libros pedagógicos sobre prevención de la violencia escolar y del proyecto de ley 151-2012 cámara: Código de los recursos naturales y ambientales de Colombia.

CARLOS MARCUCCI PARADA

Estudiante de Derecho (Universidad Simón Bolívar). Ex detective Profesional del Departamento Administrativo de Seguridad DAS e Investigador Particular del Sistema Penal Acusatorio. Correo: cm2275@hotmail.com.

FAISURY MARTÍNEZ TOVAR

Estudiante VIII Semestre de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Surcolombiana. Integrante del Semillero Estudios Constitucionales. Correo electrónico: faimartinez_12@hotmail.com

FARID VILLEGAS BOHÓRQUEZ

Magister en Literatura. Universidad Pontificia Bolivariana. Master en Relaciones Internacionales Iberoamericanas. Universidad Rey Juan Carlos – Madrid (Esp). Especialista en Pedagogía de los Derechos Humanos – Unaula. Licenciado en Español y Literatura. U. De A. Docente Fundación Universitaria –Uniminuto y

Educame. Miembro del Grupo de Investigación Responsabilidad Social y Desarrollo Sostenible – Uniminuto. Medellín Colombia, 2015. E-mail: farid.bohorquequez@gmail.com.

KATHERIN TORRES P.

Abogada, candidata a Magíster en Derecho con énfasis en Responsabilidad Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia. Integrante del Grupo de Investigación Nuevas Visiones del Derecho, actualmente es Asesora Metodológica de la Maestría en Derecho Público Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Surcolombiana. Correo electrónico: katherin.torres@usco.edu.co

ISABEL GOYES MORENO

Docente tiempo de completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Directora del Centro de Investigaciones y Estudios Socio Jurídicos “CIESJU” de la Universidad de Nariño. Abogada de la Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Laboral de la Universidad de Nariño, Magister en Docencia Universitaria de la Universidad Pedagógica Nacional, Magister en Dirección Universitaria de la Universidad de los Andes y Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Doctora en Ciencias de la Educación RUDECOLOMBIA. Codirectora e investigadora activa del grupo Currículo y Universidad de la Universidad de Nariño y Directora e investigadora del grupo Derecho, Justicia y Región DEJURE con categoría B de COLCIENCIAS pertenecientes a la Universidad de Nariño. Correo electrónico: isabelgm99@yahoo.com. Dirección postal: Carrera 38 No. 18-64

JAIRO ENRIQUE LUCERO PANTOJA

Jairo Enrique Lucero Pantoja, abogado de la Universidad de Nariño (Col.), estudiante del Posgrado de Derecho Internacional Ambiental de la Universidad de Buenos Aires (Arg.) y estudiante becario de la Maestría de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo (Arg.).

JOSÉ FERNANDO SALDARRIAGA MONTOYA

Sociólogo y Especialista Análisis del Estado Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín. Unaula Magister en Estudios Políticos Y Candidato a Doctorado en Filosofía Universidad Pontificia Bolivariana. U.P.B Medellín. Profesor Facultad Derecho UNAULA. Sociología jurídica. Cine y literatura. Miembro del grupo de estudio Pensamiento y cultura latinoamericana Unaula Correo: Josena@hotmail.com. Jose.saldarriaga@unaula.edu.co.

JORGE O. BERCHOLC

Doctor en Derecho Político, Especialista en Sociología Jurídica y Abogado, Universidad de Buenos Aires. Diploma en Estudios Avanzados (DEA), Universidad de Castilla-La Mancha, España. Postgraduado como Especialista en Constitucionalismo y Democracia, y en Justicia Constitucional, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Diploma de postgrado, Especialista en Integración Regional y Relaciones

Económicas Internacionales, Universidad de Barcelona. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Universidad de Buenos Aires. Profesor Catedrático de Teoría del Estado y de Postgrado y Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. e-mail: estudiobercholc@fibertel.com.ar Dirección postal: Pujol 675 CP 1405 CABA, Argentina.

JUAN CARLOS LAGOS MORA

Abogado Universidad de Nariño. Mag. Criminología y Ciencias Penales. PhD. Ciencias de la Educación. Historia de la Educación. Profesor Asistente Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño. Miembro del grupo de investigación CEJA – Centro de Estudios Jurídicos Avanzados de la Universidad de Nariño.

JUAN MANUEL CÓRDOBA MARTINEZ

Estudiante de décimo semestre del programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de San Buenaventura – Cali, Correo electrónico: jmcm3264@hotmail.com

JUAN PABLO MONTEZUMA MARTÍNEZ

Abogado, Grado de Honor – Egresado Distinguido de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño 2015. Pasante de verano en la Firma Brigard & Urrutia y Brigard & Castro 2013. Asistente al curso semestral de Perfeccionamiento en Derecho de la Competencia de la Universidad Externado de Colombia 2014. Correo: montezumajuanpablo@gmail.com.

LHOREN STHEPANNIE ESPINOSA SALAZAR

Estudiante de pregrado. Programa de Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Nariño. lhorenespinosa@gmail.com

LINA VANESSA ORTIZ MONTOYA

Estudiante VIII Semestre de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Surcolombiana. Integrante del Semillero Estudios Constitucionales. Correo electrónico: faimartinez_12@hotmail.com

LUIS GABRIEL RODRÍGUEZ DE LA ROSA

Estudiante de 9° semestre del programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de San Buenaventura Cali. Coordinador del Semillero de derecho internacional, adscrito al Grupo de Investigación de Problemas Contemporáneos del Derecho y la Política categorizado en A por COLCIENCIAS. Correo electrónico: lgrdelarosa@gmail.com.

MANUEL ANTONIO CORAL PABÓN

Docente Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, magíster en Derecho, estudiante Doctorado en Derecho, Universidad Santo Tomás, miembro del grupo de investigación Centro de Estudios Jurídicos Avanzados

(CEJA), email: manuelantoniocoral@gmail.com.

MARCELA ALEJANDRA ACOSTA LÓPEZ

Estudiante de pregrado. Programa de Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Nariño. marce19-4@hotmail.com.

MAYRA A. ORTEGA ESPINOSA

Estudiante de pregrado. Licenciatura en Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. Correo: maortegae@derecho.unam.mx

NANDY ANGARITA FUENTES

Estudiante de derecho (Universidad Simón Bolívar). Funcionaria de Notaria 5 de Cúcuta. Correo: n.angaritafuentes@gmail.com

ROLANDO VÍCTOR GUERRERO T.

Docente tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Abogado de la Universidad de Nariño con menciones de grado de honor y egresado distinguido. Administrador Público de la Escuela Superior de Administración Pública. Especialista en Instituciones Jurídicas de la Seguridad Social de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Magister en Administración de la Seguridad Social de la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador activo del grupo Centro de Estudios Jurídicos Avanzados “CEJA” con categoría C de COLCIENCIAS de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Correo electrónico: victorgue18@yahoo.es. Dirección postal: Carrera 3 B Número 12 – 14.

COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ESTE NUMERO

ALEJANDRA MARIA AGUIRRE FAJARDO

Abogada de la Universidad la Gran Colombia de Armenia, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomas de Bogotá. Maestría en Derecho Público en la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia (finalizada, en espera de grado).

ALEXANDER MATEUS RODRÍGUEZ

Abogado: Especialista en Derecho Administrativo. Universidad Santo Tomás. Bucaramanga, Santander.

ANA PATRICIA PABÓN MANTILLA

Abogada y Filósofa, Magister en Hermenéutica Jurídica y Derecho, Especialista en Docencia Universitaria.

ANDRÉS CONTRERAS FONSECA

Magíster cum laude en Derecho Internacional y estudiante de doctorado en derecho de la Universidad de los Andes. Abogado de la Universidad del Rosario.

ANDRÉS GONZÁLEZ SERRANO

Abogado, investigador, tratadista, conferencista a nivel nacional e internacional, profesor universitario de pregrado y posgrado. Doctorando en la Universidad de Alcalá con énfasis en Derechos Humanos y Mecanismos Internacionales de Protección. Magister de la Universidad de Alcalá en Protección Internacional de los Derechos Humanos. Magister de la Universidad Militar Nueva Granada en Derecho Administrativo. Especialista de la Universidad Militar Nueva Granada en Docencia Universitaria. Abogado Magna Cum Laude de la Universidad Militar Nueva Granada.

ANGELA MARIA NARVAEZ OSORIO

Abogada Especialista en Derecho de Familia Especialista en Pedagogía y Docencias Universitaria Magister en Educación: Desarrollo Humano.

ANGÉLICA MARÍA REYES SÁNCHEZ

Magíster en Hermenéutica Jurídica y Derecho de la Universidad Industrial de Santander, Estudios de Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Empresarial y Contractual y Abogado con título Cum Laude de la Universidad Santo Tomás Bucaramanga.

BEATRIZ LONDOÑO TORO

Abogada egresada de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, con una especialización en Derecho Constitucional y Ciencia Política, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Doctora en Derecho, Universidad Complutense de Madrid.

CARLOS ANDRES GONZÁLEZ LEÓN

Estudiante de Doctorado en Derecho en la Universidad Libre de Colombia, Seccional Bogotá. Abogado egresado de la Pontificia Universidad Javeriana, Especialista en Derecho Comercial del convenio Universidad Externado de Colombia, Universidad Autónoma de Bucaramanga; Especialista en Ciencia Política de la Universidad Autónoma de Bucaramanga y en Derecho procesal Civil de la misma Universidad; Maestro en Administración del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey en convenio con la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

CARLOS ARTURO GALLEGO MARIN

Abogado, Especialista en Derecho Constitucional Universidad Nacional de Colombia. Magister en Estudios Políticos Universidad de Caldas.

CARLOS GABRIEL SALZAR CÁCERES

Abogado, Licenciado en Filosofía y Letras; especialista en: Ciencia Política, Derechos Humanos y Derecho Penal y Criminología; Magister en Historia.

CHRISSTIAN CABEZAS MARTÍNEZ

Abogado. Universidad del Cauca. Especialista en Derecho Administrativo: Universidad del Cauca. Especialista en Derecho Procesal Penal. Universidad Cooperativa de Colombia. Magíster en Derecho Constitucional: Universidad Libre.

CLAUDIA MARGARITA MARTÍNEZ SANABRIA

Abogada, Especialista en docencia universitaria y Magíster en derecho administrativo por la Universidad Militar Nueva Granada (Colombia); Magister en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y la UIMP de Madrid (España). Doctoranda en Gobierno y Administración Pública por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset y la Universidad Complutense de Madrid (España).

DANIEL LAUREANO NOGUERA SANTANDER

Abogado Universidad de Nariño, Diplomado en Métodos Alternativos de Solución de Conflictos Universidad de Nariño, Diplomado en Derechos Humanos y Derecho Internacional humanitario Defensoría del Pueblo, Promotor de Derechos Humanos Defensoría del Pueblo, Becario de la Maestría de Investigación en Derecho con mención en Derecho Internacional Económico UASB-SE.

DIANA MARCELA GALLARDO MONTERO

Abogada egresada de la Universidad de Nariño, especialista en Derecho Penal en la Universidad del Rosario, Magister por la Universidad Carlos III de Madrid.

DUBÁN RINCÓN ANGARITA

Abogado de la Universidad Industrial de Santander graduado con la distinción "Cum Laude". Magister en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia.

ÉDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO

Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (1997). Tiene un posgrado en Derecho Civil de la Universidad de Salamanca – España (1999) y es especialista en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana (2001). Es Magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia (2013). Doctorante en Derecho de la Universidad Alfonso X El Sabio (España).

EDNA MILENA MORALES VARGAS

Abogada y especialista en Docencia Universitaria de la Universidad Militar Nueva Granada, especialista en derecho comercial y contractual de la Universidad del Rosario, candidata a doctor de la Universidad de Buenos Aires.

ENRIQUE DÍAZ BRAVO

Abogado de la Universidad Central; Licenciatura en Derecho homologada por el Estado Español; Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla, España; Máster en Estudios Hispánicos, democracia y libertad, Universidad de Cádiz, España; Máster (C) en Evaluación de Políticas Públicas por la Universidad Internacional de Andalucía, España; y Doctorando en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla, España.

FRANCISCO JAVIER RIVERA OLARTE

Magister en Derecho - Programa Derecho de los Recursos Naturales, Especialista en Derecho Probatorio - énfasis en Derecho Penal Acusatorio - Ley 906/2004, Especialista en Derecho Administrativo, Especialista en Pedagogía, Docente Ocasional tiempo completo adscrito a la Facultad de Derecho categoría Asociado, Titular de los cursos de formación Derecho Laboral – gestión de la seguridad social, derecho probatorio, docente investigador, asesor y consultor de diferentes

corporaciones medioambientales, Abogado Independiente.

GLORIA INÉS COSSIO AMÉZQUITA

Abogada de la Universidad La Gran Colombia Armenia, Especialista en Derecho de Familia, Conciliadora en Derecho, cursando maestría en Derecho Público.

GUSTAVO ALEJANDRO CASTRO ESCALANTE

Abogado de la Universidad Libre de Colombia, Magister en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario – Argentina, Docente de las Áreas de Derecho Privado y Procesal de la Universidad Libre de Colombia – Sede Bogotá.

GUSTAVO GARCÍA BRITO

Abogado, Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca, Sucre, Bolivia (2006), Especialista en Derecho de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, Bolivia (2007), Magíster en Derecho, mención Derecho Internacional Económico. Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador (2008). Especialista en Instrumentos jurídicos de las relaciones económicas internacionales y la integración regional, Universitat de Barcelona, UNCTAD, Fundación CEDDET (2010).

JORGE RICARDO PALOMARES GARCÍA

Abogado. Magíster en Derecho de la Universität Konstanz. Candidato a Doctor en Derecho de la Universität konstanz.

JUAN NORBERTO ZULUAGA OSORIO

Licenciado en educación. Ha sido distinguido con los títulos de las especializaciones en Pedagogía y Docencia Universitaria, Derecho de Familia, en Educación cultura y política.

LINA MARÍA LÓPEZ JIMÉNEZ

Magister en Derecho Económico, Universidad Externado de Colombia; candidata a Doctora en Derecho, Universidad Externado de Colombia; especialista en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes; Abogada de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia.

LUISA FERNANDA GARCÍA LOZANO

Abogada de la Universidad Santo Tomás de Colombia. Máster Oficial de la Universidad del País Vasco y de la Università degli Studi di Milano: Master in Sociology of Law ofrecido por el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. Actualmente se encuentra cursando el Doctorado en derecho en la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Nacional de Colombia.

LUISA FERNANDA HURTADO CASTRILLÓN

Doctora en Derecho de la Universidad Santiago de Cali. Magister en Educación superior con énfasis en investigación, Especialista en Docencia Universitaria y conciliadora en Derecho.

MARÍA ALEXANDRA RUIZ CABRERA

Abogada de la Universidad de Nariño, Pasto (2012), Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar- Sede Ecuador-, Quito (2014). Cursa una Especialización en Derecho Procesal Penal en la Universidad Cooperativa de Colombia, Pasto. Doctoranda en Derecho Universidad Andina Simón Bolívar- Sede Ecuador-. Quito.

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Abogado de la Universidad Libre de Colombia, especialista en Derecho Civil de la Universidad de París II y, actualmente se encuentra cursando el Doctorado en Derecho en la Universidad Nacional de Colombia.

MELISSA RÍOS SARMIENTO

Politóloga de la Universidad de la Andes con énfasis en Gobierno de la Escuela Lleras Camargo, Maestría en Derecho Público en la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia (finalizada, en espera de grado).

MÓNICA GABRIELA ROSERO MUÑOZ

Abogada Especialista en Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derechos Humanos, Derecho de Familia, Derecho Procesal Penal y Criminalística, candidata a Magister de Derecho Constitucional.

INSTRUCCIONES PARA AUTORES

La revista científica CODEX de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, es un medio de divulgación del conocimiento, la investigación, la proyección social y el saber jurídico y socio jurídico. Su objetivo esencial es la publicación de resultados de investigación, generando espacios de debate con un enfoque crítico social sobre temas de relevancia jurídica.

La Revista Científica CODEX está dirigida a abogados, investigadores, litigantes, , rama judicial, legislativa y ejecutiva, estudiantes de derecho de pregrado y postgrado, y en general a las personas interesadas en asuntos jurídicos y socio jurídicos, a nivel nacional e internacional.

La Revista Científica CODEX trata temas de relevancia académica y científica en el área del derecho privado, público, social (laboral, familia, agrario, medio ambiental, multiculturalidad), penal, internacional y área humanística (sociología, historia del derecho, teoría y filosofía del derecho).

A partir del día 24 de marzo de 2015, oficialmente abre convocatoria permanente para la recepción de artículos científicos, bajo los siguientes parámetros:

1. TIPO DE ARTÍCULOS

La revista científica CODEX publicará artículos resultados de investigación adelantados a nivel nacional e internacional, que cumplan con los requerimientos de Colciencias sobre la materia. La revista publica los siguientes tipos de artículos:

- (i) Artículos de investigación científica y tecnológica: El documento deberá presentar, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.
- (ii) Artículo de reflexión: El documento deberá presentar resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales. Estructura: Introducción, planteamiento de problema, desarrollo y conclusiones.

- (iii) Artículo de revisión: El documento deberá presentar el resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa y amplia revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias. Estructura: Introducción, planteamiento de la temática, recuperación bibliográfica, tendencias en el campo del conocimiento, y conclusiones.

2. RESERVA DE DERECHOS

La recepción de un artículo por parte de la Revista Científica CODEX no implica su aprobación, ni el compromiso de publicación. El autor será informado oportunamente de los resultados del proceso de evaluación del artículo, y la fecha de publicación en caso de ser aceptado.

El autor deberá presentar, junto con el artículo, la carta de cesión a la revista de sus derechos patrimoniales sobre el artículo, en la cual autoriza expresamente a la revista a copiar, reproducir, distribuir, publicar, y comercializar el artículo presentado, a través de medios digital o electrónico, físico, reprográfico y en general a través de cualquier medio de comunicación académicamente aceptado.

El autor en la misma carta manifiesta que el artículo respeta los derechos de autor de terceros, y exonera a la Universidad de Nariño de responsabilidad frente a terceros, y se compromete a responder por cualquier acción judicial entablada por ese hecho.

La revista realizará la publicación, en todo caso, mencionando al autor del artículo, y respetando los derechos morales de autor (Ley 23 de 1982, Decisión 351 CAN)

3. REQUISITOS DE LOS ARTÍCULOS

Los artículos presentados a la revista Codex, deben cumplir con los siguientes requisitos:

3.1. ORIGINALIDAD: El artículo debe ser original y de autoría de quien lo presenta.

3.2. TÍTULO DEL ARTÍCULO: Debe presentarse un título acorde con el contenido del artículo.

3.3. IDIOMA: El artículo debe presentarse preferiblemente en español. Sin embargo, la revista también publica artículos que se presenten en inglés o francés.

3.4. NOMBRE DEL AUTOR: Se presenta el nombre del autor o autores del artículo, y a pie de página señalar: Pertenencia institucional, títulos académicos, grupo de investigación al cual pertenece, correo electrónico,

dirección postal.

3.5. **RESUMEN:** Se realiza en un solo párrafo y se recomienda que su extensión no sea superior a 200 palabras. Debe presentarse en español y en inglés.

3.6. **PALABRAS CLAVE:** Son las palabras que identifican los conceptos básicos utilizados en el artículo, máximo 5 palabras clave. Debe presentar en español e inglés. La revista recomienda consultar el *Thesaurus* de Unesco: <http://databases.unesco.org/thessp/>.

3.7. **EXTENSIÓN:** El artículo deberá tener una extensión mínima de 10 páginas y máxima de 20 páginas, contando desde el título hasta las referencias. Tipo de página: carta (*letter*) papel 21.59cm x 27.94cm (8 ½" x 11")

3.8. **TIPO DE LETRA:** Times New Roman, 12 puntos, interlineado 1.5, y texto alineado a la izquierda justificado. Sin espacio entre párrafos.

3.9. **MÁRGENES:** 2,54 cm en toda la hoja.

3.10. **SANGRÍA:** Cinco espacios en la primera línea de cada párrafo.

3.11. **ESTRUCTURA:** El artículo deberá contener una introducción subcapítulos enumerados (1,2,3...), conclusiones o recomendaciones, y lista de referencias.

3.12. **IMÁGENES:** El artículo puede contener imágenes, mapas, y diagramas, sin embargo debe tenerse en cuenta que la publicación se realiza en blanco y negro. Por lo tanto deberá contener las leyendas para que la información sea entendible.

3.1.3. **PALABRAS EN LATÍN:** Las palabras en latín deben ir en cursiva.

3.14. **AGRADECIMIENTOS:** Los agradecimientos por el apoyo que hayan recibido los autores se debe colocar al final de artículo, después de la Bibliografía.

3.15. **PONENCIAS:** Si el artículo fue presentado como ponencia y esta NO FUE PUBLICADA, deberá indicarse a pie de página.

3.16. **NORMAS:** En el estilo, citas y referencias el autor deberá utilizar las establecidas por la Asociación Americana de Psicología (Normas APA) en la sexta edición. Al final de esta convocatoria encontrará una breve guía de citas.

4. FORMA DE ENVÍO

Los artículos se enviarán al Comité Editorial de la Revista Científica Codex por medio electrónico al correo: rcodex@udenar.edu.co

El autor deberá enviar:

- Artículo en formato Word (archivo con extensión.doc)
- Carta de cesión de derechos diligenciada y firmada por todos los autores, debidamente escaneada. (disponible en: derecho.udenar.edu.co, y en revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)
- Formato de presentación del artículo. (disponible en: derecho.udenar.edu.co, y en revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

Recuerde que la convocatoria de recepción de artículos se encuentra abierta de forma permanente.

5. PROCESO DE ARBITRAJE

La REVISTA CIENTÍFICA “CODEX” utilizará el sistema de “*doble ciego*” para la evaluación de los artículos presentados. En consecuencia, los autores no conocerán los nombres de los pares evaluadores, así mismo, éstos no conocerán el nombre de aquellos. La evaluación será remitida por los pares evaluadores mencionando únicamente el título del artículo.

El proceso de arbitraje se realizará así:

- Los artículos serán revisados por el Comité Editorial el cual evaluará:
 - Cumplimiento de los requisitos formales, como extensión, forma de citas, referencias, etc., y existencia de la carta de cesión de derechos.
 - *Pertinencia del tema*: El artículo debe tratar un tema de interés jurídico o socio jurídico.
 - *Originalidad*: El artículo debe ser original e inédito, por lo tanto se descartarán aquellos artículos publicados en otros medios.
- Los artículos que hayan pasado el primer filtro, serán enviados a dos (2) árbitros, expertos en el área, quienes evaluarán:
 - Evaluación de estructura: Evaluarán cada una de las partes del artículo: título, resumen, introducción, metodología, resultados, conclusiones, y referencias.
 - Rigor científico y académico: Se evalúa la validez jurídica y científica de las conclusiones a partir de la metodología y argumentos expuestos en el artículo.
 - Estado del arte: Se evalúa los referentes teóricos y conceptuales expuestos en el artículo.
 - Fuentes bibliográficas: Se evalúa la pertinencia y actualidad de las citas y fuentes bibliográficas.
- Los árbitros brindarán la siguiente calificación:
 - *No publicable*. El artículo no se publicará.

- *Publicable sin correcciones*: El artículo pasa directamente a fase de publicación

- *Publicable con correcciones*: En este caso se informarán las correcciones al autor para que las realice en un término no mayor a diez días hábiles. El comité editorial revisará la pertinencia de las correcciones realizadas, y pasará a fase de publicación.

La revista se reserva el derecho a realizar correcciones de estilo, las cuales se informarán a los autores.

6. CÓDIGO DE ÉTICA DE LA REVISTA CODEX

La Revista científica CODEX de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño realiza el proceso de arbitraje con árbitros de reconocida idoneidad, preferiblemente con título de maestría y doctorado, y miembros de prestigiosas instituciones Universitarias.

El proceso de arbitraje garantiza que el artículo se enviará en un formato electrónico que impida o dificulte su modificación, y que garantice la protección a los derechos de autor. Así mismo los árbitros aceptarán conservar la confidencialidad del artículo y los resultados y conclusiones que en él se plasmen, así como a garantizar y proteger los derechos de autor.

La Revista pretende cumplir con los estándares de calidad requeridos para lograr su indexación a nivel nacional e internacional.

La Revista realizará un control estricto de las publicaciones, con el fin de garantizar la no vulneración de derechos de autor de terceros. En el momento que la revista detecte una violación a éstos, comunicará al titular de tales derechos, y pondrá en conocimiento de las autoridades competentes.

Los escritos que aparezcan en la Revista son de responsabilidad de los autores.

Los artículos enviados a la Revista para ser evaluados no pueden estar en proceso de evaluación en otra publicación.

1. BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES

La revista CODEX acoge los estándares internacionalmente aceptados en materia de publicación científica. Por lo tanto, la revista CODEX adopta en su proceso las directrices fijadas en la 2nd World Conference on Research Integrity realizada en Singapur, en julio de 2010. En consecuencia recomienda a los autores su revisión. Las directrices pueden consultarse en: http://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf

7. RECIPROCIDAD

El autor del artículo recibirá en su dirección postal dos (2) ejemplares de la revista, de manera gratuita.

8. DATOS DE CONTACTO

Página web: derecho.udenar.edu.co

Dirección Física: Ciudad Universitaria, Universidad de Nariño, sede Torobajo, bloque D, Facultad de Derecho. San Juan de Pasto, Nariño, Colombia.

Correo electrónico: rcodex@udenar.edu.co

Teléfono: 57 (2) 7315438

MANUAL DE CITAS Y REFERENCIAS

Las citas y los listados de referencias deberá realizarse conforme a las normas APA sexta edición, que pueden consultarse en las páginas:

- <http://www.apa.org/>
- <http://normasapa.com/>

A continuación se presentan ejemplos de las citas más comunes, así como la forma de citar sentencias y leyes admitidas por la revista.

1. CITAS

1.1. CITA TEXTUAL DE MENOS DE 40 PALABRAS

Cuando la cita es textual y consta de menos de 40 palabras se escribe inmersa dentro del texto, entre comillas y sin cursiva. Después de las comillas de cierre entre paréntesis se ubica el apellido del autor, año de publicación, y página usando la abreviatura (p.), el punto se coloca después de la cita. Así, es posible utilizar cualquiera de las dos formas que se indican:

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Una aproximación al concepto de argumentación jurídica permite concluir que *“la argumentación es una de las labores que generalmente desarrollamos los abogados en todos los campos del Derecho en el que nos desempeñemos.”* (Muñoz, 2007, p. 21). Por lo tanto, fuerza concluir, el abogado tiene la misión principal de formarse en argumentación jurídica como una auténtica herramienta de trabajo.

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Una aproximación al concepto de argumentación jurídica expuesto por Muñoz (2007) permite concluir que *“la argumentación es una de las labores que generalmente desarrollamos los abogados en todos los campos del Derecho en el que nos desempeñemos.”* (p. 21). Por lo tanto, fuerza concluir, el abogado tiene la misión principal de formarse en argumentación jurídica como una auténtica herramienta de trabajo.

1.2. CITA TEXTUAL DE MÁS DE 40 PALABRAS

La cita textual de más de 40 palabras deberá escribirse aparte del texto, con sangría, sin comillas, sin cursiva, y con letra de un tamaño menor (11 puntos), y a espacio sencillo. El punto se coloca antes de la referencia, que se realiza también entre paréntesis. A continuación se exponen dos formas válidas

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así la doctrina ha expuesto:

Sin embargo, debe hacerse claridad que el concepto de “*argumentación jurídica*”, no solo se refiere a la argumentación judicial, pues esta última es solo una de las caras que puede mostrar la argumentación jurídica. El campo que abarca el concepto es en realidad más amplio y si bien es cierto que en tratándose del debate judicial, este termina con la sentencia, la cual por supuesto debe ser argumentada, esta se presenta ya como el producto de las argumentaciones de las partes. (Muñoz, 2007, p.22)

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así Muñoz (2007) ha expuesto:

Sin embargo, debe hacerse claridad que el concepto de “*argumentación jurídica*”, no solo se refiere a la argumentación judicial, pues esta última es solo una de las caras que puede mostrar la argumentación jurídica. El campo que abarca el concepto es en realidad más amplio y si bien es cierto que en tratándose del debate judicial, este termina con la sentencia, la cual por supuesto debe ser argumentada, esta se presenta ya como el producto de las argumentaciones de las partes. (p.22)

1.3. CITA DE PARAFRASEO

Es la cita que plasma las ideas de otro autor, pero con las palabras propias del escritor. Al final de la idea retomada se realiza la cita entre paréntesis, y sin mencionar el número de página.

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. La labor cotidiana del abogado incluye elementos de argumentación, y específicamente de la argumentación jurídica (Muñoz, 2007)

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así las cosas, Muñoz (2007) aclara que la labor cotidiana

del abogado incluye elementos de argumentación, y específicamente de la argumentación jurídica.

1.4. CITAS DE TEXTOS CON VARIOS AUTORES

Dos autores: Los apellidos se separan con “y”, y en inglés se utiliza “&”.

Muñoz y Coral (2005) consideran que....

Cabe resaltar que varios autores coinciden con lo afirmado (Muñoz y Coral, 2005)

Tres a cinco autores: La primera vez que se citan se indican los apellidos de todos, posteriormente sólo el primero, y se agrega “et al” seguido de punto.

Pérez, Martínez, y Muñoz (2010), consideran....

De esta forma Pérez et al. (2010), afirma....

Esa es la postura general de la doctrina (Pérez, Martínez, y Muñoz, 2010) Sin embargo se ha presentado críticas al respecto (Pérez et al., 2010)

Seis o más autores: Se cita el apellido del primero seguido de et al., desde la primera citación.

1.5. CITA DE TEXTOS DE AUTOR CORPORATIVO

Se coloca el nombre de la entidad en lugar del apellido, la primera vez se cita el nombre completo de la entidad y entre paréntesis la sigla. Las citas subsiguientes únicamente llevan la sigla.

Los programas ofrecidos por la Universidad de Nariño (Udenar, 2012)...., siendo así la política de la educación pública en Colombia requiere ajustes (Universidad de Nariño [Udenar], 2012)

1.6. CITA DE TEXTOS ANÓNIMOS

En lugar del apellido se coloca la palabra “anónimo”.

1.7. CITA DE CITA

Cuando no se tiene acceso a la fuente directa de la información, sino a través de un autor que hace la cita, se hace conforme al ejemplo:

Bonorino (como se citó en Muñoz, 2007), ha planteado que...

1.8. NOTAS

Puede utilizar el pie de página para realizar ampliación del tema, ejemplos, o puntualizaciones en torno a lo expuesto en el párrafo principal.

1.9. SENTENCIAS

Entre paréntesis se indicará el nombre de la corporación, seguida de coma, y el número de la sentencia.

(Corte Constitucional, T-406-92)

(Corte Suprema de Justicia Sala Casación Civil, Sentencia del 15 de agosto de 2014)

1.10. LEYES

Entre paréntesis se indicará el país, y el número y año de la ley.

(Colombia, Ley 1480 de 2001)

(Colombia, Código Civil)

2. REFERENCIAS

Las referencias se realizarán enlistando en orden alfabético únicamente los textos citados en el artículo. Deberá contar con sangría francesa.

2.1. LIBROS

Apellido, A.A. (Año). *Título*. Ciudad, País: Editorial.

Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales

2.2. LIBROS DE VARIOS AUTORES

Apellido, A.A., Apellido, A.A., & Apellido, A.A. *Título*. Ciudad, País: Editorial

Narváez García J.I., Narváez Bonnet J. E. & Narváez Bonnet O.S (2008). *Derecho de la empresa*. Bogotá: Legis editores

2.3. LIBRO CON EDITOR (LOS CAPÍTULOS SON ESCRITOS POR VARIOS AUTORES)

Apellido, A.A. (Ed). (Año). *Título*. Ciudad, País: Editorial.

2.4. LIBRO EN VERSIÓN ELECTRÓNICA

Apellido, A.A. (año). *Título*. Recuperado de <http://www.xxx.xxx>

2.5. CAPÍTULO DE LIBRO

Apellido, A.A. y Apellido. A.A. (Año). Título del capítulo. En: A.A. Apellido (Ed), *Título del libro* (pp. Xx – xx). Ciudad, País: Editorial

Martínez, M.M. y Gonzales A.P. (2012). Historia del Derecho Moderno. En: P.M. Pérez (Ed). *Nuevas tendencias del derecho* (pp. 58-23). Pasto, Colombia: Editorial Universidad de Nariño.

2.6. **ARTÍCULO DE REVISTA**

Apellido, A.A., y Apellido, A.A.(Año). Título del Artículo. *Nombre de la Revista*, volumen (o número), pp-pp.

Martínez, M.M. y Gonzales, A.P. (2012). La ley en mundo Romano. *Revista Foro Universitario*, 13, 12-34.

2.7. **ARTÍCULO DE PERIÓDICO**

Apellido, A.A. (fecha). Título de artículo. *Nombre del periódico*, pp-pp. Online:

Apellido, A.A. (Fecha). Título del artículo. *Nombre del periódico*. Recuperado de <http://www.xxx.xxx>

2.8. **AUTOR CORPORATIVO – INFORME GUBERNAMENTAL**

Nombre de la organización. (Año). *Título del informe*. Recuperado de: <http://www.xxx.xxx>

2.9. **TESIS Y TRABAJOS DE GRADO**

Apellido, A.A. (Año). *Título de la tesis* (tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución; ciudad, país.

2.10. **SENTENCIAS**

País. Corporación. (Año, día de mes). Sentencia S-333, M.P. Ernesto García, Ciudad.

2.11. **LEYES**

País. Corporación. (Año, día de mes) Ley XXX “*por medio de la cual....*”

SUSCRIPCIÓN VERSIÓN ELECTRÓNICA

Estimado Lector. Si desea suscribirse GRATUITAMENTE a la Revista Científica CODEX versión electrónica, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, ingrese a la página: <http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex>.

Realice el registro y recibirá en su correo electrónico los próximos números de la revista.

CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA

Puede suscribirse a la versión física de la Revista Científica CODEX, diligenciando el cupón on line disponible en la página <http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex>.

También puede suscribirse recortando el cupón que se encuentra a continuación y enviándolo a la dirección: Calle 18 Carrera 50, Universidad de Nariño, Ciudadela Universitaria Torobajo, Bloque D, Facultad de Derecho, de la ciudad de San Juan de Pasto, Departamento de Nariño, República de Colombia. También puede escanearlo y enviarlo al correo: rcodex@udenar.edu.co

A vuelta de correo se le informarán los costos de envío y la forma de pago de los mismos.

REVISTA CIENTÍFICA CODEX
CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA

Nombre o Institución: _____

Cédula/NIT/DNI _____

Dirección: _____ Ciudad: _____

Depto/Estado: _____ País: _____

A.A. _____ Teléfono: _____

E-mail: _____

Pertenencia Institucional: _____

Firma _____



Esta obra se imprimió en los talleres de la
Empresa Editora de Nariño
"EDINAR"
Carrera 21 No. 19 - 57 Centro
Teléfono: 7200952
Pasto - Nariño