

En las fronteras de la justicia

Iván Vargas-Chaves
Editor/compilador

Iván Vargas-Chaves
Editor/compilador

En las fronteras de la justicia

En las fronteras de la justicia

Iván Vargas-Chaves
Editor/compilador



2020

Este libro es resultado de investigación, evaluado bajo el sistema doble ciego por pares académicos.

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DEL CARIBE – CECAR

Rector

Noel Morales Tuesca

Vicerrector Académico

Alfredo Flórez Gutiérrez

Vicerrector de Ciencia Tecnología e Innovación

Jhon Víctor Vidal

Directora de Investigaciones

Luty Gomezcáceres

Decano Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

María Eugenia Vides Argel

Coordinador Editorial CECAR

Jorge Luis Barboza

© 2020, **En las fronteras de la justicia**. Iván Vargas Chaves, Víctor Manuel Cáceres Tovar, María Fernanda Valbuena Batanero, Daniel Andrés Figueredo de Pérez, Alexandra Cumbe Figueroa, Yina Torres Pérez, Katy Torres Pérez, Inés Cassiani Hernández, Iván Humberto Galvis Macías, Alejandra González Villarreal, Luisa Fernanda Guerra Carrera, José Darío Arguello Rueda, Rafaela Sayas Contreras. Oswaldo Mercado Pedraza, autores.

ISBN: 978-958-5547-30-8 (impreso)

ISBN: 978-958-5547-64-3 (digital)

DOI: 10.21892/978-958-5547-64-3

Sincelejo, Sucre, Colombia.

En las fronteras de la justicia / Iván Vargas-Chaves...[et al.]; Iván Vargas-Chaves, editor.

– Sincelejo : Editorial CECAR, 2020.

244 páginas : ilustraciones, tablas ; 23 cm.

Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo.

ISBN: 978-958-5547-30-8. (impreso)

ISBN: 978-958-5547-64-3 (digital)

1. Justicia Social 2. Medio ambiente 3. Medio ambiente-deterioro 4. Medio ambiente-conservación 5. Política ambiental 6. Campañas electorales 7. Democracia I. Vargas-Chaves, Iván II. Titulo.

303.372 E561e 2020

CDD 21 ed.

CEP – Corporación Universitaria del Caribe, CECAR. Biblioteca Central – COSiCUC

Tabla de Contenido

<i>Autores</i>	7
<i>Introducción</i>	9
1. Las aspiraciones distributivas de la justicia global	15
Iván Vargas-Chaves	
2. El estado constitucional de derecho en Colombia y su incidencia en el sistema jurídico	33
Víctor Manuel Cáceres Tovar María Fernanda Valbuena Batanero	
3. Fronteras y concepto de derecho [internacional]	57
Daniel Andrés Figueredo de Pérez	
4. Del daño ambiental al daño cultural en San Basilio de Palenque	83
Iván Vargas-Chaves Alexandra Cumbe-Figueroa Yina Torres-Pérez Katy Torres-Pérez Inés Cassiani-Hernández	
5. Competencia económica y derecho de la competencia: las prácticas restrictivas de la competencia en el derecho colombiano	111
Iván Humberto Galvis Macías	
6. La frontera de lo punible del derecho de autor en el entorno digital: un nuevo reto para la justicia	153
Alejandra González Villarreal	

7. La intervención del sector privado en la financiación de campañas electorales en Colombia: implicaciones para la democracia	173
---	------------

Luisa Fernanda Guerra-Carrera

8. Acciones de política pública para la participación política y la igualdad de las mujeres en el departamento de Santander (Colombia).....	193
--	------------

José Darío Argüello Rueda

9. La vivienda de interés social en Cartagena: un análisis crítico en torno de la satisfacción del derecho a la vivienda digna	225
---	------------

Rafaela Sayas Contreras

Oswaldo Mercado Pedraza

EPÍLOGO	243
----------------------	------------

Mercedes Chaves Jaime

Iván Vargas Chaves

Abogado de la Universidad del Rosario. Máster en Derecho de la Universidad de Génova, Italia. Máster en Derecho Privado y Doctor en derecho de la Universidad de Barcelona, España. Dottore di Ricerca (Dott. Ric.), de la Universidad de Palermo, Italia. Docente investigador de la Corporación Unversitaria del Caribe - CECAR.

Víctor Manuel Cáceres Tovar

Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia. Especialista en Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia de la Universidad de Alcalá, España. Magister en Derecho Penal de la Universidad Libre de Colombia. Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.

María Fernanda Valbuena Batanero

Licenciada en Educación Comunitaria de la Universidad Pedagógica Nacional. Magister en Desarrollo Educativo y Social de la Fundación Centro Internacional de Educación y Desarrollo Humano – CINDE.

Daniel Andrés Figueredo de Pérez

Abogado de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho Médico-Sanitario de la Universidad del Rosario. Máster en Derecho Internacional de United Nations-mandated University for Peace, Costa Rica.

Alexandra Cumbe Figueroa

Estudiante de Derecho de la Universidad La Gran Colombia.

Yina Torres Pérez

Estudiante de Derecho de la Universidad Tecnológica de Bolívar.

Katy Torres Pérez

Estudiante de Derecho de la Universidad Tecnológica de Bolívar.

Inés Cassiani Hernández

Estudiante de Derecho de la Universidad Tecnológica de Bolívar.

Iván Humberto Galvis Macías

Abogado de la Universidad Santo Tomás. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Contratación Estatal de la Universidad Santo Tomás. Magíster en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia.

Alejandra González Villarreal

Estudiante de Derecho de la Universidad Tecnológica de Bolívar.

Luisa Fernanda Guerra Carrera

Abogada de la Universidad Tecnológica de Bolívar. Politóloga de la Universidad Tecnológica de Bolívar. En curso Maestría en Desarrollo y Cultura de la Universidad Tecnológica de Bolívar.

José Darío Argüello Rueda

Abogado de la Universidad Santo Tomás. Magíster en Análisis Político de la Universitat Oberta de Catalunya. Doctorando en Seguridad Humana y Derecho Global de la Universitat Autònoma de Barcelona. Director del Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Docente investigador..

Rafaela Sayas Contreras

Abogada de la Universidad de Cartagena. Especialista en Conciliación y Resolución de Conflictos de la Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad del Rosario. Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Doctora en Sociología de la Universidad de Belgrano, Argentina.

Oswaldo Mercado Pedraza

Estudiante de Derecho de la Universidad de Cartagena.

El derecho se sitúa como una institución al servicio de la sociedad, en el contexto de los debates generados por las teorías contemporáneas de la justicia; más allá, de un ente al cual ésta debe su sometimiento. Con la presente obra colectiva, los autores reafirman el llamado de atención a repensar el derecho desde este enfoque, a través de distintas aproximaciones en temas como salud, ambiente, servicios públicos y seguridad social.

Un primer conjunto de las reflexiones que aquí se recogen son el producto del diálogo permanente de los integrantes del grupo con la realidad global y con problemáticas de trascendencia para la justicia global. Algunas de estas reflexiones fueron presentadas en el IV Coloquio Internacional de Investigadores en derecho, organizado por las Universidades Nacional Autónoma de México, de León (España), de Vigo (España), de La Habana (Cuba), Federal de Pernambuco (Brasil), y Tecnológica de Bolívar (Colombia).

Los aportes académicos que se presentan aquí no poseen otra pretensión que la de compartir los resultados de su quehacer investigativo.

Cada uno de los capítulos contó con la rigurosa evaluación de pares académicos externos, y con un proceso de selección previo que evaluó la calidad del contenido. Es por ello que el resultado de este esfuerzo que, usted lector, tiene en sus manos, es el fiel reflejo de que fue posible aquel reto. El contenido de esta obra, con el fin de otorgarle una consistencia sistemática, se estructuró de la siguiente manera: en el primer capítulo, titulado Las aspiraciones distributivas de la justicia global, Iván Vargas-Chaves sostiene que el problema de la pobreza, más allá de ser un asunto exclusivamente de distribución de los recursos, es una cuestión que debe abordarse desde nuevos enfoques en su carácter multidimensional y diverso, como lo conciben algunos teóricos desde la óptica de la justicia global, además del reconocimiento del deber moral de asistencia.

Introducción

El autor en primer lugar afronta el concepto y la medición de la pobreza. A continuación, señala algunos de los grandes retos que trae consigo el binomio pobreza-diversidad en un contexto global. Y, por último, delinea el concepto del deber moral de asistencia desde los deberes correlativos, con miras a plantear unas reflexiones finales que sintetizen los puntos relevantes de este capítulo.

El capítulo segundo es resultado de una estancia de investigación predoctoral llevada a cabo por el autor Joe Caballero Hernández, en la Universidad Pompeu Fabra, bajo la supervisión del profesor Josep Joan Moreso. Allí se analizan los fundamentos y críticas sustentadas en el uso del control de constitucionalidad aplicando el principio de razonabilidad, por parte de los tribunales constitucionales.

La discusión surge en los ámbitos académicos, por la posición contra mayoritaria que tienen los jueces constitucionales en la actualidad, ya que el poder que consignan puede ser apreciado de forma imperativa o bien racional, lo cual depende del enfoque ideológico en el que se investigue. Por consiguiente, se analizarán estas críticas y se brindarán soluciones viables para mejorar el modelo del control de constitucionalidad y el concepto de razonabilidad.

En el tercer capítulo, Víctor Cáceres y María Fernanda Valbuena proponen una visión preponderantemente constitucional y de Derechos Humanos del Estado de derecho, estudiando su evolución y resaltando la importancia que esta figura ha tenido dentro del sistema jurídico colombiano. Lo que se busca es resaltar la incidencia que el mismo tiene en el ordenamiento jurídico interno, haciendo un recorrido desde sus orígenes hasta el cambio de paradigma que supuso la Constitución Política de 1991, y los recientes avances en la materia.

En el capítulo cuarto, Lina Reyes y Juan Carlos Peláez, abordan el principio de proporcionalidad, originario del derecho administrativo alemán, que es uno de los instrumentos de control judicial más aplicado en el mundo. Aunque los investigadores sostienen que no existe allí consenso sobre su contenido definitivo, su expansión es notoria en el derecho de distintas regiones, tales como el derecho europeo, latinoamericano, anglosajón y africano. Es aplicado actualmente, incluso, por tribunales internacionales tales como el Tribunal Internacional de Justicia, el Órgano

Introducción

de resolución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio y, recientemente, por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones – CIADI –. Este último centro de arbitraje se ha inspirado en el desarrollo jurisprudencial de las Altas Cortes Europeas, para introducir el principio de proporcionalidad dentro de sus laudos arbitrales, generándose así un diálogo entre jueces de distintas regiones y contextos jurídicos.

Dentro de este capítulo se analizará el diálogo entre el CIADI y las altas cortes europeas, en relación con el principio de proporcionalidad, con el fin de determinar si estamos o no frente a un diálogo persuasivo y de qué manera ese diálogo se inserta en alguno de los fenómenos actuales del derecho internacional público, por una parte, la coordinación del derecho internacional y, por otra parte, el pluralismo jurídico.

En el capítulo quinto, su autor Daniel Figueredo de Pérez, ofrece una reflexión acerca de las fuentes del derecho internacional público, y la complejidad que el derecho blando en particular, presenta respecto de su conceptualización. La idea de que existe un sistema de fuentes del derecho internacional es tan vieja como los cuestionamientos sobre ella.

El objetivo de esta investigación es buscar reconectar al lector con el esfuerzo teórico realizado por H.L.A. Hart en su famoso libro “El concepto de derecho”; sin embargo, no es un análisis que necesariamente aborde la situación que lo ocupa desde la perspectiva hartiana del asunto. Por el contrario, señala qué tan cuestionables son las ideas sobre la necesidad de un legislador central para la creación de normas jurídicas vinculantes, y, qué interpretaciones se les ha dado a nociones como la de obligación internacional.

El capítulo seis, por su parte, es el resultado del proyecto de investigación sobre biocentrismo, medio ambiente y política pública: análisis desde el neoinstitucionalismo hacia la justicia ecológica. En dicho capítulo, Iván Vargas Chaves, Alexandra Cumbe Figueroa, Yina Torres Pérez, Katy Torres Pérez e Inés Cassiani, describen las prácticas culturales de la comunidad de San Basilio de Palenque alrededor del Arroyo. Dichas prácticas habían logrado permanecer en el tiempo, y hacían parte de su identidad cultural; actividades que se estaban viendo afectadas por la falta de presencia estatal en este lugar, toda vez que, la acumulación de basuras y residuos sólidos

Introducción

en las aguas de la fuente hídrica y en sus orillas, desencadenaron daños ambientales de carácter colectivo que, consecuentemente, generaron que los miembros de la comunidad palenquera dejaran de practicar muchas de las actividades culturales que acostumbraban realizar en esta zona, por lo que se estudia si el daño ambiental puede resultar en un daño cultural.

En el séptimo capítulo, Iván Galvis lleva a cabo un análisis de los conceptos de competencia económica y el derecho de la competencia, así como de su alcance como instituciones en el ordenamiento jurídico diseñadas para garantizar las relaciones libres de mercado. Relaciones que estructuran una serie de instrumentos que reconocen a la competencia como un derecho subjetivo en el ordenamiento jurídico colombiano.

Por lo demás, en este capítulo se desarrolla un análisis conceptual a través de las posturas teóricas que explican cada uno de los grupos de conductas restrictivas, intentando abordar cada grupo (actos, acuerdos y abuso de la posición de dominio) y haciendo referencia a algunos casos relevantes.

En el capítulo ocho, titulado: La frontera de lo punible del derecho de autor en el entorno digital: un nuevo reto para la justicia, su autora Alejandra González Villarreal, aborda el rol que ha asumido el derecho penal sobre el derecho de autor como bien jurídico respecto de las necesidades y expectativas que la sociedad ha puesto en el ordenamiento jurídico. Plantea de esta manera la existencia de tensiones entre los derechos de unas personas y las acciones de otras, de cara a lo que les es protegido –o limitado– y permitido –o exigido– en la relación de derecho y tecnología.

Para poner de relieve esta problemática toma como caso de estudio el proceso adelantado contra el biólogo Diego Gómez, quien fue judicializado por compartir una obra en Internet, sin otro ánimo que el de ponerla a disposición de colegas y académicos. Concluye la autora afirmando que, de cualquier forma, es preciso que el derecho comprenda este tipo de dinámicas propias de la red, y acorde con una verdadera justicia material.

A continuación, en el capítulo nueve, Luisa Fernanda Guerra realiza un análisis normativo y ético de la financiación de campañas electorales por el sector privado, teniendo en cuenta aspectos jurídicos, políticos y económicos. La autora reconoce que estas tres dimensiones convergen de tal forma para producir el escenario electoral actual, teniendo en cuenta que

Introducción

más allá de optar por la financiación privada de campañas, bajo ninguna circunstancia está permitida la coordinación de contraprestaciones entre el candidato y sus financiadores.

El capítulo décimo, escrito por José Darío Argüello Rueda, expone los resultados de la evaluación del diseño de este componente, evidenciando la coherencia y lógica entre las problemáticas, las necesidades y las acciones implementadas. Se presenta la teoría del cambio como sustento de las acciones diseñadas, planteando un modelo lógico del componente de participación política. Para finalmente evaluar la congruencia de su diseño. Así, se parte de una introducción sobre las generalidades de la PPMEG, el contexto del componente y su estructura de funcionamiento, la teoría del cambio y el modelo lógico, finalizando con la evaluación y las respectivas conclusiones.

Finalmente, en el capítulo once, Rafaela Sayas Contreras y Oswaldo Mercado Pedraza, efectúan un análisis de las políticas públicas locales que han venido implementándose en la ciudad de Cartagena de Indias (Colombia), sobre el acceso a las viviendas de interés social, por sus siglas VIS. Sostienen que su aplicación ha traído consecuencias negativas para los habitantes cuya necesidad de solución ha ocasionado un detrimento del derecho a la vivienda digna.

La presente obra colectiva, como se puede apreciar, busca dejar planteados temas que permean en diferentes esferas del derecho, y que se prestan para el debate académico fructífero en el marco de las problemáticas aquí descritas.

Cartagena de Indias, 13 de mayo de 2019.

1. Las aspiraciones distributivas de la justicia global

Iván Vargas-Chaves¹

Introducción

La justicia global se da en un escenario en el que el orden global institucional viene siendo cuestionado porque no logra una armonización adecuada entre los intereses político-económicos y los intereses humanos fundamentales (Miller, 2007). Desde este escenario crítico, se llevan a cabo reflexiones que dirigen la propuesta que Pogge (2001) hace de ‘lo moral’, como eslabón clave para la consecución de una sociedad justa y equitativa, en el potencial que este novedoso enfoque de justicia tiene para romper cualquier tensión generada desde las dinámicas entre el derecho interno, supra e internacional.

De hecho, el concepto de justicia global ha logrado desmarcarse de la justicia supranacional e internacional. La diferencia yace en el fin perseguido y en lo que se entiende por justicia. Así, en la justicia supranacional e internacional es el Estado el que se encarga de generar las dinámicas para la consecución de los fines de lo que –institucional e históricamente– se concibe como justicia.

En la justicia global, por el contrario, no es relevante la distinción entre las diversas definiciones de justicia entre estados o naciones; como sí en la labor de adentrarse en el caparazón del estado –o *state shell*– e indagar en qué consiste realmente la justicia para los seres humanos. (Brock, 2017). Ello, sin sacrificar la labor de descifrar las conexiones entre los principales problemas abordados, a través de los dilemas que la globalización les plantea a las instituciones desde una orientación moral e interactiva (Grupo de Investigación en Justicia Global, 2017). En todo caso,

1 Abogado de la Universidad del Rosario. Máster en Derecho de la Universidad de Génova, Italia. Máster en Derecho Privado y Doctor en Derecho de la Universidad de Barcelona, España. Dottore di Ricerca (Dott. Ric.) de la Universidad de Palermo, Italia. Docente investigador de la Corporación Unversitaria del Caribe - CECAR.

lo que verdaderamente importa es encontrar el mejor lugar para la justicia en una escala global, a través de ‘eslabones’² que permitan comprender cuáles son las responsabilidades que tenemos como seres humanos. (Risse, 2012; Mandle, 2006).

Uno de los principales referentes para los estudiosos de la justicia global es la obra *El Derecho de Gentes* de John Rawls. Desde esta propuesta ha surgido una importante corriente de pensamiento que, estimulada e influida por los postulados de este influyente teórico, empezó a repensar los modelos de justicia en dirección a una justicia global. Desde entonces varias preguntas se han vuelto claves en las discusiones, como por ejemplo ¿Qué responsabilidades tenemos con los pobres en el contexto global? ¿Debería la desigualdad global ser moralmente preocupante? ¿Cómo podríamos hacer una transición efectiva hacia un mundo menos injusto? (Brock, 2017).

El presente texto constituye un esfuerzo por llevar a cabo un acercamiento teórico a una de las grandes cuestiones de la justicia global: la pobreza en el mundo. Para lograrlo, analizamos esta problemática desde distintas aproximaciones en las que se intenta reflejar las aspiraciones distributivas de la justicia global mediante tres visiones sobre la pobreza.

En primer lugar, afrontaremos el concepto y la medición de la pobreza, que de antemano señalamos requiere de enunciaciones amplias y multidimensionales, a fin de diseñar estrategias para que las vías de cooperación puedan responder apropiadamente a las necesidades específicas.

En segundo lugar, señalamos algunos de los grandes retos que trae consigo el binomio pobreza-diversidad en un contexto global. Y, por último, delinearemos el concepto del deber moral de asistencia desde los deberes correlativos, con miras a plantear unas reflexiones finales que sinteticen los puntos relevantes de este artículo.

2 Algunos de estos eslabones plantean retos en (i.) La identificación de lo que debería contar como problemas importantes de justicia global planteando soluciones a cada problema identificado; (ii.) La identificación de quién o quiénes podrían tener responsabilidades al abordar el problema identificado; (iii.) La argumentación de posiciones sobre qué agentes particulares deberían hacer en relación con la solución de cada problema; y (iv.) El proporcionar un enfoque jurídico que fundamente lo anterior. (Brock, 2017).

El problema de la pobreza desde la justicia global, más allá de ser un asunto de distribución de los recursos como lo conciben algunos teóricos, es una cuestión que debe solventarse desde enfoques que solucionen el desconocimiento de elementos estructurales; siendo algunos de estos (i.) Su carácter multidimensional, (ii.) La diversidad y (iii.) El alcance real que debe tener el deber moral de asistencia.

Además, si bien es cierto que el mundo nunca antes fue tan pobre, ciertamente tampoco logró ser tan rico como ahora. De ahí la necesidad de redirigir las estrategias de lucha contra este problema. A la par de esta realidad, somos conscientes de que el crecimiento económico y la globalización, sin políticas sociales y económicas nacionales estratégicamente dirigidas abrirá aún más las brechas de la desigualdad.

Sin lugar a dudas, no pretendemos dar una solución al problema, sino ilustrar algunas ideas que puedan aportarse al proceso de buscar salidas favorables. Tampoco podemos negar que otros factores son igualmente necesarios para mitigar este flagelo, como lo son la corrupción, las limitantes para el ejercicio y goce del derecho humano a la transparencia y, por supuesto, el diseño y activación de políticas de inclusión social necesarias para cerrar la puerta a todo tipo de discriminación.

1. El carácter multidimensional de la pobreza

Siendo la pobreza un concepto tan complejo, mal haríamos en reducirla a un único significado. Su carácter multidimensional en el que convergen diferentes aspectos de la vida humana, ha permitido que sea estudiada desde diferentes enfoques y disciplinas.³ Boltvinik & Hernández-Laos (1999, p. 29-30) al abordar esta problemática, parten de las acepciones de necesidad, carencia, y de lo indispensable para el sustento de la vida.

Estas necesidades no satisfechas, encuentran eco en los significados de pobreza identificados por Spicker (2009, p. 292), quien sostiene que la pobreza es entendida en, al menos, doce sentidos específicos, superpuestos

³ Son numerosas las definiciones de pobreza que se pueden encontrar. Algunas de las más aceptadas podemos estudiarlas en Miller & Roby, 1967; Ashton, 1987; Baratz & Grigsby, 1971.

unos sobre otros, y de los cuales, dos o tres definiciones pueden hallarse simultáneamente en una misma posición en el debate sobre la pobreza.

No obstante, es preciso tener presente que no toda necesidad debe ineludiblemente derivar en pobreza, tal como se ha entendido desde la óptica de la justicia global. Ello, además, implica que las políticas públicas deben enmarcarse en darle prioridad a tales necesidades, determinando cuáles se vincularían al concepto, por ejemplo, sobre la alimentación y el acceso a la salud y a la educación.

La forma más clara de referirnos a la pobreza es, sin duda, la situación económica, como consecuencia de unos ingresos bajos. A manera de juicio moral (Cf. Altimir, 1981), y, desde el punto de vista social como una condición de clase, que es excluyente y que sitúa al grupo de personas desfavorecidas en una situación de dependencia.

A pesar de ser plausible que todas las definiciones sobre la pobreza se encuentren simultáneamente en una misma discusión, no siempre estas pueden ser aplicadas en todos los contextos. Por lo demás, es importante hacer un énfasis en que, hoy por hoy, los estudios sobre pobreza no apartan su atención de aspectos tales como la necesidad, el estándar de vida, y la insuficiencia de recursos (Ribotta, 2011; Spicker, 2009).

En relación a la insuficiencia de recursos⁴, a partir de la relación entre el ingreso y el consumo, este suele ser quizás el enfoque más utilizado a nivel internacional para medir la pobreza, dado su alcance como la incapacidad para alcanzar un nivel de vida mínimo; y en el que interfieren dos elementos básicos. Por una parte, es importante saber el gasto necesario

4 El Banco Mundial valoró el gasto según la paridad del poder adquisitivo o PPA. En una línea de tiempo: (i.) para 1991 la línea de pobreza internacional era equivalente a 1 dólar PPA diario; (ii.) Para el año 2000 se recalculó la cifra, fijándose en 1,08 dólares diarios; (iii.) En el 2005 se determinó un nuevo umbral, quedando en 1,25 dólares PPA diarios. Por lo tanto, la línea elaborada por el Banco Mundial para la pobreza extrema se ubica en el margen de un dólar diario. Se trata de un enfoque basado en la renta, el cual no necesariamente debe rechazarse aunque sí debe ser observado críticamente, pues ante un aumento de la desigualdad de ingresos, quienes se encuentran en el umbral de la pobreza, no podrán participar adecuadamente del crecimiento económico de su país, una vez que este llegue (PNUD, 2003). Por tanto, el gobierno de turno no contará con las estadísticas adecuadas para implementar un plan óptimo de distribución, toda vez que quedan por fuera otros indicadores sumamente importantes, como son la mortalidad infantil, el analfabetismo, el acceso a la salud, la educación y la vivienda adecuada que forman parte de ese nivel mínimo o básico de vida, que todo ser humano tiene derecho a gozar.

para acceder a un nivel de necesidades muy básicas, y de la otra, los indicadores cuantitativos que pretenden reflejar el costo de la participación en la vida diaria de las sociedades (Banco Mundial, 1990).

En contraposición a este enfoque, el Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, en su informe sobre desarrollo humano de 1996, hace un llamado de atención e introduce un nuevo índice⁵ basado en las capacidades, a partir de una medición de la pobreza más centrada en el ser humano. Con ello, se pretende alcanzar el reconocimiento de las privaciones humanas desde varias esferas críticas, siendo la falta de ingresos tan sólo una de esas esferas (Fraser, 2008, p. 84).

La importancia de este último enfoque yace en la privación de las capacidades básicas, esto es, en el desarrollo humano, y no exclusivamente –como se enfatiza también en los estudios sobre justicia global– en la ausencia de ingresos. Es, de acuerdo a Sen (2000, p. 117), un factor que impide el desarrollo de las capacidades de las personas, y quizás la privación mayor, pues suprime las razones que tiene el ser humano para perseguir las libertades necesarias para poder satisfacer sus fines.

Creemos pues, que la contribución de tal enfoque en la reducción de toda brecha, encuentra su punto de partida en la comprensión holística de la pobreza, en tanto sus causas y naturaleza parten de privaciones intrínsecamente importantes; contrario al enfoque de ingreso, meramente instrumental e institucional, siguiendo la línea que Pogge (2001) traza en ‘Priorities of global justice’.

Primero hay que sostener que la renta no es el único factor que genera o priva a las personas de capacidades, y segundo, la relación entre la ausencia de renta y falta de capacidades –insistimos– es instrumental, pudiendo existir variaciones entre comunidades, familias e incluso individuos. De allí, nuestro interés en analizar a continuación la pobreza, desde la óptica del desarrollo global y humano.

Al margen de lo analizado hasta ahora, el concepto de desarrollo, al igual que el de pobreza, no cuenta con una definición unificada. Su noción o significado ha pasado por diversas adaptaciones históricas, en el que las

5 El índice de pobreza de capacidad, o IPC, un índice que en el concepto del propio Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, aborda una medición desde una óptica multidimensional, aunque centrada, en todo momento, en la capacidad humana.

teorías han ido evolucionado constantemente. (Cf. Hine & Montiel, 1999, pp. 958-959; Pinazo, Peris & Gámez, 2010, p. 393; Rist, 2002) Es por esto que creemos que lo más apropiado es apartarnos de la pobreza como un concepto, para concebirla como el fin mismo del desarrollo.

La medida del desarrollo, al igual que el de la pobreza, se ha concentrado en cifras que valoran el ingreso, y lo que debería ser un medio se convierte en un fin: el crecimiento económico⁶. No obstante, los ingresos no garantizan por sí mismos la reducción de otro grupo de carencias necesarias para alcanzar un nivel de vida adecuado. En este aspecto radica la importancia de prestar un mayor cuidado a esa estrecha relación entre el desarrollo y la pobreza.

Cuando nos referimos al desarrollo desde una perspectiva de pobreza, ineludiblemente debemos hacer referencia a los derechos contenidos en el Pacto de derechos Económicos Sociales y Culturales, de los que a su vez se valen las teorías de la justicia que incorporadas a este contexto, deben partir de un sustento primario de derechos civiles y políticos o en términos de Rawls (1982, p. 159) de los bienes primarios.

Por añadidura, toda reivindicación individual no habrá de valorarse siempre en términos de bienes primarios, cómo sí en términos de las libertades que los ciudadanos tendrían para elegir su propio modo de vida.⁷ Para Sen (1998, p. 115) esta es la capacidad humana. Al respecto Pogge (2005, p. 68) es enfático en sostener que la mejor manera de ejercer estos derechos, recae en la exigibilidad de mecanismos que impidan la concentración de la propiedad de la tierra, la usura o el acaparamiento especulativo de los artículos de primera necesidad; que fomenten la

⁶ La repercusión del crecimiento económico, si bien tiene un efecto indirecto, que permite inversión en educación, salud y otras estructuras básicas, es indirecto, ya que su fin no busca alcanzar tal resultado, lo que implica que puede darse o no. Es una cuestión de azar y, finalmente, el goce de tales derechos depende de la buena suerte o, por lo menos, de otros factores externos.

⁷ Debemos aquí pensar, por otra parte, que el igualitarismo en Lukes (1993, pp. 19-40) lo que busca es una construcción comunitaria, y no trata de abordar tales problemáticas asignándoles a cada individuo y a cada comunidad local un único status, salvaguardado a través del aparato estatal. (Cante, 2010, p. 91) Aunque, no obstante, reconozca que si fuese un ideal, no es una actitud natural en la sociedad en la que estamos inmersos. En cualquier caso, la demanda de un igualitarismo es un reclamo de esta sociedad al quedar en duda los principios de distribución justa e igualdad.

educación, especialmente, desde sus primeras etapas, y, que prevean subvenciones, subsidios y prestaciones.

Dower (1995, pp. 377-390), por su parte, cree que la verdadera cuestión yace en la asistencia del desarrollo, por lo tanto, se debe partir del concepto de desarrollo que no tiene nada que ver con la idea de crecimiento económico. Puesto que el crecimiento económico no es capaz de reflejar modelos occidentales de los cambios que deberían tener lugar en los países pobres y no-occidentalizados en vía de desarrollo, en tanto y en cuanto su aplicación sea parte de una economía controlada por Occidente. Existe, además, el peligro de que si se concibe el desarrollo desde esta óptica, se desconocerían los pobres, pues como tal, este no solo no puede llegar a beneficiarlos, sino que puede llegar a empeorar su situación.

No en vano para Dower “incluso si el modelo de crecimiento que se defiende está concebido para dar prioridad al ‘crecimiento de los pobres’, puede cuestionarse el supuesto de que es necesario el crecimiento ‘general’ para que se produzca este último” (p. 380). Para citar un ejemplo que ilustre esta afirmación, “si el mundo avanza hacia la catástrofe ecológica ello se debe más al perjuicio causado por el ‘hiperdesarrollo’ de los países ricos y por las consecuencias de la opulenta sociedad de consumo, que por los efectos del subdesarrollo como la erosión del suelo y la desertización” (p. 381).

Correlativamente, la visión occidentalizada del crecimiento constituye una amenaza para los países pobres, donde no suelen existir los mismos estándares de regulación que en los países ricos. Aun así, a pesar de que la apertura de nuevos mercados a través de tratados de libre comercio, suele ser considerada un sinónimo de desarrollo, ciertamente no siempre lo es. Por el contrario, favorece un aumento de brechas entre los países pobres y ricos, cuyas industrias al instalarse en los primeros, y llevar a cabo actividades y procesos de producción de bienes, terminan manipulando elementos potencialmente contaminantes, deteriorando así su entorno.

Como es de suponer, esta grave situación no incumbe a la corriente institucionalista de la justicia Global ya que esta aborda –directamente– el rol de las empresas en la pobreza y el desarrollo de los países menos favorecidos, y, por otro lado, protege los intereses de los países ricos. Sin

embargo, creemos que era oportuno dejar planteado este contexto en el binomio del que nos ocupamos en este capítulo.

Al final de lo que se trata es, precisamente, que el sector industrial de estos países adopte las medidas precautorias o preventivas necesarias para evitar perjuicios en los lugares donde decidan llevar a cabo las referidas actividades, especialmente si se trata de países pobres.

Volviendo al tema que nos ocupa, se trata de un compromiso permanente que deben asumir los Estados al momento de definir estrategias o políticas que involucren la garantía y respeto de derechos y libertades protegidas. Esa garantía, debe permear todos los escenarios; con lo cual, se desplegaría un real y el efectivo goce de los derechos.

Por lo tanto, no sería necesariamente posible admitir una reducción en el índice de pobreza cuando la vivienda adecuada, el acceso a la educación y la salud, son precarios o nulos, y cuando se desconocen las problemáticas, y, a la vez, se pretenden observar los problemas desde una óptica occidental.

Prueba de esto, es que aunque la globalización aparentemente pudiese ser el impulso que requieren los países pobres para lograr un crecimiento económico sostenido, con mejores oportunidades en el acceso y disfrute de los derechos sociales; en realidad quienes tienen el poder económico no han logrado a través de sus programas de cooperación, reducir la brecha de la pobreza y la desigualdad en los países más pobres del mundo.⁸

2. El respeto por la diversidad

Al margen de lo expuesto hasta ahora sobre el novedoso enfoque propuesto por la justicia global, sobre este tema se han planteado otros enfoques de justicia que intentan dar respuestas a muchos de los interrogantes acá planteados, entre estos ¿Cómo pensar en una sociedad justa en medio de un panorama desconcertante? Al respecto diversas

⁸ A esta situación se suma el clamor del propio Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, que en su Informe de Desarrollo Humano del año 2003, advertía con preocupación que “si bien la globalización ha resultado sistemáticamente positiva para algunas zonas del planeta, no es menos cierto que también ha dejado de lado a otras, así como a muchos grupos dentro de los países” (PNUD, 2003).

teorías han pretendido dibujar o trazar líneas básicas, que determinen la organización de una sociedad.

Es el caso de la teoría de justicia distributiva de Rawls, la cual, pese a aproximarse al problema e intentar abordarlo con relativo éxito, presenta ciertas inconsistencias como sería la omisión de los contextos político, económico y social respecto de que las elecciones o decisiones personales de los individuos, no interfieran en la búsqueda de esa justicia.

Campbell (1974) a partir de un planteamiento asociativo de la justicia referida al principio de distribución y a la reducción de pobreza como cuestión de humanidad, propone que la justicia no sea concebida como un equivalente ni de la distribución ni de todos los principios; aunque esta pueda llegar a ser interpretada por muchos como un criterio en el cual se incluye la distribución e incluso ciertos principios sociales-morales.

En realidad lo que se busca es señalar cómo han de interpretarse y clasificarse los argumentos que llevan a hacer distinciones de las necesidades de los habitantes de países pobres, y de esta manera justificar también las distinciones de trato⁹.

Esta configuración, deberá ajustarse a lo que es realmente importante para todos los miembros de la sociedad, dándoles la posibilidad de elegir libremente ¿Cuál y cómo ha de ser la vida que decidan llevar? Es decir, respetando la diversidad y el multiculturalismo (Sen, 2005). Con ello, bastará para cimentar adecuadamente una política efectiva de justicia social y global (Fraser, 2008), en tanto se evitarían las injusticias cometidas al aplicar una norma determinada, dado que las consecuencias no serían ciertamente las mismas para unos como para otros.

Sen (2000) al tratar el utilitarismo creé que, si bien deberían maximizarse las utilidades de todos los miembros del mismo conjunto, esto

9 Coincidimos con Campbell en uno de sus argumentos para tratar este asunto, en el que se propone asimilar –ante una negación generalizada– una conexión lógica entre justicia y pobreza. Dicho de otro modo, la justicia al entenderse como la forma de dar a cada cual lo que le corresponde, puede dar lugar a interpretaciones tan erróneas como que los desfavorecidos reciben lo poco que tienen porque se lo merecen, y este quizás es el gran problema de pensar que la pobreza es cuestión de justicia (Miller, 1999; Campbell, 1974; Goodin, 1985). Por el contrario, la justicia debe ser entendida como el espíritu de los derechos, por lo tanto, la base de una nueva sociedad debe residir en tratar justamente a los nacionales de países pobres.

no debería hacerse de tal manera que exista un tratamiento igualitario. La razón estriba en que el utilitarismo busca tratar por igual a los individuos en las pérdidas y ganancias. En tanto ser igualitario no es necesariamente una característica fundamental para la distribución de la riqueza, dadas las diferencias muy básicas que existen entre los diversos ámbitos en los que la igualdad opera.

Esta postura encuentra su fundamento en la comprensión de diversidad de Sen (2005, p. 160), dado que las diferencias que todos tenemos, a partir de circunstancias que han configurado una u otra cultura, deben ser tomadas en cuenta para no cometer injusticias. De lo contrario, enfatizamos, lo que en un principio podría ser un trato igual para todos, en realidad termina siendo desigual para quienes en su diversidad no encajen en ese tipo de tratos.

Por ende, no debe extrañar que al confrontar la justicia global con la justicia distributiva, el ideal de igualdad encuentre varias limitaciones, siendo la principal de ellas la diversidad humana, traducida en heterogeneidad. Ello, aunque no obstante Sen reconozca que “toda teoría normativa del orden social que haya resistido, con más o menos fortuna, al paso del tiempo, al parecer puede haber exigido la igualdad de algo, lo cual, en atención a esta teoría, se considera en todo caso particularmente importante.” (Sen, 1992, p. 25).

En suma, una buena voluntad que propugne por un trato igual, tomando como consideración la naturaleza de los individuos y de la justicia, puede ser perjudicial, pues se estarían creando espacios de dualidad, donde una misma situación resultase altamente positiva y benéfica para un sector, pero no para el otro. Esto supone un revés en el pretendido desarrollo, en lugar de un avance. Es por ello que la diversidad, debe convertirse en un factor determinante para la construcción de una verdadera teoría de la justicia distributiva.

3. De los deberes correlativos al deber moral de asistencia

Los deberes de carácter correlativo surgen de la necesidad de equilibrar la distribución de recursos y bienes en favor de los países pobres (Shue, 1996). Así como la de prohibir aquellas decisiones, usualmente

adoptadas por los países desarrollados por medio de acuerdos multilaterales que, debiendo responder a los ideales de la justicia global, no lo hacen; generando irrupciones en el orden económico y político e imposibilitando el goce efectivo del catálogo de derechos humanos de los habitantes de los países menos favorecidos.

Sobre esta perspectiva, con la adopción de instrumentos internacionales que cumplan los deberes de este tipo, se evitarían las ya referidas injusticias al aplicarse indebidamente una norma determinada. Esto implica un compromiso, es decir, un deber correlativo para que las acciones llevadas a cabo en los países pobres se alineen con el diseño y ejecución de instrumentos internacionales.

Para citar un ejemplo, de poco o nada servirían en los programas de cooperación en el ámbito alimentario en determinados países, si al mismo tiempo se implementan acuerdos comerciales en los que se importa el mismo sistema de protección de las obtenciones de vegetales que tienen los países desarrollados, sin contemplar límites y excepciones a los derechos conferidos al titular de una obtención, con el fin de garantizar la soberanía alimentaria de los habitantes que dependen del autocultivo.

Sobre el deber moral de asistencia contra el hambre, Pogge (2007, p. 13) insiste en que tanto organizaciones internacionales como países desarrollados, están vulnerando los derechos humanos al impedir el acceso de los recursos a los países pobres.¹⁰ Una situación que, más allá del ámbito jurídico, moralmente no puede permitirse.

Pero además, entendiendo que las soluciones parten de una justa distribución de oportunidades y de capacidades, resulta entonces viable consolidar una carta de derechos a través de la acción institucional, siempre

10 Mientras que Pogge (2007, p. 11-14) ya advertía cómo la pobreza configuraba una violación de los derechos humanos, incluso de forma indirecta con la omisión; Gilabert (2004, p. 544) sugiere la existencia de un orden mundial coercitivo, a través del que justifica la obligación de erradicar la pobreza extrema por parte de los países desarrollados. Esto se logra a través de acciones negativas (Cf. Dower, 1995, p. 287). Por otra parte, Gilabert (2004, p. 544-545) además parte de la premisa de un beneficio generado a partir de la toma propia de decisiones, las cuales en no pocas ocasiones afectan los intereses de los países pobres, de ahí que esta propuesta antes que concebir cargas, lo que en realidad busca es un equilibrio en pro de la justicia global.

teniendo como un norte lo que sería el del cumplimiento hacia el deber moral ejercido sobre los agentes sociales.

No es por tanto de extrañar que desde la justicia global como desde la justicia distributiva, se busquen permanentemente vías de acceso a un mínimo vital, no de bienes y recursos, sino de oportunidades que permitan disfrutar de las libertades.

Queda claro que dentro de las políticas públicas propias del deber correlativo, debe existir un enfoque hacia el desarrollo del ser humano con el fin de ampliar sus oportunidades para disfrutar de estos, y a su vez lograr una vida digna, indistintamente de la proximidad¹¹ o empatía hacia una determinada nación. Desde tal marco, en el Informe de Desarrollo Humano del PNUD en 2005, se hizo hincapié en la libertad y la formación de las capacidades humanas, así:

El desarrollo humano consiste (...) en la ampliación de la gama de cosas que las personas pueden hacer y de aquellas que pueden ser. Las libertades y derechos individuales importan mucho, pero las personas se verán restringidas en lo que puede hacer con esa libertad si son pobres, están enfermas, son analfabetas o discriminadas. (PNUD, 2005)

11 Sobre la proximidad y su relación con la asistencia, se parte de una premisa muy válida, y es la de la estrecha conexión con las poblaciones más cercanas, e incluso con las propias. (Cf. López & Muñoz, 2012, p. 167; Oliveira, 2014, p. 9). Aunque el argumento tuviese en el pasado cierto grado de validez, lo que nos demuestra una realidad, plasmada en la denominada aldea global, es que moralmente estamos obligados unos con otros a prestarnos asistencia indistintamente de nuestra ubicación geográfica. Por otra parte, el problema del utilitarismo negativo radica en ese futuro desarrollo, pues si en un futuro aún quedasen rezagos de este enfoque de proximidad y asistencia, las naciones que estuvieran prestas a dar su mano, condenarían a toda su región a un estancamiento, en tanto es de entender que con el mejoramiento de las condiciones de vida, en aras de un máximo bienestar, es que el desarrollo encuentra su punto de partida. O dicho en otras palabras, a mayor bienestar, mayor poder adquisitivo, y a mayor poder adquisitivo, mayor desarrollo. En relación a si el utilitarismo negativo fuese la vía por tomar, tendríamos no sólo que apartarnos del mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos de los países pobres, sino de un futuro desarrollo, ya que los esfuerzos estarían encaminados a apenas a una mejora de las condiciones mínimas vitales, evitando todo sufrimiento. (Singer, 1995; Harris, 2002) De hecho, iniciativas tales como el control de natalidad estarían bien vistas, en tanto esta doctrina propugna por la reducción del daño, y la sobrepoblación es uno de ellos. Así, lo que directa e indirectamente se lograría, es que los recursos destinados para ser compartidos entre muchos, sean repartidos de tal manera que fuesen mejor aprovechados.

A esto se ha añadido un nuevo punto de vista que pretende dirigir el desarrollo hacia la búsqueda de soluciones para los problemas de desigualdad, discriminación y pobreza, que se encuentran estrechamente relacionados con la distribución no solo de ingresos sino de poder. (UNRISD, 2011, p. 7).

Así, comienza a extenderse una nueva dimensión del deber correlativo, con una mayor cobertura de libertades y garantías para los países pobres, en tanto las estrategias e instrumentos de cooperación, responden finalmente a un deber moral, y no a los medios¹². Con lo cual, el concepto de la asistencia moral desde correlatividad se reduce a la responsabilidad compartida que tienen los países desarrollados a partir de su capacidad para erradicar toda brecha de pobreza.

Si bien es cierto que cada país debe determinar sus propias necesidades y el camino para satisfacerlas, no se puede obviar que los países desarrollados y sus ciudadanos, deben prestar asistencia en la medida de sus reales posibilidades¹³. En el diseño de este camino, los gobernantes de los países menos favorecidos, deben, a su vez, ser proactivos en la búsqueda de estrategias de asistencia, que permitan tratar los focos de pobreza en su contexto.

Sin embargo, la escasa preocupación de los gobernantes de los países pobres por buscar asistencia, y por realizar estudios sobre el estado actual

12 Hemos de aclarar en este punto de la discusión, que no estamos en favor de sanciones para los países que se benefician de las medidas y que repercuten de manera negativa en otro sector de la población; o sólo por el hecho de que los países pobres, sean pobres. Todo lo contrario, una sanción que sea acorde a la aplicación del principio de justicia distributiva, debe existir justamente por la adopción de estas medidas, bien porque fueron motivadas por un país rico, o bien porque han sido ejecutadas por una organización internacional.

13 Respecto a la interrogante central de lo que deberían hacer los ciudadanos de los países desarrollados: ¿Qué estoy dispuesto a dar y cuánto como asistencia a quienes lo necesitan? En un mundo en el que ni las personas ni los gobiernos aportan lo suficiente para tan sólo aliviar las necesidades vitales de los más desfavorecidos. Singer (1999, p. 62) sugiere dejar a un lado esquemas de pensamiento tales como “yo debo dar solamente una porción igual y equitativa a la de los demás”, por más que este sea un argumento convincente. Con ello, se podrían llevar vidas moralmente decentes. Ahora bien, sobre el cómo y a dónde deberían ir dirigidos los aportes de los ciudadanos que decidan dar ese paso; sin duda esta es una tarea de los gobiernos elegidos democráticamente, los cuales deben trabajar en pro de diseñar e implementar proyectos de desarrollo con una vocación global, para forjar así un mejor, y cada vez más sustentable futuro para la humanidad.

de sus habitantes (Cf. Villanueva & Lasswell, 1992; Fernández, 2000), hace que la poca ayuda que llega a través de los programas de cooperación internacional, sea recibida como cuidados paliativos,¹⁴ puesto que, a pesar de las buenas intenciones y de la disponibilidad de recursos con que muchas veces se cuenta; la órbita de acción de dichos programas no se ajusta a una información fiable sobre las reales necesidades de estas poblaciones.

Hay que señalar que, tras la segunda guerra mundial, los recursos para la cooperación internacional eran destacables, en comparación con los destinados en años recientes, y que ya para la década de los noventa del siglo pasado habían empezado a disminuir gradualmente en un contexto de pre-recesión global (Tokatlian, & Carvajal, 1994).

Un claro ejemplo que ilustra esta situación lo hallamos en los Objetivos de Desarrollo del Milenio¹⁵, que surgieron como una apuesta contra la reducción de la pobreza extrema, y que oprime a más de mil millones de personas en todo el mundo (PNUD, 2003). Con lo cual es válido afirmar que al día de hoy, a pesar de encontrarnos a casi un año de cumplirse el umbral establecido para el cumplimiento de las metas, estamos ante una realidad que nos demuestra como sociedad cuán lejos estamos de alcanzarlas.

Así, pues, para que el deber moral de asistencia se materialice, es un hecho ineludible que las políticas públicas se enfoquen en lograr una receptividad más ajustada de los recursos necesarios para potenciar la capacidad humana. Dicho sea de paso, las implicancias de este re-direccionamiento se tendrán que ver reflejadas en un mayor compromiso hacia la toma de decisiones, y sobre cómo invertir tales recursos.

Por lo demás, el deber de asistencia y su relación con la justicia global dista del enfoque dado por Rawls sobre el papel exclusivamente asistencialista de los países favorecidos respecto de los menos favorecidos.

14 En otras ocasiones, por trabas burocráticas o por una situación de orden interno, dicha asistencia es prestada de manera tardía, sin lograr una solución a largo plazo, además de posponerse el problema, este suele persistir y a la larga, son los países pobres los que terminan revirtiendo o transformando sus necesidades.

15 Es así como el logro de los objetivos del PNUD (2005, p. 117), se ha centrado en el crecimiento económico, que sin lugar a dudas ha probado ser una herramienta para disminuir los niveles de pobreza. Sin embargo, esta estrategia funciona en cuanto a la reducción de la pobreza de ingreso, siempre que la desigualdad de ingresos inicial sea pequeña.

Creemos, al igual que Pogge, que esos países tienen otro tipo de responsabilidades, más conscientes de las condiciones particulares de cada nación desfavorecida, así como a un orden institucional –que en realidad es un orden institucional-económico– que sea concebido en igual sentido que el orden interno.

Referencias

- Altimir, O. (1981). La pobreza en América Latina: un examen de conceptos y datos. *Revista de la CEPAL*, 13.
- Ashton, P. (1984-10-18). Poverty and its beholders. *New Society*, Harvard University.
- Baratz, M., & Grigsby, W. (1971) Thoughts on poverty and its elimination. *Journal of Social Policy*, 1(2)
- Boltvini, J., & Hernández-Laos, E. (1999). Pobreza y Distribución del Ingreso en México, Ciudad de México: Siglo XXI Editores.
- Brock, G. (2017). Global Justice. En: E. Zalta (Ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperada el 10 de mayo de 2017 de: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/justice-global/>
- Campbell, T. (1974). Humanity before justice, *British Journal of Political Science*, 4(1), 1-16.
- Cante, F. (2010). Libertades individuales y acción colectiva. Bogotá: Universidad del Rosario
- Dower, N. (1995). La pobreza en el mundo. En P. Singer (Ed.). *Compendio de Ética* (pp. 377-390. Barcelona: Ariel.
- Fernández, L. (2000). Ciudadanos precarios: la última red de protección social. Madrid: Ariel
- Fraser, N. (2008). La justicia social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación. *Revista de Trabajo*, 4(6).
- Gilbert, P. (2004). The duty to eradicate global poverty: positive or negative. *Ethical Theory and Moral Practice*, 7.
- Goodin, R. (1985). Protecting the vulnerable: a re-analysis of our social responsibilities. Chicago: University of Chicago Press.

- Grupo de Investigación en Justicia Global (2017). Diseño e implementación de estrategias para la consolidación de un grupo de investigación en justicia global [ProyectoFCSH1701T2001]. Cartagena de Indias: Universidad Tecnológica de Bolívar.
- Harris, J., & Holm, S. (2002). Extending human lifespan and the precautionary paradox. *Journal of Medicine and Philosophy*, 27(3).
- Hine, D., & Montiel, C. (1999). Poverty in developing nations: a cross-cultural attributional analysis. *European Journal of Social Psychology*, 29
- López, D., & Muñoz, F. (2012). Ayuda para el Comercio y cooperación internacional para los países de ingreso mediano: el caso de Chile. En M. Jansen, M. Sadni, & M. Smeets (eds.) *Conectarse a los mercados mundiales*. Geneva: WTO Press.
- Lukes, S. (1993). Five Fables about Human Rights. En S. Shute & S. Hurley (eds.). *On Human Rights*. Nueva York: The Oxford Amnesty Lectures.
- Mandle, J., 2006, *Global Justice*, Cambridge: Polity Press.
- Miller, D. (1999). *Principles of social justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Miller, D. (2007). *National responsibility and global justice*. Oxford University Press.
- Miller, S., & Roby, P. (1967). Poverty: changing social stratification. En P. Townsend (ed.). *The concept of poverty*. Londres: Heineman.
- Oliveira, M. (2014). *El desarrollo social en la agenda brasileña de cooperación*. Buenos Aires: FLACSO.
- Pinazo, D., Peris, R., & Gámez, M. (2010). Lay beliefs about developing countries in relation to helping behaviors. *The Journal of Social Psychology*, 150.
- Pogge, T. (2001). Priorities of global justice. *Metaphilosophy*, 32(1-2), 6-24.
- Pogge, T. (2005). *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Barcelona: Paladins
- Pogge, T. (2007). Severe Poverty as a Human Rights Violation. En T. Pogge (ed.). *Freedom from Poverty as a Human Right. Who Owes What to the Very Poor*. Oxford: Oxford University Press

- Rawls, J. (1958). Justice as Fairness. *Philosophical Review*, 67
- Rawls, J. (1982). Social unity and primary goods. En A. Sen & B. William (eds.) *Utilitarianism and Beyond*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ribotta, S. (2011). John Rawls. Sobre (des)igualdad y justicia. Madrid: Dickinson.
- Risse, M., 2012, *On Global Justice*. Princeton: Princeton University Press.
- Rist, G. (2002). *Desarrollo: Historia de una creencia occidental*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid
- Sen, A. (1992). *Inequality Reexamined*, Oxford: Oxford University Press
- Sen, A. (1998). *Bienestar, justicia y mercado*, Barcelona: Paidós
- Sen, A. (2000). *Desarrollo y libertad*, Buenos Aires: Editorial Planeta.
- Sen, A. (2004). Elements of a Theory of Human Rights. *Philosophy and Public Affairs*, 32(4)
- Sen, A. (2005). Human rights and capabilities. *Journal of Human Development*, 6(2)
- Shue, H. (1996). *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*. Princeton: Princeton University Press.
- Singer, P. (1995). *Ética práctica*. Cambridge: Cambridge University Press
- Singer, P. (1999-09-05). The Singer Solution to World Poverty. *The New York Times Magazine*, pp. 60-63
- Spicker, P. (2009). *Definiciones De Pobreza: doce grupos de significados*. Buenos Aires: CLACSO.
- Tokatlian, J., & Carvajal, L. (1994). Tendencias de la cooperación internacional en la posguerra fría. *Revista Colombia Internacional*, 25.
- United Nations Research Institute for Social Development. (2011). *Combatar la pobreza y la desigualdad*. París: UNRISD
- Villanueva, L., & Lasswell, H. (1992) *El estudio de las políticas públicas*. Ciudad de México: Porrúa

2. El estado constitucional de derecho en Colombia y su incidencia en el sistema jurídico¹

Víctor Manuel Cáceres Tovar²
María Fernanda Valbuena Batanero³

Introducción

La promulgación de la Constitución Política de 1991 hizo nacer en Colombia, y en nuestro sistema jurídico y político, un nuevo modelo de organización que con el tiempo ha sido llamado Estado Constitucional. Al respecto, la nueva Carta declara que Colombia es un Estado de derecho, refiriéndose a que la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, es decir, que se ciñe al derecho, siendo la Constitución la norma jurídica fundamental (C.P. art. 4), y que toda la actividad legal del Estado debe realizarse en el marco de esta. En esta situación concreta, se habla entonces del Estado Constitucional de derecho, el cual contiene una amplia incidencia en nuestro sistema jurídico.

No obstante, su amplio desarrollo doctrinal y jurisprudencial, permanece aún abierta la cuestión sobre qué relaciones existen entre Estado, derecho y Constitución política. Confluencia que está sometida a debates

1 Capítulo de Libro que presenta resultados parciales de la investigación ya terminada, cuyo título es: “Fundamentación Teórica de una Política Criminal Constitucional en Colombia” desarrollada en el marco del Doctorado en Derecho y al interior del Grupo de Investigación: “Red de Política Criminal Sistémica Extrema Ratio UN” (Reconocido y Clasificado en A1 por Minciencias 2018) de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.

2 Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia. Especialista en Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Derechos Humanos, Estado de derecho y Democracia de la Universidad de Alcalá de Henares, España. Magister en Derecho Penal de la Universidad Libre de Colombia. Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.

3 Licenciada en Educación Comunitaria de la Universidad Pedagógica Nacional. Magister en Desarrollo Educativo y Social de la Fundación Centro Internacional de Educación y Desarrollo Humano – CINDE.

sobre sus rasgos definitorios e implicaciones jurídicas, razón por la cual, el objetivo central de este documento académico gravitará teóricamente en establecer una visión preponderantemente constitucional y de derechos humanos, además de qué es lo que debe entenderse por el concepto de Estado Constitucional de derecho, su evolución y la importancia que ha tenido dentro del sistema jurídico colombiano, para lo cual se propone estructuralmente el desarrollo de los siguientes apartados: I. El Estado Constitucional de derecho; II. El Proceso de Constitucionalización en Colombia; III. Incidencia en el Sistema Jurídico Nacional, orden que permite entender el cambio de paradigma que ha tenido el derecho colombiano, al pasar de un Estado de derecho a un Estado Constitucional de derecho que debe gobernar todo el sistema jurídico nacional.

1. El Estado Constitucional de derecho

1.1. La Constitucionalización del derecho

Según Arrieta (2009), la constitucionalización del derecho se refiere al fenómeno jurídico según el cual el ordenamiento legal de un país, y por tanto el derecho en sí mismo considerado, que en su interpretación y aplicación debe estar regido por la Constitución de dicho país. Ello quiere decir que la norma primaria a la cual debe acompañarse en forma obligatoria el derecho del país respectivo debe ser la Constitución. Para el siglo XIX el orden jurídico giraba en torno del acatamiento ciego de la ley, pero a partir del siglo XX, las cosas cambiaron porque el eje central lo constituye la Carta Magna o carta fundamental. La Constitución pasó de un documento político a volverse un documento eminentemente jurídico (Arrieta, 2009).

Las referencias obligadas sobre el tema de la constitucionalización del derecho, o neoconstitucionalismo, como suelen llamarlo algunos tratadistas, nos lleva obligatoriamente a Europa. En primer lugar, lo constituye la ley fundamental de Bonn (Constitución de Alemania de 1949), y en especial, el surgimiento del Tribunal Constitucional Federal en 1951. En segundo lugar, la Constitución Política italiana de 1947 y la creación de la Corte Constitucional en 1956. En tercer lugar, la creación de la Corte Constitucional en Portugal (1982). En cuarto lugar, el Tribunal Constitucional español del año 1978. En quinto lugar, la Constitución

Política de Bélgica en el año 1984. Todos ellos dieron un paso fundamental al dotar a sus constituciones de fuerza vinculante, de obligatoria observancia, con plena eficacia y de cumplimiento forzoso (Arrieta, 2009).

Para que se alcanzara este cambio de mentalidad, según Arrieta (2009), se necesitaron históricamente tres grandes transformaciones, que a la postre modificaron el conocimiento convencional en relación con la aplicación de la constitución política: 1º. El reconocimiento de fuerza normativa de la Constitución; 2º. La creación de una jurisdicción constitucional; y 3º. El desarrollo global de una nueva dogmática de la interpretación constitucional. Es así como, a partir de principios del siglo XX se empezó a considerar que la Constitución es norma jurídica, dejando en el pasado la concepción de que la Constitución es un documento político, y, por consiguiente, proyectando hacia el futuro la consideración de que es un texto jurídico con fuerza vinculante y obligatorio que marca el norte que deben seguir las demás leyes, decretos, acuerdos, reglamentos, etc. Así las cosas, la constitucionalización del derecho necesita, como su nombre lo indica, de la Constitución como norma de normas, como Carta Suprema material y formal de donde devienen la legitimidad de las acciones políticas y jurídicas, y los principios e ideologías característicos de los gobiernos, siendo pues el lugar de reunión de los acuerdos mínimos, cuyo establecimiento es un rasgo característico del nuevo modelo de Estado Constitucional.

En cuanto al carácter normativo de la Constitución existen, tomando las ideas de García de Enterría (1985), tres razones para calificar a la Constitución de orden normativo. En primer lugar, es la Constitución la que define el sistema de fuentes formales del derecho dentro del ordenamiento, estableciendo cuáles son los órganos y los procedimientos idóneos para crear normas con fuerza vinculante. En segundo término, la Constitución, en cuanto dotada de valor normativo, se impone tanto a los poderes públicos como a los particulares. Y por último, su jerarquía normativa está garantizada por los mecanismos de control de constitucionalidad existentes. En todos esos contenidos se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente están los preceptos que van dirigidos tanto a los diversos órganos del poder como a los ciudadanos. No obstante, señala Sartori (2005) que las Constituciones deben construir mecanismos que funcionen y que produzcan algo, por

lo que en consecuencia la preocupación fundamental del profesor Sartori se centra en que las Constituciones se desempeñen como se supone que deben funcionar, con la finalidad de alcanzar buenos gobiernos, por lo que para alcanzar este objetivo es muy probable que las Constituciones deban ser reformadas. Entonces, el problema estriba en saber *qué* es lo que se necesita cambiar y *cómo* cambiarlo, considerándose siempre en ideas del mismo autor, que para un buen gobierno o para que el gobierno funcione se debe observar en muy diversos países (derecho comparado), lo que ha marchado bien y lo que no, puntualizando las causas de ello y sugiriendo modificaciones constitucionales para que el mecanismo no encuentre obstáculos en su funcionamiento.

1.2. El Estado Constitucional

Según Alexy (1993^a) el objetivo radical del proceso de constitucionalización del derecho no fue sino el impulso básico del constitucionalismo contemporáneo, esto es, la consolidación de modelos de Estado donde existe una Constitución democrática que está por encima de las demás normas, y que establece auténticos límites jurídicos al poder para la garantía de los derechos fundamentales. Bajo esta nueva perspectiva, surge a la postre el concepto ya levemente mencionado de Estado Constitucional o Estado Constitucional de derecho, el cual bajo un estudio propio efectuado por Lancheros – Gámez (2009), goza de algunas particularidades, y comporta algunos efectos que permiten identificarlo y, si se quiere, entenderlo, por lo que vale la pena presentar los resultados logrados por el mismo autor para concebir cómo uno de los principales efectos de aceptar la idea de un Estado constitucional tiene que ver con la constitucionalización del ordenamiento jurídico, lo cual no es más que un proceso de permeabilización de la actividad de todos los actores sociales, políticos, jurídicos y culturales a los principios y las reglas de la Constitución. Tal como lo sugiere Guastini, de quien se tomaron originalmente la enumeración de sus rasgos más relevantes, no todos ellos se presentan con el mismo grado de claridad o intensidad, salvo los dos primeros, sin los cuales no podría hablarse siquiera de constitucionalización (Lancheros – Gámez, 2009).

En análisis de Lancheros-Gámez (2009), lo primero que se requiere para que sea posible un Estado constitucional es la existencia de una

Constitución rígida que consagre un catálogo de valores, principios y derechos fundamentales. Es decir, una Constitución escrita cuyo procedimiento de modificación sea más agravado que el de una ley o de cualquiera otra norma de menor jerarquía. Este hecho supone que la Constitución es la norma de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico y es, por tanto, inmune frente a cualquier intento de modificación o sustitución por cualquier otra. Un segundo elemento para hablar de Estado constitucional, en palabras del mismo autor, tiene que ver con la existencia de una garantía jurisdiccional que permita mantener la supremacía constitucional y preservar su máximo nivel de jerarquía cuando quiera que una norma de menor rango transgreda sus principios o reglas. Esta garantía puede ser: i) Abstracta o concreta, según se haga sobre una norma o sobre un caso concreto “efectos *erga omnes* o *inter partes*”; ii) A priori o a posteriori, según se haga con anterioridad o posterioridad a la vigencia de una norma de menor jerarquía; iii) Concentrada o difusa, según se haga por un órgano especializado, corte o tribunal constitucional, o se permita a todos los jueces, dentro del ámbito de su competencia.

Continúa Lancheros-Gámez (2009) señalando que la tercera y cuarta característica de un Estado constitucional son respectivamente, el reconocimiento de la fuerza vinculante de la Constitución, en el entendido de que más allá de su contenido o de la forma en que se encuentra redactada, la Constitución, en su carácter de norma superior, condiciona la labor de las autoridades públicas y de los particulares, sin necesidad de norma alguna adicional que así lo prescriba y la interpretación extensiva de la Constitución. Es decir, con la forma como ella es utilizada para llenar las lagunas de sus propias disposiciones, y del ordenamiento jurídico en general, toda vez que es sabido que el ordenamiento jurídico tiene vacíos y que no toda conducta humana o situación jurídica se encuentra regulada.

El quinto rasgo citado por Lancheros-Gámez (2009) está relacionado con la aplicación directa de la Constitución, y como ya fue indicado, está íntimamente ligada al reconocimiento de su fuerza vinculante. Esta aplicación directa se refiere a la extensión de los efectos de la Constitución a las relaciones entre ciudadanos y los poderes públicos, y a las de los ciudadanos entre sí. Ya se veía antes cómo la concepción original de la ley tenía como finalidad esencial limitar el poder de las autoridades públicas frente a los ciudadanos, mientras dejaba a los particulares la libre regulación

de sus relaciones con algunos límites que fueron interpretados inicialmente de manera restrictiva.

Una sexta característica aportada por el mismo autor es la interpretación conforme a la Constitución, en el entendido de que, si las tres anteriores tienen relación directa con la propia Constitución, esta última tiene que ver directamente con el ordenamiento infra constitucional. Este autor señala que desde una perspectiva conocida, puede afirmarse que la supremacía de la Constitución obliga a adecuar todas las normas de inferior jerarquía a su contenido, hecho que tiene como presupuesto aceptar que se pueden admitir distintas interpretaciones, y que no todas ellas son constitucionales. En este sentido, únicamente las interpretaciones conformes con la Constitución pueden ser admitidas, y solo cuando no sea posible interpretar una norma con los postulados de la norma suprema, ella debería ser declarada inconstitucional por la autoridad competente o inaplicada por los diferentes operadores jurídicos (Lancheros – Gámez, 2009).

1.3. Los Derechos Fundamentales

El Estado de derecho incluye la garantía y la seguridad de los derechos fundamentales como una de las calidades básicas del modelo de Estado, toda vez que desde Luigi Ferrajoli, el discurso de los derechos fundamentales aparece como característico de lo que él llama Estado Constitucional de derecho. En donde tanto los derechos fundamentales como los principios constitucionales son paradigmas que definen la validez del ordenamiento jurídico. Por lo que en esta última forma de Estado implica una constitución vinculante en lo formal y en lo sustancial. Sin embargo, en el moderno Estado constitucional de derecho existe una nueva y más poderosa legitimidad del poder judicial diferente a la que existía en el modelo de la Ilustración, y que se basa en el análisis de las siguientes causas: a) Cambio en la concepción de la democracia; b) Cambio de paradigma de Estado de derecho. Al respecto, Luigi Ferrajoli (2003) delimita como principios pertenecientes a los Estados de derecho el vínculo de las ramas de poder a las normas de la Constitución, la división de poderes y los derechos fundamentales. En este mismo sentido, el autor italiano precisa que el respeto o la sujeción a la ley, entendida en sentido estrictamente formal, no indica que se esté en presencia de un Estado de derecho, ya que

está vinculado con una delimitación a causa de las normas que rebasa las formas y se extiende a los asuntos materiales.

El Estado Constitucional de derecho, tal como lo presenta Ferrajoli, además de las formas de producción legislativas, establece límites al proceso de creación de las normas jurídicas, al configurar prohibiciones y obligaciones que tienen relación con el contenido que no se puede reducir o desmejorar. Obligaciones relacionadas con los derechos de libertad y los derechos sociales, cuya vulneración genera, en sus palabras, “antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas”. De lo anterior expuesto, se puede significar que el desarrollo de los puntos cardinales del derecho constitucional no solo se producen en las directrices constitucionales, pues aquel se desarrolla en todos los aspectos jurídicos y normativos, aunque hay una garantía especial por medio de los mecanismos establecidos para la protección de la Constitución. De modo que cuando se configuran vulneraciones al orden constitucional que no fueron reparadas por la vía ordinaria, a través del ejercicio de las acciones constitucionales, se puede encontrar remedio a las falencias del sistema jurídico que configuran tales vulneraciones. Bajo los anteriores parámetros, entre los contenidos de la Constitución, los derechos son, en este paradigma, la pieza fundamental, toda vez que el modelo atribuye a los derechos el papel de representar la justificación más importante del derecho y del Estado y, por tanto, desde esta perspectiva, el Estado no es sino un instrumento de tutela de los derechos fundamentales y como tal fundamento necesita imponer fines y objetivos que deben ser realizados (Ferrajoli, 2003).

Ferrajoli *et al.* (2001) señala que son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; como presupuesto de idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas, lo cual da contenido a la idea de que en el modelo de Estado constitucional, el derecho y el poder encuentran su legitimidad en un presupuesto de orden externo que no es sino la persona como valor, y la primacía axiológica de este postulado sobre cualquier otro.

En el caso de la aplicación y la justificación de derechos, las condiciones de prioridad y las estructuras de ponderación cobran una relevancia específica, según hayan sido otorgados por reglas o por principios. Así, según Alexy (1993) existen algunos derechos constitucionales provenientes de reglas que contienen cláusulas que autorizan al parlamento o a la administración a imponer excepciones o limitaciones a su ejercicio. Pero también existen derechos fundamentales otorgados por principios que, en lugar de delimitarse, tenderían a perfeccionarse, dado que los principios son mandatos de optimización que deben realizarse en la mayor medida, atendiendo a las posibilidades fácticas y jurídicas. Para Alexy, los derechos constitucionales deben concebirse como derechos *prima facie*, es decir, como derechos basados en principios. Ello permite que la aplicación de un derecho fundamental pase de hacerse una tarea de subsunción a un proceso de ponderación. Con esto, Alexy (1993) sostiene que pese a que la teoría del discurso no permite determinar de forma objetiva y definitiva el peso de cada derecho; sin embargo, es capaz de mostrar que son posibles los argumentos racionales acerca de los derechos, lo cual constituye una prueba suficiente de que la inclusión de derechos fundamentales en el sistema jurídico conduce a una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral.

Con todo lo anteriormente expuesto, la Constitución y los derechos fundamentales no son sino artificios jurídicos que cobran todo su sentido en tanto que límites del poder y garantía de la libertad e inmunidad de las personas, puesto que los derechos existen para maximizar la autonomía de las personas y minimizar el impacto de los poderes (públicos y privados) sobre sus vidas. En suma, los derechos fundamentales son así un contenido básico del orden jurídico, tanto en sentido formal como material, dado que son estos derechos los que disponen límites materiales para los poderes públicos y privados y establecen, asimismo, los fines básicos hacia los que estos deben orientarse. En el Estado constitucional, los derechos fundamentales son a la vez garantías institucionales, normas objetivas del sistema jurídico y derechos subjetivos, en tanto que libertades, potestades, pretensiones e inmunidades normativas protegidas por el ordenamiento jurídico. Junto a esta doble dimensión –objetiva y subjetiva (Pérez Luño, 1998)– se caracterizan por presentar una especial fuerza o resistencia

jurídica frente a la acción de los poderes públicos, incluido el legislador, y también en las relaciones entre particulares (Prieto Sanchís, 1990).

2. El Proceso de Constitucionalización en Colombia

2.1. La Constitución política de 1991

En el año de 1991 se adopta en Colombia una Constitución ampliamente influenciada por el constitucionalismo de postguerra (Constitución italiana de 1945, alemana de 1949, española de 1978), donde se reconoce, en algunos aspectos, la tradición constitucional local y se adoptan disposiciones de la Constitución brasilera de 1988. La Carta política de 1991 reconoce igualmente derechos fundamentales y crea mecanismos de protección y efectividad para los mismos, como la acción de tutela que le otorga el control de constitucionalidad de las leyes –que venía siendo ejercido por la Corte Suprema de Justicia desde 1910– a la Corte Constitucional, organismo judicial encargado de velar por la supremacía e integridad de la Carta Política; todo esto bajo la adopción de la fórmula política del Estado Social de derecho.

Adicional a lo anterior, está la promulgación de la Constitución de 1991 que marcó una nueva pauta en el acoplamiento de las disposiciones internacionales ante el orden constitucional interno. Adoptándose a nivel nacional el concepto de Bloque de Constitucionalidad –tal como se utiliza hoy en día– donde se reconoce la jerarquía constitucional de ciertos instrumentos internacionales. Dicha figura ha sido definida por la jurisprudencia constitucional como aquella unidad jurídica compuesta por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, por lo tanto, constituyen normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que, a veces, puedan contener mecanismos de reforma diversos contrarios a las normas del articulado constitucional *strictu sensu*.

El profesor Rodrigo Uprimny (2001) señala que la Constitución de 1991, respecto del Bloque de Constitucionalidad en el ordenamiento interno, confiere una fuerza jurídica interna clara a los instrumentos internacionales de derechos humanos, toda vez que cuatro disposiciones juegan un papel trascendental: De un lado el artículo 53, según el cual “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”. De otro lado, el artículo 93, que establece que ciertas normas internacionales de derechos humanos “prevalecen en el orden interno”, y que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. En tercer término, en el artículo 94 se incorpora la cláusula de derechos innominados, pues precisa que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Finalmente, el artículo 214, que regula los estados de excepción indica que, incluso, en esos momentos de crisis, no pueden “suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales”, y que “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.

Uprimny (2001) señala igualmente que esta amplia apertura de los derechos humanos hacia el derecho internacional, permitió que la Corte Constitucional, desde sus primeras sentencias, y en abierto contraste con la jurisprudencia preconstituyente, utilizara vigorosamente los tratados de derechos humanos para orientar sus decisiones. Así, continúa refiriendo Uprimny (2001), la idea del bloque de constitucionalidad, pues considera que muchas normas que no se encuentran directamente en el articulado constitucional –en especial las disposiciones internacionales de derechos humanos– tienen relevancia constitucional al momento de decidir los casos. En palabras nuevamente de Uprimny (2001) fue importante el cambio jurisprudencial que implicó la expedición de la Carta de 1991 en relación con la fuerza jurídica de los derechos humanos, resultando igualmente notable la manera vigorosa, incluso audaz, cómo la Corte Constitucional interpretó, desde el comienzo de sus labores, los artículos 93, 94 y 214 de la Carta, a fin de potenciar la fuerza jurídica interna de los convenios internacionales de derechos humanos.

2.2. La supremacía constitucional

La supremacía de la Constitución Política sobre el resto de prescripciones del sistema de derecho nacional, es un principio estructurador del orden jurídico, toda vez que interpretando la jurisprudencia constitucional, el conjunto de prescripciones que integran el derecho positivo se ordenan en un sistema normativo, en virtud de la unidad y coherencia que le imprimen los valores, principios y reglas establecidas en la Constitución. En otras palabras, el orden jurídico de la sociedad política se diseña a partir de la Carta Fundamental. De allí que la misma Corte haya dicho que la posición de supremacía de la Constitución sobre las restantes normas que integran el orden jurídico, estriba en que aquélla determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, y atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad. Por supuesto, al efectuar todo esto, funda el orden jurídico mismo del Estado.

La Corte Constitucional de Colombia (C-415, 2012) en el mismo sentido ha señalado que la noción de supremacía constitucional parte de la naturaleza normativa de la Constitución, que se revela en el carácter de fuente primaria del ordenamiento jurídico. De allí que el artículo 4 de la Constitución Política indica: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Así, la naturaleza normativa del orden constitucional es la clave de la sujeción del orden jurídico restante a sus disposiciones, en virtud del carácter vinculante que tienen sus reglas. Tal condición normativa y prevalente de las normas constitucionales, la sitúan en el orden jurídico como fuente primera del sistema de derecho interno, comenzando por la validez misma de las normas infra constitucionales cuyas formas y procedimientos de producción estén reguladas en la propia Constitución. De ahí que la Corte (C-415, 2012) haya expresado:

La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos –Congreso, Ejecutivo

y jueces— se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como *lex superior* precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello “fuente de fuentes”, norma *normarum*. Estas características de supremacía y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del artículo 4.

(...)

Las consecuencias que se derivan del principio de supremacía —ha agregado esta corporación— apuntan no sólo al reconocimiento de una norma jurídica como piedra angular filosófico-política que rige todas las actividades estatales, y a la cual están subordinados todos los ciudadanos y los poderes públicos, sino que legitima además las normas jurídicas que se expidan congruentes con ella.

También el concepto de supremacía normativa de la Carta Política es definitorio del Estado Social y constitucional de derecho. En virtud de la fuerza normativa de la Constitución, las autoridades no solo se hallan sometidas al derecho positivo presidido por la norma superior, en el ejercicio de sus competencias; también para la realización efectiva de los derechos subjetivos consagrados constitucionalmente. Ante dichas autoridades los ciudadanos pueden exigir la realización efectiva de los derechos constitucionales, algunos de los cuales son de “*aplicación inmediata*” —al tenor del artículo 85 constitucional—, merced, precisamente, a su fuerza normativa vinculante. De este modo, la supremacía normativa de las normas constitucionales se erige en un principio clave para la concreción del catálogo de derechos fundamentales y la efectividad de los demás derechos consagrados en la Carta Fundamental (Corte Constitucional de Colombia, C-415, 2012).

En tal sentido, la Corte ha considerado que: la Constitución es norma fundante en una dimensión tanto axiológica (v. gr. establece principios, derechos fundamentales y pautas interpretativas), como instrumental (proporciona los mecanismos para lograr armonía y coherencia en la

aplicación de la Constitución). En ese orden de ideas, el principio de supremacía da cabida a la consagración de garantías fundamentales como fines prioritarios del Estado, y el establecimiento de controles de todo el ordenamiento y de una jurisdicción especial encargada de velar por su integridad. Tal jurisdicción especial no es otra que la jurisdicción constitucional, en cuyas decisiones deposita la propia Constitución la guarda de su integridad y supremacía (Corte Constitucional de Colombia, C-415, 2012).

La supremacía constitucional es elaborada a nivel teórico por Kelsen (1974), quien en su obra *La Teoría Pura del derecho*, explica que el ordenamiento jurídico se organiza normativamente en una jerarquía, por lo cual debe tener un punto de partida que lo fundamente, encontrando esta base en la Constitución. Así entonces podemos afirmar que la Constitución es ley fundamental, en primer lugar, porque define el sistema de fuentes formales del derecho; y en segundo término, tal como asegura García de Enterría (1985), por tener una pretensión de permanencia, de base estable de la organización de un Estado. La Constitución como norma suprema no es tan sólo un criterio que la hace superior a las demás normas, sino que también es punto de unidad del ordenamiento, implica la existencia de coherencia y sistematización entre las reglas de derecho que rigen en un Estado determinado.

Para completar el planteamiento anterior, es necesario señalar que la supremacía de la Constitución da prevalencia a los derechos fundamentales. La existencia de inalienabilidad de los derechos les otorga un plus de permanencia, y la presencia de un mecanismo expedito que los haga valer les da una trascendental garantía. Es decir, en palabras del mismo tratadista Kelsen, la Constitución es concebida como norma de normas y se resalta así el hecho de su superioridad sobre las demás disposiciones del ordenamiento jurídico, pues se la dota además de un carácter normativo, mediante el cual puede ser aplicada en alguna de sus partes, de forma directa por los jueces sin necesidad de desarrollo legal. La primacía de los derechos inalienables de las personas otorga un estatus trascendente a la concepción de persona y sus derechos fundamentales.

2.3. El control constitucional

Como lo ha dicho la Corte Constitucional (C-415, 2012), la supremacía normativa de la Constitución tiene como su principal garantía la existencia del control de constitucionalidad, a cargo de determinados órganos del poder judicial. Señala la Corte que, en principio, todos los poderes públicos deben velar porque la producción del derecho se ajuste a las reglas formales y contenidos materiales del orden constitucional. Del mismo modo que sus actuaciones concretas, por lo que así, los actos del gobierno, la actuación de las autoridades administrativas –y de algunos particulares en casos especiales–, las mismas decisiones de los jueces y los actos de legislación, se hallan dominados por el principio de supremacía de la Constitución, y sujetos a diversos tipos de exámenes de constitucionalidad de los mismos. En unos casos a través de mecanismos de control concreto de la constitucionalidad de las actuaciones públicas –por vía de acción o excepción– y en otros eventos mediante modalidades de control abstracto de los actos legislativos, las leyes y otras normas generales, por vía de acción o por ministerio de la Constitución.

El Constituyente de 1991 – ha señalado igualmente la Corte (C-415, 2012) – optó por un modelo de control constitucional que la jurisprudencia ha llamado difuso funcional. En este esquema concurre, por un lado, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, como órganos encargados del control abstracto de constitucionalidad y, por el otro, todos los jueces y corporaciones que deben decidir las acciones de tutela o resolver acciones y recursos previstos para garantizar los derechos constitucionales o al hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad en los casos concretos sometidos a su consideración. Lo anterior significa que en Colombia no existe una jurisdicción y un control constitucional concentrados, lo cual quiere decir que la jurisdicción constitucional la despliegan distintos órganos de la rama judicial. A la Corte Constitucional corresponde, como lo establece el artículo 241 de la Constitución, la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, y al Consejo de Estado corresponde, según el artículo 237 de la Constitución, conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional.

Pese a que sistema de guarda de la Carta de 1991 establecido en Colombia es abierto e integral, actualmente el control constitucional interno se mira más a partir del estudio de los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional, que según el artículo 48 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria

de la Administración de Justicia) son las mismas dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad. Sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto *erga omnes* en su parte resolutive, constituyéndose la parte motiva como criterio auxiliar para la actividad judicial, y para la aplicación de las normas de derecho en general. Igualmente señala la normativa citada que la interpretación por vía de autoridad que hace la Corte Constitucional, sin duda, tiene carácter obligatorio general.

Reseña López (2011) que el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha generado un alto grado de aceptación entre la sociedad, debido a la protección ordenada en las sentencias de la Corte en materia de defensa de los derechos fundamentales, derechos sociales y excepcionalmente derechos colectivos. Adicional al hecho de que se le encomendó la importante misión de unificar la jurisprudencia mediante la revisión de las acciones de tutela, y de velar por la supremacía de la Constitución, por medio de los fallos de constitucionalidad. Indica López (2011) que esta vasta tarea impuesta a la Corte ha permitido desarrollar una extensa doctrina constitucional jurisprudencial que, a su vez, ha permitido construir unas bases sólidas sobre las cuales se ha venido edificando el constitucionalismo colombiano del siglo XXI. Convirtiéndose el Tribunal, incluso, en el último eslabón de la pirámide del poder público en Colombia. Cualquier controversia, por banal que sea, es susceptible de constitucionalizarse, y con ello la discusión no se puede considerar cerrada hasta tanto la Corte no se pronuncie sobre el asunto.

A pesar de su importante labor en defensa de la Carta superior, relata nuevamente López (2011) que el control desplegado por la Corte Constitucional colombiana ha generado numerosas críticas. Entre otras cosas, por las modificaciones efectuadas a las leyes por medio de las cuales, ordena la imposición de un efecto no previsto por el legislador, generándose de esta forma un clima de inseguridad jurídica al invadir los campos del legislativo. Pero en palabras del mismo autor, una de las mayores críticas que podría hacerse a la Corte, gravitaría en que esta ejerce un “gobierno de los jueces”, demostrándose en el hecho de que el Tribunal está compuesto de algunas personas arbitrariamente designadas, y sin responsabilidad política, a menudo nombradas por complacencia o

por coyunturas políticas, que forman un cuerpo poco democrático, con un poder ampliamente decisivo y sin control. Troper, constitucionalista francés y profesor de la Universidad de París, afirmó en el año 2011 que el hecho de que los jueces tomen decisiones políticas parecería una contradicción ya que los jueces no gobiernan. Los jueces juzgan y se pronuncian por razones de legalidad y no de oportunidad (López, 2011).

Sobre el conflicto entre la democracia y la justicia constitucional, en el entendido que el control constitucional de las leyes que ejercen los jueces constitucionales (función de legislador negativo) contraría la decisión de las mayorías legislativas que aprueban alguna ley, la cual, luego de someterse al examen constitucional, resulta no ser válida, ha tenido múltiples representantes. Ferreres (1997) afirmó que no puede justificarse que en una democracia la decisión de la mayoría parlamentaria acerca de los derechos y las libertades pueda ser invalidada por un juez. Ante esta situación existe una excepción como es la de esta regla general: si la decisión de la mayoría parlamentaria atenta contra los derechos que dan acceso al proceso político, entonces está justificado que el juez pueda invalidar la ley. Ello es así porque el Parlamento goza de legitimidad en la medida en que es un órgano democrático, pero si el parlamento erosiona los derechos de participación política a través de los cuales los ciudadanos dan vida al proceso democrático, socava entonces su propia legitimidad democrática, con la consecuencia de que se justifica en esos casos que el juez pueda controlar la ley. Puntualiza Ferreres (1997) que este rol de guardián de la regularidad del proceso político es el único papel que en una democracia debería desempeñar el juez constitucional. Indudablemente, y pese a las críticas que pueda recibir, no existe duda alguna del carácter normativo y fundamental de la Constitución. Sin embargo, se la debe proteger y defender frente a los poderes públicos, cuando estos tiendan a desconocerla. Como lo señala García de Enterría (1985), toda vez que la propia constitución gradúa la fuerza normativa de sus disposiciones, y se

encarga de predisponer un completo sistema de garantías, que asegure el respeto a su supremacía.

3. Incidencia en el sistema jurídico nacional

3.1. Supremacía de los derechos fundamentales

La Constitución de 1991 o Carta Política de navegación, como suelen llamarla algunos, proclamó en Colombia un Estado Social y democrático de derecho con una democracia participativa. Además, consagró una extensa gama de mecanismos para hacer efectiva dicha participación, así como un catálogo bastante amplio de los derechos del ciudadano. Entre estos que resaltan los derechos fundamentales, los colectivos y del medio ambiente, estableciendo a su vez los mecanismos de protección para la defensa de todos los derechos, que pasaron de ser meros enunciados retóricos a verdaderos derechos exigibles ante las autoridades administrativas y, en última instancia, ante las judiciales.

En este modelo de Estado constitucional, los derechos fundamentales pueden ser pensados como límites o prohibiciones que afectan al legislador, ya que los derechos no son ilimitados, no son absolutos, pero tienen un contenido constitucionalmente tipificado o predeterminado y, salvo habilitación expresa, no deben ser cercenados por el legislador. Bajo esta nueva perspectiva, el legislador no puede introducir límites a los derechos donde la Constitución no lo hace. Sin embargo, no se alcanza a sostener la idea de que entre los derechos constitucionales y entre sus límites, haya fronteras nítidas, o que es posible formular un catálogo taxativo de los supuestos de hecho y sus excepciones correspondientes a los enunciados de derechos constitucionales. La concepción fuerte de la nueva Constitución y, en especial, de los derechos fundamentales, mediante la cual estos revelan la potestad de irradiar el ordenamiento jurídico y condicionar situaciones que otrora regulaba la ley o estaban sometidas al arbitrio de los privados, comenzó a desarrollar la constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico interno. De esta manera, los textos constitucionales, y, muy en

particular, aquellos en los que se consagran derechos fundamentales de las personas, se han convertido en principios y reglas directamente aplicables a todo tipo de conflictos jurídicos, que deben resolver los legisladores, jueces y funcionarios administrativos en Colombia.

3.2. Interpretación desde la Constitución

Francisco Rubio Llorente prologando a Alonso García (1984) resalta el cambio operado en la Teoría de la Interpretación que ha pasado de ser patrimonio de los civilistas a instrumento de uso corriente de publicistas, constitucionalistas y administrativistas. Presentándose una nueva estructura relacional entre la Constitución y la Ley que se pone de relieve con la expresión *la Constitución como norma jurídica*. Al respecto, Insignares Gómez (2011) refiere que uno de los temas que cobra mayor vigencia en el modelo de Estado que actualmente acompaña a las democracias liberales en el mundo, es aquel que hace referencia al papel orientador que cumple la Constitución como pilar de los valores y punto de referencia necesario para el diseño de los sistemas jurídicos. De otra parte, autores como Stern, citado por Alonso García (1984) señalan que el problema genérico o global de la interpretación constitucional se ha convertido en el problema cardinal de la interpretación como fenómeno jurídico.

Ahondando en el tema, Insignares Gómez (2011) señala que cuando se habla de investigar el significado de las normas constitucionales nos topamos con el inconveniente de que la mayoría de enunciados constitucionales con relevancia sustantiva hacen referencia, como bien lo indica Larenz, a pautas que precisan ser llenadas de contenido, a cuya concreción están llamados tanto el simple legislador como la jurisprudencia de los tribunales (Alonso García, 1984). Ya sea en principios o en valores, esta naturaleza de dichos enunciados, continúa Insignares Gómez (2011), implica que la tarea adelantada por el intérprete se cobije de una especial importancia, toda vez que su resultado debe ajustarse a la filosofía que implicó el nacimiento de los principios y de su criterio axiológico. Además, señala el mismo autor, que esto es menester tenerlo en cuenta ya que en la interpretación constitucional se carece de un marco normativo que sirva de referencia. Por lo que corresponde al legislador, en primera instancia, especificar la norma constitucional, dotándola de contenido y de fuerza de aplicabilidad. Por su parte, los tribunales, cuando el legislador ha dado concreción a la norma,

se encuentran vinculados a ella y no pueden apartarse so pretexto de una interpretación *conforme a la Constitución*, que implique una corrección de la ley.

No obstante, esto lo refuta Insignares Gómez (2011), pues en los eventos en que la regulación del legislador se opone abiertamente al principio o al valor constitucional originando con ello que no haya una especificación del principio sino una tergiversación –entonces están en posibilidad los tribunales de negar la validez de la ley por ser anticonstitucional– y en consecuencia, sólo podrá un tribunal concretar de manera inmediata una norma constitucional cuando existe una omisión de la ley o cuando la otorgada por esta reviste un carácter insuficiente, originando con esto una laguna legal. Al respecto puede hacerse eco de los argumentos de Alonso García (1984) quien, al referirse a esta labor de los tribunales en la interpretación constitucional, manifiesta: “Nuestra misión es a la vez más amplia y más limitada. Parte de una idea que enlaza ambos conceptos de interpretación: la de que para los juristas la interpretación constitucional es un fenómeno peculiar, pues si, por un lado, tienen que dialogar con el intérprete auténtico en términos estrictamente jurídicos, utilizando los métodos clásicos de interpretación; por otro, tiene que hacerse eco del fenómeno de la interpretación constitucional como vivencia constitucional ‘para justificar las vivencias del texto fundamental’, convirtiéndose así en lenguaje jurídico, asimilable por el intérprete auténtico, formas culturales de vivencia de valores e ideas como fundamentales”.

Además de lo ya dicho, Insignares Gómez (2011) asegura que cuando se habla de interpretación constitucional, no sólo nos referimos al problema de subsumir un determinado supuesto de hecho en una norma de la Carta Política, lo cual implica unas dificultades por la indeterminación de muchos de los conceptos consagrados en la Constitución, sino que también es relevante tener en cuenta que en los países donde hay una jurisdicción constitucional “el intérprete judicial crea y formula normas derivadas de la Constitución, bien expresa, bien implícitamente” (Alonso García, 1984). Recalca Insignares Gómez (2011) que esta operación adelantada por los jueces es la que denomina el profesor Enrique Alonso García como la producción de una *doctrina*, o, siendo más precisos, la creación de normas subconstitucionales que orientan la aplicación de la norma en cuestión. En tal sentido, señala dicho autor, la interpretación constitucional se constituye

en un mecanismo racional y científico-jurídico, por el que la vivencia popular de lo fundamental llega a convertirse en norma subconstitucional equivalente a la Constitución misma.

Ahora bien, cuando los tribunales constitucionales proceden a dar una interpretación de la Constitución, en palabras de Insignares Gómez (2011), el problema se centra en establecer si el método utilizado para esto se reviste de un carácter político o jurídico. Al respecto Alonso García (1984) afirma que el objeto sobre el que recae el enjuiciamiento es la gran política, y no las pequeñas políticas sectoriales que se realizan en las normas inferiores. Lo que, a su vez, conlleva que sea inevitable tener en cuenta las consecuencias políticas de los pronunciamientos, ya que en la célebre expresión de Bachog ‘estas sentencias (constitucionales) pueden ocasionar catástrofes no sólo para el caso concreto, sino para un indivisible número de casos, cuando estas sentencias son políticamente inexactas y falsas’ (en el sentido de que desbaratan las tareas políticas legítimas de la dirección del Estado), la lesión puede alcanzar a la comunidad política entera.

En consonancia con lo anterior, el tratadista Insignares Gómez (2011) concluye que el tamiz político de las decisiones de los tribunales constitucionales convive con el jurídico, por lo cual debe cuidarse mucho la jurisdicción de no caer en el error de “oracular”, en el proceso de creación de las normas subconstitucionales, ya que con ello se pone en riesgo no sólo la estabilidad jurídica sino también la política. Es así como, finaliza el mismo autor citado, en no pocas oportunidades el grado de indeterminación es de tal talante, que el juez puede considerar que su hechura obedece al legislador como legítimo representante del pueblo.

3.3. Valor jurídico de las normas constitucionales

Con base en lo dicho hasta el momento, resulta importante recordar la pregunta de Sainz Moreno (1982): ¿Cómo se articula técnicamente el valor normativo directo y general de la Constitución? Por su parte, García de Enterría (1985) lo expone resumidamente admitiendo que el monopolio jurisdiccional del Tribunal Constitucional sólo alcanza a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes (monopolio de rechazo), no a cualquier aplicación de la Constitución, sin perjuicio de que el Tribunal pueda también conocer de los reglamentos de las Comunidades autónomas. Esto implica que la prohibición de declaración de inconstitucionalidad por

otros Tribunales y Juzgados no alcanza ni a normas de rango inferior a la ley ni a actos jurídicos públicos o privados, e implica también que no se prohíbe sino que se obliga a los órganos judiciales a realizar “juicios de constitucionalidad positiva” (de conformidad de la ley con la Constitución) y a interpretar constitucionalmente la totalidad del ordenamiento.

De lo expuesto anteriormente, y de acuerdo con los principios de *sometimiento al imperio de la ley* y de *iura novit curia*, García de Enterría (1985) observa que a todos los Tribunales corresponde, al menos: *a)* El enjuiciamiento previo de constitucionalidad a los efectos de hacer un juicio de posible inconstitucionalidad de la norma con el consiguiente planteamiento de la llamada «cuestión de inconstitucionalidad», o un juicio positivo de constitucionalidad que condiciona toda aplicación de una ley. *b)* El juicio de posible inconstitucionalidad de los reglamentos. *c)* El juicio de inconstitucionalidad de actos jurídicos públicos y privados. *d)* La interpretación de la totalidad del ordenamiento conforme a la Constitución. García de Enterría igualmente refiere que la vinculación a la Constitución por parte de los tribunales y de todos los sujetos públicos y privados, se extiende a todas las normas constitucionales. De modo que aquí no cabe la distinción entre artículos de aplicación directa y artículos programáticos, sin valor normativo. En definitiva, puntualiza el mismo autor que todos los preceptos constitucionales, cualquiera que sea el grado de su concentración, son aplicables, ya que no existen en la Constitución declaraciones a las que no haya que darle valor normativo.

Tomando las anteriores pautas e interpretando a Sainz Moreno (1982), se puede afirmar que la Constitución Política de Colombia de 1991, ocupa un privilegiado lugar en el ordenamiento jurídico nacional, que obliga a aplicar e interpretar dicho sistema siempre de conformidad con los principios y reglas constitucionales, toda vez que el origen del principio de *interpretación conforme a la Constitución* está en el proceso de constitucionalidad de las leyes. Al respecto señala Sainz Moreno (1982) que este principio conecta con la “presunción de constitucionalidad de las leyes”, de modo que una ley sólo será declarada inconstitucional cuando no exista duda razonable sobre ella. En el mismo sentido, García de Enterría (1985) refiere que la interpretación de una norma conforme a la Constitución, no sólo obliga a determinar cuáles son los principios constitucionales, sino también el orden de valores que hacen que la Constitución tenga

una unidad material de sentido que conlleve a la necesidad de realizar una interpretación de los principios constitucionales mismos. Tal modo de actuar impone algunas consecuencias, que García de Enterría (1985) esquematiza de acuerdo a los siguientes postulados:

1. La Constitución es el *contexto* de todas y cada una de las leyes, reglamentos y normas del ordenamiento a efectos de su interpretación y aplicación.
2. La Constitución prevalece no sólo en la *interpretación declarativa*, sino también en la *interpretación integrativa*.
3. Resulta prohibida cualquier construcción interpretativa y dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio a los valores constitucionales.

Las normas constitucionales son, pues, en criterio de García de Enterría (1985) normas dominantes frente a todas, en la concreción del sentido general del sistema jurídico. La doctrina legal que resulta de las sentencias del Tribunal o Corte Constitucional tiene un valor preeminente frente a cualquier otro cuerpo jurisprudencial. Preeminencia tanto en el caso de que la sentencia declare la inconstitucionalidad de una norma como en el de que sólo realice una interpretación en consonancia con la Constitución, aunque en este último caso no prevalezca como ley, sino como tal doctrina, y sólo en cuanto que la intervención del Tribunal Supremo suponga una colisión con la Constitución. De todo lo anterior resulta la función preeminente que desempeña la Corte Constitucional, sin desconocer, claro está, que dicha Corte también decide conflictos políticos. Pero lo característico, en palabras nuevamente de García de Enterría (1985), es que la resolución de los mismos se hace por criterios y métodos jurídicos, y esto no sólo formalmente (según la famosa objeción de Schmitt, de que la justicia constitucional sólo es judicial en la forma), sino materialmente por medio de la razón llamada derecho. Lo que lleva, en definitiva en la actualidad, a situar los criterios de fondo que fundamentan sus decisiones como tema central de la jurisdicción constitucional. Los mismos que, sin lugar a dudas, inciden ampliamente en nuestro sistema jurídico.

Referencias

Alexy, R. (1993). *Derecho Y Razón Práctica*. México: Fontamara.

- Alexy, R. (1993^a). *Teoría De Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro De Estudios Constitucionales.
- Alonso García, E. (1984). *La Interpretación De La Constitución*. Madrid: C.E.C.
- Arrieta Flórez, V. (2009). La Constitucionalización Del Derecho Y Su Incidencia En Colombia, En *Revista Pensamiento Americano*, 2, 2.
- Corte Constitucional De Colombia, (2012). *Sentencia C-415 Del 06 De Junio De 2012*. M.P. *Mauricio González Cuervo*. Bogotá D.C., Colombia: Rama Judicial Del Poder Público.
- Ferrajoli, L., Pisarello Prados, G, Bacelli, L & De Cabo, A. (2001). *Los Fundamentos De Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2003). Pasado Y Futuro Del Estado De Derecho, En *Neoconstitucionalismo(S)*, Miguel Carbonell (Ed.), Madrid: Editorial Trotta.
- Ferreres Comella, V. (1997). *Justicia Constitucional Y Democracia*. Madrid: Centro De Estudios Políticos Y Constitucionales.
- García De Enterría, E. (1985). *La Constitución Como Norma Y El Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas.
- Insignares Gómez, R. (2011). La Interpretación De La Ley, En *Revista De Derecho Fiscal*. Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 1.
- Kelsen, H. (1974). *La Teoría Pura Del Derecho*. México: Editora Nacional.
- Lancheros-Gámez, J. (2009). Del Estado Liberal Al Estado Constitucional. Implicaciones En La Compresión De La Dignidad Humana. *Dikaion*, 18.
- López Daza, G. (2011). El Juez Constitucional Colombiano Como Legislador Positivo: ¿Un Gobierno De Los Jueces?, En: *Revista Mexicana De Derecho Constitucional*, 24.
- Perez Luño, A. (1998). *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- Prieto Sanchís, L. (1990). *Estudios Sobre Derechos Fundamentales*. Madrid: Debate.
- Sainz Moreno, F. (1982). La Constitución Como Norma Jurídica Y El Tribunal Constitucional, De Eduardo García Enterría, En *Revista Española De Derecho Constitucional*. Madrid: Centro De Estudios Políticos Y Constitucionales, 2, 6.

- Sartori, G. (2005). *Ingeniería Constitucional Comparada*. México: Fondo De Cultura Económica.
- Uprimny, R. (2001). El Bloque De Constitucionalidad En Colombia. En: *Compilación De Jurisprudencia Y Doctrina Nacional E Internacional*. Bogotá: Oficina Del Alto Comisionado De Naciones Unidas Para Los Derechos Humanos.

3. Fronteras y concepto de derecho [internacional]¹

Daniel Andrés Figueredo de Pérez²

A manera de introducción

Lo primero que en esa investigación se debe señalar es que no se pretende hacer un análisis exhaustivo de todas las alternativas posibles de los problemas planteados, sino de algunos aspectos que desde una perspectiva personal, han merecido cierta atención. También se debe aclarar que los juicios emitidos derivan y se sustentan en la teoría del derecho internacional basada en los Derechos Humanos. Sin embargo, la exploración expuesta aquí es de vital importancia en el estado actual de la discusión teórica del derecho internacional público general, y resulta pertinente ventilarlo en este espacio.

En segunda instancia, es importante aclarar el uso de la terminología empleada a lo largo del texto. Cuando se hace referencia al derecho no doméstico o extranacional, más allá de la evidente oposición de este frente a las legislaciones nacionales, se intenta abarcar diferentes regímenes que difícilmente encuadran en el mero establecimiento de relaciones de derecho entre estados. Por ejemplo, como es el caso del conflicto entre legislaciones, los sistemas legales de los mecanismos regionales de integración económica, los sistemas regionales de protección de Derechos Humanos, el sistema de Naciones Unidas o el de la Organización Internacional del Trabajo,

1 Este trabajo es el resultado de la recolección de ideas y apuntes que como estudiante y pasante del Ministerio de Relaciones Exteriores colombiano, así como de participante de concursos de juicio simulado que realicé en su momento, y que eventualmente me sirvieron para presentar la ponencia *Tempus fugit* por la cual me convertí en miembro de la Academia Colombiana de Derecho Internacional.. Algunas cosas las he reevaluado y otras siguen allí. Sin embargo, sentí que tenía una deuda conmigo mismo y con mis estudiantes a quienes tantas veces he confundido, con todo el dolo del caso, en el momento de explicar las fuentes del Derecho Internacional.

2 Abogado de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho Médico-Sanitario de la Universidad del Rosario. Máster en Derecho Internacional de United Nations-mandated University for Peace.

por mencionar algunos. Focalizado esto de acuerdo con la tendencia contemporánea de reconocer la fragmentación del derecho internacional en regímenes demasiado específicos (Paulus 2010, p.208), que ha sido incluso objeto de estudio de la Comisión de Derecho Internacional, así como la necesidad de entender que lo no doméstico, tampoco se refiere exclusivamente a las relaciones entre Estados (Besson 2010, p. 167).

Una de las ideas centrales que estimula la redacción de este texto es aquella según la cual el estudio de las fuentes del derecho internacional, extranacional o derecho no doméstico, es de vital importancia en una época donde los procesos de transmisión de la información – que en derecho suelen determinar la carga o contenido teórico del mismo – acompañados de procesos de liberalización de los mercados y la circulación de capitales, servicios y personas, están moldeando los conceptos sobre la ética, la moral, tanto como del significado de lo justo y lo jurídico.

Una de las características más interesantes en ese proceso es la emergente integración en la legislación nacional, de instituciones y corrientes teóricas surgidas a partir de los procesos deliberativos y creadores que frecuentemente escapan del ámbito de nuestro propio sistema jurídico estatal. Es notorio para el litigante contemporáneo que en la práctica jurídica, los jueces y operadores jurídicos en general, hayan integrado al sistema de fuentes, instrumentos de diversa índole, para resolver casos concretos – a pesar de que en ocasiones no se tenga claridad acerca de la naturaleza jurídica de la institución invocada. Tal ha sido la manera de la resolución de casos en diferentes ámbitos no domésticos, como las Cortes de Derechos Humanos o la Organización Mundial del Comercio. Incluso, en laudos arbitrales en los casos cuyas reclamaciones económicas, los costos ascienden a millones de dólares.

En la narrativa del presente texto el lector encontrará en la primera sección que se hace referencia sobre el derecho blando, pues es necesario definirlo como uno de los elementos que ponen de manifiesto la indeterminación propia del sistema de fuentes. De allí que se haga necesario conceptualizarlo para luego plantear algunos de los problemas que genera el mismo. En el segundo acápite, abordaremos la caracterización de las reglas del sistema jurídico desde la perspectiva de sus fuentes, la visión tradicional del mismo y la problemática que genera la indeterminación no

solo del derecho blando sino en general de las reglas que componen el derecho no doméstico.

Finalmente se revisarán algunas propuestas conceptuales que se han postulado en la teoría como fundamento ideológico de la organización del sistema jurídico extranacional. Por supuesto, muchas preguntas quedarán sin respuesta, ya que el propósito fundamental del texto es establecer el tejido de las problemáticas a las que se enfrenta cualquier analista de los regímenes no domésticos. Algunas de las cuestiones planteadas en este texto se les darán respuesta en investigaciones posteriores.

1. Ontología, utilidad, importancia y vicisitudes de un espécimen exótico

La dificultad que genera la determinación de lo que compone el sistema extranacional, ha llevado a que los operadores acudan de manera habitual a la literatura jurídica especializada y, sobre todo, a aquello que por lo general se ha denominado derecho blando. Al hablar de este tipo de derecho, debe entenderse que se está haciendo referencia a una serie de actos provenientes de organizaciones internacionales o sus diferentes órganos, así como de los Estados, y que pueden:

- Contener principios, normas o reglas, guías de comportamiento o directivas.
- Declarar la voluntad de una organización internacional o sus diferentes órganos.
- Declarar la voluntad de un Estado.
- Realizar interpretaciones no vinculantes del derecho vigente, en los términos del artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Guzman y Mayers, 2010, p.525).
- Efectuar interpretaciones enmarcadas dentro de las funciones de promoción y monitoreo –de acuerdo a la teoría de los poderes implícitos de un órgano extranacional sobre un tema específico.

Su característica esencial es que no son identificables per se como costumbre internacional, principio de derecho o norma de un tratado. Es

decir, no son propiamente reconocibles como una norma primaria, en los términos expuestos por Hart. De hecho, según lo explican Guzman y Meyer (2010) en su texto *International Soft Law*, donde se señala: *Soft law is a residual category, defined in opposition to clearer categories rather than on its own terms... [t]here are so many different forms of soft law that it is often more fruitful to think of it as a group of subjects, rather than a single one* (p. 172-174).

Sin embargo, el derecho blando no es algo que deba ser subestimado. Quien fuera presidenta de la Corte Internacional de Justicia, Rosalyn Higgins señala que “The passing of binding decisions [by an international body] is not the only way in which law development occurs. Legal consequences can also flow from acts which are not, in the formal sense, ‘binding’” (*International Soft Law*, 2010, p. 175). En ese sentido, cabe destacar lo planteado por el Departamento de Estado de los Estados Unidos en su *Memorandum of the Assistant Legal Adviser for Treaty Affairs*: [I]t has long been recognised in international practice that governments may agree on joint statements of policy or intention that do not establish legal obligations. In recent decades, this has become a common means of announcing the results of diplomatic exchanges, stating common positions on policy issues, recording their intended course of action on matters of mutual concern, or making political commitments to one another. These documents are sometimes referred to as non-binding agreements, gentlemen’s agreements, joint statements or declarations. (Shaw, 2008, p. 119).

De hecho existen varios instrumentos internacionales que evolucionaron de una declaración de alguna organización internacional a un tratado internacional. Como sería el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyas cláusulas fueron trasladadas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Dentro de las relaciones entre los Estados, la utilidad del uso de derecho blando ha sido explicada de manera muy interesante por Guzmán y Meyer desde cuatro perspectivas. La primera de ellas es que los Estados pueden escoger el derecho blando para un problema sencillo de coordinación. Es decir, se está en una situación en la que una vez se ha establecido un código de conducta – el cual ellos denominan punto focal de cooperación – los Estados tienen una certeza alta de que tales prescripciones serán auto

ejecutadas³, ahorrando los costos de las transacciones burocráticas (2010, p.176 – 177).

La segunda de ellas es la de la evasión de la pérdida, según la cual los Estados:

[O]ften forego the benefits of the greater credibility associated with binding legal agreement because credibility has associated costs. An increase in credibility –or in other words an increase in the reputational sanction associated with violating an obligation– is, in effect, a double-edged sword. On the one hand, a higher cost of violation creates a stronger incentive to perform one's obligation, and thus generates some marginal benefit in terms of compliance. On the other hand, when there is a violation, the expected loss to the parties will be larger. This problem is exacerbated by the fact that a reputational loss to the violating party is not offset by a corresponding benefit to the non-violating party. Thus, increasing the marginal reputational sanction for violation by, for example, moving from a soft to a hard legal obligation has the effect of increasing the expected loss should a violation occur, while at the same time reducing the number of expected violations. In creating an obligation, states will seek to set the expected marginal benefit from an increase in credibility, or the benefit from the marginally deterred violations, equal to the expected marginal cost-an increase in the negative-sum sanction for those violations that are not deterred. The result is that in many cases, the marginal costs associated with making an agreement legally binding will be too great to justify. (International Common Law 2010, p.522 -523)

La tercera teoría, que ellos denominan teoría de la delegación, sostiene que el derecho blando es un intento a través del tiempo de mejorar el valor creado por las reglas internacionales por medio de un sistema más eficiente de enmiendas. En ese sentido, se plantea que los Estados pueden violar las reglas establecidas en estos acuerdos no vinculantes por dos razones distintas: una, que suele ser familiar a los académicos del

3 Self-enforcing.

derecho como es la de tomar ventaja de los “socios cooperativos” dejando entonces de cooperar. La segunda de las razones será la de forzar el cambio de comportamiento del socio cooperativo porque: In the first situation, states violate legal rules in the hopes that their partners will continue to abide by those rules; in the second, they violate the rules hoping the violation will prompt their partners to change their behavior, in effect amending the legal rules (International soft law 2010, p. 178). Así tenemos que los beneficios esperados de la deliberada violación del acuerdo – la enmienda unilateral de las reglas sub óptimas del acuerdo – son mayores que los costos esperados tanto de las violaciones, como de la violación oportunista del acuerdo.

La cuarta de las teorías de la existencia del derecho blando se refiere al derecho común internacional⁴ que es entendida como: “the pronouncements of international tribunals or Ios that provide a nonbinding gloss on binding legal rules.”(International Soft Law 2010,p.178). Como lo anotan estos académicos, las expectativas de los Estados en materia de lo que es el derecho se ven alteradas con los pronunciamientos de los tribunales internacionales o las organizaciones multilaterales⁵ (International Soft Law 2010, p. 525).

Es necesario tomar en cuenta que el derecho blando ha sido el lugar por excelencia de encendidas controversias a través de la historia. Su distintividad como crisol, ha planteado debates como el de los documentos adoptados en el seno de una organización, que generalmente no se consideran como vinculantes. Sin embargo, pueden llegar a serlo como en el caso de la Resolución 377 (V) Unión Pro Paz, en la que la Asamblea General de Naciones Unidas se abroga la facultad de mantener y velar por la paz y la seguridad mundial. Esta resolución fue ampliamente discutida

4 Es necesario aclarar que diferimos parcialmente de lo establecido en esta teoría en tanto que su formulación mezcla la naturaleza jurídica evidentemente vinculante de las decisiones de cortes como la interamericana o la europea, con aquella de los pronunciamientos de los órganos de tratado de Naciones Unidas, que revisan casos en el marco de sus respectivos sistemas de peticiones en los que el acatamiento de los mismos está más asociado a la credibilidad y reputación de los Estados. Por ejemplo, en el caso específico del sistema interamericano, las decisiones pueden ejecutarse en la jurisdicción interna de acuerdo a las reglas fijadas para cualquier otra decisión de un órgano jurisdiccional doméstico, evento que no sucede con el Comité de Derechos Humanos. Tampoco se puede decir que no exista vinculatoriedad en las decisiones de los tribunales penales internacionales, pues precisamente esta es su característica teleológica más definitoria.

5 Esta idea se desarrollará con más claridad, cuando se plantee el problema de la doxografía.

en su tiempo, pero de cuyo valor jurídico nadie duda en nuestra época (Monroy 2006, p.151).

También es pertinente recordar que casos como la opinión consultiva sobre las reparaciones por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, nos introdujeron en la teoría de los poderes implícitos de las organizaciones internacionales y sus órganos. Además, los Estados pueden obligarse a través de sus propias declaraciones, como lo señala el párrafo 43 del caso entre Francia y Australia por las pruebas nucleares en el atolón de Mururoa. Incluso, en el escenario contemporáneo existen decisiones de cortes internacionales que señalan que se puede originar responsabilidad internacional de un Estado planteadas por un manual de capacitación elaborado por los particulares⁶, o en donde se postulan doctrinas como la de los “mejores esfuerzos” para darle relevancia jurídica a recomendaciones de órganos internacionales (Corte IDH, 1997. Párr. 80 – 81).

En estas circunstancias, parece vital exponer las preguntas ¿Qué compone el derecho no doméstico? y ¿Cómo podemos reconocer esos contenidos? Eso de ninguna manera quiere decir que condenemos tales pronunciamientos o resoluciones judiciales o que no haya conciencia de la necesidad de respuestas a velocidades mayores, pues las necesidades de nuestra sociedad, requieren muchas veces que se definan los derechos en tiempo real (Naples-Mitchell 44), tal como lo plantearía el principio de efectividad de las normas jurídicas. Pero, en ningún caso este principio puede transformar, como diría Luaterpracht: *“a mere declaration of lofty purpose... into a source of legal rights and obligations”* (Scobbie, 280), sin que medie un proceso de justificación que responda al problema de la autoridad de la fuente.

2. Las cuestiones del reconocimiento: contexto, transformación y problemas prácticos

La tradición jurídica dominante, formuló durante mucho tiempo una idea de lo no doméstico, partiendo de la base conceptual de que en dicho campo solo se daban relaciones entre monarcas soberanos o entre

⁶ Esto ocurre, por ejemplo, en la sentencia Rosendo Cantú vs. México, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se puede apreciar en los párrafos 178, 242 y 245.

Estados nacionales. Incluso hoy, existen círculos académicos en los que se aborda un enfoque Grociano⁷ del derecho internacional, en el que los Estados son amos todopoderosos del devenir legal externo a su territorio, y nada ocurre sin su consentimiento. De acuerdo con esta visión, siempre que un enunciado extranacional pueda vincular legalmente, estaríamos en presencia del denominado derecho internacional.

Sin embargo, la concomitante eclosión, expansión y fragmentación de diferentes regímenes legales no domésticos que se produce desde el siglo XX, hace que esta concepción clásica sea hoy día cuestionable si se busca explicar la realidad, incluso desde el propio significativo al que nos remite su denominación. Es evidente que los Estados tienen el papel principal en la arquitectura legal contemporánea. Sin embargo, y aunque solo de ellos se predicen los deberes y la responsabilidad internacional,⁸ su rol se ha reducido a traducir las necesidades de la humanidad, y así mismo a garantizarlas en la esfera de sus relaciones.

En ese proceso los Estados se han mostrado algunos tímidos y otros vehementes a la hora de construir enunciados que determinen principios, reglas y sub reglas, que se encarguen de traducir esas necesidades, pero han escogido instrumentos tanto de derecho blando, como tratados internacionales. Incluso, han usado ambos tipos de instrumentos para manifestar principios del sistema – como en el caso de la Resolución 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas expedida en 1970 – que a la vez son normas de costumbre internacional. En resumen, ya no es tan fácil reconocer cuáles son las reglas del sistema, es decir, lo que se puede conceptualizar como derecho.

Dado este contexto, y entendiendo que el primer desafío del sistema es la conceptualización del mismo, se evidencia la necesidad de responder a nuestras dos preguntas iniciales: ¿Qué compone el derecho no doméstico? y ¿Cómo podemos reconocer esos contenidos? Esto implica, a la vez, responder a tres subproblemas adicionales.

7 Como lo señala Scharf citando a Kingsbury: “In “semiotic” terms, the “Grotian tradition” has come to symbolize the advent of the modern international legal regime, characterized by positive law and state consent, which arose from the Peace of Westphalia.” (444)

8 Salvo el caso de las responsabilidades ex post facto en el derecho penal internacional.

Un primer problema, que para efectos prácticos lo denominaremos la entropía sistémica, es que dadas la expansión, eclosión y la fragmentación del derecho extranacional, existen dificultades para la adecuada identificación de aquello que pueda ser considerado un mandato vinculante formulado en términos de principios que guíen la conducta del operador jurídico o de acción o abstención (Hart 1998, p.101) y demás tipos de normas propias de un sistema jurídico. Entonces sucede que al llamado derecho blando se le atribuye, en ocasiones, calidades normativas que no siempre son tan claras. Es decir que lo que se predica del objeto, no corresponde con sus características.

Para explicar lo anterior con más detalle es necesario comenzar resaltando el hecho de que, tradicionalmente, se ha reconocido el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia – CIJ – como el universo discursivo en el cual están enlistadas las fuentes del derecho internacional⁹ (Monroy 2006, p.143; Olarte 2006, p. 161). Estas serían¹⁰:

- Las convenciones internacionales de carácter general o particular, sea que consten en uno o varios instrumentos conexos.
- La costumbre internacional, formada por la convicción de los Estados acerca de la obligatoriedad de cierta conducta en un caso concreto y la práctica de esta conducta por parte de los Estados. (Scharf 445).
- Los principios generales de derecho internacionalmente reconocidos, varios de los cuales suele decirse que están contenidos en la resolución 2625 de 1970.

9 Es necesario tener presente que dentro de la problemática de la fragmentación del sistema, en algunos de los sistemas de derecho no doméstico, la formulación de las fuentes cambia sensiblemente. Como sería el caso del artículo 21 del Estatuto de Roma que señala las fuentes aplicables a los casos que decida la Corte Penal Internacional y que en otros casos, como en la Convención Americana de Derechos Humanos, no se hace referencia explícita a un sistema de fuentes, lo que añade más problemas a nuestro objeto de estudio.

10 Especial mención merece, en este contexto, el caso del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados. Para algunos, señala una fuente adicional, pero así mismo, existe un sector de la literatura para el que las normas de *ius cogens* no son una fuente adicional, sino que, siendo normas contenidas o extraíbles de cualquiera de las fuentes clásicas, de su naturaleza misma se desprenden efectos y conclusiones legales diferentes. (Besson 175)

- Decisiones judiciales y criterio legal de reconocidos internacionalistas, como medio auxiliar y no principal, para la determinación de las reglas de derecho aplicables. En todo caso, en el estatuto se establece claramente que las sentencias tienen efectos solamente *inter partes*.
- Las consideraciones *ex aequo et bono* aplicables al caso, si las partes decidieran darle esa prerrogativa a la CIJ, lo cual aún no ha ocurrido (Shaw 1087).

Sin embargo, cuando el operador jurídico lleva a cabo un razonamiento judicial acorde a su rol como garante de las instituciones del Estado de derecho (Vargas-Chaves, 2013) es necesario que se pregunte válidamente ¿Cuáles son las normas aplicables a la solución de una disputa concreta? Encontrará que, más allá de enlistar las fuentes sobre las que ha de resolverse una disputa legal, el mencionado artículo no establece el procedimiento de quien esté facultado es aquel que debe hacerlo para determinar la ocurrencia o no de una transgresión de determinada obligación, (Hart 1998, p. 120).

Tampoco nos presenta de manera clara una lista de los criterios necesarios para reconocer (Hart 1998, p.117) que determinado enunciado es un principio o es de aquellos que imponen una obligación de actuar o abstenerse de hacerlo (Hart 1998, p. 101) de un lado; o de aquellos que, frente a los anteriores, otorgan a determinados sujetos la potestad de modificarles (Hart 1998, p.119).

Es cierto que el artículo 38 establece una guía en la solución de conflictos puestos en conocimiento de la CIJ, mas no es de aquellas normas que puedan ser consideradas como el nacimiento de las fuentes del derecho, tal cual lo afirma Besson (2010, p.181), sino que la misma es apenas uno de los criterios que permiten identificar cierto enunciado, como un principio, una regla primaria, una de cambio o una de adjudicación. Leído de manera aislada, el artículo 38 no nos muestra todo el panorama acerca de lo que es el derecho en la esfera extranacional.

En una segunda dimensión de la búsqueda de la conceptualización del derecho no doméstico, dadas las marcadas diferencias que tiene respecto de los sistemas domésticos, el problema que debemos abordar es

el de la cuestión de la doxografía¹¹. Es difícil establecer lo que es el derecho extranacional, remitiéndose al contenido de una ley pues las heterogéneas manifestaciones de las normas de este sistema, y sus heterogéneas formas de creación, restringe la posibilidad de conocer el derecho.

En última instancia, pensamos que la manera más sencilla de hacerlo es a través de aquello que señalen los académicos o, más importante, lo que afirmen los jueces de las diferentes jurisdicciones, tanto domésticas como no domésticas. Como lo afirma Shaw (2014): [T]extbooks are used as a method of discovering what the law is on any particular point... [B]ooks are important as a way of arranging and putting into focus the structure and form of international law and of elucidating the nature, history and practice of the rules of law. Academic writings also have a useful role to play in stimulating thought about the values and aims of international law as well as pointing out the defects that exist within the system, and making suggestions as to the future.(p.113).

Por otro lado, Guzman y Meyer (2010), señalan que: ¹²Though judgments of international tribunals formally have no binding effect on states that are not party to the dispute, and the principle of stare decisis does not apply in this context, they nevertheless impact perceptions about the content of international law and the attitudes and actions of states. One cannot, for example, discuss the international law governing intervention in another state's internal conflict without considering the ICJ's Nicaragua case.³³ Similarly, understanding World Trade Organization ("WTO") law relating to health and safety measures requires analysis of the EC-Hormones

11 La doxografía es una rama de la literatura dedicada esencialmente a la recopilación de los puntos de vista de los filósofos de la antigüedad sobre variadas materias. El término fue acuñado por Hermann Diels en su obra *Doxographi Graeci*. Proviene de las palabras griegas δόξα (doxa: opinión) y γραφία (grafía: escritura). Dentro de su obra *La República*, en el contexto de su alegoría de la caverna, Platón distinguía entre la ἐπιστήμη (episteme: entendido como el conocimiento de la verdad) y la doxa, las opiniones de los individuos. En este escrito, hablamos de doxografía para referirnos al estudio y análisis de la multiplicidad de enfoques teóricos que existen en el tema que estamos abordando.

12 Como se anotó previamente, la no vinculatoriedad de las decisiones judiciales es una posición discutible. Con respecto a la falta obligatoriedad del principio stare decisis la jurisprudencia no ha sido uniforme al respecto, como se evidencia en el caso *Aleksovski* del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia. A pesar de ello, el efecto no vinculante de las decisiones judiciales se puede sostener desde la perspectiva de quienes no son parte en la disputa, pero de todas maneras ven sus expectativas influenciadas por una interpretación particular del derecho.

ruling, among others. Indeed, tribunal rulings on one bilateral investment treaty (“BIT”) are central to understanding the law that applies in entirely different BITs between different parties. (p.525).

Sin embargo, estos métodos de conocer la ontología del derecho, que infortunadamente son de los más generalizados, complican bastante su aprehensión. Un ejemplo de ello es la discusión que se tiene precisamente sobre la teleología del artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Aún cuando autores como Blake (2010) afirmen que el artículo 38 es casi una construcción monolítica del derecho internacional (p.25) y Shaw(2014), afirme que: the judicial decisions and writings clearly have a subordinate function within the hierarchy in view of their description as subsidiary means of law determination in article 38(1) of the statute of the ICJ, while the role of general principles of law as a way of complementing custom and treaty law places that category fairly firmly in third place (p.123). Lo cierto es que sobre el particular no existe acuerdo.

Para el jurista español Antonio Remiro Brotons (2007), quien propone un método de solución de conflictos normativos que atienda al tipo de normas en conflicto (p.611), la generalidad de la doctrina admite que *no existe jerarquía* entre las distintas normas y obligaciones internacionales por razón de su forma de producción, estimando que el orden en que figuran referidas las fuentes del derecho internacional en el art. 38 del Estatuto de la CIJ..., carece de otra significación que no sea la de indicar un orden de prelación lógico entre las mismas en la búsqueda de la norma aplicable a cada supuesto...Consecuentemente, en caso de concurrencia entre dos normas internacionales, no cabe resolver las posibles contradictorias diferencias atendiendo al carácter consuetudinario de una, o bien convencional de la otra (p.610-611).

En ese mismo orden de ideas, Besson (2006) señala que: there is no general priority of the norms issued by one source of international law over the other and this even in the context of general international law. This is confirmed by the evidence one gets from existing lists of sources such as Article 38 ICJ Statute, despite its numbering and the reference to subsidiary means for the determination of rules of law (p.181).

El problema es tan complejo que, en algunas ocasiones, ni siquiera se tiene certeza de la naturaleza jurídica de un documento que puede ser

relevante para la solución de un caso. Así, por ejemplo, O'Donnell (2007) afirma (sustrayéndose del canon según el cual el artículo 38.1.d. del Estatuto de la CIJ se refiere a la literatura académica especializada) que “La doctrina es el pronunciamiento adoptado por un órgano competente a fin de interpretar el contenido, alcance o valor jurídico de una disposición contenida en la normativa internacional o, eventualmente, una regla o principio del derecho consuetudinario” (p.28) y como uno de sus ejemplos cita el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Según Blake (2010) a causa de las complejidades propias del derecho extranacional, algunos se fundamentan en los pronunciamientos de estos órganos tratándolos como jurisprudencia (p. 26-27). Incluso, desde sectores autorizados de la literatura especializada se refieren a estos de esa manera (Guzman y Mayers, 2010, p. 532), sin que dicho carácter sea completamente atribuido a los mismos por la generalidad de los operadores jurídicos.

Es precisamente este último punto el que nos lleva al tercero de los problemas que se circunscribe a los límites de la teoría de los poderes implícitos que explicaremos a continuación. Como señaló la Corte Internacional de Justicia en el caso acerca de las reparaciones por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, fue la Corte Permanente de Justicia Internacional, en su Opinión Consultiva número 13, de julio 23 de 1926, la primera en señalar que: “[t]he Organization[s] must be deemed to have those powers which, though not expressly provided in the Charter, are conferred upon it by necessary implication. as being essential to the performance of its duties.” Esto ha llevado a plantear que: “[a]n international body may exercise various powers without explicit treaty basis. These may arise subsidiarily as implied powers, if necessary for the fulfilment of their proper functions” (Blake 2010, p. 32).

Así, Blake (2010) plantea abiertamente que: “[t]he exact competence of [human rights bodies] regarding state reports and the issuing of General Comments remains largely unclear. Generally their activities are ambiguously described as ‘supervisory’ ‘monitoring’ or ‘implementation’ of the treaty regimes” (p.31). A esto podemos agregar que algunas de esas instituciones tienen competencia para revisar casos particulares, a través de los sistemas de peticiones, sin que realmente sean tribunales. Planteadas estas cuestiones, vale la pena cuestionarse acerca de cuál es el uso y la

naturaleza jurídica de los enunciados que sean producto de la labor de las organizaciones internacionales, y cada uno de sus órganos, incluyendo sus órganos independientes.

El tema es de lo menos pacífico en la medida que, por ejemplo, en el área del derecho internacional de los Derechos Humanos tenemos una arquitectura especialmente compleja y la ausencia de un poder legislativo central o una verdadera comunidad mundial (Regan, 2010, p. 229) se hacen más palpables. En términos de Shaw (2008): “One is therefore faced with the problem of discovering where the law is to be found and how one can tell whether a particular proposition amounts to a legal rule.” (p.70)

La mera revisión de la arquitectura del sistema, nos da una perspectiva más contundente de este y donde conviven instituciones a la vez similares y disímiles. Estas pueden estar en el nivel universal, generalmente referido a la Organización de las Naciones Unidas que actúa a través de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, que ocasionalmente asumen temas relativos a los Derechos Humanos¹³ y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos – OHCHR.¹⁴

Dentro de ese sistema de Naciones Unidas, encontramos también el Consejo de Derechos Humanos – HRC – con sus procedimientos especiales. Entre ellos contamos con 5 grupos de trabajo, 2 relatores especiales y 2 representantes especiales del Secretario General y 2 expertos independientes en lo que se refiere a mandatos temáticos (OHCHR, “Mandatos Temáticos”) y 8 mandatos por país divididos equitativamente entre expertos independientes y relatores (OHCHR, “Mandato por Países”).

Estos procedimientos fueron creados en su mayoría a través de resoluciones de la extinta Comisión de Derechos Humanos, o aquellos creados con posterioridad de la Resolución A/RES/60/251 de 2006, y que se hicieron a través de una Resolución del Consejo de Derechos Humanos. (Varón, 2010, p. 135 - 136). Tanto los mandatos temáticos como los mandatos encargados de revisar las situaciones de Estados concretos pueden pronunciarse a través de declaraciones que contienen principios

13 Un caso particularmente digno de mencionar es el de la Resolución 1325 “Mujer, paz y seguridad” que encarga a este órgano un monitoreo del tema de la violencia de género.

14 En el caso del Alto Comisionado, este cargo fue establecido en el marco de la Declaración y el Plan de Acción de Viena.

sobre la materia de su competencia¹⁵ o de informes sobre las visitas que realizan a determinados Estados, en los cuales emiten recomendaciones.

Los comités u órganos convencionales¹⁶ como el Comité Contra la Tortura, o el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – CESCR– suman en total 10 (OHCHR, “Órganos de Derechos Humanos”), compartiendo un espectro temático con muchos de los procedimientos especiales. Tienen tres formas de pronunciarse: los comentarios u observaciones generales, los informes que realiza cada Estado en particular, y en el caso de aquellos que pueden tramitar peticiones sobre casos individuales, y su respectivo pronunciamiento de fondo sobre el mismo.¹⁷

En un punto conceptualmente intermedio entre los comités y los procedimientos especiales de Naciones Unidas, encontramos que existen en los sistemas regionales entidades como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH¹⁸ o el Consejo de Ministros en el sistema europeo (Zwaak, 2006, p. 36) que pueden emitir declaraciones de principios y analizar situaciones particulares a través de sus respectivos sistemas de peticiones.¹⁹

Es ostensible que cuando un operador jurídico se enfrenta a un caso en particular, tiene una diversidad de “fuentes” a las cuales acudir. Sin embargo, no toda fuente cualifica como una norma que autorice o restrinja la conducta de los Estados e incluso aquellas que dentro de su redacción parezcan serlo, tal naturaleza, es altamente discutible.

15 Tal sería el caso de los principios guía sobre Derechos Humanos y Negocios, recientemente adoptados por el Consejo de Derechos Humanos, los cuales fueron elaborados por el señor John Ruggie, representante especial del Secretario General.

16 Se les denomina en este texto comités convencionales precisamente porque su constitución se da a través de un tratado internacional.

17 Estos, a la vez, conviven con órganos verdaderamente jurisdiccionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, y la Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos. Pero en nuestro planteamiento no discutimos su actividad, aunque eventualmente haremos referencias a ellas para plantear algunas problemáticas.

18 Creada en la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile en 1959.

19 Una cuestión especialmente problemática es que, para algunos, estas recomendaciones son de alguna manera vinculantes en virtud del principio *pacta sunt servanda*, tal como lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Loayza Tamayo* (párrafos. 80-81).

Fuertes críticas de la comunidad académica han surgido, como la que hicieran David Kennedy, Douglass Cassel y Christopher McCrudden, todas reseñadas por Blake (2010) en los siguientes términos: NGOs have been said to drawn little distinction between legally and non-binding instruments when agitating for norm compliance (...) [T]his laxity has led to a degradation of the legal profession, `by encouraging a combination of overly formal reliance on textual articulations that are anything but clear or binding and sloppy humanitarian argument. (p.2).

En este sentido, y continuando sobre la primera pregunta que enunciamos cuando abordamos la problemática de la extensión de los poderes implícitos, es posible inquirir si todo documento que se expide dentro de la actividad de promover, proteger, supervisar, monitorear o implementar, que se desarrolle por una institución de un régimen legal no doméstico es necesariamente una norma que implique un mandato de acción o abstención, lo cual llevaría necesariamente a la atribución de una responsabilidad por la infracción de tal norma.

Nos referimos a esta dificultad de los poderes implícitos en tanto que el problema de la conceptualización involucra un discernimiento claro sobre los alcances propios del ejercicio de una competencia. Pues no es lo mismo tener una obligación internacional, a que exista un solo camino para cumplir con ella. La utilización de tales documentos como la practicada en los casos Rosendo Cantú vs. México de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o *IJssel-Vliet Combinatie BV v Minister van Economische Zaken de la Corte Europea de Justicia*, realmente generan dudas, acerca de cuál es el valor real que se da a distintos documentos.

En ese orden de ideas es necesario aclarar que cuando nos referimos a los límites de dichos poderes, lo hacemos pensando en dos esferas de limitación. Una intrínseca, referida a la actuación de las instituciones bajo el marco de sus competencias. Y la otra, por supuesto, extrínseca en la que los operadores jurídicos no traten de justificar la actuación de estas instituciones más allá de las competencias que les han sido asignadas. Parafraseando a Klabbers (2010) cuando se refirió al caso *IJssel-Vliet Combinatie BV* (p.391), si la única razón que tenemos para justificar el uso de determinados documentos, especialmente aquellos de derecho blando, atribuyéndoles la calidad de normas de derecho, es por el solo hecho de

que pensamos que las instituciones que los redactaron, están velando por nuestros intereses, y ciertamente aquí tenemos un problema.

Si permitimos que los usos que se le dan a tales documentos escapen a un análisis riguroso de su pertinencia, y sobre todo que de ellos se derive responsabilidad internacional en el momento de resolver una disputa, dejamos al sistema expuesto a las contingencias de la hermenéutica o incluso de intereses específicos, no necesariamente ligados a la implementación de las normas.

3. Algunas ideas para reducir la entropía

Los problemas que hemos planteado hasta acá son complejos y el esfuerzo teórico que se requiere para solucionarlos, probablemente no puede equipararse con el esfuerzo práctico que se necesita para que los distintos actores políticos y operadores jurídicos reduzcan la entropía y las complejidades que en muchas ocasiones ellos mismos se han encargado de introducir en el sistema. Sin embargo, algunas ideas básicas tomadas de la propuesta teórica de algunos autores, pueden mostrarnos la luz al final del túnel. Estas pueden guiarnos hacia un sistema que balancee sus prácticas de manera más equilibrada. Por un lado entre el acatamiento de las reglas; y del otro, el garantismo y el carácter progresista del sistema.

Por tal razón, lo primero es fijar nuestra atención en los procesos de creación de normas jurídicas para así poder responder a nuestros dos interrogantes que planteamos al comienzo de este texto. Es precisamente a través de esta metodología que pudimos identificar los tres problemas que se suscitan en el reconocimiento de las normas.

Dentro de la concepción de sistemas jurídicos posteriores a las revoluciones del siglo XVII, se introduce una concepción regulada del poder que la hemos denominado como principio de legalidad que, acompañado de la idea de distribución de tareas en múltiples instituciones, ha permitido una ejecución de responsabilidades bastante más organizada. En ese orden de cuestiones parece pertinente una idea del ‘imperio de la ley’ que sea aplicable al derecho extranacional.

Este concepto ya ha sido planteado en la literatura especializada por Besson (2010) cuando habla de la denominada legalidad, la cual define como: [T]he normative quality of legal norms as opposed to other social

norms and hence the quality of a legal order in general as opposed to other kinds of social orders. In a stronger and more substantive sense adopted here, legality is also often associated with the political ideal of the Rule of Law. To identify a society as having a system of law, as opposed to some other sort of order, is to identify it as satisfying some or all of the requirements associated with the Rule of Law (p. 172).

Teniendo esto claro, hay que plantear que al resolver la pregunta ¿Pertenece o no este enunciado al conjunto de normas jurídicas? O en otras palabras ¿Puedo reconocer este enunciado como una norma de derecho extranacional? Para responder a estos cuestionamientos, es necesario someter dicho enunciado a una estricta prueba de que, aunque parezca sencilla de implementar, representa un verdadero desafío, gracias a la problemática como la hemos descrito en el capítulo anterior.

En el primer nivel de la prueba de caracterización, la norma debe ser capaz de acreditar que en su aparición en el mundo jurídico, se observaron las formas preexistentes de creación o, al menos, no se contravino ninguna de ellas, pues el perpetuo movimiento de la información dentro del sistema requiere que el mismo no sea autopoiético, sino que permita futuras intervenciones y nuevos medios de creación. Sin embargo, deben estar nutridos de ciertos principios: “International law-making processes should therefore be such as to satisfy some of the requirements associated with the Rule of International Law and in particular the requirements of clarity, publicity, certainty, equality, transparency, and fairness” (Besson, 2010, p. 172).

La propuesta de esta autora donde más pone énfasis es en la característica democrática que debe informar el proceso de creación jurídica desde el punto de vista de su legitimidad (p.175 – 178). Con esto no se quiere decir que sean solamente los Estados actuando entre sí o los órganos deliberativos de las organizaciones internacionales los que pueden crear normas jurídicas, sino que precisamente deben ser satisfechos los principios que ella postula.

En un segundo nivel de esta prueba de caracterización la misma norma también debe ser capaz de demostrar que, además del respeto por el principio de legalidad que analizábamos en el punto anterior, el enunciado imponga un deber de alguna naturaleza. Sea este un principio, como suele

ocurrir en el caso de las normas de Derechos Humanos, un mandato de acción o abstención. Uno que permita la solución de una disputa, que admita reconocer las normas del sistema o autorice la creación o extinción de otros enunciados. Es importante hacer notar que las características de las normas no pueden abandonar como presupuesto la legalidad y la característica democrática de la creación jurídica, porque de lo contrario se estaría evadiendo el deber de coordinación que surge de la asignación de roles en la creación de las reglas que estamos planteando.

En este orden de ideas, resulta relevante traer a colación que dentro de la literatura jurídica se han modelado algunos procedimientos que buscan inquirir sobre la naturaleza jurídica de un enunciado que haya tomado las vestiduras de una norma, precisamente para saber si, a pesar de su apariencia, estamos o no frente a una norma propiamente dicha.

Estos test diseñados en la época en la que era poco discutible que el Estado fuese el centro de la actividad no doméstica, continúan siendo de mucha utilidad hoy, puesto que gran parte de la creación de normas y la garantía de las mismas, sigue estando en cabeza de los Estados. Así Monroy (2006), por ejemplo, señala cuatro requisitos que deben cumplir las resoluciones de las organizaciones internacionales para ser vinculantes (p.153-155):

- Capacidad de la organización internacional para dictar una norma, que se establece a partir del tratado constitutivo de la misma, atendiendo especialmente a los órganos y competencias internas de la organización.
- La manifestación de la voluntad no puede estar condicionada a la de otro sujeto de derecho.
- La manifestación de la organización debe estar planteada de tal manera que sea evidente que la misma tiende a crear una regla en el orden jurídico.
- Finalmente que la manifestación no contraríe ninguna norma imperativa de derecho.

René-Jean Dupuy, actuando como árbitro único de la disputa entre la Texaco Overseas Petroleum Company y la República de Libia, diseñó también un test de dos pasos para poder establecer las reglas aplicables a la

solución de dicho conflicto. El test consistía básicamente en la elucidación de dos requisitos esenciales, uno general y otro específico, que debían cumplir las resoluciones de la Asamblea General para ser tenidas en cuenta en la decisión de un caso. La resolución debía ser aceptada por varios Estados, especialmente aquellos que tenían mayor desarrollo comercial en el tema de que trate la resolución y, en específico, la regla o artículo alegado, debía ser aceptada en las mismas condiciones que la resolución (1978, p.30).

Así mismo, en el Caso de las Actividades Militares y Paramilitares dentro y contra Nicaragua, la Corte Internacional de Justicia (1086, Párrafo 191-193) da el carácter vinculante a la prohibición de uso o amenaza de uso de la fuerza establecida en la resolución 2625 de 1970, a partir del establecimiento de los dos elementos de la costumbre internacional. Especialmente relevante para el caso fue la adhesión, por parte de los Estados Unidos, de varios instrumentos que contenían la misma prohibición, incluyendo resoluciones de la Organización de Estados Americanos y tratados internacionales, como la convención de Montevideo sobre los derechos y deberes de los Estados.

Blake (2010) reconoce que las observaciones generales, si bien tienen un alto impacto en el moldeamiento de las reglas jurídicas, no pueden ser reconocidas como tales, porque las mismas no cuentan con el consentimiento de los actores principales en el proceso de creación jurídica (p.33). Puesto que son los Estados los sujetos llamados a ser garantes de los derechos de los individuos, sea que estos estén establecidos en un tratado de libre comercio o en una convención de Derechos Humanos.

La formulación democrática del sistema es otro punto adicional dentro de las consideraciones que deben hacerse para formular un sistema en el que efectivamente se reduzca la complejidad. Es decir, un sistema que reconozca a las partes intervinientes como iguales en foros de discusión que permitan, además y más importante que la elección de autoridades, la creación de las normas del sistema en un proceso deliberativo.

La necesidad de plantear este entorno deliberativo deriva de la imbricación que actualmente se da entre los diferentes regímenes no domésticos y el régimen local. Esto ha hecho que abandonemos las épocas en las que el “Derecho internacional” era un régimen de coexistencia o

su posterior desarrollo como régimen de cooperación (Fassbender, 2010, p. 139). Hoy día parece evidente, como señala Christian Tomuschat, que los regímenes no domésticos se están transformando en un “*comprehensive blueprint for social life*” (Fassbender, 2010, p. 139), siendo la principal característica: “A ‘further intrusion of international law into matters previously shielded from any outside interference’... [such as] the obligations imposed on [S]tates with regard to human rights, democracy as a form of government and good governance” (Fassbender, 2010, p. 139).

El mero acatamiento del imperio de la ley en los regímenes extranacionales, no basta para explicar la legitimidad²⁰ que debe predicarse del sistema (Besson, 2010, p. 177) y al mismo tiempo: The authority of a given legal norm should not be conflated with that stemming from the correct moral content of the legal norm; the reasons it gives are content-independent and are specific to its legal nature... This in turn means that the... law-making processes, should be organized so as to vest the law with a claim to authority. In circumstances of pervasive and persistent disagreement about substantive moral issues and justice, the democratic nature of the law-making process is often regarded as the best justification for that claim. (Besson, 2010, p. 176)

Es claro que se necesita un marco que provea de principios e instituciones, dentro del escenario de una elaboración democrática que permita la discusión de las normas que van a ser creadas. Sin embargo, y teniendo en cuenta que la creación de normas incluye su interpretación en algunas ocasiones, precisamente por el rol que Guzman y Meyer le atribuyen a la decisión de casos en la esfera no doméstica, las mismas deben guiarse por ese marco de principios.

Así las cosas y, precisamente, para condensar todo lo expuesto en este acápite, es forzoso concluir que el andamiaje conceptual del sistema debe hacer un escrutinio delicado de si los enunciados que está analizando pertenecen o no a aquellos que podemos llamar normas jurídicas. Un sistema de creación de las normas que sea democrático, que respete los requerimientos del imperio de la legalidad internacional y un claro discernimiento de los propósitos del derecho no doméstico. Como el que

²⁰ Legitimidad entendida como el reclamo de autoridad que puede derivarse de una norma en concreto.

puede hallarse en instrumentos internacionales al estilo de la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, como ha señalado la Corte Internacional de Justicia en el caso Nicaragua contra Estados Unidos (1986, Párr. 191-193) y la opinión consultiva referente a la declaración de independencia de Kosovo (Párr.80) que reflejan la costumbre internacional en la materia.

Como señala Besson (2010): [D]emocratic international law will not always be substantively legitimate in practice, but in conditions of moral disagreement it is sufficient that it can justifiably claim to be such. This is the case if it is procedurally legitimate and respects the political equality of all participants” y en el caso de que se dude de la extracción democrática de una norma particular, lo importante es identificar “democratic probationary processes to attest of the existence of norms of non-democratic sources. (p.178).

Conclusiones

La propuesta esbozada en este trabajo, busca proveer un sustento teórico a algunos de los problemas que enfrenta un sistema jurídico que vive en la actualidad un permanente proceso de amoldamiento a diferentes necesidades. Es en ese sentido que desde lo básico – la conceptualización del sistema más dinámico de elaboración de acuerdos y la necesidad de introducir tanto las categorías de reglas que deben existir en él a pesar de sus diferencias con los sistemas domésticos – se formula una traslación de las dinámicas de los derechos domésticos a los derechos no domésticos intentando tener en cuenta las particularidades de cada uno.

La clave del éxito del sistema es asumirlo precisamente como tal y profundizar su construcción desde los diferentes actores que lo integran como jueces, Estados, organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales, litigantes, etc. Una profundización de la aparente anarquía en la que se desarrolla solamente permitirá la introducción de intereses e instituciones que pueden perturbar la teleología del sistema. Si permitimos que cuestiones y situaciones diferentes del acuerdo común y el

discernimiento guíen el desarrollo de nuestro sistema, estaremos muy cerca de ver colapsar nuestra arquitectura jurídica actual.

Referencias

- Besson, S., Tassioulas, J. (2010). *Theorizing the Sources of International Law. The Philosophy of International Law*. New York: Oxford Univ. Press. 163 – 185.
- Blake, C. (2010). Normative Instruments in Human Rights Law: Locating the General Comment. *Center for Human Rights and Global Justice Working Paper*. No. 17.
- Brotóns, A. (2007). *Et al. Derecho Internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Corte de Justicia de las Comunidades Europeas. (15 de octubre de 1996). *IJssel-Vliet Combinatie BV v Minister van Economische Zaken*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (17 de septiembre de 1997). *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia de serie C No. 33*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (31 de agosto de 2010). *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México.*” *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Serie C No. 216.
- Corte Internacional de Justicia. (1949). *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion*. I.C. J. Reports, p. 182.
- Corte Internacional de Justicia. (1974). *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment*. I.C.J. Reports, p. 253.
- Corte Internacional de Justicia. (22 de Julio de 2010). *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo*. General List. 141.
- Corte Internacional de Justicia. (1986). *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. *Merits, Judgment*. I.C.J. Reports, p. 14.
- Corte Permanente de Justicia Internacional. (8 de agosto de 2011). *Competence of the International Labour Organization to regulate incidentally, the personal work of the employer*. Serie B No. 13.
- European Convention on Human Rights*. Antwerpen: (Ed.).Intersentia: 1 – 94.

- Fassbender, B. (2010). *Sovereignty and Constitutionalism in International Law. Sovereignty in Transition*. Ed. Neil Walker. Oxford. Hart Pub: 115 – 143.
- Guzman, A., Meyer, T. (2010). Chicago Journal of International Law. *International Common Law: The Soft Law of International Tribunals*. Vol. 9. No. 2. 515 – 535.
- Guzman, A., Meyer, T. (2010). Journal of Legal Analysis. *International Soft Law*. Vol. 2 No. 1. 170 – 225.
- Hart, H.L.A. (1998). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Klabbers, J. (2010). Nordic Journal of International Law. *The Undesirability of Soft Law*. 67. 381 – 391. *HeinOnline*.
- Monroy, M. (2006). *Valor jurídico de las resoluciones de las organizaciones internacionales. Derecho Internacional Contemporáneo. Lo público, lo privado, los Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad del Rosario, Ed. Ricardo Abello: 139 – 159.
- Naples, J. (2011). The International Journal of Human Rights. *Perspectives of UN Special rapporteurs on their role: inherent tensions and unique contributions to human rights*. Vol. 15. No. 2. 232 – 248.
- O'Donnell, D. (2007). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, Jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR). (12 de julio 2011). *Mandatos Temáticos*. Organización de las Naciones Unidas.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR). (12 de julio 2011). *Mandatos por País*. Organización de las Naciones Unidas.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR). (12 de julio de 2011). *Órganos de Derechos Humanos*. Organización de las Naciones Unidas.
- Olarte, D. (2006). *Las resoluciones de la ONU: ¿Flexibilización de la teoría de las fuentes del derecho internacional?* *Derecho Internacional Contemporáneo. Lo público, lo privado, los Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad del Rosario, Ed. Ricardo Abello: 160 – 173.

- Organización de las Naciones Unidas Asamblea General. (12 de julio de 2011). *Resolución 2625 (XXV) Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*.
- Organización de las Naciones Unidas. (15 Jul. 2011) *Asamblea General. Resolución 377(V) Unión Pro Paz*.
- Organización de los Estados Americanos. (15 de septiembre de 2010). Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores. *V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores*. Santiago de Chile: 12 de agosto de 1959. Acta final.
- Paulus, A. (2010). *International Adjudication*. *The Philosophy of International Law*. New York: Oxford University. 207 – 224.
- Regan, D. (2010). *International Adjudication: A Response to Paulus – Courts, Custom, Treaties, Regimes, and the WTO*. *The Philosophy of International*. (Ed.) Samantha Besson, John Tassioulas. New York: Oxford Univ. 225 – 241
- Rodríguez, G. (2010). Recepción Nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Admisión de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana. *Derechos Humanos: jurisprudencia internacional y jueces internos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Scharf, M. (2010). Cornell International Law Journal. *Seizing the “Gro-tian Moment”: Accelerated Formation of Customary Law in Times of Fundamental Change*. Vol. 43.439 – 469.
- Scobbie, I. (1997). European Journal of International Law. *The Theorist as Judge: Hersch Lauterpacht’s Concept of the International Judicial Function*. Vol. 8. No. 2. 264 – 298.
- Shaw, N. (2008). *International Law*. Cambridge: Cambridge Univ.
- Tribunal Arbitral Internacional. (1978). *Texaco Overseas Petroleum Company (TOPCO) and California Asiatic Oil Company v. Libya*. p. 105-905
- Vargas-Chaves, I. (2013) Elementos doctrinales para el estudio de la argumentación como eje del control judicial. *Prolegómenos*, 16(32), 235-246.

- Varón, A. (2010). Revista Estudios Socio-jurídicos. *De la Comisión al Consejo de Derechos Humanos: fortalecimiento de los mecanismos de protección de derechos humanos o profundización de la politización*. Vol. 10, No. 001 Universidad del Rosario.
- Zwaak, L. (2006) .General Survey of the European Convention” Theory and Practice of the European convention on Human Rights.

4. Del daño ambiental al daño cultural en San Basilio de Palenque

Iván Vargas-Chaves¹

Alexandra Cumbe-Figueroa²

Yina Torres-Pérez³

Katy Torres-Pérez⁴

Inés Cassiani-Hernández⁵

Introducción

En la generación de daños ambientales los derechos individuales y colectivos pueden verse vulnerados, cuando se trata de comunidades indígenas, tribales y afrocolombianas, por la forma en la que estas conciben la naturaleza y la íntima relación que existe entre el ambiente y sus planes de vida. Por lo tanto, ante la presencia de daños en el ambiente de estas comunidades puede generarse de forma desencadenante un daño cultural, porque estas poblaciones son las que pierden el escenario raigal y ancestral en el que desarrollan sus prácticas de identidad cultural.

Precisamente, en el presente texto se pretende discernir si ante la presencia de un conflicto ambiental en el Arroyo de San Basilio de Palenque, que a su vez es centro de las relaciones socioeconómicas, culturales y lúdicas de los miembros de esta comunidad, se logra desencadenar un daño cultural. Para esto, abordaremos en primer lugar, las consideraciones

1 Abogado de la Universidad del Rosario. Máster en Derecho de la Universidad de Génova, Italia. Máster en Derecho Privado de las Universidades de Salamanca, Pública de Navarra y de Venecia Ca' Foscari, España e Italia. Doctor en Derecho de la Universidad de Barcelona, España. Dottore di Ricerca (Dott. Ric.) de la Universidad de Palermo, Italia. Docente investigador de la Corporación Unversitaria del Caribe - CECAR.

2 Asistente de investigación.

3 Asistente de investigación.

4 Asistente de investigación.

5 Asistente de investigación.

preliminares sobre el riesgo ambiental en el Arroyo, describiendo allí las prácticas, que eran costumbre realizar en estos lugares, tanto sociales como recreativas, y los factores ambientales que han influido para que la comunidad no las continúe llevando acabo.

En segundo lugar, haremos una aproximación del riesgo y del daño como concepto, para luego estudiar el daño material y el inmaterial, estableciendo la diferencia entre ambos, y los requisitos para que se constituya cada uno de ellos. Acto seguido, se examinará la noción de daño inmaterial cultural, donde se traerán a colación los aspectos intrínsecos de este concepto. Y finalmente, se desarrollará el tema del daño ambiental al daño cultural, tomando las variables específicas de cada uno, y haciendo el estudio del caso particular de San Basilio de Palenque.

Es importante destacar, a manera de aclaración, que la información consignada en este capítulo fue recolectada por el equipo de investigación en la comunidad de San Basilio de Palenque. En tal sentido, las fuentes se contrastan con el trabajo de campo llevado a cabo con líderes e integrantes de la comunidad a través de entrevistas. La metodología utilizada que respalda los hallazgos, se publicó en el documento titulado *Pertinencia de la metodología de enfoque de Sistemas Socio-Ecológicos (SSE) para determinar los actores y sistema de gobernanza en un conflicto ambiental: Estudio de caso del arroyo de San Basilio de Palenque* (Luna-Galván Vargas-Chaves & Guerra, 2019).

1. Consideraciones preliminares sobre el riesgo ambiental en el Arroyo

San Basilio de Palenque es un corregimiento del municipio de Mahates ubicado aproximadamente a una hora de la ciudad de Cartagena de Indias, en las faldas de los Montes de María. Es un pueblo de especial importancia por sus expresiones culturales, además del hecho de que fue el lugar en el que los negros que habían sido esclavizados y lograban escapar, se asentaban para formar allí sus comunidades, manteniendo desde aquella época expresiones como su lengua, forma de peinar, cocina típica, que los caracterizan hasta la actualidad.

San Basilio de Palenque recibe su nombre por exigencia de sus habitantes, los cuales aclaran que el santo es del pueblo, y no el pueblo del santo, por lo que no aceptan que sea nombrado a la inversa. En este pueblo se manifiestan las expresiones culturales propias de los habitantes y tienen como punto focal el Arroyo. El Arroyo de San Basilio de Palenque atraviesa la comunidad de sur a norte, es la fuente hídrica de la población y se encuentra dividida por nombres, sectores y usos. Es llamado, por supuesto, dependiendo del sector que cruce, las condiciones físicas del mismo, o del nombre de los dueños de los terrenos que lo rodean. Por ejemplo, está el sector llamado Alberto, nombrado así por su ubicación cerca de los predios de una persona influyente con este nombre. En cuanto a los usos, se revela que depende de si es un lugar exclusivamente para hombres, para mujeres o mixtos.



También las denominaciones de los sectores del Arroyo de Palenque se dan teniendo en cuenta los nombres de zonas montañosas, las condiciones físicas o el nombre de personas dueñas de predios que atraviesan o colindan con este. En la parte en la que el Arroyo nace, donde se desprende de la Serranía de Maco, hay un sector llamado “Casingui” que corresponde a

todo un cumulo de territorios. El cruce de San Cayetano que corresponde al cordón comunicativo terrestre con la comunidad vecina de San Cayetano. La piedra es la zona nombrada así, por la abundancia de las mismas en el lugar. El sector Melchor debe su nombre a un señor que tenía sus terrenos en ese lugar. Al igual que Pellín, Alberto, Berre, etc. También se pueden encontrar casos en los que las pozas reciben nombres específicos, como es el caso de Los terneros, La anguilla, La larga, La poza de guácimo, chengue, entre otras.

Arroyo de Palenque sector Melchor

En los alrededores de la fuente hídrica se encuentran árboles de gran dimensión como el caracolí, arroyuelo, membrillo, guácimo, ceiba, bomba bruja, y guayacán. Al igual que arbustos ornamentales, tales como la guamita, el colicencio, cruceta, guardián blanco y solo hombre, que tienen menor tamaño y crecen en la parte inferior de los árboles, reconocidos por los palenqueros como los “policías” encargados de la vigilancia del arroyo.

Asimismo, es posible encontrar en sus orillas gran variedad de fauna, entre ellas, la iguana, el pasa arroyo, serpientes de diversas variedades –mapana, víboras, toche, por ejemplo–; la guartinaja, animal que construye su cueva cerca de las orillas del arroyo o en los troncos que se dejan entrever de la tierra; las raíces de los grandes árboles de caracolí; diversas variedades de mariposas y lagartijas. Gran variedad de aves, como: chauchau, la cocinera, chelequita, pájaro vaco, garzas. En cuanto a los peces, está el moncholo, las sardinas, pachas, cirito, barbarito, guabino, macaco, chipi, y muchos más.



Iguana, fauna típica del sitio.

Por todo lo anterior, el Arroyo de San Basilio de Palenque es de una gran importancia para la comunidad, pues representa el centro de vida en la que se logra manifestar la cotidianidad cultural de los habitantes de este pueblo, ya sea como espacio recreativo, como comunicativo, de consulta y hasta de solución de conflictos.

En cuanto a la recreación y diversión, este es el sitio donde los Kuagros, que son jóvenes de la comunidad que se encuentran en un mismo rango de edad, y hacen parte del mismo sector del pueblo o que están cursando el mismo grado académico, se reúnen para realizar diversas actividades tanto en las zonas exclusivas para hombres, como en las de las mujeres, o en las áreas mixtas. Allí logran interactuar los Kuagros y entretenerse con juegos en las aguas como aprender a nadar o incluso medir fuerzas para determinar qué grupo es más fuerte y más popular.

Sobre este último punto, un miembro de un Kuagros reta a un miembro de otro grupo a un enfrentamiento a “puño limpio”, de ahí se enfrentan físicamente frente a los miembros de los otros Kuagros hasta que hay un ganador, una vez se comprueba quién es el más fuerte, los jóvenes continúan con los juegos sin ninguna clase de resentimiento. Es en este lugar donde los jóvenes comparten sus más profundos secretos y sentimientos, incluso pueden indicar sobre el gusto que sienten por un chico o una chica, con la seguridad de que todo lo dicho queda protegido por la gran amistad que existe entre ellos.

Ahora bien, las zonas mixtas del Arroyo eran el lugar ideal para dar inicio al cortejo sentimental por parte de los hombres, quienes le pedían ayuda a uno de los integrantes del Kuagros para que cuando llegará la mujer que les gustaba mantuviera una relación más estrecha con ella para hacerle “vuelta”, actividad que consistía en ir hasta donde la mujer y entablar una conversación comentándole los sentimientos de su amigo. Este joven al que se encomendaba la labor era conocido como “vueltero”, y tenía como misión comentarle a la mujer, cada vez que tuviera la oportunidad, los sentimientos de su amigo, así como llevarle frutas, cartas, mensajes y hablarle de lo bueno que era su amigo y de los beneficios de iniciar una relación con él.

El “vueltero” debía insistir todo lo que fuera necesario hasta que la joven accediera a hablar personalmente con su amigo y posteriormente entablara una relación con él, pues en ocasiones las jóvenes no eran muy fáciles de convencer. Una vez logrado que se iniciara el noviazgo, era el encargado de llevar recados y mediar en los posibles problemas que se pudieran suscitar en la pareja.

Las zonas mixtas del Arroyo tenían como ventaja que era allí precisamente donde, por lo general, se encontraban las “pozas”, es decir, los lugares más profundos del Arroyo en los que se podía nadar. Además, había montículos que eran aprovechados por los jóvenes para subirse en la parte más alta y lanzarse desde allí para caer en las pozas, no sin antes hacer referencia con versos a situaciones cotidianas, vivencias, o decirle halagos a la chica de su gusto. Asimismo, las chicas también aprovechaban estos montículos, pero desde partes más bajas, desde donde expresaban sus pensamientos, dichos y refranes, que en ocasiones eran “puyas” (o retos) dirigidos a las demás personas que se encontraban en el lugar, y con las que no mantenían buenas relaciones.

En el mismo sentido, estas zonas del Arroyo eran escogidas por los jóvenes como sitios de reunión, en cuyas orillas realizaban los cocinados, para lo cual utilizaban ollas con alimentos que ellos mismos preparaban. No obstante, al pasar mucho tiempo en las pozas y por el lanzamiento desde los montículos, los ojos de los jóvenes se tornaban de color rojo, por lo que algunos padres prohibían a sus hijos bañarse en las pozas, orden que desobedecían y para tratar de ocultarlo, en el camino a casa cerraban sus manos, realizaban soplos en sus puños y luego se los llevaban a la cara,

especialmente a los ojos con la convicción de que al hacer eso varias veces sus ojos perderían el tono rojo, y volverían a su color natural.

Otra actividad que se desarrollaba en el Arroyo era la pesca con anzuelo cordal, realizada por los hombres que acordaban asistir a este lugar. Para lo cual, antes de ir al Arroyo, cavaban unos pequeños agujeros en los patios de sus viviendas en busca de pequeñas lombrices de tierra para usarlas como carnada; luego de abastecerse de suficientes lombrices se reunían en la entrada de uno de los sectores del Arroyo con un sedal de tres o cuatro metros con un anzuelo en uno de los extremos.

Los hombres se sentaban calmados en las orillas de diferentes sectores del Arroyo que cambiaban cada cierto tiempo, a la espera de que un pez “picara” (tomara) la carnada y fuera pescado por los jóvenes. Los pescadores, por lo general, no llevaban consigo un recipiente para los peces, por lo que al llegar al Arroyo cortaban una rama en forma de gancho y allí los ensartaban. Una vez terminada la pesca, los jóvenes se iban a reunir en la casa de uno de ellos donde limpiaban el pescado y lo repartían, o también cocinaban un sancocho para todos.

El piñiqui era otra de las tantas actividades realizadas en este Arroyo. Tarea que consistía en capturar pájaros vivos con una rama ubicada en la parte alta de un árbol, la cual era cubierta con una sustancia elaborada con frutas de uva, preparada por los jóvenes, que al machacarlas y mezclarlas se les agregaba azúcar y quedaba un líquido pegajoso y azucarado. Con ello, cuando los pájaros se posaban en la rama untada con esta sustancia quedaban atrapados, y los jóvenes subían al árbol para capturarlos y tenerlos como animales domésticos en sus hogares.



Arroyo de Palenque en el sector Alberto.

Asimismo, el Arroyo era un lugar que se destacaba porque representaba el sitio en el que se encontraban muchas personas para recolectar un poco de agua para bañarse o para lavar la ropa. Esta última labor era desarrollada por las mujeres de la comunidad, quienes se ubicaban por orden de llegada una tras la otra en la corriente de agua, tratando siempre de llegar temprano para ubicarse en el primer puesto, y así no recibir el agua usada de la ropa de las demás. En un día podían ir a reunirse cerca de 15 mujeres en el Arroyo.

Para lavar la ropa estas mujeres llevaban como instrumentos de trabajo, una tabla de aproximadamente un metro y veinte centímetros de largo con unos treinta centímetros de ancho; baldes, cepillos y manducos que era un pedazo de árbol en forma circular que va desde la punta de los dedos de la mano hasta el codo, cortado y moldeado por sus esposos, para golpear la ropa cuando estaba enjabonada, y así dejarla mucho más limpia.

La actividad de lavar la ropa se realizaba en las zonas de uso exclusivo para mujeres, y allí algunas de ellas solían despojarse de sus prendas de vestir para quedar en ropa interior. Por lo que cuando un hombre deseaba pasar por ese lugar, bien sea porque por este camino se encontraba un

sendero hacia sus predios de siembra o porque iba a llevarle el alimento a alguna de las mujeres, que por la premura de llegar al Arroyo no había comido en su casa, sin importar si era niño, adolescente o adulto debía detenerse antes de llegar al sitio y gritar a viva voz: ¡Ahí va hombre! Tenía que esperar hasta que las mujeres le dieran el visto bueno de llegar hasta donde estaban ellas. En caso afirmativo, las mujeres que estuvieran en ropa interior se cubrían y ahí entonces le gritaban al del sexo masculino que sí podía entrar al Arroyo.

Este era un ritual realizado para mantener la privacidad de las mujeres y el hombre que no lo cumpliera y llegara a las zonas de uso de las mujeres sin darles tiempo para que se cubrieran era visto como mal educado y morboso. Esto era muestra del respeto hacia las mujeres y de los buenos modales del hombre. Esta costumbre también se aplicaba en sentido contrario, cuando era la mujer quien iba a cruzar por los sectores exclusivos de los hombres.

En virtud de esto, y de las varias horas que podía tomar el lavado de la ropa, las mujeres aprovechaban este tiempo para contar anécdotas de su vida, chistes y hablar sobre los acontecimientos ocurridos durante los últimos días en el sector donde vivían o en el pueblo. Era de esta manera que las mujeres se enteraban de quienes habían llegado recientemente a la comunidad, quiénes se habían mudado de la zona, las nuevas parejas, quiénes se habían ido a vivir juntos, quiénes se habían separado, los eventos que se iban a realizar e incluso recibían allí la invitación para los mismos. De modo, que este lugar era el principal escenario de comunicación del pueblo, o para decirlo en palabras de un palenquero “Si usted quiere saber sobre algún suceso en la población, diríjase al arroyo que allí se enterá”.

En lo que se refiere al momento del baño, las mujeres que no querían bañarse con el agua que fluía directamente de la corriente porque estaban turbias por el juego de los niños o por simple decisión personal, realizaban casimbas, que son pequeños agujeros en las orillas separados unos centímetros de la corriente y de los cuales emana agua. Como era costumbre ir a bañarse en pequeños grupos, las mujeres ordenaban turnos para la realización de la casimba y la extracción de agua de las mismas. Pero si en dado caso, al llegar al Arroyo ya había una casimba hecha, la achicaban, esto es, le sacaban el agua que tenía y esperaban a que se llenara nuevamente.



Casimba hecha por mujeres en el Arroyo de San Basilio de Palenque

Por otro lado, cuando la comunidad palenquera iba a utilizar agua del Arroyo para el consumo humano, se abría un agujero en las orillas a una profundidad aproximada de un metro, metro y medio o también de dos metros, dependiendo de la temporada del año. Una vez hecho esto, se sacaba toda el agua sucia por la excavación y se esperaba hasta que se llenara de agua nuevamente, y esta era la que se sacaba para llenar los tanques y llevarla a las casas de los habitantes de la comunidad. En ocasiones, era tanta la cantidad de personas que iba por agua de estos aljibes, que se establecía un sistema de turnos para llenar el agua, asignando un número máximo de baldes que podía llenar una persona en cada turno.

Además de esto había una regla básica en la comunidad para realizar esta tarea como era la de que el agua debía ser recogida por una persona adulta, porque se tenía la creencia de que los niños o adolescentes carecían de la suficiente experiencia y diligencia para el llenado, por lo que podían ensuciar el agua. Una vez que estaban los baldes llenos de agua, las personas los llevaban a su casa en el lomo de un animal o en forma grupal por los Kuagros.

La cosmovisión de la comunidad palenquera está basada en creencias mágico religiosas, divididas y organizadas en varios mundos. El mundo de los vivos basado en las prohibiciones y reglas de conducta para la construcción

de la vida correcta. También está el mundo de los muertos que es lugar en el que se reúnen los palenqueros con sus antepasados. Y, por supuesto, está el Arroyo que representaba un mundo opuesto para Palenque, pero no el Arroyo en su dimensión total sino unos lugares específicos donde se podía concebir la vivienda del ser opuesto al palenquero, que realizaba todo lo contrario a lo que ocurría en el mundo de los vivos. Este era el mundo del Mohán, un sitio mítico que se encontraba debajo de las aguas de las fuentes hídricas que recorren la población, ubicada una al este y la otra al oeste. Este sitio era habitado por unas criaturas vestidas de blanco, que denominaban mohanes, mohanas y mohansitos, quienes físicamente eran descritos como seres de un metro de altura, cabello negro muy largo y liso, nariz fina, labios delgados, ojos verdes, con los pies invertidos, es decir, los dedos hacia atrás y los talones hacia adelante. Estas criaturas no comían azúcares, ni sal, y acostumbraban curarse con plantas, y hacer el amor a través de la barriga y no con sus genitales.

Según la cultura palenquera estos seres abundaban en las pozas o pozos muy profundos, en los sitios más desolados de la comunidad. Las personas no podían ir solas a estos lugares a bañarse, siempre tenían que estar en compañía de tres personas como mínimo, y en un horario determinado, que no podía ser a las 6 am, 12 del mediodía, 6 de la tarde, ni en horas nocturnas, y tampoco en los días jueves y viernes santo, porque a estas horas y en estos días, era cuando dichos seres se reunían para dialogar.



Poza profunda

Sumado a la regulación del horario para el uso del Arroyo por la creencia en estos seres, también se creía que los mismos podían llegar a enamorarse de una persona del mundo de los vivos, y que podía hacer que esta persona fuera llevada a este mundo debajo de las aguas del Arroyo por el mohán o la mohana, los cuales se presentaban ante la persona de su afecto, pero con esto sólo lograban que la persona los evitara, porque ya conocía de su apariencia misteriosa y rara.

Estas criaturas con sus poderes sobrehumanos lograban presentarse ante el palenquero en forma de planta, animal o de persona que pudiera interesarles. Por ejemplo, parecerse a sus tíos, primos o cualquier familiar de su confianza; también solían transformarse en personas del sexo opuesto para lograr enamorarlos y así llevárselos a su mundo, donde todo queda al revés: los tejados de las casas están en los suelos y los pisos funcionan como tejados. Allí, la persona que fue llevada bajo engaños conocía el verdadero aspecto físico de su enamorado –un mohán o una mohana–. Por lo general, esa persona no quería permanecer en ese mundo, por lo que debía evitar comer lo que el mohán le brinde, porque era con la ingestión de alimentos que se sellaba el trato que obligaba a la persona a quedarse allí para siempre.

Para que la persona pudiera regresar al mundo de los vivos, ella y sus familiares debían cumplir con lo siguiente: primero, no ingerir los alimentos que le brindara el Mohán; segundo, debía estar bautizada, lo cual llevaba a que sobre la madrina recayera una tarea muy importante, y es que frente a la iglesia del pueblo esta debía a diario gritar fuertemente el nombre de la persona que se encontraba en el mundo mágico del Mohán, esta acción le generaba una gran incomodidad al Mohán y lo llevaba a tomar represalias contra la persona cautiva, como someterla a pellizcos y rasguños. Y era tras la insistencia del llamado de la madrina que el Mohán decidía liberarlo en busca de su tranquilidad, pero lo hacía en un sitio alejado y poco transitado por la comunidad.

Pese a esto, se tiene que aclarar que estos seres no se presentaban en el mundo de los vivos únicamente para hacerles maldades o llevárselos a su mundo, sino que también traían beneficios para la comunidad palenquera con sus rezos, su conocimiento en plantas medicinales. Además, cuando se enamoraban de una persona del mundo de los vivos, en lugar de llevarla a su mundo, le obsequiaban riquezas y conocimientos.

Ahora bien, lo anteriormente expuesto da muestra de los diferentes usos que los habitantes de San Basilio de Palenque le daban al Arroyo, constituyéndose en prácticas culturales inherentes a esta comunidad, que se han visto afectadas por factores externos como la falta de presencia estatal, pues la misma ha desencadenado en que en el lugar haya presencia de residuos y basuras que logran desincentivar que los habitantes de esta zona sigan acudiendo al Arroyo para desarrollar todas las actividades señaladas. Esta situación ha llegado a permear las convicciones e idiosincrasia de esta población, en cuanto a que han dejado de creer en la existencia de su mitología y de sus mundos descritos anteriormente, reduciendo su cosmovisión particular.

2. Del riesgo al daño como concepto

El avance de la sociedad ha traído consigo nuevas necesidades y exigencias que deben ser cubiertas por el ordenamiento jurídico en tanto existe un contrato social entre los ciudadanos y el ordenamiento. Donde los primeros se comprometen a estar sujetos a la regulación del segundo. Un tema que no ha podido excluirse de esta realidad es la responsabilidad civil, porque a medida que avanza la sociedad, surgen nuevas actividades con potencialidad de daño, que le exigen al conocimiento del derecho estar a la vanguardia y regular estos posibles escenarios adversos.

Por lo tanto, este desarrollo de la sociedad exige dinamismos normativos, porque surgen problemáticas relativas al aprovechamiento de la naturaleza y el desprendimiento del ser humano de las obligaciones tradicionales, para pasar a aquellas provenientes de las derivaciones del desarrollo técnico-económico. A medida que progresan sectores de la sociedad, crecen dos factores contradictorios: la promesa de seguridad y los riesgos, estos últimos entendidos como las situaciones de peligro o amenazas, autoprovocadas por los actores sociales que pierden la racionalidad en sus actuaciones (Beck, 1998).

De acuerdo con Beck (1998), hay que subrayar el riesgo que está en el resultado de la posición moderna de previsión y control respecto de los futuros resultados de las acciones humanas, las cuales son rechazadas en la sociedad moderna, a causa de los daños irreversibles que pueden generar

porque lleva siempre consigo el tema de la responsabilidad del causante. En cambio, el daño desencadenante del riesgo en materia ambiental hace referencia a toda alteración relevante de carácter negativo en el ambiente, los recursos naturales, los ecosistemas o bienes colectivos (Cafferatta, 2009).

Es así como al hacerse más latente la ocurrencia del daño, le asiste al ordenamiento jurídico el deber de fijar una obligación resarcitoria en favor del que se ve perjudicado por este daño. No en vano la responsabilidad civil se encarga de que el desagravio se haga de manera tal que la reparación se ajuste al estado de cosas anterior a la ocurrencia del daño y que, a su vez, es entendido como toda afrenta a los intereses lícitos de un sujeto de derecho.

(...) trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil –imputación y fundamento del deber de reparar– se encuentran reunidos (Henao; 2015).

De hecho, y siguiendo a Henao (2015), podemos aseverar que la existencia del daño cuenta con una serie de elementos que inciden directamente en la reparación del mismo:

(i.) *La lesión puede ser causada a derechos individuales o colectivos.* Este elemento tiene gran relevancia en la reparación de la lesión, toda vez que es diferente resarcir el daño a personas individualmente consideradas –naturales o jurídicas– que a una colectividad. En el segundo caso se entra a analizar si los intereses del grupo son un objeto divisible o indivisible.

(ii.) *La simple amenaza de ocurrencia del daño*, sobre la que el propio Henao (2015) advierte que no es necesario la consumación de la lesión, sino que con la sola alteración del goce pacífico del interés lícito o no, contrario a derecho, se presenta un daño.

(iii.) *El perjuicio sobre intereses pecuniarios y no pecuniarios*, que hace referencia a la naturaleza económica del interés perjudicado, en el entendido que cuando se lesionan derechos de orden pecuniario, la reparación debe ser de naturaleza económica. Pero, en tanto “que la reparación de los derechos no pecuniarios puede revestir formas diferentes de la económica, advirtiendo que cuando se otorga una suma de dinero la misma no equivale al daño sufrido sino a su simple compensación” (Henao, 2015).

Respecto de esto último y debido a que los derechos pecuniarios –también denominados por este autor derechos materiales –tienen un valor de cambio en el mercado, lo cual no ocurre con aquellos derechos no pecuniarios –o derechos inmateriales–. En el caso de la reparación a las colectividades, al ser los intereses colectivos divisibles, pese a estar protegidos de manera homogénea, tienen un carácter subjetivo particular en cada persona. Diferente son los intereses protegidos en las acciones populares que comportan un carácter unitario para la colectividad, sin que una persona pueda ser excluida de su goce por otras (Cf. Constitución Política de Colombia, art. 88).

3. Del daño material al daño inmaterial

El daño puede ocasionar diferentes tipos de perjuicios, de ello depende que sea pecuniario o no, en tanto sea daño material o daño inmaterial. Entendiendo al primero como el perjuicio que afecta a bienes de naturaleza económica, y que es posible subdividir en daño emergente y lucro cesante.

Así lo ha reconocido el Consejo de Estado en Sentencia de 27 de noviembre de 1990, al establecer “(...) en relación con la cuantificación de los daños materiales, en primer lugar, se observa que estos se clasifican como emergentes y como lucro cesante. En los primeros se comprenden los intereses patrimoniales actuales que han sido afectados con el hecho del cual se deriva la responsabilidad; en los segundos, el interés futuro o la utilidad futura que por la misma razón el afectado dejará de percibir.” Lo cual es aplicable tanto para reparación en materia de responsabilidad civil contractual como extracontractual

Resulta entonces que la reparación del *daño emergente* tiene lugar en los eventos en los que se demuestra la existencia de un detrimento patrimonial. Esto es una salida del patrimonio –en el presente o futuro– bien sea de una persona o de una colectividad. Caso diferente es el *lucro cesante*, que se debe cuando se demuestra “una pérdida de expectativa de riqueza, de utilidad, de ingreso, de crecimiento patrimonial en el sentido que el objeto del daño es un interés futuro, es decir, un interés relativo a un bien que todavía no corresponde a una persona” (Mancipe, 2005).

Por otro lado, está el daño inmaterial, también conocido como extrapatrimonial o moral, que tiene como gran dificultad en su aplicación, la falta de definición derivada de la subjetividad de los intereses perjudicados. Para Tamayo-Lombana (1997) el “daño moral vulnera los derechos de la personalidad: integridad, estética, imagen, pudor, creencias, honor, derecho al nombre y a la privacidad; o las libertades individuales: derechos de movimiento, de residir, de reunirse, de opinar, de religión, de empresa, de trabajo, lo mismo que los derechos de familia, profesionales, cívicos, políticos”.

En otro sentido, Henao & Pérez definen el daño inmaterial como “los perjuicios que no tienen una naturaleza económica, en el sentido de que, por definición, no se les puede medir en dinero. Distinto, como ya se vio, es lo que ocurre con el daño material en donde se puede encontrar un valor de reemplazo”.

Lo cierto es que si bien el daño inmaterial no comporta un perjuicio material compensable en dinero, de acuerdo con los actuales sistemas jurídicos de responsabilidad, resulta que viene siendo compensado económicamente. Esto, por el avance legislativo alrededor del mundo, que dejó de consagrar, como modo de reparar el daño causado, el infringir el mismo perjuicio a quien lo ocasionó contenido en el Código de Hammurabi (art. 196 “si un hombre deja tuerto a otro, lo dejarán tuerto”), para pasar a las compensaciones monetarias.

Y aunque se resarza el daño por medio de una compensación económica, esta indemnización no tiene la misma naturaleza que la reparación de daño material, porque lo que realmente se pretende es dar a la víctima una posible satisfacción que atenúe el perjuicio ocasionado. En cambio, la reparación material se limita a otorgar una compensación

de bienes que no tiene como objetivo reemplazar o suplir una aflicción (Barrientos Zamorano, Marcelo; 2008). De manera que la indemnización del daño extrapatrimonial, tiene por objeto ofrecer un enriquecimiento patrimonial a la víctima del daño para mitigar el perjuicio causado al derecho extrapatrimonial (Ternera Barrios Luis & Francisco; 2008).

4. Elementos del daño

Doctrinal y jurisprudencialmente se han establecido 3 condiciones para que un daño sea objeto de reparación, ya sea material o inmaterial:

1. Que sea *directo*, en cuanto a la relación de causalidad entre una situación y sus causas. Es el nexo causal, la relación jurídica entre la causa y el efecto.
2. Que sea *cierto*, lo cual se refiere a la veracidad del daño “El juez debe estimar como evidente el actual o futuro empobrecimiento patrimonial o la actual o futura trasgresión de un derecho extrapatrimonial”. (Ternera Barrios Luis & Francisco; 2008).
3. Que sea *legítimo*, en cuanto a que el derecho lesionado esté protegido por el ordenamiento jurídico.

4. El daño inmaterial-cultural

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano no existe una definición sobre lo que es el daño cultural, entre otras razones, porque es un campo jurídicamente poco explorado. Sin embargo, sí es posible hallar una fuerte protección a las diversas manifestaciones culturales de las distintas comunidades étnicas del país, lo cual permite que los perjuicios causados a estas no pasen desapercibidos y comiencen a volverse objetos de estudios.

Para comprender ¿Qué es el daño cultural y cómo se produce? Es preciso tener clara la noción de cultura que, de acuerdo con la Corte Constitucional colombiana en Sentencia C-224 de 2016, significa el conjunto de rasgos y características espirituales, materiales, intelectuales y afectivas de una comunidad o grupo social, y que abarca no sólo las

expresiones artísticas sino los modos de vida, formas de convivencia, sistemas de valores, creencia y tradiciones.

En ese sentido, existe daño cultural cuando hay una pérdida de costumbre e identidad de la sociedad en que se produce, tanto de manera individual como colectiva (Muñoz, Gloria, 2014). En el documento *Tejiendo Derechos*, se advierte que el menoscabo cultural de una sociedad trae, como consecuencias, el detrimento en la memoria histórica cultural, pérdida de la lengua, saberes, ritos, ceremonias y aspectos como la medicina tradicional. Así, cuando el agravio se produce en relación con el territorio de la colectividad se afecta la relación espiritual con este, causando, inclusive, la profanación de lugares sagrados. Se produce una ruptura de las cosmovisiones y el ciclo reproductivo de la cultura autóctona, formas de educación propia, organización económica y política.

Por regla general, el daño cultural se produce en el marco de una confrontación entre culturas en las que hay una dominante y otra débil, la cual termina subyugada frente a la primera que es por lo general de tipo foránea. Hecho que se ve favorecido por la falta de protección estatal y de comprensión y reconocimiento de las diferencias por parte de la cultura impositiva, rechazando la visión del mundo y estilo de vida de la cultura social más frágil (Muñoz, Gloria, 2014). Ahora bien, dentro de la clasificación clásica del daño entre material e inmaterial, el daño cultural pertenece a la segunda categoría, acercándose al concepto de daño moral.

Entendiendo el daño moral como el sufrimiento, dolor, angustia, padecimientos que influyen en el estado espiritual de la víctima del hecho dañoso, y sus elementos son: a) La afectación de un individuo determinado; b) De derechos personalísimos como la honra y dignidad; c) La reparación es de carácter ideal y no real; d) Es de tipo subjetivo (Cabezas, 2007).

Por su parte, el daño moral colectivo comprende la afectación de un número plural de valores propios de un grupo de personas, vinculadas subjetivamente y la lesión a un interés difuso que afecte a todos, y cada uno de los miembros del colectivo. En este daño grupal, el elemento personalista se ve desdibujado (Cabezas, 2007). Así, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso *Mayagna Awas Tingni Vs. Nicaragua*, y, caso *Efraín Bámaca Vs. Guatemala*) esta nueva clase de daño inmaterial no es de tipo moral, sino que está acompañada del

mismo, en la medida en que se experimenta un sufrimiento y depresión, por parte del grupo social. De modo tal, que el bien jurídico lesionado no es la honra ni dignidad, sino la existencia y vida misma del pueblo que sufre el perjuicio, por el menoscabo de sus creencias, cosmovisiones y estilo de vida, siendo esta lesión la que causa el daño moral.

Otro aspecto destacable, según Cabezas, es la asociación de este daño con algunos de tipo socio-ambientales, y su producción continuada en el tiempo, que conlleva a la asimilación de la cultura dominante por parte de la comunidad que se encuentra privada de la práctica de sus costumbres y condiciones de pertenencia a su propia comunidad. Caracterizar y determinar el daño cultural resulta importante para los efectos de establecer el tipo de reparación. Para Henao la reparación es la manera como el responsable cumple la obligación de subsanar ya que asegura a la víctima el retorno al *statu quo* antes del acaecimiento del daño. Este autor, nos dice, además, algunas de las formas más notables de reparación entre las que se encuentran: a) La reparación pecuniaria: entendida como la suma de dinero que se entrega a la víctima por el daño ocasionado, asemejándose este a unidades monetarias; b) La reparación in natura o reparación en especie, que consiste en la reparación a través de cualquier otro medio que no sea en sumas de dinero, y que busca que las cosas vuelvan al estado anterior en el que la víctima se encontraría, si el hecho dañino no se hubiese producido.

En cuanto al concepto de reparación del daño cultural, de acuerdo al texto Tejiendo Derechos, se tiene que esta debe propender por la recuperación y restablecimiento del equilibrio y armonía. Procurar por la garantía de permanencia física y cultural, y la reproducción de los sistemas culturales con autonomía, “con ella, se busca llenar los vacíos que quedaron luego de violaciones graves a los derechos de una persona, una comunidad o de un pueblo”. Es bajo ese tenor que surge la pregunta de ¿Cuál es la forma más idónea de reparar el daño cultural? ¿Las formas tradicionales de reparación resultan adecuadas? Al respecto, en el documento antes mencionado, se dan algunas pautas para tener en cuenta.

Lo primero es saber que solo las comunidades que se están viendo afectadas conocen con exactitud el daño que se les está ocasionando. En ese sentido, solo ellos saben qué medidas podrían resultar efectivas para su reparación, siendo necesario en este caso, que se aplique el derecho

fundamental de consulta previa, consentimiento libre, anterior e informado, establecido en el artículo 76 de la ley 99 de 1993.

Esto bajo el entendido de que los daños se reparan de acuerdo al estudio de cada caso particular ya que cada comunidad es rica en cultura y costumbres propias. Por tanto, el daño que se produce a cada una de ellas deber ser reparado conforme a ello y no es posible establecer un modelo único de reparación de daño cultural, sino que cada pueblo debe ser reparado de conformidad con sus necesidades. Si bien, en la reparación cultural se tiene un enfoque colectivo que contribuya al fortalecimiento e integración del pueblo, también es posible que los grupos étnicos decidan internamente reparaciones individuales, siempre y cuando lo lleguen a solicitar (Procuraduría General de la Nación).

Entonces, la reparación se materializa en una serie de medidas específicas, únicas para cada comunidad, debido a las distintas formas de daños y reparación que se pueden presentar. Así, por ejemplo, puede darse la restitución, usada en su mayoría en casos de pérdidas territoriales ancestrales, sobre los cuales la población tiene una relación colectiva y lo usan de una manera específica, teniendo las autoridades la obligación de titular estos territorios, sanearlos, ampliarlos y protegerlos contra intervenciones de terceros.

Otra medida es la indemnización, que no resulta procedente en todos los casos, puesto que los daños son generalmente invaluable, y no compensables en dinero. Pese a eso, es posible otorgar una indemnización colectiva para la constitución de proyectos para el fortalecimiento comunitario, educativos y de recuperación cultural.

También están las medidas de satisfacción, que incluyen el reconocimiento de las injusticias, el derecho a conocer la verdad, causas y circunstancias que permitieron el daño, así como las formas de reparación, garantías de no repetición con sanciones a funcionarios que posibilitaron el daño, sensibilización a la sociedad civil para la aceptación de diferencias, creación de vías fáciles para la reclamación de los derechos del grupo social. Pudiendo entonces, aplicar las formas de reparación tradicionalmente conocidas, usadas en ciertos eventos, pero conjugadas con nuevas formas de reparación.

El tema de la reparación en daños culturales es un campo que se empieza a estudiar y presenta desafíos. Lo cierto es que bien se expresa en la cartilla Tejiendo Derechos que “pueden contribuir a enfrentar situaciones de despojo cultural y a fortalecer los elementos que han sido debilitados”.

5. Del daño ambiental al daño cultural



Entrada al Arroyo en el sector Caballito.

El daño, como lo indica Henao (1998) es la aminoración patrimonial –material e inmaterial– sufrida por la víctima, que puede ser tanto individual por la vulneración de los derechos subjetivos, así como respecto a los derechos colectivos. En materia ambiental es la afectación negativa relevante del ecosistema, los recursos naturales o el ambiente (Cafferatta, 2009) o como lo define el artículo 42 de la Ley 99 de 1993, la afectación del normal funcionamiento de los ecosistemas o de la renovabilidad de sus recursos y componentes.

De tal suerte, de acuerdo con las características de las actividades que solían realizar los habitantes de San Basilio de Palenque en el Arroyo, representaba un espacio central en las actividades domésticas, recreativas y socioculturales de la población. Por lo que existe una íntima relación entre los individuos y esta fuente hídrica, y como lo ha sentenciado la Corte Constitucional al analizar un caso similar, esto conlleva a que existe “un

fuerte sentimiento de pertenencia lleno de valores simbólicos, territoriales y culturales” (Corte Constitucional, Sentencia T 622 de 2016).

La Corte ha logrado discernir a lo largo de su jurisprudencia⁶ que los pueblos indígenas, tribales y afrocolombianos conciben el territorio y la naturaleza de una manera diferente en comparación como lo hace la cultura occidental, pues para estas comunidades el territorio guarda íntima relación con su cosmovisión y subsistencia, por sus implicaciones religiosas, políticas, sociales, económicas y recreativas, y resulta más que un objeto de su dominio, ser un elemento esencial de los ecosistemas y la biodiversidad con la que interactúan en su cotidianidad. Razón por la cual se reconocen los derechos de posesión y dominio del territorio de manera colectiva, para garantizar la existencia de los pueblos en sí.

De ahí que cuando nos detenemos a examinar lo que este alto Tribunal ha denominado como Constitución Cultural, es posible dar cuenta de que se refiere a las disposiciones de la Carta superior relativas a la protección del patrimonio cultural de la nación; “en tanto que éste constituye un signo o una expresión de la cultura humana, de un tiempo, de circunstancias o modalidades de vida que se reflejan en el territorio, pero que desbordan sus límites y dimensiones” (Corte Constitucional, Sentencia T 622 de 2016). Lo que lleva entonces a que el Estado garantice la protección del patrimonio cultural tanto en el presente como en el futuro, haciendo parte de la identidad de un grupo social dentro de un momento histórico. Además, la Corte Constitucional ha dictaminado que el daño ambiental puede causar un impacto cultural, reflejado en la perturbación del desarrollo normal de las costumbres de cierta comunidad (Corte Constitucional, Sentencia T 691 de 2011).

Por supuesto, esto responde a políticas de inclusión de las minorías, desarrolladas desde diferentes campos. Por una parte está el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT– que entre todas sus disposiciones incluye en el artículo 2 el deber de los gobiernos de desarrollar acciones tendientes a proteger los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos tribales e

⁶ Corte Constitucional, sentencias T-652 de 1998, SU-383 de 2003, T-955 de 2003, T-547 de 2010, C-595 de 2010, T-693 de 2011, T-384A de 2014, C-449 de 2015, T-622 de 2016.

indígenas y a garantizar su integridad. Bajo el respeto de su identidad social y cultural, de sus tradiciones y costumbres, y de sus organización social y política. Asimismo, en su artículo 5, consagra que para la aplicación del convenio debe tenerse en cuenta el reconocimiento y protección de los valores y prácticas culturales, sociales, religiosas y espirituales, propios de estos pueblos, así como sus problemas colectivos e individuales.

Por otra parte, se encuentran los postulados doctrinarios, donde Kymlicka (1996), expone que la idea del liberalismo que se apoya en viejos dogmas, resulta incapaz de entender y responder de forma adecuada a una realidad que se escapa de las teorías académicas, según la cual la construcción del Estado debe hacerse bajo la idea de la unificación de un grupo de personas con la misma visión del mundo y que persiguen los mismos fines. Pues, frente a las minorías etnoculturales es inaceptable adoptar las mismas políticas, en razón de que estos esperan proteger y conservar sus propios intereses, que se encuentran fundados en su cosmovisión inseparable de la naturaleza. Entonces, la forma de manejarlo es por medio de la adopción de políticas multiculturales, donde se les garanticen sus derechos, y sea así como se limite la construcción de nacionalidad estatal sobre las minorías que cuentan con una identidad propia.

Estas políticas multiculturales encuentran coherencia con los principios de libertad y justicia social, toda vez que permite la conservación de la identidad multicultural, y consecuentemente el cumplimiento de los derechos individuales de las personas que integran estos grupos. De modo que el reconocimiento por la diversidad cultural hace parte de una política obligatoria para los Estados democráticos liberales, en tanto, busca la protección y conservación de grupos étnicos compuestos por personas que comparten una cosmovisión propia, y que por ser minorías se encuentran en desventaja frente al resto de la sociedad (Sánchez-Botero, 1998).

Así las cosas, el reconocimiento de la diversidad cultural por vía constitucional resulta una forma de establecer políticas de inclusión en estos grupos históricamente marginados de la estructura social y política de un Estado. De esta manera fue como lo hizo el constituyente colombiano al incluir diferentes disposiciones que buscan reivindicar y proteger los derechos de pueblos indígenas o comunidades étnicas. Basta con el artículo 1 que establece que Colombia es un Estado pluralista, reconociendo con ello la heterogeneidad de culturas, y el respeto por los derechos individuales

y colectivos, con lo que se busca garantizar la existencia de grupos que comparten una cosmovisión diferente a la de la mayoría (Sánchez-Botero, 1998; Moreno-Parra, s.f.).

Una sociedad organizada debe estar obligada a brindarle a cada uno de los individuos que la integran una serie de posibilidades para que de manera libre, elija entre ellas la que considere más oportuna para su autodefinición (Gough, 2007). Aun cuando esto contenga factores que nieguen la autodefinición, tales como la imposibilidad de mantener prácticas culturales que construyen la identidad de una comunidad, como lo es en este caso la comunidad negra de San Basilio de Palenque, que conforme a lo contenido en el artículo 1 de la Ley 70 de 1993, son un grupo étnico y, por tanto, es deber del Estado velar por la calidad de vida de estas personas como comunidad, protegiendo su riqueza cultural que se encuentra fundada en bienes tangibles e intangibles alrededor del arroyo (Luna-Galván, Vargas-Chaves & Guerra-Carrera, 2019). En este sentido, ha logrado coincidir con la Corte Interamericana de Derecho Humanos al estudiar casos relacionados con los territorios de pueblos indígenas o comunidades étnicas, pues ha establecido que la identidad cultural de estos pueblos, en su mayoría tiene como elementos integrantes la relación con las tierras tradicionales y la naturaleza, por cuanto son el medio principal de subsistencia desde el cual se estructura su cosmovisión, religión, imaginarios colectivos, la concepción de la tierra con la que interactúan, y el desarrollo de sus planes de vida, en general, su identidad cultural (Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005).

En efecto, dentro de las obligaciones del Estado colombiano, se encuentran las referidas a la protección de las riquezas culturales y naturales de la Nación (Constitución Política de Colombia, artículo 8). Así que luego de examinar las prácticas culturales de la comunidad de San Basilio de

Palenque en el Arroyo, que habían logrado permanecer en el tiempo, es posible decir que ante la falta de presencia y diligencia del Estado en la prestación de servicios básicos, como el del servicio público de aseo, se ha abierto paso a la existencia de problemas ambientales con el manejo de las basuras y residuos orgánicos en las aguas y orillas del Arroyo.

Estos problemas ambientales, generan daños en la misma naturaleza que repercute de manera directa en los modos de vida de la comunidad de San Basilio de Palenque, que había desarrollado sus prácticas sociales y culturales fundamentadas en la conexión con este sitio comunitario. El detrimento y abandono de los factores ambientales influyen en la falta de interés de la comunidad de acudir a este sitio a realizar cada una de las actividades tradicionales. Por lo tanto, al no haber quien lleve a cabo las actividades que esta comunidad tenía por costumbre realizar, las mismas desaparecen en el tiempo, por lo que se pone en peligro la existencia y subsistencia de la comunidad, en tanto se pierde su identidad y valores ancestrales.

De modo que ante la falta de diligencia del Estado en la solución de un problema ambiental surgido por su misma falta de presencia, es posible hablar de un riesgo de daño cultural en la comunidad de San Basilio de Palenque. Esto debido a que los pobladores dejan sus costumbres y tradiciones para adoptar nuevas nociones culturales y creencias, como consecuencia de los daños ambientales, destruyendo su ancestral relación con la naturaleza.

Conclusiones

Cuando se trata de conflictos ambientales el daño puede ser material o inmaterial y generar afectaciones de derechos individuales o colectivos. Pero cuando son daños ambientales en territorios de pueblos indígenas o comunidades étnicas, por lo general la afectación recae sobre los derechos colectivos, por la forma en que estas comunidades conciben la naturaleza y el ambiente, así como por su íntima relación con el desarrollo de sus planes de vida.

De ahí que ante la presencia de conflictos ambientales, puede derivarse un conflicto cultural, en tanto se perturba el normal desarrollo

de las prácticas culturales propias de una comunidad, por el impedimento de realizarlo en el escenario ambiental en el que están acostumbrados, poniéndose en peligro la existencia y subsistencia misma de la comunidad, a causa de la pérdida de identidad cultural.

De allí que es posible afirmar que ante la presencia de un daño ambiental puede derivarse un daño cultural, sobre todo en las comunidades indígenas, tribales y afrocolombianas, por la forma en que estas conciben a la naturaleza y el vínculo cultural intrínseco con el ambiente en el que se encuentran ubicadas en el territorio colombiano.

La comunidad de San Basilio de Palenque está sufriendo un deterioro cultural a raíz de un daño ambiental generado por la falta de presencia estatal, ya que se están dejando de desarrollar actividades sociales, recreativas y culturales en el Arroyo, que era un legado proveniente desde sus ancestros, y poco a poco ha ido perdiendo, entre otros asuntos, la creencia en la existencia de seres mitológicos que habitan mágicamente en la fuente hídrica que nutre a esta comunidad en riesgo.

Referencias

- Beck, Ulrich (1986). *La sociedad del Riesgo hacia una Nueva Modernidad*. España: Ediciones Paidós Ibérica S.A.
- Cabezas Martínez, Juan. 2007. El Daño Cultural en la jurisprudencia de la corte interamericana de Derechos Humanos: ¿nueva categoría jurídica? *Revista Jurídica Facultad de Jurisprudencia*. N° 23, 389-400.
- Cafferatta, Néstor (2009). *Los principios y reglas del derecho ambiental*. Buenos Aires: Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Disponible en: <http://web.pnuma.org/gobernanza/documentos/VIProgramaRegional/3%20BASES%20DERECHO%20AMB/7%20Cafferata%20Principios%20y%20reglas%20del%20der%20amb.pdf>
- Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DEJUSTICIA; Organización Nacional Indígena de Colombia – ONIC. 2011. *TEJIENDO DERECHOS La reparación a los pueblos indígenas*. Recuperado el 09 de febrero de 2019 de www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_213.pdf

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Efraín Bámaca Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mayagna Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010;
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005
- Gough, I. (2007). El enfoque de las capacidades de M. Nussbaum: un análisis comparado con nuestra teoría de las necesidades humanas. *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 100, 177-202.
- Henao, Juan Carlos (2015). Las formas de reparación en la responsabilidad del estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el estado. *Revista de Derecho Privado*, universidad externado de Colombia, n.º 28, pp. 277-366. doi: 10.18601/01234366.n28.10.
- Henao, Juan Carlos (2002). Responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental. España: Universidad Europea.
- Kymlicka, Will (1996). Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías. Barcelona: Editorial Paidós.
- Luna-Galván, M. & Vargas-Chaves, I., & Guerra, L. (2019). Pertinencia de la metodología de enfoque de Sistemas Socio-Ecológicos (SSE) para determinar los actores y sistema de gobernanza en un conflicto ambiental: Estudio de caso del arroyo de San Basilio de Palenque. En: G. Rodríguez & A. Ibáñez-Elam (Eds.) *Las disputas ambientales en Colombia* (pp. 239-256). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Mancipe, A. (2005) Los perjuicios inmateriales en la responsabilidad extracontractual del estado en Colombia. Bogotá D.C. Pontificia Universidad Javeriana.
- Moreno-Parra, Héctor Alonso (s.f.). Derechos diferenciados y Estado multicultural en Colombia. Colombia: Viva ORG. Disponible en: http://viva.org.co/cajavirtual/svc0287/pdfs/articulo783_287.pdf

- Organización Internacional del Trabajo (1989). Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales.
- República de Colombia. Congreso de la República. Ley 99 de 1993.
- República de Colombia, Consejo de Estado, sentencia de 27 de noviembre de 1990. Expo. 5835.
- República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 41001233300020120020601 (15982016), oct. 5/17.
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 224 del 4 de mayo de 2016.
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 622 del 10 de noviembre de 2016.
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 693 del 23 de septiembre de 2011.
- Sánchez-Botero, Esther (1998). Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural Universidad Nacional: Bogotá: Unijus, Unibiblos
- Tenera, L.F. & Tenera, F. (2008) Breves comentarios sobre el daño y su indemnización. Medellín. Opinión Jurídica, Vol. 7, No. 13, pp. 97 - 112 - ISSN 1692-2530. Universidad del Rosario.

5. Competencia económica y derecho de la competencia: las prácticas restrictivas de la competencia en el derecho colombiano

Iván Humberto Galvis Macías¹

Introducción

Las principales discusiones en torno a la elección de un determinado modelo económico que produzca mejor distribución de los recursos o, en otras palabras, que genere eficiencia en la asignación de recursos escasos, han girado en torno al desempeño y las relaciones que cumplen los agentes económicos en la interacción económica, y también al papel que el Estado ejerce frente a tal interacción en los diferentes mercados.

De esta afirmación se pueden abstraer, al menos, tres ideas principales: i) Para la consecución de una asignación eficiente de recursos se requiere de la interacción de los agentes económicos, quienes deben concurrir al mercado – según sus restricciones presupuestales (para el caso de los consumidores) o incluso operativas o de producción (para el caso de los productores) – con el fin de satisfacer sus necesidades o intereses, de acuerdo con la posición que cada uno ostente en la relación económica; ii) El escenario propicio para la generación de la interacción económica es el mercado y, con ello, de la asignación de recursos; iii) La interacción entre Estado y mercado no ha sido una circunstancia apacible en el estudio de la teoría económica, pues distintos modelos económicos – a lo largo del desarrollo de esta – han defendido posiciones encontradas.

Sin embargo, aunque el debate se genere en torno de la conveniencia en la aplicación de modelos económicos que propendan por el libre mercado o de aquellos que se fundamenten en la planificación económica.

¹ Abogado de la Universidad Santo Tomás. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Contratación Estatal de la Universidad Santo Tomás. Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia.

Lo cierto es que la mayoría de economías del mundo aplican los postulados más importantes propuestos por los clásicos, aunque ellos se entrelacen con postulados de la teoría keynesiana.

Lo anterior permite inferir – sin temor a equivocarnos – que, en las actuales economías del mundo, existen muy pocos casos – por no afirmar que ninguno – en los que se pueda evidenciar la aplicación de un modelo puramente libremercadista, en el que la intervención del Estado sea nula o extremadamente escasa, y una minoría de casos en los que el modelo económico aplicable, se fundamenta estrictamente en las premisas de las economías planificadas.

Con ello, las principales ideas de la teoría económica clásica encuentran aún hoy múltiples escenarios propicios para su aplicación, bajo la premisa de la defensa del libre mercado y bajo la defensa de la teoría del libre juego de la oferta y de la demanda propuesta por Smith, en su célebre obra *“Una investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones”* (1776).

De esta manera lo expresa Stiglitz cuando afirma que:

En la mayoría de las economías industriales modernas, la producción y la distribución de bienes recae en el sector privado más que en el sector público. Uno de los principios más duraderos de la ciencia económica sostiene que este tipo de organización asigna eficientemente los recursos (2000, p. 67).

Con todo lo anterior, el mercado constituye el escenario más importante para la generación de eficiencia económica, e incluso para la consecución del desarrollo económico de los estados, por lo que su protección y defensa no compete exclusivamente a los agentes que se relacionan en él y por él, sino que llega también a la órbita de competencia de la autoridad estatal, quien debe propender en garantizar las relaciones libres de mercado y sancionar a quienes las restrinjan o cercenen.

De lo anterior expuesto se evidencia la necesidad – y así se procederá – de: i) Analizar el presupuesto fundamental para garantizar estas relaciones libres de mercado que se concreta en el concepto de competencia económica;

ii) Determinar cuáles son los principales instrumentos que reconocen a la competencia como un derecho subjetivo en el ordenamiento jurídico colombiano; iii) Examinar los distintos instrumentos o instituciones a través de los cuales el Estado cumple con su función de garantizar el ejercicio de la libre competencia y de la libertad económica, refiriéndonos de manera específica a la regulación de las denominadas prácticas restrictivas de la competencia.

La última parte de este trabajo corresponderá a un análisis conceptual que se desarrollará a través de las posturas teóricas que explican cada uno de los grupos de conductas restrictivas, y adicional a ello se intentará abordar cada grupo (actos, acuerdos y abuso de la posición de dominio) haciendo referencia a casos estudiados por la Superintendencia de Industria y Comercio, quien en nuestro ordenamiento funge como la autoridad de competencia.

1. La competencia económica y el derecho de la competencia

El marco de protección y garantía de las relaciones libres de mercado debe partir del entendimiento que – desde la teoría económica – se les ha dado a estas relaciones, para lo cual se emplea como referencia la definición emitida por Mankiw, quien define los mercados como: “[u]n grupo de compradores y vendedores de un bien o servicio en particular [en el que] *Los compradores son el grupo que determina la demanda del producto y los vendedores son el grupo que determina la oferta de dicho producto.*” (2012, p. 66).

Sin duda, es necesario hacer referencia a la competencia económica y al derecho de la competencia como mecanismo de regulación para el correcto funcionamiento de los mercados y de la participación de los agentes económicos en ellos. Se debe partir de un reconocimiento conceptual de la competencia, y de una definición de las principales características económicas que se le atribuyen, y de esta manera entender el porqué de la necesidad de reconocerla como un auténtico derecho y, por ende, de promoverla y garantizarla con efectividad, a través de mecanismos jurídicos de protección.

1.1. El surgimiento del concepto de competencia

La competencia, como concepto esencialmente económico, presenta hoy en día diversos elementos que constituyen una apreciación de carácter jurídico, adquiriendo su más evidente reconocimiento en los postulados de la teoría económica clásica y, específicamente, en las ideas consolidadas en el estudio económico del filósofo y pensador escocés Adam Smith.

Así lo reconoce Stiglitz:

En 1776, Adam Smith afirmó en la primera gran obra de la economía moderna *La riqueza de las naciones*, que la competencia inducía a los individuos, en la búsqueda de sus propios intereses privados, a fomentar el interés público, como si fueran conducidos por una *mano invisible*. (2000, p. 67).

De esta manera, la célebre metáfora de *la mano invisible* propuesta por el pensador del siglo XVIII, a través de la cual el mercado goza de facultades de autorregulación a partir del libre juego de la oferta y la demanda, constituye el principio y fundamento para acoger a la competencia como un concepto esencial en el desarrollo de las relaciones económicas.

Así lo describe el padre de la economía clásica cuando, al hacer un análisis de los precios de mercado (precios a los cuales se intercambia un bien y que puede estar por debajo o por encima de los precios naturales del mismo) y de los precios naturales (precio que sirve para cubrir las tasas medias de salario, renta y ganancia) de los productos, según lo cual afirma lo siguiente:

Cuando la cantidad de cualquier mercancía llevada al mercado es menor que la demanda efectiva, todos aquellos que están dispuestos a pagar el valor completo de la renta, los salarios y el beneficio que deben ser pagados para llevarla al mercado, no podrán ser suministrados con la cantidad que desean. En lugar de pasarse sin ella, algunos estarán dispuestos a pagar más. Se establecerá inmediatamente una competencia entre ellos, y el precio de mercado subirá más o menos por encima del precio natural, según que la mayor o menor escasez, o la riqueza y el deseo de ostentación de los competidores anime más o menos su afán de competir. (...) Cuando la cantidad

traída al mercado excede la demanda efectiva, no podrá ser totalmente vendida a los que están dispuestos a pagar el valor total de la renta, salarios y beneficios que deben ser pagados para llevarla al mercado. Una parte deberá ser vendida a los que están dispuestos a pagar menos, y el precio menor que pagarán por ella deberá reducir el precio del conjunto. El precio de mercado se hundirá más o menos por debajo del precio natural. (...) Cuando la cantidad traída al mercado es exactamente suficiente para satisfacer la demanda efectiva y nada más, el precio de mercado llega a coincidir precisamente, o tan precisamente como pueda pensarse, con el precio natural. (Smith [1776] 1994, p. 98).

Sin embargo, este no es el único reconocimiento percibido en favor de la competencia a lo largo de la obra de Smith. El autor también hace lo propio cuando analiza los beneficios que se pueden obtener del capital, al reconocer que:

Cuando los capitales de muchos comerciantes ricos son invertidos en el mismo negocio, la mutua competencia naturalmente tiende a rebajar el beneficio; y cuando existe un aumento similar en todos los negocios de la sociedad, la misma competencia ejerce el mismo efecto sobre todos ellos. (Smith [1776] 1994, p. 138).

De esta manera, el concepto de competencia encuentra singular importancia en la defensa de la autorregulación del mercado, pues es a través de ella como la oferta y la demanda se adecúa para satisfacer las necesidades de los demandantes y, al mismo tiempo, para satisfacer los intereses perseguidos por los oferentes de un producto determinado.

Esta proposición encuentra soporte teórico en las afirmaciones de Brue y Grant, quienes exponen que:

La clave para comprender el concepto de la mano invisible de Smith es el concepto de competencia. La acción de cada productor o comerciante que trata de ganar una utilidad está frenada por los otros productores o comerciantes que de la misma manera intentan ganar dinero. La competencia baja los precios de los bienes y, al hacerlo, reduce la utilidad recibida

por cada vendedor. En situaciones en las cuales al inicio sólo hay un vendedor, la extraordinaria utilidad atrae a nuevos competidores que incrementan la oferta y borran la utilidad excesiva. En una forma análoga, los patrones compiten con otros por los mejores trabajadores, los trabajadores compiten entre ellos por los mejores trabajos y los consumidores compiten unos con otros por el derecho de consumir productos. Dicho en términos económicos contemporáneos, el resultado es que los recursos se asignan a sus usos de valor más alto; prevalece la eficiencia económica. (2009, p. 67).

De esta manera, la competencia genera beneficios para los consumidores o demandantes de los productos y, a la vez, genera incentivos para que los productores de los mismos busquen captar la atención de los demandantes. De manera tal que puedan dirigir las decisiones de consumo de los primeros hacia las necesidades que satisfagan los productos de los segundos, generándose de esta manera, precisamente, una autorregulación del mercado.

Sin embargo, y a pesar de haber entendido el antecedente más importante del concepto de competencia económica, aún hace falta precisar lo que debe entenderse en el contexto de la interacción de los agentes económicos. Para este propósito Mankiw afirma que:

Los economistas utilizan el término mercado competitivo para describir un mercado en el que hay múltiples compradores y vendedores y, por tanto, individualmente ninguno de ellos tiene un impacto significativo en el precio del mercado. Cada vendedor (...) tiene control limitado sobre el precio porque los otros vendedores ofrecen productos similares. Así, el vendedor tiene muy pocas razones para reducir el precio, pero si decide incrementarlo, los compradores acudirán a comprar (...) a otro lugar. De la misma manera, un comprador no puede modificar el precio al que se vende [el producto] porque solamente compra una pequeña cantidad de este bien. (2012, p. 66).

En este orden de ideas, por competencia económica debe entenderse la posibilidad que tienen los agentes económicos (demandantes y oferentes; consumidores y productores o comercializadores) de acudir al mercado,

sin que tal concurrencia implique la facultad de modificar los precios de un producto homogéneo que también es ofrecido por múltiples oferentes. Esto quiere decir que en el mercado competitivo los agentes económicos son precio aceptantes, pues, si pudiesen influir en la determinación de los precios de los productos que se transan, se estaría ante un mercado cuya característica principal no es la libre competencia, vale decir, frente a otras estructuras de mercado que, por supuesto, también requieren de la regulación del Estado (monopolios, duopolios, oligopolios, entre otros).

1.2. La competencia perfecta

Uno de los fundamentos teóricos que sirven para comprender el funcionamiento de la competencia económica, y con ello, la necesidad de intervención del Estado para su garantía es el supuesto de la competencia perfecta, proposición en la que se basaron las principales ideas de la teoría económica clásica, pues, como lo reconocen Krugman, Wells y Graddy: “[e]l *modelo de oferta y demanda* (...) es un *modelo de un mercado perfectamente competitivo*.” (2013, p. 198).

La competencia perfecta entiende entonces que todos los mercados tienden a tener pluralidad de oferentes y pluralidad de demandantes, lo que hace que se consolide un escenario de competencia que implica la autorregulación del mercado de acuerdo con los comportamientos de la oferta y la demanda.

De esta manera, la competencia perfecta se da, en términos económicos, cuando:

(...) la escala eficiente mínima de un solo productor es pequeña en relación con la demanda del bien o servicio. En esta situación, hay espacio en el mercado para muchas empresas. La escala eficiente mínima de una empresa es la cantidad de producción a la cual el costo medio en el largo plazo alcanza su nivel más bajo. En la competencia perfecta cada empresa produce un bien que no tiene características únicas, de tal manera que a los consumidores no les preocupa a qué empresa comprarle. (Parkin, 2014, p. 272).

En tal sentido, el postulado de la competencia perfecta supone que la producción de un oferente en el mercado, representa solo una mínima

porción del producto disponible para la satisfacción de la demanda efectiva de ese producto. Es decir, la cantidad de producto aportada por un solo oferente sirve solamente para satisfacer una mínima parte de la cantidad de producto demandada en el mercado. Producto que por su parte es homogéneo, vale decir, que no ostenta cualidades únicas que hagan que nada más pueda ofrecerlo una o pocas empresas en el mercado.

Con ello, la imposibilidad de que un solo oferente pueda satisfacer gran parte de la demanda efectiva de un producto y las características homogéneas del mismo, hacen que una pluralidad de empresas concurren al mercado a ofrecer el mismo producto a los consumidores, quienes, a su vez, por la pluralidad de empresas oferentes, no pueden incidir en el precio del producto.

De esta manera, Pindick y Rubinfeld (2009) establecen los tres supuestos básicos en los que se soporta el modelo de competencia perfecta, a saber:

- i. Las empresas son precio-aceptantes: *“Como cada empresa vende una proporción suficientemente pequeña de la producción total del mercado, sus decisiones no influyen en el precio de mercado. Por tanto, cada una considera dado el precio de mercado.”* (p. 306), y de la misma manera lo son los consumidores, pues cada consumidor en el mercado puede comprar una porción tan pequeña del producto que con ello no puede influir en el precio de mercado (p. 306);
- ii. El producto es homogéneo: lo que por su parte quiere decir que los productos son idénticos o casi idénticos (p. 306), por lo que ninguna empresa oferente puede subir el precio del mismo, pues el consumidor encontrará con facilidad otras empresas que lo vendan a un precio más cómodo. *“El supuesto de la homogeneidad del producto es importante porque garantiza que hay un único precio de mercado, coherente con el análisis de oferta y demanda.”* (Pindick & Rubinfeld, 2009, p. 307); y
- iii. Existe libertad de entrada y salida del mercado: Lo que implica que no existen barreras o costes que impidan que una empresa entre o salga del mercado cuando no perciba utilidad. *“Como consecuencia, los compradores pueden cambiar fácilmente de*

proveedor y los proveedores pueden entrar o salir fácilmente del mercado.” (Pindick & Rubinfeld, 2009, p. 307).

Desde tales postulados del modelo de competencia perfecta, se supone que la mayoría de mercados – o al menos casi todos – encuentran sus puntos o precios de equilibrio en la relación dinámica de la oferta y la demanda. Y, por lo mismo, los recursos son asignados de manera eficiente entre quienes los demandan.

Sin embargo, la realidad económica muestra que la teoría de la competencia perfecta no es más que el calificativo que en este texto se le ha dado: un supuesto que puede ser desvirtuado, pues como lo afirma Mankiw: “(...) *no todos los bienes y servicios se venden en mercados perfectamente competitivos. Algunos mercados tienen un solo vendedor y es este vendedor, denominado monopolio, el que fija el precio.*” (Mankiw, 2012, p. 67). Por esta razón, resulta relevante hacer un breve análisis acerca de las causas que generan la necesidad de que el Estado intervenga en favor de la competencia económica.

1.3. ¿Por qué regular la competencia?: El derecho de la competencia

Tirole ha reconocido expresamente que: “[l]os economistas siempre han alabado los méritos de la competencia en aquellos mercados en donde se puede ejercer.” (2017, p. 381), afirmación de la cual se puede inferir – como también lo reconoció Mankiw (2012) – que aquel supuesto de competencia perfecta no es aplicable a todos los mercados y, por lo tanto, existen estructuras de mercado en las que no se evidencian los presupuestos básicos de este tipo de competencia, definidos previamente por Pindick y Rubinfeld (2009).

En tal sentido, afirma Tirole que:

(...) la competencia raramente es perfecta, los mercados tienen fallos, y es necesario frenar el poder del mercado – es decir, la capacidad de las empresas de fijar sus precios por encima de sus costes o de ofrecer prestaciones de escasa calidad –. Tanto sus partidarios como sus detractores olvidan en ocasiones que la competencia no es un fin en sí misma. Es un instrumento al servicio de la sociedad y, si provoca falta de eficacia, debe ser dejada de lado o corregida. (2017, p. 381).

Desde esta perspectiva se reconocen dos realidades que ya han sido corroboradas por los acontecimientos desarrollados en la historia económica moderna. Primero, los mercados – en ocasiones – no responden a la dinámica autorregulatoria propuesta por la teoría económica clásica y, por el contrario, se enfrentan a la experimentación de fallas, pues, como lo expresa Stiglitz:

El primer teorema fundamental de la economía de bienestar establece que la economía solo es eficiente en el sentido de Pareto en determinadas circunstancias o condiciones. Hay seis importantes condiciones en las que los mercados no son eficientes en el sentido de Pareto. Se denominan fallos del mercado y constituyen un argumento en favor de la intervención del Estado. (2000, p. 92).

Segundo, tal y como lo expresó Stiglitz, el acaecimiento de las fallas del mercado, constituye – además de un argumento favorable – el fundamento de la intervención del Estado para corregir estas fallas, y entre tantos instrumentos disponibles para ello, como la institucionalización del denominado derecho de la competencia, ya que el mismo autor reconoce que es el fallo de la competencia uno de los seis fallos del mercado, según el cual:

Para que los mercados sean eficientes en el sentido de Pareto, tiene que haber competencia perfecta, (...) Pero en algunos sectores – superordenadores, aluminio, cigarrillos, tarjetas de felicitación – hay relativamente pocas empresas o una o dos tienen una gran cuota de mercado. Cuando hay una única empresa en el mercado, los economistas la llaman monopolio; cuando hay unas cuantas, los economistas las denominan oligopolio. E incluso cuando hay muchas, cada una puede producir un bien algo distinto y pueden pensar, pues, que se enfrenta a una curva de demanda de pendiente negativa. Los economistas llaman competencia monopolística a estas situaciones. En todos los casos la situación se aleja del ideal de la competencia perfecta, en el que cada empresa es tan pequeña que cree que no puede hacer nada para influir en los precios. (2000, p. 92).

Es así como los instrumentos de intervención del Estado para la corrección de las fallas del mercado, como el derecho de la competencia, se constituyen en una necesidad para garantizar el acceso a los mercados y la defensa de los derechos de los consumidores.

Sin embargo, el derecho de la competencia no solamente debe encargarse de la regulación de las estructuras de mercado distintas a la competencia perfecta, sino que también debe regular las prácticas de los competidores que tienden a restringir la libre competencia a otros participantes en el mercado, aunque se evidencie la existencia de varias empresas, pues como lo explica Posner:

El monopolio puede resultar también de la colusión entre empresas competitivas, de modo que debemos considerar los incentivos para innovar y reducir costos en un mercado que contiene más de una empresa, pero que está efectivamente cartelizado, y la entrada de nuevas empresas se encuentra obstruida. (2007, p. 441).

Con toda la problemática arriba expuesta, procede ahora realizar un análisis de ese marco jurídico de protección existente en el ordenamiento colombiano, desde sus fundamentos constitucionales y hasta la explicación de las principales prácticas restrictivas de la competencia tipificadas en nuestra normatividad vigente. Así como la existencia de una particular división del derecho mercantil encargada de regular las relaciones económicas desde el ámbito de la competencia económica.

2. La competencia en el modelo jurídico-económico colombiano: derecho constitucional de la libre competencia económica en el marco de la economía social de mercado

2.1. La competencia económica en el sistema constitucional

La Constitución Política de 1991 estatuyó el paradigma del Estado Social de Derecho como el modelo de Estado aplicable a nuestro país. Con ello dotó al Estado de múltiples instrumentos para el cumplimiento de los fines consagrados en el artículo 2 superior, según el cual, corresponde al poder estatal el servicio para la comunidad, la promoción de la prosperidad

general, la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, la facilitación de la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, la defensa de la independencia nacional, la integridad territorial, la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

De esta manera, la misma Constitución colombiana dispuso de un conjunto de normas superiores, a través de las cuales estructuró las principales instituciones, con principios y reglas que se encargarían de la promoción de la prosperidad general, y de la participación de los ciudadanos en las decisiones de la vida económica del Estado.

Fue entonces –con las normas consagradas en el título XII del texto superior– como la Carta Política incorporó en su contenido normativo la denominada Constitución Económica, a partir de la cual consolidó un modelo jurídico-económico que, por su parte, determinaría el papel que cumplen el Estado y la sociedad en el propósito de generar desarrollo económico para nuestro país.

Así, la denominada Constitución Económica ha sido reconocida en el Estado colombiano como:

(...) la parte del Texto Fundamental que sienta los principios superiores que orientan y fundan la posición del Estado en relación con la economía y los derechos de los asociados en este mismo ámbito. (...) dicha parte de Constitución, se encuentra compuesta por: ‘(...) las normas constitucionales que ordenan la vida económica de la sociedad y establecen el marco jurídico esencial para la estructuración y funcionamiento de la actividad material productiva, señalando los fundamentos esenciales que deberán tener en cuenta los operadores económicos (...)’.

(Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-865 de 2004).

De esta manera, como lo afirma Ariño, la Constitución Económica integra “(...) el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económico-social de un país, según un orden que se encuentra reconocido en la Constitución.” (2003, p. 175).

Esta Constitución Económica, instituida principalmente en las prescripciones contenidas en los artículos 333 y 334 de la Carta Política

de 1991 –sin desconocer las demás normas que regulan el régimen económico, de la hacienda pública, y en aquellas donde se reconocen derechos de contenido económico– asumió la aplicación de un modelo jurídico-económico particular, que establece la gran importancia del sector privado como promotor del desarrollo y, a la vez, el papel que debe cumplir el Estado como director general de la economía.

El modelo jurídico-económico colombiano se ha fundamentado en el principio de neutralidad económica y, por consiguiente, las prescripciones normativas de la Constitución Económica no se direccionan hacia la aplicación de los postulados de un modelo específico de aquellos que han sido ideados por los distintos teóricos de la economía, sino que, por el contrario, permite a la autoridad estatal –según las necesidades evidenciadas en un contexto económico determinado – tomar las medidas pertinentes para afrontar las necesidades específicas de cada tiempo, y aplicando el principio democrático.

De allí que la denominada neutralidad económica de la Constitución, supone que:

La ‘Constitución económica’ colombiana no es indiferente a las políticas económicas (...) Sin embargo – por el juego de la democracia representativa y participativa que implica una posible alteración de mayorías que encarnan diversos programas económicos, (...) [en esta] no se haya constitucionalizado un modelo económico petrificado. Esto significa que el Congreso y el Ejecutivo pueden llevar a cabo distintas políticas económicas, siempre y cuando ellas tiendan de manera razonable a cumplir con las normas que regulan la actividad económica del Estado y velar por los derechos constitucionales (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-265 de 1994).

En lo señalado se reconoce claramente que la Constitución en sí misma no asumió la aplicación de un único modelo económico, sino que, por el contrario, constituyó un modelo jurídico-económico conforme al cual la autoridad estatal puede –a través de la aplicación del principio democrático expresado en la elección del congreso y de un programa de gobierno que se consolida, en la elección presidencial y, con posterioridad a ella, en los planes de desarrollo– acoger los diversos instrumentos de desarrollo

económico ideados por los distintos modelos, con el fin de satisfacer las necesidades de sus asociados. Además de generar la estabilización de la economía y la promoción del desarrollo económico.

Este modelo jurídico-económico, a la luz de los supuestos contenidos en los ya mencionados artículos 333 y 334 superiores, establece la aplicación de una economía de mercado (parecida a aquella libertad de mercado defendida a ultranza por los clásicos de la economía), integrada con unas amplias facultades otorgadas al Estado para dirigir, de manera general, la economía e intervenir en los mercados cuando estos no logren los cometidos propuestos.

De esta manera, el modelo de economía social de mercado, o de “*economía de mercado con carácter social*” –como se le ha denominado a este modelo jurídico-económico– “(...) adscribe al sistema económico de la Constitución lo libre económico con lo social, a la vez que la aplicación, también en el ámbito económico, del principio pro libertate como supuesto que integra la noción de Estado Social de Derecho.” (Correa, 2009, p. 135).

La economía social de mercado se reconoce entonces como una “*tercera vía*” entre los modelos de libre mercado y de planificación de la economía, que se fundamenta en la aplicación de “(...) una economía de mercado basada en la libertad e iniciativa privada, que admite ciertas intervenciones del Estado (red de seguridad para garantizar una mínima cobertura y servicios a todos los ciudadanos) complementarias y compatibles con aquella.” (Ariño, 2003, p. 177).

Así ha sido reconocido también por la Corte Constitucional Colombiana. En jurisprudencia reciente resolvió la exequibilidad parcial de la cláusula general de prácticas restrictivas de la competencia contenida en el artículo primero de la Ley 155 de 1959, donde explicó lo siguiente:

En materia económica la Carta de 1991 adoptó el modelo de economía social de mercado. En este sentido ha dicho la Corte Constitucional, que “el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En

contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general”. De acuerdo con lo anterior, el texto constitucional fue dispuesto para una sociedad de mercado, es decir, para un tipo de organización que desarrolla procesos ágiles de intercambio, que buscan no sólo la satisfacción de necesidades básicas, sino también la obtención de ganancia, bajo el supuesto, según el cual, la actividad económica debe ser dinámica y estar en crecimiento, todo ello en un escenario (el mercado) fundado en la libertad de acción de los individuos (las libertades económicas), en el que “las leyes de producción, distribución, intercambio y consumo se sustraen a la reglamentación consiente y planificada de los individuos, cobrando vida propia. (Sentencia C-032 de 2017).

Bajo tales premisas es imperioso reconocer la importancia que la Constitución Económica le otorgó a la iniciativa privada – y con ello a la competencia económica – con la consolidación del modelo de economía social de mercado, en la que la sociedad de mercado y la protección y garantía de este, aparece como el factor más importante.

Por lo anterior es pertinente traer a colación la disposición contenida en el artículo 333 constitucional, el cual dispone que:

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.

De la anterior transcripción normativa, surgen algunos comentarios que coadyuvan a la comprensión del papel asumido por la libre competencia en el modelo económico de economía social de mercado:

Como primera medida se debe destacar el reconocimiento de la libertad económica o, en otras palabras, de la libre iniciativa privada, como un principio que fundamenta todo el accionar de los particulares y del Estado en el desarrollo de las relaciones económicas.

De esta manera, como lo reconoció la Corte Constitucional desde temprana jurisprudencia, la libertad económica “(...) *corresponde a una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio* (...)” (Sentencia T-425 de 1992), y se convierte en un elemento indispensable para el reconocimiento de la libertad de competencia como derecho constitucional.

En tal sentido, la libertad económica es reconocida como el principio constitucional que inspira y ordena la actuación de los particulares en la dinámica económica y la aplicación de todos los instrumentos de política económica necesarios para cumplir con los cometidos dispuestos en la Constitución. Se desarrolla a través del reconocimiento y garantía efectiva principalmente de dos derechos de naturaleza económica: la libertad de empresa y la libre competencia.

2.2. La libre competencia económica como derecho constitucional

La comprensión de la libre competencia, como un auténtico derecho subjetivo parte del reconocimiento que la misma Constitución Política le ha otorgado al afirmar – en el artículo 333 – que esta corresponde a un derecho de todos que supone responsabilidades. De la misma manera el artículo establece que corresponde al Estado, por mandato de la Ley, impedir que la libertad económica se obstruya para evitar y controlar el abuso de la posición dominante, que tengan algunos agentes en el mercado, así como delimitar el alcance de este derecho.

De esta manera se concretan las tres características reconocidas por Arango (2012, p. 9), para establecer que la libre competencia económica se constituye en un verdadero derecho subjetivo, pues: i) El derecho encuentra un reconocimiento normativo no solo en el artículo 333 de la Constitución, sino también en el literal i del artículo 4 de la ley 472 de 1998, que la reconoce como un derecho colectivo, y en otras normas de orden legal y reglamentario en las que se regulan las prácticas restrictivas de la competencia económica – que serán objeto de estudio en el siguiente acápite del presente trabajo – y las prácticas de competencias desleal reguladas en Ley 256 de 1996; ii) El derecho encuentra unos sujetos obligados que – derivados de la interpretación del artículo 333 constitucional – corresponden, por un lado, al Estado, quien debe garantizar que las libertades económicas no sean restringidas, y que los agentes no abusen de su posición dominante en el mercado y, por el otro lado, los mismos agentes económicos, pues el 333 superior admite que la competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades; y iii) El derecho cuenta con los denominados poderes jurídicos para su reconocimiento o, lo que es lo mismo, goza de instrumentos jurídico-procesales para su protección.

Así también lo ha confirmado la Corte Constitucional – como máximo intérprete de la Constitución y órgano de cierre de la jurisdicción constitucional – al reconocer que:

La Constitución contempla la libre competencia como un derecho. La existencia del mismo presupone la garantía de las mencionadas condiciones, no sólo en el ámbito general de las actividades de regulación atenuada, propias de la libertad económica, sino también en aquellas actividades sujetas a una regulación intensa, pero en las cuales el legislador, al amparo de la Constitución, haya previsto la intervención de la empresa privada. Se tiene entonces que, a la luz de los principios expuestos, el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia” (Sentencia C-032 de 2017).

En tal sentido, la Corte reconoce que el derecho a la libre competencia no es un derecho de carácter absoluto y que – por lo mismo – el Estado a través de las funciones asignadas en los artículos 333, 334, y en otras disposiciones de orden constitucional, puede intervenir para regular la libre competencia, y de esta manera garantizar su reconocimiento efectivo.

De la misma manera, el máximo tribunal constitucional colombiano dispuso precisar los contenidos esenciales del derecho constitucional de la libre competencia para lo cual concretó que:

La libre competencia, por su parte, consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones. Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: **(i)** La posibilidad de concurrir al mercado, **(ii)** La libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y **(iii)** La posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros. (Sentencia C-909 de 2012).

Surgen entonces –en cabeza del Estado– múltiples obligaciones referidas al ámbito de protección de la libre competencia como derecho subjetivo, que se pueden sintetizar –como lo hace Correa– de la siguiente forma:

Las obligaciones específicas de protección contempladas *ex constitutione* frente a la libre competencia (...) consisten en que el Estado, por mandato de la ley: 1. ‘Impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica’; 2. ‘Evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional’; y 3. Intervendrá para promover la productividad y la competitividad. Las dos

primeras se encuentran contempladas en el artículo 333 C.P., y la segunda en el artículo 334 C.P. (2009, p. 577).

Corresponde ahora hacer un análisis de la forma cómo el ordenamiento jurídico colombiano ha abordado la obligación de frenar la restricción de la libertad económica e impedir el ejercicio abusivo de la posición dominante que ostentan algunos agentes en el mercado, a través del estudio de las denominadas prácticas restrictivas de la competencia.

3. Aproximación al contenido y alcance de las prácticas restrictivas de la competencia en el ordenamiento jurídico colombiano

Teniendo en cuenta el carácter económico de la libre competencia, según el cual esta corresponde al “(...) *enfrentamiento de las empresas por la clientela*.” (Velandia, 2011, p. 49), y la necesidad de que esta sea regulada para asegurar su garantía efectiva, tal y como fue abordado en el primer acápite de este trabajo, y considerando, además, que la misma ostenta un papel importante en la aplicación del sistema de economía social de mercado. Es preciso ahora determinar el objeto y ámbito de protección de las normas que regulan las prácticas restrictivas de la competencia en el derecho colombiano.

Para ello se precisa que el objeto de protección del derecho de la competencia:

(...) consistirá, desde el punto de vista normativo, en la ordenación de reglas de comportamiento de los empresarios relacionadas con sus competidores, con el mercado, con los consumidores, en las cuales se establecen prohibiciones expresas o limitaciones a la libertad de empresa o económica propiamente dicha. (Correa, 2009, p. 570).

En tal sentido, el derecho de la competencia se encarga de regular conductas, que – como se verá – no son ejecutadas únicamente por las empresas mercantiles que desarrollan actividades económicas en función de generar utilidad a sus socios, sino que se extienden a la actividad de sus representantes e integrantes. Lo cual amenaza o cercena el derecho que otros empresarios tienen de competir libremente. Atenta contra las

dinámicas propias de los mercados y, por supuesto, también peligran los derechos de los consumidores

Así, por ejemplo, se limitan aquellos signos distintivos cuya notoriedad trasciende al generarse una confusión entre el nombre del producto y el signo al que se encuentra asociado. Ha habido casos célebres como ‘Icopor’ para designar al poliestireno expandido o ‘Saltinas’ para las galletas de soda saladas. En ambos casos dado que el consumidor asociaba directamente el nombre de la marca por el producto, el Estado intervino para cancelar las marcas por el fenómeno de vulgarización. Esto con la finalidad de evitar monopolios injustificados en el uso de las mismas (Vargas-Chaves & Rodríguez-Ramírez, 2013).

Es así como en el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentran vigentes diversas disposiciones normativas cuya finalidad corresponde a la regulación de las conductas de los agentes económicos que participan en los mercados, y que tienden a vulnerar el derecho constitucional de la libre competencia económica.

Estas normas pueden agruparse según su ámbito de protección, pues algunas regulan los actos de los agentes económicos que restringen la competencia económica. Otras proscriben las prácticas de cartelización entre empresas. Otras regulan la posición de dominio que ostentan algunos agentes en el mercado. Algunas, por su parte, establecen prohibiciones de carácter general para la protección del derecho en el comercio.

En lo que sigue de texto se hará un análisis de esta normatividad, agrupando las prácticas restrictivas según su ámbito de protección. Se acudirá para su explicación a decisiones que han sido tomadas por la Superintendencia de Industria y Comercio. Esta es la autoridad administrativa encargada de velar por la libre competencia en Colombia y de sancionar todas las prácticas que tiendan a restringirla (Art. 6. Ley 1340 de 2009), con el fin de examinar con mayor claridad, la forma de concreción de las prácticas analizadas en casos de la vida real.

3.1. La cláusula general de prohibición de prácticas restrictivas de la competencia

La prohibición de ejecutar conductas que tiendan a cercenar el libre ejercicio de la competencia económica, está tipificada en el ordenamiento

jurídico colombiano, en su sentido más amplio, en una prohibición denominada: cláusula general de prohibición de prácticas restrictivas de la competencia o prohibición general, contenida en el artículo primero de la Ley 155 de 1959, el cual dispone:

Quedan 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, con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas.

De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional Colombiana ha entendido que esta prohibición general incorpora tres conductas que se encuentran proscritas en el ordenamiento jurídico colombiano y que – a la luz de las normas que protegen la libre competencia – deben ser sancionadas por la Superintendencia de Industria y Comercio cuando aquella las encuentre probadas, a saber: i) Los acuerdos que de manera directa o indirecta busquen limitar la producción, el abastecimiento, la distribución o consumo de materias primas, productos o mercancías; ii) Aquellas prácticas, procedimientos o sistemas que tiendan a limitar la libre competencia; y adicionalmente iii) Todas aquellas prácticas, procedimientos o sistemas que tiendan a mantener o determinar precios inequitativos. (Sentencia C-032 de 2017).

En tal sentido, para generar una mejor comprensión acerca del tratamiento y aplicación de la cláusula general de prohibición aquí analizada, resulta pertinente hacer referencia a la Resolución No. 80847 de 2015, a través de la cual la Superintendencia de Industria y Comercio decide acerca de la conducta ejecutada por los ingenios azucareros ASOCAÑA, INGENIO RIOPAILA CASTILLA, INGENIO INCAUCA, INGENIO MANUELITA, INGENIO PROVIDENCIA, INGENIO MAYAGÜEZ, INGENIO LA CABAÑA, INGENIO PICHICHÍ, INGENIO RISARALDA, INGENIO SAN CARLOS, INGENIO CARMELITA, INGENIO CENTRAL TUMACO E INGENIO MARÍA LUISA, para determinar si infringieron la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que proscribe los acuerdos que

tienen por objeto o como efecto, la asignación de cuotas de producción o de suministro.

De la misma manera, la Superintendencia decidió en tal resolución sobre si las empresas CIAMSA, DICSA, INGENIO RIOPAILA CASTILLA, INGENIO INCAUCA, INGENIO MANUELITA, INGENIO PROVIDENCIA, INGENIO MAYAGÜEZ, INGENIO LA CABAÑA, INGENIO PICHICHÍ, INGENIO RISARALDA, INGENIO SAN CARLOS, INGENIO CARMELITA, INGENIO CENTRAL TUMACO E INGENIO MARÍA LUISA incurrieron en las conductas tipificadas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que proscribe los acuerdos que tengan por objeto o como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

La investigación tuvo su inicio con las denuncias presentadas por varias empresas en las que se determinó la presunta comisión de prácticas comerciales restrictivas de la competencia en el mercado del azúcar, relacionadas con el incremento exagerado de los precios y la reducción en su disponibilidad. Lo que traía como consecuencia una grave afectación a los consumidores y a los productores de bebidas y alimentos que utilizan el azúcar como insumo en sus procesos productivos.

De esta manera, la actuación de la autoridad de competencia se centró en la determinación de si ASOCAÑA, y los demás ingenios investigados cercenaron la cláusula de prohibición general al haber realizado un acuerdo para asignar cuotas de producción del azúcar en Colombia, y si ASOCAÑA, CIAMSA, DICSA y los demás ingenios violaron la prohibición general al haber realizado un acuerdo para impedir u obstruir el ingreso de terceros en el mercado del azúcar en Colombia.

Conforme con los medios probatorios recaudados en la Investigación, la autoridad de competencia decidió sancionar a ASOCAÑA, CIAMSA, DICSA Y DOCE INGENIOS MÁS, por haber encontrado probada la realización de un acuerdo para impedir u obstruir el ingreso de terceros en el mercado del azúcar en Colombia, y de esta manera haber violado la prohibición general y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por lo que también sancionó a las personas naturales que incurrieron en las conductas necesarias para la configuración del acuerdo, en virtud de la disposición normativa contenida en el artículo 26 de la Ley 1340

de 2009, que dispone la sanción de las personas naturales que colaboren, faciliten, autoricen, ejecuten o toleren las conductas anticompetitivas.

En relación con la violación del numeral 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó archivar la investigación, teniendo en cuenta que, aunque se encontró probado que existió una asignación de cuotas entre los investigados, la misma se derivó de la forma como funcionaba el Fondo de Estabilización de Precios para los Azúcares Centrifugados, Las Melazas Derivadas de la Extracción o el Refinado de Azúcar y los Jarabes de Azúcar – FEPA, el cual es un mecanismo de intervención del Estado en la economía para la estabilización de precios y, por lo mismo, no resulta aplicable la respectiva sanción.

La Superintendencia encontró probados los cargos por los cuales se emitió la sanción al determinar dentro del proceso de investigación, que los ingenios azucareros intercambiaron ilegalmente información a través de diversos medios, entre los que se encuentran la participación en reuniones de junta directiva, reuniones de presidentes, gerentes, y distintos comités, el intercambio de correos electrónicos, entre otros medios probatorios. Información que, por su parte, era sensible y que estaba relacionada con la cantidad de azúcar que se debía exportar, estrategia de exportaciones, volumen de productos a exportar, entre otras, lo que impactaba la cantidad de azúcar que permanecería en el mercado y en consecuencia su precio, en el marco del FEPA. (p. 7).

Conforme con lo anterior, la Superintendencia encontró probado que las empresas investigadas realizaron practicas tendientes a impedir el acceso al mercado del azúcar en Colombia. Con el fin de mantener el mercado interno alejado de un escenario de libre competencia, a través de una estrategia conjunta para impedir las importaciones de azúcar provenientes de otros países. Entre la que se probaron acciones como las negociaciones con agentes del mercado boliviano para impedir el acceso del azúcar proveniente de ese país. O la solicitud de autorizaciones a ASOCAÑA para permitir la importación de azúcar costarricense, entre otras.

En relación con la prescripción contenida en la cláusula de prohibición general, la autoridad de competencia expresó que:

La norma transcrita cubre todos aquellos acuerdos que tengan como objeto la generación de obstáculos o barreras para que

otros agentes económicos ingresen o participen libremente en determinado mercado, así como todos aquellos acuerdos que tengan por efecto la obstaculización o la generación artificial de barreras para que otros agentes económicos ingresen o participen libremente en un mercado. (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 80847 de 2015, p. 69).

De lo anterior, se puede colegir, entonces, que el ámbito de protección de la denominada cláusula de prohibición general de la libre competencia, resulta extremadamente amplio, pues en ella se pueden subsumir todos los comportamientos ejecutados por los agentes que tiendan a cercenar la libre competencia económica.

3.2. El abuso de la posición dominante

En relación con este tipo de prácticas es necesario partir del reconocimiento que hace el mismo artículo 333 constitucional, relacionado con la legalidad de la posición dominante en el ordenamiento jurídico colombiano. Lo anterior quiere decir que el sistema de economía social de mercado, no proscribe que los agentes lleguen a consolidar una posición de dominio en el mercado, siempre que la misma se haya conseguido a partir de la ejecución de prácticas legítimas de competencia. Por el contrario, lo que se encuentra prohibido es que, en virtud de aquella posición de dominio, el agente económico obstruya el ejercicio de la libre competencia económica a otros agentes, concretándose de esta manera el abuso de una posición dominante en el mercado.

En tal sentido, por posición dominante en el mercado colombiano, se entiende:

(...) el poder de mercado que le permite a un ente económico, sustraerse a una competencia efectiva en una parte importante del mercado afectando la libertad económica y los intereses de los consumidores; poder que se manifiesta en la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado (precios, condiciones de venta, volúmenes de producción, sistemas de distribución de bienes o servicios, etc.), por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable, y que implica menor participación colectiva en

la fijación de precios y cantidades, y correlativamente mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes sustituyendo los mecanismos de mercado. (Almonacid y García, 1998, p. 175).

De la cita anterior se deben precisar dos aspectos, pues consideramos que el concepto de posición dominante se confunde con la noción de su abuso. Primero, la posición dominante en el mercado debe entenderse como aquel poder de mercado que un agente económico ha adquirido con la ejecución de prácticas legítimas de competencia, lo que – como ya se ha dicho – no encuentra prohibición en el ordenamiento jurídico colombiano. Tal poder de mercado, le permite al agente con posición de dominio la facultad o posibilidad de determinar de manera directa o indirecta las condiciones de un mercado. Segundo, el abuso de la posición de dominio implica que, a través del aprovechamiento del poder que ostenta quien la posee, el agente económico afecte, bien sea la libertad económica, o bien los derechos de los consumidores, a través de la fijación de precios o de condiciones de venta o de producción, entre otras posibles prácticas prohibidas.

De esta manera, como lo establece Velandia, “[a]busar de la posición de dominio significa obtener provecho de la posición de dominio, es decir obtener ganancia injustificada basada en la falta de competencia efectiva.” (2011, p. 177).

Así, como lo expresa el mismo autor, el abuso de la posición dominante puede darse desde la consolidación de cuatro supuestos, que son:

- a) El abuso por venta por debajo de costos. En el cual el competidor vende sus productos por debajo de su estructura de costos, con el fin de eliminar a un competidor en el mercado. (Velandia, 2011, p. 179);
- b) El abuso por mercados subsidiados. Es un agente que participa en el mercado a través de diferentes líneas de producción, aprovecha la posición de dominio que ostenta en una línea aumentando los precios, para bajar los precios en la línea de producción en la que no cuenta con tal posición. De manera tal, que se saque ventaja en el mercado en el que no se cuenta con posición de dominio. (Velandia, 2011, p. 180);

- c) Abuso por discriminación. Donde “(...) *el agente con posición de dominio favorece con un comportamiento a un distribuidor y desfavorece a otro que compite con el primero, entre ellos existirá una diferencia competitiva creada injustamente por quien ostenta la posición de dominio.*” (Velandia, 2011, p. 184); y
- d) Abuso por ventas subordinadas. Es cuando “[e]l *agente aprovecha la necesidad del consumidor para obtener una mejor utilidad sin justa causa, porque ata otros productos u obligaciones al inicial, lo que hace que el consumidor pague más por satisfacer su necesidad (...)*” (Velandia, 2011, p. 185).

De esta manera, para comprender cómo funciona mejor la consolidación de una conducta de abuso de la posición de dominio, se precisa conocer la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá E.S.P., a través de reciente resolución No. 14305 de 28 de febrero de 2018, por incurrir en la conducta anticompetitiva al haber instalado una platina reductora de caudal y una válvula reductora de presión, con el fin de sabotear la forma como la empresa COOPJARDÍN – a quien la primera le suministraba agua en bloque – atendía a sus usuarios. Para de esta forma quedarse con sus clientes y atender directamente el mercado de agua en el norte de Bogotá.

En la citada resolución la autoridad de competencia establece que la Empresa de Acueducto de Bogotá ostenta una posición de dominio en el mercado de suministro de agua en bloque en Bogotá, por ser el único prestador de ese servicio, y que las barreras de entrada al mismo mercado corresponden a “(...) (i) *Restricciones en la disponibilidad natural del insumo*, (ii) *Altos costos de inversión*, (iii) *Economías de escala* y (iv) *Costos hundidos* (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 14305 de 2018, p. 17), por lo que no existe una posibilidad real o potencial de acceder a tal mercado.

Igualmente, la Superintendencia logra establecer la intención de la EAB en participar del mercado de comercialización de agua potable o la prestación del servicio público de acueducto a usuarios finales. Actividad

económica que ejercía la empresa COOPJARDÍN, con los usuarios del norte de Bogotá.

De esta manera, la autoridad de competencia logró probar la conducta anticompetitiva ejercida por la EAB al instalar la válvula reductora de caudal, con el fin de eliminar la competencia ejercida por la empresa COOPJARDÍA, para lo cual la Superintendencia expresó lo siguiente:

Estando plenamente acreditado en la presente actuación administrativa que: (i) la EAB tiene posición de dominio en el mercado de suministro de agua en bloque en Bogotá y diez (10) municipios aledaños; (ii) que la EAB creó y ejecutó una política corporativa de eliminación del suministro de agua en bloque; (iii) que la EAB tenía la intención de reservarse para sí el mercado de comercialización de agua potable a usuarios finales en la ciudad de Bogotá, desplazando a COJARDÍN; y (iv) que en el marco de la mencionada política la EAB instaló una válvula limitadora de caudal y dos platinas de orificio en la red de acueducto de COJARDÍN, el despacho (...) puede concluir sin espacio a duda, que la EAB abusó de su posición de dominio en el mercado de suministro de agua en bloque y con ello incurrió en las infracciones a la libre competencia previstas en los numerales 4 (venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado) y 6 (obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 14305 de 2018, p. 38).

De allí que la autoridad de competencia resolvió declarar que la EAB violó la libre competencia por haber abusado de su posición de dominio en el mercado de comercialización de agua en bloque de Bogotá, y también por haber incurrido en las conductas tipificadas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y de los numerales 4 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, imponiendo una multa de más de veinte mil millones de pesos, además de sancionar a las personas naturales que incurrieron en la ejecución de la conducta de la EAB.

3.3. Los actos restrictivos de la competencia económica

Según lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, se consideran actos restrictivos de la competencia todos los comportamientos de quienes ejerzan una actividad económica que estén dirigidos a desconocer o anular la libre competencia económica de otros agentes en el mercado.

En tal sentido, como lo aclara Velandia:

Los actos restrictivos son comportamientos unilaterales dirigidos a todos los comerciantes [que] se diferencian de la posición de dominio en la medida en que para los actos restrictivos no se requiere un sujeto calificado específico, sino que agrupan prohibiciones dirigidas a todo el universo de comerciantes. (2011, p. 195).

Conforme a lo anterior, en el ordenamiento jurídico son considerados actos restrictivos de competencia económica aquellos consagrados en el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, que considera como contrarios a la libre competencia:

1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.
2. Influir a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios.
3. Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.

De esta manera la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante resolución No. 8231 de 2001, decidió imponer sanción a la empresa Casa Luker S.A., por haber incurrido en la conducta tipificada en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, al informarle a la empresa Makro de Colombia S.A., que participaría en el makro mail No. 18, otorgándoles un 7% de descuento que no podría hacerse transferible al público, influenciando a Makro para que incremente sus precios o desista de su intención de rebajarlos.

En tal sentido, frente a este particular acto restrictivo, la superintendencia expresó que:

(...) lo que está reprimido en el número 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 es que una empresa, agente activo, despliegue actividades orientadas a alterar el libre albedrío de otra, agente pasivo, respecto del precio de los bienes y servicios de esta, cuando la orientación esté encaminada a que la otra empresa aumente sus precios o desista de su intención de reducirlos. La infracción ocurrirá sin importar que se logre el resultado, ni el tamaño o el ascendente que el agente activo tenga sobre el agente pasivo. (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 8231 de 2001, p. 17).

Así, la autoridad de competencia declaró que la empresa Casa Luker incurrió en una conducta ilegal por contravenir lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

3.4. Los acuerdos de cartelización

De conformidad con la prescripción contenida en el numeral primero del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, se entiende por acuerdo restrictivo de la competencia a todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela, celebrada entre dos o más empresas, con el fin de censurar o falsear el derecho que tienen otros agentes económicos en competir libremente tanto en el mercado como por el mercado.

En tal sentido, la doctrina jurídica ha entendido que estos acuerdos corresponden a “(...) *comportamientos adelantados por dos o más empresas mediante los cuales arreglan su actuar dentro de un mercado, falseando la competencia, bien sea porque dejan de competir o porque pretenden eliminar a un competidor.*” (Velandia, 2011, p. 109).

Estos arreglos de actuar para dejar de competir o para eliminar competidores, han de establecerse a través de la celebración de acuerdos de voluntades (Gómez, 1998, p. 115) o de la concurrencia de diversas voluntades hacia el mismo fin, aunque de ellas no se evidencie la celebración formal de un acuerdo. Casos en los cuales estaremos frente a la celebración

de contratos, convenios, concertaciones, o a la ejecución de prácticas concertadas que vulneran el derecho a competir.

Otra manera de ejecutar los también llamados carteles o acuerdos de cartelización, se logra a través de la comprobación – a partir de distintos medios probatorios – de la existencia de patrones de comportamiento semejantes o uniformes que, aunque no constituyan en si mismos acuerdos de voluntades, sí permiten inferir la actitud consciente de los competidores para cercenar la competencia económica, casos en los cuales estaremos frente a la ejecución de las denominadas prácticas conscientemente paralelas o paralelismo consciente.

La doctrina también ha reconocido la posibilidad de que estos acuerdos se celebren entre empresas que participan dentro de una misma escala o fase de la cadena de valor, cuya denominación corresponde a los acuerdos horizontales, y acuerdos entre empresas con presencia en diferentes etapas de la cadena de valor o acuerdos verticales. (Velandia, 2011, p. 110).

Desde esta perspectiva, los acuerdos horizontales son aquellos que se celebran entre empresas “(...) del mismo nivel productivo o de la distribución, vale decir, entre empresas colocadas en posición de competir (...)” (Gómez, 1998, p. 117) y los acuerdos verticales corresponden a aquellos acuerdos:

(...) celebrados entre empresas situadas en distintas fases del proceso productivo o de la distribución (...) sería el caso por ejemplo, del productor que impone a los adquirentes de sus bienes el precio de venta o la limitante de venderle a tal o cual comprador, o de no utilizar determinados canales de distribución. (Gómez, 1998, p. 121).

Con todo lo anterior, es el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la norma jurídica que tipifica de manera específica los acuerdos de cartelización, para lo cual establece que se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.

2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.
3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o distribuidores.
4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.
5. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.
6. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos.
7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.
8. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.
9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.
10. Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

De la norma transcrita se infiere una característica propia de la tipificación de los acuerdos como prácticas restrictivas de la competencia, la cual corresponde a la falta de necesidad de consolidación de los efectos de los contratos, convenios, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas. Por el contrario, para que un agente económico incurra en tales conductas, es suficiente que se ponga de acuerdo con otro para falsear la competencia, sin necesidad de que sus efectos se ejecuten.

Lo anterior se da teniendo en cuenta que cada una de las causales de concreción de acuerdos comerciales restrictivos, establece como conducta reprochable la celebración de acuerdos que tengan por objeto el desconocimiento de la libre competencia como derecho económico. Además, la norma establece que son igualmente sancionables las concertaciones que tengan como efecto falsear el derecho constitucional, lo que permite inferir la tipificación de ambos escenarios. Vale decir, aquellos que tienen por objeto cercenar la libre competencia sin importar si aquel objeto tuvo efectos, y si aquellos acuerdos lograron consolidar los efectos perseguidos en la realidad.

Por lo tanto, de la tipificación prevista en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en una interpretación integral con lo dispuesto en el numeral primero del artículo 45 del mismo decreto, se puede concluir que los acuerdos restrictivos de la competencia se pueden dar en dos escenarios: El primero es cuando se logra probar la existencia de un contrato, convenio, concertación o práctica concertada entre los agentes económicos para evadir la libre competencia, caso en el cual el acuerdo de voluntades se convierte en un elemento fundamental. El segundo escenario es cuando se logra probar patrones de comportamiento sistemáticos y conscientes en los que no se evidencia, en sentido formal, la celebración de un acuerdo.

Así lo reconoció la Superintendencia de Industria y Comercio en Resolución No. 81391 de 2017, en donde, además, dispuso cuáles son los medios probatorios necesarios para evidenciar la configuración de tales prácticas, para lo cual nos permitimos transcribir *in extenso* los apartes de la resolución que resultan pertinentes:

Como puede advertirse (...), los acuerdos anticompetitivos o carteles empresariales pueden manifestarse en dos modalidades diferentes, cada una de ellas con su respectivo estándar probatorio para acreditar su existencia en el mercado, división o clasificación que por demás está en la mayoría de los regímenes de competencia del mundo (...) la primera modalidad de acuerdo restrictivo de la libre competencia económica se presenta cuando, con cualquier elemento material probatorio se demuestra de forma directa la existencia del acuerdo, es decir, cuando en la actuación administrativa existen pruebas tales como la confesión de uno o varios

cartelistas (que por ejemplo, puede haberse dado o no a través del programa de delación o de beneficios por colaboración); correos electrónicos que comprueban la existencia del cartel, su dinámica de funcionamiento y los intervinientes; mensajes a través de aplicaciones tecnológicas de mensajería instantánea como *WhatsApp*, *Facebook*, *Google* o similares; y otros documentos que contienen acuerdos, actas de Asambleas o de Junta Directiva, que le permiten a la Autoridad de Competencia concluir que existió un *‘contrato, convenio, concertación o práctica concertada’* (...) La segunda modalidad de acuerdo a la que alude el régimen (...) corresponde a la de *‘práctica conscientemente paralela’* (o ‘paralelismo consciente’). (...) En este sentido, es importante tener claro que tanto en Colombia como en los demás países o jurisdicciones del mundo, el estándar de prueba para un cartel empresarial en la primera modalidad requiere prueba directa, la cual valga decirlo, no se requiere para demostrar la existencia de un acuerdo en la modalidad de práctica consciente paralela. De esta manera, la norma no exige y así lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia, que la Autoridad de Competencia cuente con pruebas directas como contratos, actas de Asamblea o Junta Directiva o correos electrónicos para sancionar un acuerdo anticompetitivo en la modalidad de paralelismo consciente. (p. 79-81).

Se procederá entonces a explicar los anteriores escenarios, con fundamento en decisiones emitidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

3.4.1. Contratos, convenios, concertaciones o prácticas concertadas

Uno de los casos en los que la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó recientemente la consolidación de un acuerdo restrictivo de la competencia, fue el denominado caso de las Agencias de Casting, en el cual, mediante Resolución No. 30300 de 2016, la autoridad de competencia analizó si las empresas investigadas incurrieron en la conducta anticompetitiva prevista en el numeral primero del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que reprocha los acuerdos que tienen por objeto

o como efecto la fijación directa o indirecta de precios, con ocasión de haber celebrado el denominado “Convenio de concertación entre agencias de casting”.

El sustento fáctico de la investigación y la posterior sanción, encuentra su fundamento en la suscripción del convenio antes señalado, conforme al cual las agencias estipularon la fijación de tarifas mínimas que se cobrarían por la prestación de algunos de sus servicios, especialmente en lo relacionado con los servicios como modelo publicitario, documento que fue autenticado en la notaría 42 de Bogotá.

En tal sentido, la Superintendencia encontró probado que las empresas investigadas suscribieron el convenio indicado, que el mismo se presume auténtico, que ninguna de las investigadas lo tachó de falso y que, adicionalmente, en aquel se puede evidenciar de manera clara las partes que lo suscribieron y la calidad en la que actuaron. Adicionalmente, la Superintendencia encontró que el acuerdo suscrito tiene la potencialidad, capacidad, idoneidad y aptitud para restringir, limitar o eliminar la competencia del mercado, toda vez que en el mismo las empresas pactaron una tabla de tarifas que aplicarían para la prestación de algunos de sus servicios.

De esta manera, al encontrarse en evidencia la suscripción de un acuerdo claramente anticompetitivo, la Superintendencia de Industria y Comercio decidió declararla responsabilidad administrativa de las investigadas por la incursión en la conducta tipificada en el numeral primero del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y sancionar a las empresas, así como a las personas naturales que intervinieron en la suscripción del Convenio de concertación entre agencias de casting.

Otro de los casos recientemente estudiados por la autoridad de competencia corresponde al denominado Cartel de los Pañales, en el que la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante resolución No. 43218 de 2016, analizó las presuntas prácticas anticompetitivas cometidas por las empresas COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A., PRODUCTOS FAMILIA S.A., TECNOQUÍMICAS S.A., TECNOSUR S.A. Y DRYPERS ANDINA S.A., quienes infringieron el numeral primero del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que proscribe los acuerdos de precios.

Durante el trámite de la investigación las empresas Kimberly y Familia se acogieron al programa de beneficios por colaboración (delación) previsto en el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, y, a través de ello, confesaron su participación en prácticas anticompetitivas, reconociendo su responsabilidad, y aportando pruebas relevantes para determinar la participación de las demás empresas cartelizadas.

El acuerdo evidenciado a partir de la valoración probatoria consistió en que las empresas KIMBERLY, FAMILIA Y TECNOQUÍMICAS:

(...) participaron en una práctica anticompetitiva consistente en un cartel empresarial para fijar directa y/o indirectamente los precios de los pañales desechables para bebés comercializados por dichas empresas, que corresponden aproximadamente al 85% del total de los pañales comercializados en Colombia, el cual tuvo lugar continuamente desde el 2001 hasta, por lo menos, el 2012. Las pruebas del expediente dan cuenta de que el cartel empresarial tuvo como propósito fijar artificialmente los precios de los pañales desechables para bebés, comercializados por KIMBERLY, FAMILIA y TECNOQUÍMICAS, en detrimento de los consumidores, tanto usuarios del producto como empresarios intermediarios en la cadena de producción. Así, se encontró demostrado que, en ejecución del cartel empresarial, KIMBERLY, FAMILIA y TECNOQUÍMICAS, acordaron no solo renunciar a competir en precios para evitar que continuaran disminuyendo sus ganancias debido a la intensa competencia, sino que se pusieron de acuerdo para incrementar los precios de los pañales desechables para bebés comercializados. Adicionalmente, las empresas cartelizadas no solo fijaron directamente los precios de los pañales desechables para bebés, sino que también concentraron sus esfuerzos en eliminar o, por lo menos, disminuir las promociones y obsequios de los que gozaban los consumidores, lo que constituye un claro acuerdo anticompetitivo de fijación indirecta de precios.” (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 43218 de 2016, p. 50).

El sustento probatorio para la corroboración de la comisión de la práctica anticompetitiva se basó esencialmente en las confesiones de los

delatores y en la información por ellos suministrada, en el marco del convenio de colaboración suscrito con la autoridad de competencia. A partir de tales pruebas se logró evidenciar el acuerdo de cartelización y, adicional con esto, se determinó que los acuerdos de precios se lograban a partir de reuniones clandestinas que sostenían los representantes de las investigadas, con el fin de dotar a tales reuniones de exclusividad, y de esta manera evitar que fuesen puestos en evidencia en la ejecución de los acuerdos ilegales.

Con fundamento en lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio resuelve declarar a KIMBERLY, FAMILIA y TECNOQUÍMICAS, responsables de la violación de la libre competencia por haber actuado en contravención del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por haber efectuado un acuerdo de precios para la comercialización de pañales desechables de bebés, para lo cual decide sancionar a estas empresas, declarando a su vez que KIMBERLY y FAMILIA cumplieron con el programa de beneficios por colaboración y, en consecuencia, se hicieron adjudicatarias de la exoneración y reducción del pago de la multa correspondiente.

Así mismo, la autoridad de competencia decidió sancionar a las personas naturales que intervinieron en la ejecución de la práctica anticompetitiva.

3.4.2. Paralelismo consciente

El paralelismo consciente o ejecución de prácticas conscientemente paralelas fue analizado y explicado con gran profundidad en la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio a las empresas cementeras ARGOS, CEMEX y HOLCIM, mediante Resolución No. 81391 de 2017. En la que se resuelve la incursión de las investigadas en conductas de acuerdo para la fijación de precios y de acuerdo para la repartición de mercados, tipificadas en los numerales 1 y 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, y en conductas tipificadas en la prohibición general contenida en el artículo primero de la Ley 155 de 1959.

Luego de efectuar un análisis de la estructura de mercado, en la cual las empresas comercializaban el cemento gris Pórtland tipo 1. La superintendencia concluyó que el mismo no encuentra productos sustitutos

en el mercado, por lo que se configura la insustituibilidad de la demanda (p. 45), así como la dificultad de que otras empresas, en el corto plazo, puedan entrar a competir en la industria de ese producto debido a que la infraestructura para ello corresponde a una infraestructura especializada para la producción, por lo que se consolida la insustituibilidad de la oferta en este mercado.

De la misma manera, la superintendencia concluye que el mercado cuenta con varias barreras estructurales de acceso (p. 51), entre las que se encuentra la alta inversión inicial para acceder a la industria, los costos irrecuperables en caso de que un agente entre al mercado y decida posteriormente no participar en él, la existencia de economías de escala (p. 52), entre otras barreras de acceso.

Adicionalmente la superintendencia concluye que el producto comercializado posee un alto grado de homogeneidad en relación con el que ofrecen en el mercado las empresas investigadas (p. 54), y, por lo mismo, aunado a la existencia de barreras estructurales de entrada, se consolida una alta concentración de poder de mercado en ellas (p. 55).

Con las características del mercado específico en el que desarrollan sus actividades económicas, la superintendencia logra evidenciar que en las empresas investigadas existe un acuerdo de precios en la modalidad de paralelismo consciente o práctica conscientemente paralela, sobre lo cual refirió que:

(...) para configurar una práctica de fijación de precios conscientemente paralela, basta que se advierta y compruebe una simetría de precios en un período de tiempo dado, con variaciones homólogas y tendencias homogéneas, siempre y cuando tal simetría esté acompañada de factores adicionales que denoten que el comportamiento de los precios responde a una concertación entre los agentes involucrados o a una abstinencia de competencia y no a variables de otra naturaleza. (...) Así, para tipificar un acuerdo cartelista en la modalidad de práctica conscientemente paralela, debe hacerse una valoración conjunta del paralelismo y de los factores plus que conforman el elemento consciente, pues solo a partir de la conexión entre todos estos elementos puede determinarse la existencia de un

acuerdo anticompetitivo y descartar la existencia de cualquier otro fenómeno que pudiera justificar el panorama económico simétrico, objeto de reproche. (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 81391 de 2017, p. 81).

En relación con la existencia de los denominados factores plus – a partir de un análisis de algunas propuestas formuladas por ciertas posturas teóricas – la superintendencia los entiende como factores que dan evidencia relevante para establecer si un mercado determinado es propenso a la formación de carteles, y que constituyen “(...) *una serie de criterios líderes que pueden constituir factores plus relevantes a efectos de caracterizar completamente dicha conducta.*” (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 81391 de 2017, p. 82).

En tal sentido, habiendo hecho el respectivo análisis probatorio, la autoridad de competencia encontró demostrado un patrón de comportamiento semejante de los precios *ex fábrica* de las empresas investigadas, con tendencia decreciente a finales de 2010, y creciente a partir de enero de 2011 y hasta finales de 2012, lapso que constituye el período investigado.

Tal patrón de comportamiento en los precios, constitutivo del paralelismo, fue soportado de manera probatoria en la aplicación de un análisis estadístico cuyos resultados arrojaron un alto grado de asociación directo, casi perfecto, entre los precios de los investigados en el período de análisis.

Por su parte, el elemento de consciencia de la conducta fue probado a partir del análisis de – entre otros medios de prueba – algunos correos electrónicos en los que una de las empresas, al responder el correo en el que le solicitaban a todas una cotización, dio a conocer a sus competidores la estructura de precios que estaba manejando, lo que la Superintendencia entendió, no como un simple error, sino como el indicio de la consolidación del paralelismo estudiado.

De la misma manera, la Superintendencia infirió la existencia de la práctica consciente al evidenciar – según comunicaciones compartidas entre las empresas por diferentes medios – que las investigadas daban aplicación del denominado principio de no meterse en obras comenzadas. Una vez que una empresa haya suministrado los insumos para el inicio de

una obra nueva, las otras no debían entrometerse con política de precios, para atraer la venta hacia sus arcas.

La autoridad de competencia entendió que la aplicación de tal principio constituía una práctica concertada entre las investigadas, que se ejecutaba de manera consciente, por lo que encontró que el acuerdo de precios se había desarrollado en la modalidad de paralelismo consciente.

De esta manera, la Superintendencia de Industria y Comercio decide sancionar a las empresas ARGOS, CEMEX Y HOLCIM, por haber incurrido en un acuerdo de precios en la modalidad de práctica conscientemente paralela, y sancionar a algunos de sus representantes legales e intervinientes con fundamento en lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

En relación con los cargos relacionados con la repartición de mercados y la aplicación de la prohibición general, la Superintendencia no encontró el soporte probatorio necesario, por lo que decidió no sancionar por estas causas.

Conclusiones

El derecho de la libre competencia económica ostenta una singular relevancia en el ordenamiento jurídico colombiano, ya que es a partir de su reconocimiento cuando se garantiza la posibilidad de ejercer actividades económicas sin la existencia de barreras injustificadas en el marco del modelo jurídico-económico de Economía Social de Mercado, instituido en nuestro sistema jurídico a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991.

De esta manera, la regulación estatal en relación con la libre competencia económica, encuentra su justificación en el cumplimiento del deber constitucional y legal, de no falsear la competencia a través de la imposición de barreras injustificadas, pues en el ordenamiento jurídico colombiano tales barreras o limitaciones solo se pueden incorporar en virtud de un mandato legal.

Así, la regulación de la competencia en el derecho colombiano encuentra en la tipificación de las prácticas restrictivas un instrumento

adecuado para la protección y garantía efectiva del derecho constitucional de naturaleza individual y colectiva (Rodríguez & Vargas-Chaves, 2014).

Con todo el desarrollo anterior, el ordenamiento jurídico proscribe toda conducta que falsee el ejercicio de la libre competencia económica, tipificando conductas individuales de los agentes económicos como los denominados actos restrictivos consagrados en el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, los acuerdos restrictivos previstos en artículo 47 de la citada norma, así como el abuso de la posición de dominio, consagrado en el artículo 50 de la misma norma.

Referencias

- Arango, R. (2012). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. 2ª Ed. Bogotá: Colombia. Legis S.A.
- Ariño, G. (2003). *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de estado, gestión pública, regulación económica*. Bogotá: Colombia. Universidad Externado de Colombia.
- Brue, S. L. & Grant, R. R. (2009). *Historia del pensamiento económico*. 7ª Ed. Ciudad de México: México. Cengage Learning Editores, S.A.
- Constitución Política de Colombia. [Const.]. Julio 7 de 1991 (Colombia).
- Correa, M. (2009). *La libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Corte Constitucional Colombiana. Sala Plena. Sentencia T-425 (M.P. Ciro Angarita Barón; Junio, 24, 1992).
- Corte Constitucional Colombiana. Sala Plena. Sentencia C-265 (M.P. Alejandro Martínez Caballero; Junio, 02, 1994).
- Corte Constitucional Colombiana. Sala Plena. Sentencia C-865 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; Septiembre, 07, 2004).
- Corte Constitucional Colombiana. Sala Plena. Sentencia C-909 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla; Noviembre, 07, 2012).
- Corte Constitucional Colombiana. Sala Plena. Sentencia C-032 (M.P. Alberto Rojas Ríos; Enero, 25, 2017).
- Decreto 2153 de 1992. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. (Diciembre 30 de 1992. D.O. No. 40.704).

- Gómez, D. (1998). *De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica*. Bogotá: Colombia. Cámara de Comercio de Bogotá.
- Krugman, P., Wells, R., & Graddy, K. (2013). *Fundamentos de economía*. 2a Ed. Barcelona: España. Editorial Reverté.
- Mankiw, N. G. (2012). *Principios de economía*. 6ª Ed. Mexico: engage Learning Editores, S.A. de C.V.
- Parkin, M. (2014). *Economía*. 11ª Ed. Naucalpan de Juárez: México. Pearson Educación de México, S.A. de C.V.
- Pindyck, R. & Rubinfeld, D. (2009). *Microeconomía*. Madrid, España: Pearson Educación S.A.
- Posner, R. (2007). *El análisis económico del derecho*. 2ª Ed. México D.F. Fondo de cultura económica.
- Rodríguez, G.A., & Vargas-Chaves, I. (2014) Políticas de igualdad e intereses colectivos. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Smith, A. [1776] (1994). *Una Investigación sobre la Naturaleza y las Causas de la Riqueza de las Naciones*. Madrid; España: Alianza Editorial S.A.
- Stiglitz, J. (2000). *La economía del Sector Público*. 3ª Ed. Barcelona: España. Antoni Bosch, Editor.
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. (2001). *Resolución 8231*. Recuperado de http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Publicaciones_Despacho_3/sicdecisiones2/RESOLUCIONES_COMPETENCIA_ANOS/2001/RESOLUCION_8231_DE_21_DE_MARZO_DE_2001.pdf
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. (2016). *Resolución 30300*. Recuperado de http://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/RESOLUCION_30300_AGENCIAS_DE_CASTING_23_MAY_2016.pdf
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. (2017). *Resolución 81391*. Recuperado de http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Normativa/Resoluciones/Resolucion_81391_2017.pdf
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. (2018). *Resolución 14305*. Recuperado de <http://www.sic.gov.co/sites/default/>

[files/estados/052018/Resolucion_14305_IMPONE_MULTA_VENTA_DE_AGUA_EN_BLOQUE_PUBLICA.pdf](#)

- Tirole, J. (2017). *La economía del bien común ¿Qué ha sido de la búsqueda del bien común? ¿En qué medida la economía puede contribuir a su realización?* Bogotá: Colombia. Taurus.
- Vargas-Chaves, I., & Rodríguez, S. (2013) La caducidad por vulgarización en la marca y su efecto estabilizador en los mercados. *Panorama*, 8(12), 127-137.
- Velandia, M. (2011). *Derecho de la competencia y del consumo. Competencia desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos: actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor*. 2ª Ed. Bogotá: Colombia. Universidad Externado de Colombia.

6. La frontera de lo punible del derecho de autor en el entorno digital: un nuevo reto para la justicia

Alejandra González Villarreal¹

Introducción

A medida que una sociedad evoluciona se presentan avances económicos, políticos y, por supuesto, tecnológicos. Estos últimos implican potenciales beneficios respecto del conocimiento, de la creatividad, en suma, de la innovación. El derecho, como instrumento de organización social que regula las conductas de las personas con miras a preservar el orden y la unidad, debería brindar una respuesta acorde con estos avances; sin embargo, es notable como la tecnología, aun mas las nuevas tecnologías, han estado al servicio de la sociedad, más de lo que el derecho ha dado alcance con su regulación a los escenarios en los que están inmersas las nuevas tecnologías.

Debido a ese poco alcance normativo, los efectos de la tecnología muestran otros resultados adversos al fin social, que en verdad esta persigue, y, por supuesto, el abordaje de las normas existentes deja de ajustarse a la realidad actual. En el ordenamiento jurídico el desarrollo del ejercicio del derecho está basado, en gran parte, en la aplicación de normas preexistentes. No es menos cierto que si la dinámica fuera otra, se verían afectados potencialmente derechos, principios, valores y preceptos fundamentales de nuestro actual Estado social y democrático de derecho, sin mencionar la alteración de situaciones jurídicas ya establecidas, y a cuyos problemas se han encontrado soluciones armónicas.

Sin embargo, hay una gran diferencia entre alterar la regla de la aplicación de normas preexistentes y recurrir no simplemente a transformaciones sino sobre todo a evoluciones para que con el desarrollo necesario del ordenamiento jurídico se de alcance a los nuevos escenarios

¹ Estudiante de Derecho de la Universidad Tecnológica de Bolívar.

de la sociedad. Ello, explicado desde la teoría del pre- compromiso de Stephen Holmes, quiere decir que las generaciones actuales no tienen la obligación de someterse a normas pactadas por generaciones anteriores que no correspondan a dos elementos claves como son las necesidades y las expectativas.

Ahora bien, lo anterior no es un planteamiento reciente, sino la consecuencia lógica del progreso. Pues, desde las primeras civilizaciones hasta la organización de la sociedad en Estados, se han requerido innovaciones a fin de satisfacer los retos que surgen (Christian, 2005). La tecnología, como todo aquel proceso o procedimiento de optimización que ayuda a generar desarrollo, es una respuesta clara a dichas necesidades, que se vio reflejada desde el mejoramiento de técnicas agrícolas hasta la invención de máquinas para la producción industrial en masa.

No obstante, a medida que las personas tienen nuevas necesidades, aparecen también nuevas formas de responder a ellas. Ejemplo de esto son las tecnologías de la información y la comunicación, equivalentes a la aparición de la televisión, la radio, el teléfono, los TCP/IP o Internet Protocol, el correo electrónico, el sistema operativo Windows, los dispositivos de GPS, los servicios de mensajería instantánea, las comunidades virtuales como YouTube, Facebook, etc.

Y así como la tecnología ha estado al servicio de la sociedad, también lo ha estado al servicio del derecho, como se puede apreciar de la informática jurídica, que consiste en la aplicación de la tecnología como instrumento del derecho. Por otro lado, si no hablamos de informática jurídica sino de derecho informático, nos estamos refiriendo a una rama autónoma del derecho que tiene por objeto desarrollar normas que regulen la tecnología. Así, respecto a esta diferenciación, bien se puede decir que no es igual la respuesta que ha dado la tecnología frente a las necesidades y expectativas de la sociedad, que la brindada por el derecho frente a la regulación de las nuevas tecnologías.

Es por ello que se presentan tensiones entre los derechos de unas personas y las acciones de otras, de cara a aquello que les es protegido –o limitado– y permitido –o exigido– en la relación de derecho y tecnología. Un claro ejemplo en la actualidad es el derecho de autor en el entorno digital.

Sin embargo, para abordar mejor esta problemática, primero abrámonos paso en el mundo del derecho de autor.

Con el fin de abordar la problemática anteriormente descrita, el presente texto lleva a cabo un ejercicio reflexivo –desde un marco normativo, jurisprudencial y doctrinal– al analizar las implicaciones de la escasa regulación de los derechos patrimoniales de autor en el entorno digital. Por lo tanto, lo que se busca en este capítulo de libro es denotar que la seguridad jurídica va de la mano de las expectativas y necesidades que nuestra sociedad de la información le demanda al derecho en pro de una verdadera justicia material.

1. Sobre el régimen de derecho de autor

De acuerdo con autores como L’Hoeste (2016) la propiedad intelectual es una forma de propiedad que se ejerce sobre las creaciones del intelecto, producto del talento humano, y que son plasmados en bienes de carácter material o inmaterial. Sin embargo, esta noción deja por fuera otros activos intangibles, como las invenciones, pues, pese a que su concepto pueda confundirse con el de una creación, no son iguales, así como se observará más adelante.

Una definición más amplia indica que la propiedad intelectual es una disciplina jurídica que abarca la protección de todas las formas de manifestación de la actividad creativa, inventiva y distintiva del ser humano, generando un derecho de apropiación y de exclusividad en un ámbito temporal y geográfico, en favor de innovadores e inversores. (Vargas-Chaves, 2017).

Estas formas de manifestación, también denominadas ‘activos de propiedad intelectual’, son bienes inmateriales en tanto que, perteneciendo al patrimonio de la persona de la cual se predica el derecho de apropiación y exclusividad, son susceptibles de valorarse económicamente.

La propiedad intelectual se divide en dos grandes sistemas. Por un lado, los *derechos de autor y derechos conexos* que protegen las obras audiovisuales, literarias, estéticas y científicas, las interpretaciones,

traducciones, obras de dibujo, escritos e ilustraciones, extendiendo la protección a los artistas, intérpretes y ejecutantes.

Por otro lado, está la *propiedad industrial* que se divide en dos subsistemas: *las nuevas creaciones* que abarcan las invenciones, los modelos de utilidad, los diseños industriales, los circuitos integrados y el secreto empresarial; y *los signos distintivos* que incluyen las marcas, las indicaciones geográficas –dentro de las cuales se encuentran las indicaciones geográficas propiamente dichas, y las denominaciones de origen– y, por último, los nombres de dominio.

Para fines de este texto, se profundizará acerca del régimen de derechos de autor y derechos conexos. Este es el conjunto de normas que protegen todas aquellas creaciones científicas, artísticas y literarias que no tienen aplicación industrial, y son el fruto del ingenio y la creatividad del hombre, en tanto sean perceptibles por los sentidos en cualquier soporte tangible o intangible y, además, sean originales.

Un error en el que se suele incurrir es considerar que los derechos de autor protegen las ideas. Estas son libres, íntimas y producto del ingenio de las personas, pero la protección del régimen de derechos de autor va más allá, pues se centra en la creación que realizan los autores al materializar o plasmar esas ideas en un soporte tangible o intangible, cuyo resultado es una obra artística, científica o literaria en cualquiera de sus formas (Centro Colombiano de Derechos de Autor, 2002). De acuerdo con el artículo 8 de la Ley 23 de 1982, se establece la categorización de las obras en individuales, en colaboración, colectivas, anónimas, seudónimas, inéditas, póstumas, originarias y derivadas.

Con todo, pese a que no se protegen las ideas sino la materialización de las mismas en un soporte determinado, para la protección de esa creación no se exige formalidad alguna, es decir, así como se observa en el artículo 9° de la Ley 23 de 1983, las obras están protegidas desde el momento mismo de su creación, por tanto, no requieren de ningún registro. Sin embargo, el registro que se tramita ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor U.A.E. está concebido para brindar mayor seguridad jurídica y publicidad a los titulares, permitiendo la oposición ante terceros. En síntesis, la realización del registro es meramente declarativo, y no constitutivo de la protección.

De acuerdo con el artículo 4º de la ley 23 de 1982, son titulares de estos derechos: (a) El autor de su obra; (b) El artista, intérprete o ejecutante, sobre su interpretación o ejecución; (c) El productor, sobre su fonograma; (d) El organismo de radiodifusión sobre su emisión; (e) Los causahabientes, a título singular o universal, de los titulares; (f) La persona natural o jurídica que, en virtud de contrato, obtenga por su cuenta y riesgo la producción de una obra científica, literaria o artística realizada por uno o varios autores en las condiciones previstas en el artículo 20 de esta Ley.

De igual forma, el artículo 3º de la misma Ley expresa que los derechos de autor comprenden para sus titulares las facultades exclusivas siguientes:

A. De disponer de su obra a título gratuito u oneroso bajo las condiciones lícitas que su libre criterio les dicte.

B. De aprovecharla, con o sin fines de lucro, por medio de la imprenta, grabado, copias, molde, fonograma, fotografía, película cinematografía, videograma, y por la ejecución, recitación, representación, traducción, adaptación, exhibición, transmisión, o cualquier otro medio de reproducción, multiplicación, o difusión conocido o por conocer.

C. De ejercer las prerrogativas, aseguradas por esta Ley, en defensa de su “derecho moral”, como se estipula en el Capítulo II, Sección Segunda, artículo 30 de esta Ley. Adiciona mediante la Ley 44 de 1993.

Los derechos morales o personalísimos que el autor tiene sobre su obra se caracterizan por ser inalienables, imprescriptibles e inembargables, y le permiten, bajo su derecho moral de paternidad, exigir la indicación de su nombre o seudónimo en la obra toda vez esta sea reproducida, transformada, distribuida o comunicada al público.

Así mismo, el autor tiene un derecho moral de integridad que le permite evitar que se realicen deformaciones, mutilaciones, cambios u otras modificaciones a la obra, cuando con tales conductas se pueda causar, o se cause, un perjuicio que atente contra su buen nombre, su reputación o con la naturaleza de la obra.

Estos derechos no podrán ser cedidos ni transmitidos por el autor, es decir, no puede renunciar a ellos y no tienen límite de tiempo para su protección, por lo que en vida los ejerce el autor, y a su fallecimiento sus herederos y a falta de estos, se encarga el Estado (Ley 23 de 1982).

Por otra parte, los derechos patrimoniales son aquellos que le permiten al autor disponer libremente de su obra para obtener un provecho económico. Por tanto, puede enajenar, ceder o transar su propiedad a cualquier título o también renunciar a ella.

De acuerdo con Ríos (2011), los derechos patrimoniales se dividen en cuatro grandes grupos. El primero, denominado derecho de reproducción, incluye la edición y cualquier forma de fijación, bien sea magnética, audiovisual o en fonograma. El segundo, denominado derecho de comunicación pública, incluye, entre otros, la transmisión por satélite, Internet, cable, radio, fibra óptica, la representación, exposición pública o exhibición. El tercero, conocido como el derecho de transformación, le permite al autor alterar su obra mediante traducción, adaptación o llevándola de un género a otro. Y por último, el derecho de distribución, que se manifiesta en derechos como el de alquiler, préstamo público e importación.

De acuerdo con la Ley 23/82, estos derechos le corresponden al autor y se protegen durante su vida y hasta ochenta años más después de su muerte. Ello, si el autor no transfiere sus derechos, pero en caso de que los transfiera, solo se protegerán por setenta años, contados a partir de la transferencia.

2. El entorno digital y los retos del derecho de autor como bien jurídico en el ámbito penal

Con cada nueva etapa, con cada nueva necesidad, avanza la tecnología. Uno de los efectos más importantes de ese avance es el acceso a la información y a los medios de comunicación más óptimos. Anteriormente, se usaban cámaras con un rollo fotográfico; se calculaba la hora con las manecillas del reloj; la imagen en el televisor era distorsionada o borrosa; se pasaba de una canción a otra por medio de los botones de un VHS o bien se reproducían videos a través de Betamax.

Actualmente pueden observarse las imágenes tomadas directamente desde el lente de la cámara; la hora se observa en números en la pantalla de un reloj o de cualquier otro dispositivo electrónico como teléfonos móviles o computadoras; las imágenes en un televisor se ven en alta definición; se pueden alterar de forma táctil los números representativos de las variaciones del volumen en un equipo de sonido o, más bien, cada vez menos la música se reproduce a través de dispositivos que no sean un teléfono móvil, un iPod o un computador; y, por supuesto, con plataformas como Netflix, Google Play o Amazon Prime, rara vez necesitamos de un DVD.

Los avances a los que aquí se refiere hacen alusión al proceso por el que ha pasado la tecnología de la información y la comunicación, denominado digitalización, por medio del cual la información que antes era análoga se traduce en códigos binarios, es decir, todo se reduce a dos dígitos; de ahí el nombre ‘digital’.

Ahora bien, si con estas nuevas tecnologías se ha logrado facilitar procesos y actividades que aportan mejoras en las dinámicas sociales de las personas, ciertamente no es lo único que se ha facilitado o fortalecido. Hay que resaltar que con el acceso a estos dispositivos de información y comunicación digital y provistos de las ventajas de sus características, – como la inmediatez de la comunicación a distancia, la posibilidad de la realización de acciones masivas y el anonimato– los agentes del delito han encontrado en la tecnología un aliado, toda vez que esta les simplifica el desarrollo de la ejecución de sus conductas. En definitiva, la tecnología ha resultado un potenciador del delito. (Temperini, 2014).

Lo anterior se observa reflejado en dos clases de conductas bien específicas. La primera atenta contra bienes jurídicos que tradicionalmente se han considerado punibles por el derecho penal y se han tipificado en el Código Penal colombiano, tales como la estafa, la extorsión, las amenazas, etc.; pero con la particularidad de que se cometen a través de medios electrónicos. La segunda conducta consiste en que la acción delictiva no recae sobre cualquier bien jurídico, sino especialmente sobre el bien jurídico de la información y los datos personales. Estas conductas corresponden respectivamente a los delitos electrónicos y a los delitos informáticos.

Los delitos informáticos derivan su origen de la Ley 1273 de 2009, “por medio de la cual se modifica el Código Penal para crear un nuevo bien

jurídico tutelado –denominado de la protección de la información y de los datos– y se preservan integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otras disposiciones.” Este bien jurídico acoge los tres pilares de la información que se buscan resguardar: la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad.

Sin duda, para ofrecer la configuración de la protección de estas características de la información, el Código Penal se apropia de lo expresado previamente por la Ley 527 de 1999. En consecuencia, de sus artículos 11 y 12, y además del análisis que concibe Flórez (2014) de los mismos, se infiere que, en primer lugar, la integridad implica que el contenido de la información sea inalterado; en segundo lugar, que la disponibilidad está referida a la capacidad de la información de estar siempre accesible para ser procesada por las personas autorizadas y, por último, que la confidencialidad alude a la necesidad de que la información solo sea conocida por esas personas autorizadas.

Ahora bien, además del hecho de que la tecnología resulta ser un potenciador para los delitos, en especial para los delitos informáticos, estos tienen otros problemas relacionados con la falta de cooperación internacional, por ejemplo, la falta de acuerdos globales acerca de qué tipo de conductas deben constituir estos delitos; ausencia de acuerdos globales en la definición legal de dichas conductas delictivas; falta de especialización de la policía, fiscales y funcionarios judiciales en el ámbito de estos delitos; falta de armonización entre las diferentes leyes procesales nacionales referentes a su investigación; carácter transnacional de múltiples delitos cometidos mediante el uso de computadoras (lo que significa que el agente del delito no necesita estar en el mismo lugar en donde lo cometió); ausencia de tratados de extradición, de acuerdos de ayuda mutuos y de mecanismos sincronizados que permitan la puesta en vigor de la cooperación internacional.

Por otro lado, ya en el ámbito del derecho de autor, el Código Penal tipifica en tres artículos subsiguientes otras conductas relativas a la violación de los derechos de autor, denominadas de la siguiente forma: violación a los derechos morales de autor (Artículo 270), violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos (Artículo 271), y violación a los mecanismos de protección de derecho de autor y derechos conexos y otras defraudaciones (Artículo 272).

Respecto al artículo 271, la única referencia que el Código plantea para las ocasiones en que se considera punible que la reproducción de las obras se haga por medios informáticos, es un párrafo adicionado por el artículo 36 de la Ley 1915 de 2018, que resalta el elemento subjetivo, como es la intencionalidad del agente tendiente a obtener un beneficio económico directo o indirecto, y a llevar su ejecución a una escala comercial. Quedando entonces relegada al abordaje de un único apartado, la complejidad de las situaciones que se presentan en la relación ‘derechos patrimoniales de autor versus nuevas tecnologías’.

Esta preocupación particular por la tensión entre nuevas tecnologías y derechos patrimoniales de autor, y no entre nuevas tecnologías y derechos morales de autor, se explica claramente en palabras de Carbajo (2002):

(...) con la digitalización los intereses económicos de los autores y de la industria de contenidos prevalecen sobre los intereses personales de los autores, con lo que un reforzamiento de las facultades morales podría retrasar el desarrollo de la industria multimedia y de la explotación en línea de obras, haciendo peligrar, en definitiva, la evolución cualitativa de la sociedad de la información.

Dado lo anterior, es ilógico que las consecuencias de los supuestos de hecho relativos a la violación de los derechos que primordialmente se dejen a la aproximación de un párrafo con el que se busca proteger a los titulares, como son los derechos patrimoniales de autor en el marco de la incertidumbre que traen las nuevas tecnologías,

Ello, en último caso, genera una incertidumbre jurídica, pues si bien es posible pensar, a pesar de lo anterior, que la mayoría de los casos se resuelvan teniendo en cuenta esta salvedad de la norma, porque, por ejemplo, la discrecionalidad de un juez se haya basado en un método de interpretación sistemático o finalista, y por ello haya puesto en consideración la realidad actual para proferir su decisión. Igualmente puede darse que un juez, en virtud de un método de interpretación histórico, decida indagar por la intención original que tuvo el legislador al redactar esa norma, es decir, la relativa a la violación a los derechos patrimoniales de autor, y en consecuencia se pregunte ¿Qué habrá querido expresar el legislador con “beneficios económicos directos o indirectos”? o ¿Qué habrá querido

expresar con que las reproducciones de la obra se hagan a escala comercial? ¿Quizá esto último lo podrá relacionar con la magnitud de los perjuicios económicos que se generen para el titular del derecho?

Lo anterior se explica de mejor forma en razón de los diversos temperamentos interpretativos a los que se refieren Parra & Lagunas (2018). Estos autores sostienen que toda idea, creencia o filosofía, tiene su origen en el temperamento de cada persona, y que lo mismo sucede con los abogados y la interpretación, puesto que las estrategias y herramientas de interpretación que se aplican en el derecho también pueden entenderse como una extensión de los temperamentos de los abogados, y al existir divergencia temperamental, se emplean entonces criterios y herramientas diversas.

Ahora bien, con ello no se pretende expresar una oposición a la actividad de interpretación propia de la rama judicial o hasta la de creación que algunas veces debe realizar. Y es que, así como a falta de precisión o claridad en un área del derecho, debe acudir a otra para trasladar, interpretar o aplicar normas, lo mismo pasa con las ramas del poder público, pues cuando en una se observan deficiencias, no se debe impedir que, de manera proporcional, parte de sus funciones se remitan a otra. Como sucede constantemente con la legislativa por la *falta* de exactitud, claridad o incluso regulación, y con la judicial (de forma especial con los jueces constitucionales) que se ve en el papel de *crear* nuevos principios, reglas e inclusive derechos o restricciones.

No obstante, la labor de interpretación de un juez penal es mucho más restrictiva que la de un juez constitucional, justamente por el carácter excluyente de las normas imperativas, que implica que deben estar desprovistas de la textura abierta del lenguaje de la que habla Hart (1980). Lo cual no quiere decir que, dado que este tipo de normas deban ser excluyentes y precisas, su abordaje y regulación no pueda extenderse. Lo que realmente significa es que con ellas debe dejarse el mínimo rango de interpretación posible. Y aun así, se observa cómo el escaso desarrollo normativo en la materia exhorta al juez a buscar soluciones a esos problemas de interpretación.

Así que, en efecto, por un lado, surgen nuevas amenazas porque la tecnología avanza, ante lo cual se tienen pocas soluciones. Por otro lado,

persiste la posibilidad de que lo preocupante no sean las amenazas a los derechos de autor, sino la desproporcionalidad de la consecuencia jurídica impuesta a una persona porque la norma no es precisa ni su abordaje suficiente, en comparación con los conflictos referentes al derecho de autor y las nuevas tecnologías.

Pese a ello, no se puede expedir una nueva ley cada vez que se den avances tecnológicos, y en consecuencia se disponen de tipos penales muy amplios para cobijar todos los supuestos de conductas. El problema consiste en que, por esa misma amplitud, y especialmente en el caso del derecho de autor, los tipos terminan abarcando casos en donde el “agente” no incurre en ninguna acción u omisión, o bien no tiene una intención, que sea equivalente a realizar conductas que la sociedad considere reprochables, pero aun así está bajo la posibilidad de ser judicializado porque su conducta se ajusta a la configuración del tipo penal.

Visto de esta forma, nos encontramos ante dos posibilidades: (i) Se pueden replantear las normas relativas a las infracciones del derecho de autor en el marco de la era digital, restringiendo su indeterminación y ampliando su abordaje; o (ii) Seguimos sometidos a un contexto de incertidumbre, ateniéndonos a la indeterminación de las normas y a la discrecionalidad de los jueces.

Cabe anotar que se alude al concepto de ‘conductas reprochables’ en razón del artículo 12 del Código Penal, el cual estipula que “Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad.” Esto quiere decir que para que se pueda imponer una pena a una determinada conducta, esta no solo debe ser típica, o no solo típica y antijurídica. Debe ser típica, pero también antijurídica y culpable; lo que lleva a preguntarse entonces, ya que el artículo no lo define: ¿Qué se considera por culpabilidad?

De acuerdo con la sentencia del 9 de agosto de 1983 de la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal, se entiende por culpabilidad “la actitud consciente de la voluntad que da lugar a un *juicio negativo de reproche*, porque el sujeto actúa antijurídicamente pudiendo y debiendo actuar de otra manera, y que en nuestro derecho positivo puede adoptar la forma del dolo, de la culpa o de la preterintención (...)”

Conforme a lo anterior, como solo se pueden imponer penas sobre conductas cometidas con culpabilidad, es decir, sobre conductas que den

lugar a un juicio negativo de reproche, se entiende entonces que bajo ningún contexto se consideraría justo imponer penas sobre conductas que no se consideren reprochables.

Sin embargo, veremos a continuación cómo en este contexto de tensión entre nuevas tecnologías y derechos de autor y la falta de regulación en la materia, cabe la posibilidad de imputar consecuencias jurídicas a una persona que no incurre en conductas reprochables, solo porque con el abordaje de la norma no se ha dejado claro cuáles son los límites razonables en la protección de los derechos patrimoniales de autor frente a las nuevas tecnologías.

3. El caso de Diego Gómez, cuando compartir no es delito

Diego Gómez es un biólogo egresado de la universidad del Quindío, inclinado por la investigación relacionada con la conservación de la biodiversidad, específicamente de especies como anfibios y reptiles. Sin embargo, para lograr investigar como estudiante de pregrado, debía recurrir a alternativas a la información brindada por su universidad, dado que esta no contaba con los recursos para proporcionar el acceso a importantes bases de datos bibliográficas. Lo cual, desde su perspectiva, limitaba el acceso al conocimiento tanto de estudiantes como de docentes.

Pese a que Internet había resultado un aliado en el proceso de búsqueda y estudio: la dificultad más palpable era no poder acceder a investigaciones desarrolladas en Colombia con información básica para hacer conservación. En palabras de Diego Gómez: “para conservar hay que conocer qué conservar, y lo que se quiere conservar se identifica con las investigaciones previas.” (Gómez, 2017).

Así pues, en el año 2011, Diego Gómez decidido a continuar adelante con su trabajo de investigación y motivado por la intención de que todos pudiesen tener acceso al conocimiento, compartió en Internet una tesis de maestría mediante la cual podía identificar a los anfibios que él encontraba en sus trabajos de campo. Esta acción implicó que el autor de la tesis, Andrés Acosta Galvis, presentara una denuncia en su contra por violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos, argumentando que la conducta había afectado la normal explotación de la obra, dado

que la finalidad de su trabajo siempre se había llevado a cabo a través de publicaciones de fragmentos de su tesis, es decir, mediante un proceso de sometimiento, y en vez de ello, a partir de su reproducción total, la información de su trabajo podría ser utilizada por quien la obtuviera.

Sin embargo, peritos como Daniel Torres Farkonert lograron demostrar que la obra ya se encontraba en otros sitios en Internet con anterioridad a la publicación de Diego Gómez, por ejemplo, en un grupo cerrado de Facebook en el que años atrás un integrante solicitó la tesis de maestría del denunciante, y otra persona se la proporcionó por ese mismo medio. Ello descartó la posibilidad de que la conducta de Diego Gómez pudiese afectar la normal explotación de la obra.

En relación con la intención de la conducta, Andrés Acosta afirmó en sus declaraciones que al percatarse que su obra estaba en el sitio web ‘es.scribd.com’, el costo por descargarla eran 5 dólares, pero nuevamente los investigadores del proceso demostraron que al momento en que Diego Gómez hizo la publicación existía otra forma de descargar el documento. Esto es, subir uno a cambio de ese. Por lo cual, se consideró que habían más elementos que demostraban los fines netamente académicos, que los que demostraban el ánimo de lucro.

El 21 de noviembre de 2017, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá absolvió a Diego Gómez de los cargos imputados por el delito de violación de los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos, decisión que confirmó el fallo en primera instancia del Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá, que igualmente dictó sentencia absolutoria el 24 de mayo de 2017.

Ahora bien, pese al resultado, Diego Gómez atravesó durante más de cuatro años un proceso penal que de haber terminado con un fallo desfavorable, le hubiese implicado una pena de 4 a 8 años en prisión. Todo porque no contempló cuáles eran los límites razonables de la regulación del derecho de autor, sin que pudiese haber un delito por compartir conocimiento a través de medios digitales, y sin ánimo de lucro, con la intención de promover su acceso abierto para fines académicos.

Como ya se mencionó, la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó el fallo absolutorio, fue proferida el 21 de noviembre de 2017. La norma relativa a la violación de derechos

patrimoniales de autor a través de medios informáticos, de la que se hizo referencia anteriormente, se adiciona al Código Penal por el artículo 36 de la Ley 1915 de 2018. Lo que quiere decir, en primer lugar, que los jueces que emitieron una decisión sobre el caso de Diego Gómez no pudieron tener en cuenta el contenido del parágrafo que actualmente pertenece al artículo 271 del Código Penal, porque aún la Ley que lo contenía no había entrado en vigencia.

Lo que permite concluir que la labor del juez en este caso, a pesar de la falta de normatividad nacional al respecto, permite que los conflictos resultantes de la relación entre la regulación de derechos de autor y nuevas tecnologías, se resuelvan teniendo en cuenta: (i) La realidad actual de la sociedad, (ii) El elemento subjetivo referido a la intencionalidad con que se realiza una determinada conducta; y (iii) Las excepciones y limitaciones del derecho de autor, sí pueden aplicarse al caso correspondiente.

En segundo lugar, cabe aclarar que esto también quiere decir que solo hasta la Ley 1915 de 2018, se incluyó en la legislación nacional la regulación de la violación de los derechos patrimoniales de autor por medios informáticos, a pesar de que la relación entre propiedad intelectual y nuevas tecnologías, ya dejaba sus consecuencias desde tiempo atrás.

Según Carbajo (2002): “El rápido desarrollo de las tecnologías de la información –consecuencia de la convergencia entre la informática, la tecnología digital desarrollada por la microelectrónica y las telecomunicaciones– ha traído consigo importantes modificaciones en las relaciones sociales, económicas y culturales que se manifiestan con especial intensidad en el campo de la industria relacionada de alguna manera con el mundo de la cultura, el entretenimiento y la información (...)”

De acuerdo con lo anterior, si bien es cierto que la tecnología seguirá avanzando, también lo es que el derecho no ha tenido hasta ahora la suficiente capacidad para abordar esos cambios. De continuar así ¿Cuánto se deberá esperar para que vuelva a incluirse únicamente otro parágrafo en el Código Penal, si se percata en una nueva ocasión, que las dinámicas de la sociedad y del mundo digital necesitan abordarse con una regulación ajustada a la actualidad?

Con todo esto, persiste la inquietud de por qué sería preferible esperar a que los jueces lleguen a este tipo de decisiones, aun con un contenido

normativo insuficiente, en vez de reformar el marco legal para ampliar la regulación de la materia y hacer más precisa la redacción de la norma, obteniendo por tanto una limitación al margen de interpretación, y con ello mayor seguridad jurídica.

Para el año 2017, estuvo en discusión en el Congreso el proyecto de Ley 146-2017 del Senado, que si hubiese prosperado habría reformado el marco legal del derecho de autor. Este parecía ser la respuesta a los problemas planteados anteriormente. Sin embargo, más allá de proponer soluciones armónicas, el proyecto de ley pretendía imponer más restricciones a los usuarios de Internet respecto de los contenidos que pudiesen publicar, ya que en caso de que se considerara que un contenido estuviese vulnerando algún derecho o política, a los intermediarios o prestadores de servicios de Internet se les habría extendido la responsabilidad si no censuraban dicha publicación.

Todo ello lo que pretendía era ejercer más control sobre los usuarios, haciendo más restrictivo e impositivo el régimen de protección de los derechos de autor en Internet, ya que quien hiciera la publicación no tendría la posibilidad de objetar al respecto si consideraba que su contenido no afectaba ninguna política de los prestadores de servicios o vulneraba los derechos de autor.

Aun así, se espera que los intentos por transformar o actualizar el régimen de protección de los derechos de autor, no se base en intereses privados o decisiones políticas arbitrarias, sino más bien que responda a una regulación en donde la norma tenga en cuenta los usos justos y las dinámicas del mundo digital.

4. A manera de reflexión final

Algo que resulta curioso en medio del análisis realizado anteriormente es que tanto Diego Gómez como Temperini (2018) hayan utilizado la palabra “aliado” para referirse a la tecnología. Diego Gómez usó este término para expresar el apoyo que Internet había significado en su trabajo de investigador, porque a través de ella pudo acceder al conocimiento que no podía obtener en su universidad. Por su parte, Temperini lo hizo para afirmar que los delincuentes encontraban en la tecnología un potenciador.

La razón de ello es la característica de neutralidad que este último autor le otorga a la tecnología.

Como consecuencia de lo anterior, al menos ya son dos las razones que conozcamos, por las que el derecho debe dar alcance a los escenarios que generan las nuevas tecnologías. La primera se da para evitar que continúen tomándose medidas desproporcionadas contra personas que no incurren en conductas reprochables, pero que aun así deben someterse a un proceso penal, solo porque la norma no brinda un abordaje suficiente o es indeterminada. La segunda razón es la que está para impedir que los problemas derivados de la falta de armonización de leyes nacionales e internacionales relacionadas con los delitos informáticos se escapen de la regulación del derecho.

En conclusión, el derecho debe dar alcance a las nuevas situaciones suscitadas por la tecnología, no porque la normatividad deba satisfacer todos sus avances –no se trata de permitir que decisiones arbitrarias respalden un desarrollo que traiga efectos adversos para la sociedad ni pretender que el derecho sea permisivo– más bien, se busca minimizar los riesgos que puedan sufrir las personas porque el derecho no ha logrado armonizarse con las nuevas tecnologías. También para evitar que el desarrollo de la tecnología se escape de la regulación del derecho, ocasionando que se pierda su función o rol como es la de estar al servicio de los intereses de la sociedad.

No obstante, si ya se han establecido las razones por las que el derecho debe dar alcance a estos nuevos escenarios, cabe entonces preguntar ¿Cómo sería posible esto? Teniendo en cuenta que el desarrollo aquí propuesto no es desmedido ni arbitrario. Más bien debe estar determinado por límites tendientes a permitir que en las situaciones jurídicas derivadas de este prevalezcan los fines de justicia, seguridad jurídica y orden público, a los cuales apunta el derecho.

Por lo anterior, hay que subrayar que del apartado introductorio de este texto puede hacerse dos deducciones sobre la diferencia que existe entre alterar la regla de la aplicación de normas preexistentes y el desarrollo que debe lograr el derecho para dar alcance a los nuevos escenarios que surgen en la sociedad.

La primera de estas deducciones consiste en que es posible lograr que el derecho alcance esos nuevos escenarios con que lo reta la tecnología, sin necesidad de derogar normas o crearlas, solo y exclusivamente para juzgar a una persona. Claros ejemplos de esto se encuentran en la ampliación o modificación parcial de las leyes, las leyes interpretativas o también las decisiones judiciales, que establecen situaciones jurídicas distintas a las ya creadas sin que las normas previas dejen de surtir efecto.

La segunda deducción es relativa a la teoría del pre compromiso, puesto que si las generaciones actuales no deben someterse a normas pactadas por generaciones anteriores que no correspondan a sus necesidades y expectativas (Vargas-Chaves & Alzate, 2018), entonces, puede tener cabida lo planteado anteriormente. Sin embargo, también es posible que no solo se necesite ampliar o precisar una norma o buscar una situación alterna, sino que se deba prescindir de ella porque atente contra situaciones jurídicas actuales que, no siendo reprochables sino benéficas, deban preservar o empezar a crear efectos en el mundo jurídico.

Para el caso de estudio del presente trabajo, por supuesto, aplica la primera deducción, pues para que se precise y se amplíe la regulación de la norma relativa a la violación de los derechos patrimoniales de autor, no se precisa de una derogación. De hecho y hasta donde es posible interpretar, pareciera que el significado del texto del párrafo que trata sobre esta violación a través de medios electrónicos, estuviese bien orientado. Únicamente se requiere dar solución a los problemas de interpretación que surgen de su escaso abordaje, y de la indeterminación de conceptos.

Debido a la neutralidad de la tecnología que puede traer consecuencias positivas o negativas, y también a la complejidad de los conflictos originados de la relación entre nuevas tecnologías y el derecho de autor, es preciso que las generaciones actuales gocen de situaciones jurídicas reguladas por normas acordes con los escenarios generados en el marco social del uso, utilidad y aplicación de las nuevas tecnologías.

Referencias

- Christian, D. (2012). Mapas del tiempo: Introducción a la «Gran Historia». Madrid: Grupo Planeta.
- Carbajo Cascón, F. (2002). Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual. Madrid: Colex.
- Centro Colombiano de Derechos de Autor (2002). Circular Nro. 6 derechos de autor en el ámbito universitario. Recuperado el 14 de mayo de 2019 de: <http://www.cecolda.org.co/index.php/derecho-de-autor/normas-y-jurisprudencia/direccion-nacional-de-derecho-de-autor/97-circular-nro-6-derechos-de-autor-en-el-ambito-universitario>
- Convenio de Berna de 1886
- Comunidad Andina de Naciones, Decisión 351 de 1993
- Comunidad Andina de Naciones, Decisión 486 del 2000
- Flórez, G. (2014).). La validez jurídica de los documentos electrónicos en Colombia a partir de sus evolución legislativa y jurisprudencial. *Verba luris*, (31), 43-71.
- Gómez, D. (2017). Compartir no es delito. *Digital Rights*, 30. Recuperado el 09 de mayo de 2019 de: <https://www.digitalrightslac.net/es/compartir-no-es-delito/>
- Hart, H. L. (1980). El concepto de derecho. México DF: Editora Nacional.
- L'Hoeste, F. (2016). Propiedad intelectual aproximaciones conceptuales y normatividad jurídica. Bogotá: Universidad De La Salle.
- Parra, L., & Lagunas, P. (2018). La justicia, su interpretación. *Estrategias-Psicoanálisis y salud mental*-, 5.
- Ríos, W. (2011). La propiedad intelectual en la era de las tecnologías. Bogotá: Universidad de Los Andes.
- República de Colombia, Congreso de la República, Ley 23 de 1982
- República de Colombia, Congreso de la República, Ley 1273 de 2009
- República de Colombia, Congreso de la República, Ley 527 de 1999
- República de Colombia, Congreso de la República, Proyecto de Ley 146-2017
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 9 de agosto de 1983

- República de Colombia, Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá, Sentencia del 24 de mayo de 2017.
- República de Colombia, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sentencia del 21 de noviembre de 2017.
- Temperini, M. G. (2014). Delitos informáticos en Latinoamérica: un estudio de derecho comparado. XLIII Jornadas Argentinas de Informática e Investigación Operativa (43JAIIO) XIV Simposio Argentino de Informática y Derecho (SID). Buenos Aires.
- Varela-Pezzano, E. (2015). Manual de propiedad intelectual. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Vargas-Chaves, Iván (2017). Propiedad intelectual e ideas de negocio [Apuntes del Workshop]. Cartagena de Indias: Universidad Tecnológica de Bolívar.
- Vargas-Chaves, I., & Alzate-Mora, D. (2017). El derecho como un instrumento generacional y dinámico al servicio de la sociedad: un acercamiento desde la óptica Holmesiana. In *Vestigium Ire*, 11(1), 80-92.

7. La intervención del sector privado en la financiación de campañas electorales en Colombia: implicaciones para la democracia

Luisa Fernanda Guerra-Carrera¹

Introducción

En la financiación de los partidos y campañas políticas concurren problemas económicos, políticos, sociales y éticos. Sin embargo, es un derecho reconocido el que cualquier ciudadano pueda contribuir, desde su propio patrimonio, en este tipo de actividad política. Las empresas, por ejemplo, se ven involucradas directamente en la financiación de los partidos como (i.) donantes, (ii.) presuntas beneficiadas de la actividad política y (iii.) como afectadas por las consecuencias de la financiación ilegal de los partidos.

Más allá de los dos tipos de financiación de campañas reconocidas legalmente en Colombia –estatal y privada– es preciso admitir que como la financiación estatal y bancaria cubre realmente solo el 17% del costo de campañas, el 83% restante (Cf. Transparencia por Colombia, 2014) es financiado con los recursos propios de los candidatos, de sus familiares y con aportes y préstamos de actores privados. Lo cual se traduce en que las elecciones en Colombia son financiadas en la vida real casi totalmente con recursos privados.

En este sentido, se realiza un análisis normativo y ético teniendo en cuenta aspectos jurídicos, políticos y económicos, reconociendo que estas tres dimensiones convergen de tal forma que se produce el escenario electoral actual.

Ello, teniendo en cuenta que más allá de optar por la financiación privada de campañas, bajo ninguna circunstancia está permitida la

¹ Abogada de la Universidad Tecnológica de Bolívar. Politóloga de la Universidad Tecnológica de Bolívar. En curso: Maestría en Desarrollo y Cultura de la Universidad Tecnológica de Bolívar.

coordinación de contraprestaciones entre el candidato y sus financiadores. Su realización conlleva intereses personales y, más que una contribución o donación, esta conducta termina convirtiéndose en un negocio o inversión. Esto, además, puede configurarse como un delito, es decir, llevarse a investigación, juzgarse en un proceso penal y terminar en condena.

El estudio de este tema es relevante en la medida en que permite dilucidar hasta qué punto es el mismo aparato institucional el que provoca este tipo de dinámicas. De ello da cuenta el hecho de que una institución electoral no esté en la capacidad de hacer seguimiento a la financiación de las campañas. Es por esto que se presentan en este texto unas conclusiones, y se plantean algunas propuestas en aras de replantear la coyuntura electoral colombiana.

1. La intervención del sector privado en la democracia

Con la institucionalización de los partidos políticos en el acto legislativo 01 de 1991 –Asamblea Nacional Constituyente– se introdujo la obligación del Estado de concurrir a la financiación política y electoral de los partidos con personería jurídica reconocida por el Consejo Nacional Electoral. Además de financiar parcialmente las campañas electorales, tanto para estos últimos como para los grupos significativos de ciudadanos.

Lo anterior se traduce en una financiación que contempla dos momentos. Un primer momento es una financiación permanente para aquellas agrupaciones políticas que obtengan personería jurídica; y un segundo corresponde a una financiación para las agrupaciones políticas, con o sin personería jurídica, que participen en las elecciones y obtengan el umbral señalado en la Constitución y en la ley, mediante el mecanismo de la reposición de votos.

Este tipo de financiación se sustenta en el reconocimiento de Colombia como una república democrática, participativa y pluralista, como lo dispone el artículo 1º de la Constitución. Por ello, sostener un régimen de esta naturaleza no es posible sino a través de partidos políticos, así algunos críticos se esfuercen en argumentar la inutilidad de estas instituciones.

Esta obligación del Estado, de financiar a los partidos y a las campañas electorales, se encuentra establecida en el artículo 109 de la Constitución Política. Norma que ha sido modificada dos veces desde su texto original en la Asamblea Constituyente en el año 1991, por los actos legislativos número 01 de 2003 y 01 de 2009, artículo 3°, que corresponde a la codificación constitucional actual y que se transcribe:

También se podrá limitar el monto de los gastos que los partidos, movimientos, grupos significativos de ciudadanos o candidatos puedan realizar en las campañas electorales, así como la máxima cuantía de las contribuciones privadas, de acuerdo con la ley. “Es prohibido a los partidos y movimientos políticos y a grupos significativos de ciudadanos, recibir financiación para campañas electorales, de personas naturales o jurídicas extranjeras. Ningún tipo de financiación privada podrá tener fines antidemocráticos o atentatorios del orden público”.

Ahora bien, como se ha sostenido a lo largo del texto, el dinero privado en campañas políticas es un canal legítimo de participación política que da forma a la competencia electoral. Lo anterior se da a partir de la necesidad de financiar los gastos relacionados con la actividad política de los partidos, y del derecho de los particulares de hacerlo como una forma legítima de participación política. Tanto las organizaciones políticas como los candidatos, requieren recursos económicos para cautivar electores, difundir programas y movilizar simpatizantes.

Sin embargo, el financiamiento privado de las campañas no es un problema en sí mismo. El inconveniente se produce cuando ese financiamiento se utiliza como forma de compra de influencia, o se intercambia por compromisos y decisiones futuras de los candidatos que resulten electos.

Transparencia por Colombia, en unión con la Universidad de Estocolmo, reveló los resultados de la Encuesta sobre la financiación de las campañas electorales y la corrupción política en Colombia². El 7% de

² Esta encuesta fue diseñada por la Universidad de Estocolmo y Transparencia por Colombia. Aplicada por la firma Invamer Gallup a 300 empresarios de todo el país, con el fin de indagar sobre la relación entre financiamiento de campañas y corrupción política en Colombia. En el ejercicio se exploró y comparó la percepción de las personas de negocios hacia la financiación de campañas electorales y el uso de sobornos, e intentó caracterizar

las empresas indicó que le ofrecieron compensaciones como contratos estatales, cargos públicos, subsidios directos y sanciones favorables de normas como contraprestación a las contribuciones para las campañas electorales (Transparencia por Colombia, 2010).

Lo anterior también reveló que un gran porcentaje de las empresas colombianas no cuentan con políticas institucionales para la entrega de donaciones electorales y que, en caso de tenerlas, los vínculos personales o familiares son la razón que prevalece al momento de efectuar dicha contribución. Del mismo modo, se indica en el referido estudio, que cerca del 55% de los encuestados tiene una baja percepción sobre la calidad del proceso de financiación electoral, y consideran los aportes políticos un medio para obtener beneficios particulares.

Es posible hablar entonces de corrupción política en el financiamiento de campañas cuando existe un interés específico en lograr un determinado objetivo. Generalmente, ese objetivo consiste en una retribución que realiza el candidato a la fuente de financiación privada que invirtió recursos en su campaña. Esta dinámica va a desencadenar una conducta punible denominada cohecho, producto de las obligaciones adquiridas por la parte que recibió el favor (Evertsson, 2008).

2. Riesgos en los financiamientos privados de las campañas

Aun cuando los aportes provenientes de fuentes privadas representan una fuente de financiación legítima, al mismo tiempo implican un riesgo al permitir la intervención de recursos que, finalmente, afectan la autonomía política e inducen a la coacción tanto de quienes votan como de aquellos que resultan elegidos.

Esta dinámica clientelista provoca un cambio en los escenarios político y económico al favorecer a quienes patrocinan estos recursos, mientras se transgrede la imagen del gremio empresarial y de las organizaciones participantes. De este modo, se disminuye la capacidad y el

el rol de las contribuciones políticas en las relaciones entre empresas privadas, partidos y funcionarios públicos.

alcance institucional de los candidatos que resultan electos y se debilita la gobernabilidad del Estado (Transparencia por Colombia, 2014).

Según Transparencia por Colombia (2014), estas prácticas representan un riesgo para la democracia, desde diferentes perspectivas. En primer lugar, se evidencia una aplicación desigual en las reglas de juego. Al haber diferencias entre los niveles de financiamiento de los candidatos, unos tendrán mayores posibilidades en la competencia que otros y, por ende, se terminarán eliminando algunos de ellos.

En segundo lugar, según esta ONG, al aumentar este nivel de competitividad se hace mucho más difícil el camino de algunos candidatos para entrar a ella. Entonces esto provoca una mayor exclusión política traducida en un acceso desigual a cargos políticos. Así mismo, y como tercer riesgo, se asume que una vez que resulten electos, los funcionarios encaminarán su gestión a corresponder a los favores recibidos y rendir cuentas a quienes financiaron sus campañas por encima de sus electores. En lo público, esto se refleja en la capacidad de incidencia de actores privados en las decisiones del Estado, puesto que a través del aporte en las campañas, se persiguen intereses, por ejemplo, como la adjudicación de contratos (Casas y Zovatto, 2013, pág. 192).

Por último, dentro de estos riesgos, se encuentra el favorecimiento de los intereses de quienes financiaron las campañas de los dirigentes políticos. Ello se traduce en el diseño y la implementación de políticas sesgadas que favorezcan a un determinado grupo por encima de la ciudadanía.

De este modo, las organizaciones delictivas pueden contribuir a las campañas de los actores políticos confiando en una futura inmunidad procesal. En este sentido, los procesos de descentralización de los poderes administrativos y financieros, que se llevan a cabo en escenarios de debilidad institucional a nivel local, han facilitado la captura de las instituciones por parte del crimen organizado, así como de las campañas que se desarrollan a nivel local.

Lo anterior se complementa con la denominada captura del Estado (Mazucca. 2012). Cuando un agente privado financia la campaña política de un candidato y contribuye decididamente a que el candidato resulte elegido, se establece un escenario de gratitud y compromiso por parte del funcionario hacia el interés privado que lo financió. En algunos casos,

esta gratitud puede traducirse en retribuciones al financiador mediante la adjudicación de contratos públicos o posiciones laborales privilegiadas.

A través de estas situaciones se llega a la captura del Estado mediante la manipulación en el proceso de creación de normas que garantizan los intereses de los agentes privados –legales o ilegales– con el propósito de obtener ventajas concretas y sostenidas (Garay, Salcedo-Albarán, León-Beltrán y Guerrero, 2008).

Para evitar estos riesgos de incidencia desmedida de los recursos privados en el proceso electoral, se han establecido algunas restricciones para la financiación privada de las campañas. Las cuales se clasifican en dos grandes grupos, (i) Las que vincula las calidades o circunstancias del donante y (ii) Las que se refieren a los montos de los aportes (Ferreira, 2014. pág. 7). En el primer grupo se encuentran las prohibiciones de las donaciones anónimas, extranjeras, de contratistas y concesionarios. En el segundo grupo, se encuentran los límites de los aportes privados, los cuales se determinan, como ya se dijo, en torno a un tope máximo de gastos permitidos para el desarrollo de las campañas (Transparencia por Colombia, 2014).

Los aportes de las personas naturales no están cobijados en estas prohibiciones, aunque en algunos casos sí están sujetos a un monto máximo de acuerdo con los topes de gastos permitidos para las campañas. Sin embargo, lo que está claro es que su participación democrática para este tipo de persona se permite tanto a través del sufragio como a través de sus contribuciones.

En estos aportes privados se cuentan los del propio candidato, los de su familia y los provenientes de préstamos con personas naturales y jurídicas, sin incluir las que provengan de entidades bancarias. En elecciones presidenciales, el tope de los aportes propios es de 4%, mientras que en legislativas y locales no tienen un límite (Transparencia por Colombia, 2014).

Como puede verse, estas regulaciones tienden a aplicarse a quienes reciben los recursos, pero no a quienes los otorgan. Es por esto que en la revisión de los marcos que regulan el financiamiento electoral no se encuentra mayor control de los aportantes. Las normas de transparencia son difíciles de asegurar dado que, en general, aplican a candidatos y partidos,

pero no a grupos de presión o de lobby. Mientras el derecho a la intimidad de los privados les desincentiva de reportar sus actividades de financiación.

Dado lo anterior, resulta preciso repensar el papel que juega el dinero en la política, siendo necesario encontrar un balance en el origen de estos aportes. Este replanteamiento debe realizarse desde varias perspectivas: i) Desde el rol de los partidos y candidatos, ii) Desde la distribución y el acceso a estos recursos y iii) Desde las implicaciones que pueden desencadenarse a partir de la forma como se hayan administrado.

Finalmente –y dado que la legislación colombiana aún no muestra un asomo que se incline por la financiación completamente estatal–, se hace necesario establecer límites a las donaciones de carácter privado, con el fin de evitar un desequilibrio en el escenario democrático. Ello aunado a la carga de responsabilidad que debe asumir tanto el sector bancario (Vargas-Chaves & Marrugo-Salas, 2015) como el donante privado por la entrega de tales recursos. Esto no es más que una rendición de cuentas desde su origen y monto hasta su destinación (Speck, 2013).

3. Mecanismos y propuestas para el fortalecimiento de la transparencia y el control del financiamiento privado de las campañas desde las empresas

Como punto de partida de esta propuesta, es menester aclarar que la financiación privada de campañas electorales en sí misma no representa una conducta punible o un acto detractor de la democracia. Esta premisa le otorga autonomía a las empresas para decidir sobre la manera en la que participarán en la financiación política.

Dentro de la agenda de la empresa, este aspecto se ubica en su responsabilidad social, que comprende la obligación de autorregularse en concordancia con el marco legal vigente, para aproximarse al escenario político, de acuerdo a su deber como actor del sistema político nacional.

Para un correcto ejercicio participativo, la empresa debe tener en cuenta algunos puntos previos y posteriores a su intervención en este escenario. Lo esencialmente importante es conocer y acatar el marco jurídico de la financiación. Esto incluye tener en cuenta que, como ya se

dijo, este aspecto es el que diferencia las inhabilidades y topes en campañas a la presidencia, al congreso y a las corporaciones locales.

Por supuesto, esta intervención de la empresa puede ubicarse en el marco de su programa de responsabilidad social. Sin embargo, es fundamental realizar la distinción y definir la política de la empresa, que determina este tipo de gestión. En esta política, además, es perentorio esclarecer el por qué del aporte, y su relación con la razón social y misión de la empresa. Por ello, es preciso que se fijen los lineamientos en sus documentos contentivos en concordancia con su política interna y, por supuesto, con la norma nacional.

Como es posible que no sea la empresa y tampoco su razón social en su totalidad, la que desee realizar los aportes sino alguno o algunos de sus miembros, también será necesario contemplar la posibilidad de que personas naturales de la empresa realicen sus propios aportes, sin perjuicio de vincular la organización.

La empresa debe conocer los antecedentes del candidato o partido al cual apoyará. Esto incluye también conocer el origen del resto de aportes que entren en la campaña para evitar la contaminación de su actividad. Por esto, es necesario que durante el ejercicio de la campaña se cuente con el soporte de todos los movimientos y contribuciones, así como de su procedencia, concepto y destinación en la campaña.

Del mismo modo, es fundamental darle publicidad a toda la gestión con el fin de garantizar su transparencia. En esta debe constar la destinación de los recursos aportados por la empresa y que implica el constante seguimiento de ellos en todo el proceso. Esto para asegurar una rendición de cuentas veraz y congruente con los fines inicialmente propuestos.

Finalmente, se debe tener en cuenta que la adopción de estas medidas, sin duda, implica un esfuerzo por cambiar las prácticas tradicionales e incorporar otras nuevas. Lo cual puede tomar tiempo y requerir de ajustes en las empresas, así pues, es recomendable decidir por dónde empezar (Transparencia por Colombia, 2014).

4. Sanciones y prohibiciones en el financiamiento de campañas electorales en Colombia

Hasta este punto se ha hecho un análisis del marco normativo de la financiación en el ámbito electoral. Se ha realizado una línea de tiempo en materia jurídica de las normas que regulan el tema en cuestión. Ello a partir del reconocimiento de la inestabilidad de este marco regulador que, como se dijo, se encuentra disperso en diversas normas y sentencias.

Como ya se mencionó, la violación de los límites del monto de gastos de las campañas electorales y de determinadas fuentes de financiación, también se encuentran prohibidas y sancionadas. Además de lo establecido en la Ley Estatutaria 1475 de 2011 y en la Ley 1778 de 2016, el 17 de agosto de 2017 se expidió la Ley 1864 *mediante la cual se modifica la Ley 599 de 2000, y se dictan otras disposiciones para proteger los mecanismos de participación democrática*.

De este modo, se procede a detallar lo establecido en estos casos.

4.1. Ley 1475 de 2011

4.1.1. Artículo 26. Pérdida del cargo por violación de los límites del monto de gastos

La violación de los límites del monto de gastos de las campañas electorales, se sancionará con la pérdida del cargo así:

1. En el caso de candidatos elegidos para corporaciones públicas, se seguirá el procedimiento de pérdida de investidura definido en la Constitución y la ley.
2. En el caso de alcaldes y gobernadores, la pérdida del cargo será decidida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de acuerdo con el procedimiento para declarar la nulidad de la elección. En este caso, el término de caducidad se contará a partir de la ejecutoria del acto administrativo, por medio del cual el Consejo Nacional Electoral determinó la violación de los límites del monto de gastos.

3. Una vez establecida la violación de los límites del monto de gastos, el Consejo Nacional Electoral presentará ante la autoridad competente la correspondiente solicitud de pérdida del cargo.

4.1.2. Artículo 27. Financiación prohibida

En este artículo se especifican fuentes como i) Gobiernos o personas naturales o jurídicas extranjeras, ii) Las que se deriven de actividades ilícitas, iii) Contribuciones de personas titulares del derecho real, personal, aparente o presunto de dominio, respecto de bienes sobre los cuales se hubiere iniciado un proceso de extinción de dominio, iv) Contribuciones anónimas, v) Las provenientes de las personas naturales contra las cuales se hubiere formulado acusación o imputación en un proceso penal por delitos relacionados con la financiación o promoción de grupos armados ilegales, narcotráfico, delitos contra la administración pública, contra los mecanismos de participación democrática y lesa humanidad, vi) Personas que desempeñen funciones públicas, excepto de miembros de corporaciones públicas de elección popular y vii) Las que provienen de personas naturales o jurídicas cuyos ingresos en el año anterior se hayan originado en más de un cincuenta por ciento de contratos o subsidios estatales.

4.2 Artículo 33 de la Ley 1778 de 2016, “Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”

El artículo 33 de la presente ley modifica el artículo 2° de la Ley 1474 de 2011 sobre la inhabilidad para contratar de quienes financien campañas políticas reduciendo el límite de aportes de 2,5 a 2%.

4.3 Ley 1864 del 17 de agosto de 2017 mediante la cual se modifica la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para proteger los mecanismos de participación democrática

La presente ley modifica el Código Penal e introduce penas de entre 4 a 8 años de prisión a quienes violen los topes de gastos en campañas electorales o utilicen recursos de fuentes prohibidas para estos fines. En este sentido, se sanciona:

- i) *Al candidato cuando se trate de cargos uninominales y listas de voto preferente.*

- ii) *Al candidato de lista de voto no preferente que intervenga en la consecución de bienes provenientes de dichas fuentes para la financiación de su campaña electoral.*
- iii) *A quien administre los recursos de la campaña e incurra en la violación de topes. En este caso, se sancionará con penas del mismo tiempo que los casos anteriores, con multa correspondiente al valor de lo excedido, y con inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena.*

5. La intervención del sector privado: síntesis del panorama colombiano en elecciones de autoridades locales

El riesgo de corrupción administrativa, medida a través del Índice de Transparencia de las Entidades Públicas (ITEP) de Transparencia por Colombia, se define como *“aquellas condiciones institucionales y prácticas de las autoridades públicas que pueden favorecer la ocurrencia de los hechos de corrupción”* (Transparencia por Colombia, 2015, pág.6)³.

El deber de hacer de la financiación un proceso transparente, no solo recae sobre los candidatos, partidos y electores, también le atañe al sistema electoral del país cualificarlo y llenar los vacíos que aún persisten en su ejercicio.

De acuerdo con Transparencia por Colombia y el Centro de Estudios en Democracia y Asuntos Electorales (CEDAE) de la Registraduría Nacional, las prácticas que afectan la transparencia en la financiación de la política, aunque no constituyen delitos, empañan el ejercicio democrático porque generan riesgos como la captura del Estado, influencia indebida en la toma de decisiones, clientelismo y amiguismo, entre otros.

Los análisis elaborados por Transparencia por Colombia (2014) sobre el financiamiento de las campañas electorales de autoridades locales de 2011 y de Congreso y Presidencia en 2014, señalan que la principal fuente de financiación en el país la constituyen los aportes provenientes de los recursos propios del candidato y familiares hasta el cuarto grado

³ Para más información sobre el enfoque, la metodología y los análisis del Índice de Transparencia de las Entidades Públicas revisar www.indicedetransparencia.org.co

de consanguinidad, seguida esta de los aportes y créditos de personas naturales y jurídicas.

En efecto, en las campañas electorales de 2011 las fuentes menos utilizadas correspondió a los ingresos provenientes de actos políticos y los anticipos, los cuales no fueron solicitados dado el poco tiempo transcurrido entre la sanción de la Ley 1475 de 2011⁴ que los reglamentó y la realización de las elecciones. Así mismo, el análisis de gastos, demostró que el mayor egreso en las campañas fue generado por publicidad electoral, seguido del gasto en transporte y en administración.

Para comprender la financiación de las campañas a las Alcaldías en los 12 municipios capitales en riesgo de fraude electoral, es fundamental señalar las diferencias existentes en cuanto a su censo electoral, y al límite de gasto permitido.

Tabla 1

Rango censo electoral y tope de los 12 municipios capitales en riesgo de fraude electoral 2011

Municipio	Riesgo Electoral 2011	Rango Censo Electoral	Tope máximo de gasto permitido Alcaldía
Barranquilla	Alto	Superior a 500.001	1.318.000.000
Cartagena	Alto	Superior a 500.001	1.318.000.000
Ibagué	Medio	Superior a 500.001	1.318.000.000
Cúcuta	Medio	De 250.001 a 500.000	745.000.000
Pereira	Medio	De 250.001 a 500.000	745.000.000
Santa Marta	Medio	De 250.001 a 500.000	745.000.000
Neiva	Alto	De 250.001 a 500.000	745.000.000
Florencia	Medio	De 100.001 a 250.000	659.000.000

4 Ley de la República por la cual se adoptaron reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales, y se dictaron otras disposiciones.

Municipio	Riesgo Electoral 2011	Rango Censo Electoral	Tope máximo de gasto permitido Alcaldía
Popayán	Medio	De 100.001 a 250.000	659.000.000
Valledupar	Medio	De 100.001 a 250.000	659.000.000
Quibdó	Alto	De 50.001 a 100.000	330.000.000
Puerto Carreño	Medio	Inferior a 25.000	58.000.000

Fuente: Ceballos, J. y Celis, M. (2015)

La diferencia tan marcada entre los ingresos de los candidatos, en 7 de los 12 municipios estudiados, es un indicativo de que los recursos reportados varían significativamente de un candidato a otro, y esto puede obedecer a tres razones:

- Hubo candidatos que reportaron menores ingresos o que no finalizaron la campaña.
- Algún o algunos candidatos inscribieron sus candidaturas sin el menor interés de llevar a cabo la campaña o recibir dinero por reposición de gastos por votos. Lo que puede asociarse con un tema de tipo delictivo, como el lavado de activos.
- Se presenta una desigualdad marcada en la competencia electoral, en la que algunos candidatos tienen acceso a mayores fuentes y montos de financiación que otros.

Sin duda, conocer el costo real de las campañas es uno de los grandes retos para los actores interesados en los análisis sobre financiación electoral. Sin embargo, aún no existe una herramienta que permita saber con exactitud dicho valor. Apenas es posible acercarse a esta cifra a través de los reportes de gastos de los propios candidatos, reconociendo la posible existencia de un sub registro en la rendición de cuentas de las campañas.

Esta información nos permite calcular el valor del voto para el candidato al dividir los gastos reportados sobre el número de votos obtenidos. La tabla 2 muestra el costo del voto para los candidatos electos

en los municipios analizados, y el valor que recibieron por reposición de gastos por votos.

Tabla 2

Valor por reposición de votos para candidatos electos en municipios capitales en riesgo de fraude electoral para las elecciones locales de 2011.

Municipio	Total de gastos reportados por el elegido	Número de votos elegido	Valor por votante	Valor reposición votos	Valor recibido por reposición de gastos por voto
Barranquilla	\$ 1.144.240.690	227.349	\$ 5.033	\$ 1.624	\$ 369.214.776
Cartagena	\$ 1.104.975.737	160.176	\$ 6.899	\$ 1.624	\$ 260.125.824
Quibdó	\$ 241.222.751	15.639	\$ 15.424	\$ 1.624	\$ 25.397.736
Cúcuta	\$ 685.811.579	104.161	\$ 6.584	\$ 1.624	\$ 169.157.464
Florencia	\$ 260.000.000	21.053	\$ 12.350	\$ 1.624	\$ 34.190.072
Popayán	\$ 362.151.357	29.689	\$ 12.198	\$ 1.624	\$ 48.214.936
Puerto Carreño	\$ 10.380.000	2.048	\$ 5.068	\$ 1.624	\$ 3.325.952
Santa Marta	\$ 418.646.112	74.553	\$ 5.615	\$ 1.624	\$ 121.074.072
Valledupar	\$ 251.348.258	48.675	\$ 5.164	\$ 1.624	\$ 79.048.200

Fuente: Ceballos, J. y Celis, M. (2015).

El caso de Cartagena, junto con el de Barranquilla, llama poderosamente la atención porque los gastos en que incurrieron los candidatos elegidos se acercan al total de los del candidato que resultó elegido como Alcalde Mayor de Bogotá D.C. (\$1.314.375.222). Esto genera mucha suspicacia más aún cuando sus censos electorales son hasta siete veces menores que el de la capital del país. Es decir, o en Bogotá el gasto del ganador fue muy pequeño, o en estas ciudades el gasto de los candidatos ganadores fue demasiado alto.

En ninguno de los casos analizados se puede decir que el número de votos obtenidos permitió a los candidatos elegidos cubrir, a través de la reposición de gastos por votos, los gastos incurridos durante la campaña.

Cartagena, además, se encuentra entre los municipios con mayor nivel de riesgo electoral por baja participación, siendo una de las ciudades más dinámicas de la región Caribe y del país. Cuyo presupuesto anual sumó casi tres billones de pesos en el año 2013.

A continuación, se muestra el nivel de riesgo de corrupción administrativa, según el Índice de Transparencia Municipal 2013-2014 para las 28 capitales de departamento –entre ellas Cartagena– de la medición, y el nivel de riesgo de fraude electoral en estos municipios para los comicios de 2011.

Tabla 3
Nivel de riesgo electoral e Índice Transparencia Municipal 2013-2014 para 28 municipios capitales de departamento;

Municipio	Departamento	Nivel de riesgo de fraude electoral 2011	Nivel de riesgo de corrupción ITM 2013-2014
Arauca	Arauca	Sin riesgo	Alto
Armenia	Quindío	Sin riesgo	Medio
Bucaramanga	Santander	Sin riesgo	Medio
Inírida	Guainía	Sin riesgo	Muy alto
Leticia	Amazonas	Sin riesgo	Muy alto
Manizales	Caldas	Sin riesgo	Medio
Mitú	Vaupés	Sin riesgo	Muy alto
Mocoa	Putumayo	Sin riesgo	Alto
Montería	Córdoba	Sin riesgo	Medio
Pasto	Nariño	Sin riesgo	Medio
Riohacha	Guajira	Sin riesgo	Medio
San José del Guaviare	Guaviare	Sin riesgo	Medio
Sincelejo	Sucre	Sin riesgo	Muy alto
Tunja	Boyacá	Sin riesgo	Medio
Villavicencio	Meta	Sin riesgo	Medio
Yopal	Casanare	Sin riesgo	Medio

Municipio	Departamento	Nivel de riesgo de fraude electoral 2011	Nivel de riesgo de corrupción ITM 2013-2014
Puerto Carreño	Vichada	Medio	Muy alto
Ibagué	Tolima	Medio	Medio
Florencia	Caquetá	Medio	Medio
Pereira	Risaralda	Medio	Moderado
Popayán	Cauca	Medio	Alto
Santa Marta	Magdalena	Medio	Alto
Cúcuta	Norte de Santander	Medio	Alto
Valledupar	Cesar	Medio	Alto
Quibdó	Chocó	Alto	Muy alto
Barranquilla	Atlántico	Alto	Moderado
Cartagena	Bolívar	Alto	Medio
Neiva	Huila	Alto	Medio

Fuente: Ceballos, J. y Celis, M. (2015).

Si se tiene en cuenta que los recursos invertidos provienen, en su gran mayoría, de los recursos de privados o del candidato, y que el dinero no le es reembolsado, mediante la vía de reposición de gastos por votos. Entonces no es posible más que preguntarse por las motivaciones que llevan a postularse como candidatos a unas elecciones en las que la competencia es cerrada y la probabilidad de retornos de dinero es baja, aun siendo elegidos.

De igual modo, la coincidencia de acciones indicativas de fraude electoral, el uso de fuentes de financiación de campañas políticas que pueden constituir riesgos para el proceso electoral, y la distancia considerable entre gastos de campaña y topes legales autorizados. Permiten preguntarse acerca de las condiciones sobre las que se edifica la democracia en el nivel subnacional, y la vulnerabilidad de los procesos de acceso al poder dadas las prácticas de los actores políticos, así como las debilidades institucionales, en materia de asuntos electorales (Ceballos y Celis, 2015).

Conclusiones

La financiación de los partidos y campañas políticas no es en sí misma una forma de corrupción. Sin embargo, esta actividad se ha convertido en una fuente de corrupción, principalmente por dos causas. La primera, se debe a que los donantes utilizan sus aportes con el fin de obtener ventajas ilegales e inmorales de los gobernantes, y funcionarios a través de los partidos a los que financian o de los candidatos a cuyas campañas contribuyen. La segunda, obedece a que los partidos y candidatos pueden someter a los donantes a cierto tipo de presiones, con el fin de que contribuyan a sus gastos bajo la amenaza de provocarles daño, o la promesa de proporcionarles algún beneficio.

Sin embargo, el problema es aún más complejo. La financiación de los partidos se ha convertido en una fuente de problemas sociales, económicos, políticos y éticos. Por ello, es pertinente ofrecer algunas recomendaciones que se pueden tener en cuenta cuando se piense en la financiación de una campaña o de un partido político. Entre ellas se destaca el hecho de ponderar la necesidad de invertir en una campaña con respecto al reconocimiento legal de este derecho, y a partir de ahí replantear la estrategia para no sufrir los inconvenientes que puedan resultar de esta actividad.

Esta recomendación se plantea con el fin de que se evite incurrir en conductas ilegales, teniendo en cuenta la premisa del sistema económico neoliberal imperante en Colombia, sobre la obtención de ganancias a través de la competencia. Es bien sabido que de esta competencia surge la inequidad y la pobreza, y estas pueden agudizarse aún más al aunar efectos económicos y políticos. Por esto es que la corrupción termina afectando también la economía nacional y el bien común.

Por lo anterior se hace necesario, de igual manera, enfrentar y confrontar las relaciones entre la empresa y la administración. Ya que hay una delgada línea entre la práctica del lobby y caer en la corrupción. Como ya se dijo, nada impide a una empresa participar en actividades de este tipo que le resulten favorables. Sin embargo, es preciso acudir a medios lícitos para conseguir sus fines, y que estos últimos también lo sean.

A estas recomendaciones se suma el aporte, como ya se mencionó, de la Ley 1864 del 17 de agosto de 2017. Aunque es relativamente nueva,

representa un avance para el control de los diferentes actores que intervienen en el escenario electoral de parte de las campañas y promotores. Están incluidos en esta nueva norma, desde el gerente de la campaña, el candidato –tanto de listas con voto preferente como no preferente–, quien administre los recursos de la campaña, hasta los actores y actividades que ya habían sido contempladas en los delitos contra la participación democrática.

Ello da cuenta de la ampliación que representa esta nueva norma de acuerdo a las necesidades y hechos que se han venido presentando en la historia política y electoral del Estado colombiano. Una historia marcada por escándalos de corrupción, desde el diseño de la campaña hasta el pago e intercambio de favores en la etapa de gestión. Y, aun cuando esto nunca será suficiente para combatir del todo la corrupción en la financiación de los partidos, sí contribuye a la disminución de efectos negativos por parte de los aportes privados.

Referencias

- Casas, K. y Zovatto, D. (2013). Para llegar a tiempo: apuntes sobre la regulación del financiamiento político en América Latina. En Consejo de Estado (Ed.) *Memorias del II Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral 2011* (pp 189-227). Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ceballos-Oviedo, J. y Celis-Galván, M. (2015). Riesgo de fraude electoral, de corrupción administrativa y financiamiento de campañas en gobiernos locales 2012-2015. En MOE (Ed.) *Mapas y factores de riesgo electoral: Elecciones de autoridades locales Colombia 2015*. (pp. 275-290). Bogotá D.C., Colombia. Misión de Observación electoral-MOE.
- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Evertsson, N. (2008). *Political Corruption and Campaign Financing*. Suecia. Stockholm University.
- Ferreira, D. (2014). *Los sistemas de financiamiento político en América Latina: Tendencias y desafíos*. Washington: National Democratic Institute.
- Garay, J. Salcedo-Albarán, León-Beltrán, E. y Guerrero, B. (2008). *La captura y reconfiguración cooptada del Estado en Colombia*. Bogotá:

- Fundación Método, Fundación Avina y Transparencia por Colombia.
- Mazzuca, S. L. (2012). Legitimidad, Autonomía y Capacidad: Conceptualizando (una vez más) los poderes del Estado. *Revista de Ciencia Política* (Santiago), 32(3), 545-560.
- República de Colombia, Acto Legislativo 01 de 2003, Por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones.
- República de Colombia, Acto Legislativo 01 de 2009, por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia.
- República de Colombia, Ley 1475 de 2011, Nuevo estatuto de los partidos políticos.
- República de Colombia, Ley 1778 de 2016, Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción.
- República de Colombia, Ley 1864 de 2017, por medio de la cual se modifica la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para proteger los mecanismos de participación democrática
- Speck, B. (2013). *Money in Politics: Sound Political Competition and Trust in Government*. Background Paper. Paris: Organisation de Coopération et de Développement Économiques
- Transparencia por Colombia. (2010). *El financiamiento de la política en Colombia*. KAS Papers, 11. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung
- Transparencia por Colombia. (2015). *Informe Anual 2014*. Corporación Transparencia por Colombia. Recuperado de: http://transparenciacolombia.org.co/wp-content/uploads/2016/03/informe_anual_2014.pdf
- Transparencia por Colombia. (2016). *Informe Anual 2015*. Corporación Transparencia por Colombia. Recuperado de: <http://transparenciacolombia.org.co/wp-content/uploads/2016/03/Informe-Anual-2015.pdf>
- USAID. (2003). *Manual de financiamiento de la actividad política: Una guía para fomentar la transparencia en las democracias emergentes*. Washington: USAID

Vargas-Chaves, I., & Marrugo-Salas, L. (2015) La responsabilidad social empresarial como criterio orientador para la sostenibilidad y la ética de las actividades del sector bancario. *Jurídicas*, 12(2), 42-57. ISSN: 1794-2918.

8. Acciones de política pública para la participación política y la igualdad de las mujeres en el departamento de Santander (Colombia)

José Darío Argüello Rueda¹

Introducción

El Departamento de Santander (Colombia) cuenta con una población² de 2'071.016 personas, el 50,56% mujeres y el 49,44% hombres (Gobernación de Santander, 2016-2019, pág. 42). Fruto de una configuración cultural histórica, la mujer ha sido infravalorada, relegada a determinadas labores u oficios domésticos. “Este proceso vino acompañado de la subvaloración de los roles y las funciones femeninas al interior de la familia, de modo que las tareas más tediosas, de menor rendimiento aparente pero de mayor obligatoriedad, cuando no de ocupaciones de esfuerzo bruto, le fueron asignadas sin ninguna valoración ni menos aún reconocimiento” (Gutiérrez, V., 1968), consolidando así una cultura machista y patriarcal³.

1 Abogado de la Universidad Santo Tomás. Magíster en Análisis Político de la Universitat Oberta de Catalunya. Doctorando en Seguridad Humana y Derecho Global de la Universitat Autònoma de Barcelona. Director del Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. .

2 Según los datos disponibles más recientes (2016), aproximaciones de población del Departamento Administrativo Nacional de Estadística y el Plan de Desarrollo del Departamento de Santander.

3 Desde esa construcción cultural, se observa que es un comportamiento común en los hombres machistas demostrar entre sus grupos la opresión que ejercen sobre las mujeres, como bien lo describe la Fundación Mujer y Futuro: “el dominio impuesto sobre la mujer es de autoridad y frente a otros hombres, en el plano de la actividad económica, el santandereano se ha caracterizado por su fuerte individualismo, con dificultades para asociarse dada su personalidad independiente” (Fundación Mujer y Futuro, 2009). Dificultades que se traducen en comportamientos machistas en la interacción con la sociedad, pero especialmente en el interior de las familias, es decir, las “conductas machistas se perpetúan con un sistema arraigado de creencias” (Cortés, 2017).

A partir de las desigualdades enfrentadas en la región, las mujeres empezaron a participar del escenario electoral y político del Departamento, abriendo nuevos espacios para su incidencia directa⁴. A continuación, se observa el consolidado de mujeres electas en el departamento desde el año 2001 a 2011, período en el que se desarrolló el agendamiento, formulación e implementación de la política pública.

Tabla 1
Santander: comparación de Participación Femenina según Instancias de Representación Política y períodos

Instancias/Período de Gobierno Dpto Santander	2001-2003				2004-2007				2008-2011			
	Total	Hombres	Mujeres	% Participación Femenina	Total	Hombres	Mujeres	% Participación Femenina	Total	Hombres	Mujeres	% Participación Femenina
Asamblea Dptal	19	16	3	8.5%	19	17	2	10.5%	19	17	2	10.5%
Alcaldías	87	81	6	6.9%	87	81	6	6.9%	87	79	8	9.1%
Concejos	841	765	76	9.00%	817	737	80	9.10%	820	738	82	10.0%

Fuente: Registraduría Nacional del Estado Civil. Tomado de Diagnóstico de Brechas de Género en Santander.

En ejecución de la Política Pública se han llevado a cabo dos contiendas electorales en los años 2011 y 2015, en las que, si bien se vio un aumento en la llegada al poder por parte de mujeres, este sigue siendo bajo en comparación con la histórica concentración del poder en los hombres. Aunque sea cierto que con el paso de los años son más las mujeres que llegan al poder, lamentablemente su participación sigue siendo muy por debajo del veinte por ciento. Por lo tanto, se presenta la siguiente evaluación de diseño del componente de participación política de la PPMEG en Santander, con el objetivo de determinar la coherencia entre las propuestas de la Política, más las necesidades que con esta se pretenden resolver.

⁴ Con el objetivo de hacer efectivo ese artículo de la Constitución Política de Colombia, que entre sus líneas establece que “Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública” (Constitución Política de Colombia, 1991., Art. 40) y lo consagrado en el artículo 43 frente a la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres.

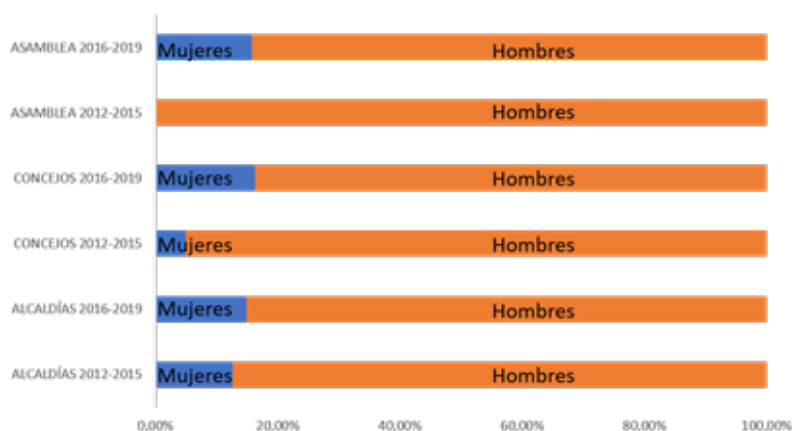


Gráfico 1. Porcentaje de mujeres electas. Periodos 2012-2019.

Fuente: Elaboración propia. Datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Contexto y antecedentes de la PPMEG

Para entender la presente investigación es necesario un acercamiento al concepto de política pública, partiendo de que esta es la respuesta de una autoridad frente a un problema público. Al respecto, las políticas públicas son para Dubnick y Bardes “acciones gubernamentales, lo que los gobiernos dicen y lo que hacen con relación a un problema o una controversia” (Dubnickm, M y Bardes, B, 1983, pág. 7). Para Kraft y Furlong son “un curso de acción o inacción gubernamental en respuesta a problemas públicos” (Kraft, M y Furlong, S, 2007, pág. 5). Según la definición de Anderson es “una orientación deliberadamente seguida por un actor o por un grupo de actores al tratar un problema o una cuestión que les concierne” (Anderson, J, 2003, pág. 3).

De esta manera, las políticas públicas⁵ se conciben como un instrumento planificado al servicio de la solución de problemas públicos de impacto en el interior de una comunidad. En este mismo sentido, es importante conocer en qué consisten las denominadas políticas públicas

⁵ Una definición completa y que involucra diferentes aspectos de las políticas públicas es la ofrecida por Ordoñez-Matamoras quien establece que: “La política pública es el conjunto de acciones implementadas en el marco de planes y programas gubernamentales diseñados por ejercicios analíticos de algún grado de formalidad, en donde el conocimiento, aunado a la voluntad política y los recursos disponibles, viabilizan el logro de objetivos sociales.” (Ordóñez-Matamores, 2013, pág. 31).

locales o territoriales. Por ejemplo, para Romain Pasquier: “Corresponden al conjunto de las políticas públicas producidas por las autoridades infra estatales, es decir, tanto por las regiones, las ciudades y los departamentos, como por otras entidades territoriales locales. A menudo subestimadas, estas políticas públicas en realidad son centrales en el funcionamiento de las sociedades contemporáneas”⁶. (2016, pág. 456).

En materia de políticas públicas y género, se observa la incidencia de la mujer en las acciones del Estado, y la actuación de la administración a través de las políticas públicas, en perspectiva de género. De allí que se deben examinar “por un lado, la influencia de las intervenciones estatales sobre las mujeres y las relaciones de poder entre los sexos y, por el otro, las movilizaciones de las mujeres y de los movimientos feministas frente a esas intervenciones” (Jacquot, S y Mazur, A, 2016, pág. 460).

Así, se debe observar en doble vía en las acciones del Estado. Primero, la influencia e impacto en las mujeres; y segundo, la incidencia de estas en el diseño, implementación y ejecución de políticas. Claramente las políticas públicas pueden contar con enfoques de género, es decir, ser políticas con otros fines, pero que cuentan con un componente transversal de género, o ser políticas públicas de género “haciendo referencia a las políticas de igualdad o las feminist policies. Son políticas que tienen como principal objetivo la lucha contra las desigualdades y la promoción de la igualdad entre las mujeres y hombres” (Jacquot, S y Mazur, A, 2016, pág. 465).

En lo que respecta a la participación política⁷, y partiendo de que es un elemento esencial de los sistemas democráticos, se puede concluir

6 De conformidad con Pasquier estas políticas, “Están en el centro de las reflexiones sobre las nuevas formas de gobernanza territorial, es decir, el conjunto de situaciones de cooperación no ordenadas por la jerarquía que corresponden a la construcción, a la gestión o a la representación de territorios, en su entorno económico o institucional.” (2016, pág. 458). Con lo anterior, se observa la clarificación teórica y conceptual de la importancia de las políticas locales para el desarrollo social. Es decir, no solo las políticas nacionales son de gran importancia, las políticas locales permiten mayor cercanía entre las instituciones, la ciudadanía, sus gobiernos y las necesidades más sentidas de sus poblaciones.

7 El concepto de participación política se puede encontrar en dos sentidos, por un lado, la participación en políticas o programas públicos “es la idea de tomar parte en el proceso de formulación, decisión e implementación de las políticas públicas” (Parry, G; Moyser, G y Day, N, 1992, pág. 16) y por otro, la visión electoral, que plantea la participación política desde la incidencia en los diferentes niveles del sistema político. Es decir que “el votante participa a través de su voto como el secretario de Estado participa en la elaboración de

que es toda actividad de los ciudadanos que está dirigida a intervenir en la designación de los gobernantes y/o a influir en los mismos con respecto a una política y problema público (Mateos, sf). Frente a la participación política en perspectiva de género, se encuentra que existen brechas entre la igualdad formal, aquella que es establecida en tratados internacionales, por la constitución y las leyes, y la realidad material, que no es otra que la que enfrentan las mujeres en el escenario público y político⁸. La participación política de la mujer va más allá de la consagración de sus derechos y de la igualdad formal en disposiciones normativas. Consiste sobre todo en la garantía de la participación en condiciones de igualdad, la inclusión en los niveles decisorios del Estado y sus instituciones. Es permitir el acceso de la mujer a la gobernanza y administración del Estado, (Fernández, 1995) legitimando los postulados de democracia e igualdad con una aplicación práctica de estos en clave de género⁹.

Objetivos estratégicos del componente de participación política y representación para la autonomía de la mujer de la PPMEG

La PPMEG del Departamento de Santander se ha trazado objetivos para la materialización de los derechos de la mujer en materia de participación política¹⁰. Sin embargo, este tipo de objetivos tienden a ser ambiguos y

una determinada política” (Verba, S y Nie, N, 1972, pág. 2).

8 Frente a esta participación, Anna Fernández manifiesta: “Se dice que la constitución de la mujer como sujeto político comienza en la Revolución francesa como consecuencia de las luchas burguesas que afirman la igualdad entre todos los seres humanos. Sin embargo, es un sujeto en construcción que todavía vive la discriminación política de forma directa a pesar de su voluntad expresada en las luchas históricas del sufragismo o el movimiento feminista de nuestros días. La historia de la política ha sido una historia de exclusiones de la mujer en cuanto a la concepción de la ciudadanía moderna. De hecho, la ciudadanía de la mujer, tan comúnmente tachada de “segunda categoría”, es de tipo formal y se encuentra dentro de un sistema de poder eminentemente androcéntrico y masculinizante. Por otro lado, la supuesta igualdad formal encubre una desigualdad manifiesta por el acceso diferencial a los recursos.” (1995, pág. 26).

9 A manera de observación general de la situación latinoamericana se encuentra que, según datos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, para agosto de 2014 solo cinco presidentas gobernaban en estos territorios, teniendo un aumento en los últimos años en el número de legisladoras, juezas y alcaldesas, sin superar el 26% en promedio, según las cifras del Observatorio de Igualdad de Género de la CEPAL. (CEPAL, 2014).

10 “Avanzar en la realización del derecho de las mujeres en su diversidad a la participación política, la representación y el ejercicio de su autonomía en las dimensiones políticas,

quedarse en una descripción de lo que se espera con la intervención. Lo que hace necesario traducirlos a elementos factibles y posibles respecto de las necesidades a las cuales responden. Para el caso concreto, tras el análisis de la investigación, se concluye que el primer objetivo estratégico real de este componente es (i) *Reducir la brecha de participación política entre hombres y mujeres en el Departamento de Santander, Colombia a través del empoderamiento para el liderazgo político, social e institucional*, como respuesta a la escasa participación de la mujer en las contiendas electorales como candidatas, y el bajo número que llega a ocupar cargos de elección popular. Así mismo, encontramos un segundo objetivo que es (ii) *Maximizar la participación política de la mujer en condiciones de equidad e igualdad y su representación en la administración del Estado y la toma de decisiones públicas*¹¹, siendo este el fin último de las acciones contenidas en la política para el fortalecimiento de la participación de la mujer en los asuntos públicos y políticos del Departamento.

Contexto del componente de participación política y representación para la autonomía de la mujer de la PPMEG

En el año 2005 se inicia el proceso de agendamiento de la Política Pública de Mujer y Equidad de géneros del Departamento de Santander, como lo ha expuesto Graciliana Moreno Echavarría¹², se debía posicionar en la agenda pública la equidad y los derechos de las mujeres. Según Moreno, entre los años 2005 a 2006, se identificó que uno de los principales problemas era la dispersión en las organizaciones de mujeres, su desarticulación. Como solución buscaron articular desde la diversidad, la pluralidad y la inclusión a los diferentes sectores políticos, sociales y religiosos, con el objetivo de generar mayor presión en las instituciones públicas frente a las necesidades de la mujer. (Moreno, 2018).

sociales, institucionales y subjetivas que concurren en la construcción de la democracia y en el fortalecimiento del Estado social de Derecho en el Departamento de Santander”(PP-MEG, 2010, pág.35).

11 Estos objetivos estratégicos son una conclusión del investigador, producto de su análisis y desarrollo investigativo alrededor de la formulación e implementación de la PPMEG y su componente de participación política.

12 Graciliana Moreno Echavarría: Líder del proceso de agendamiento y formulación de la Política Pública de Mujer y Equidad de Géneros en Santander. Se ha desempeñado como asesora en asuntos de género de la Gobernación de Santander y alcaldías municipales. Docente universitaria e investigadora.

Desde la movilización social de las mujeres en las provincias del Departamento de Santander en pro de la visibilización de sus problemáticas y necesidades, se constituyen acciones enfocadas en la agenda pública de los temas relacionados con la equidad de género¹³. Desde entonces, las organizaciones de mujeres dando continuidad a la labor de agendamiento, convocaron el Cabildo Departamental de Mujeres, siendo este un escenario de gran impacto e incidencia. Plataforma que permitió por primera vez que se pensara en el Departamento sobre la “pertinencia de una política pública dirigida a las mujeres y de un primer instrumento normativo a modo de ordenanza que diera un marco legal a dicho propósito” (Montero, 2011).

Desde las redes de mujeres y la Fundación Mujer y Futuro, se realizó un análisis y estudio detallado del Plan de Desarrollo del Departamento vigente en ese momento¹⁴, y a los Planes de Desarrollo de los Municipios capitales de provincias y del Área Metropolitana de Bucaramanga (capital del Departamento). En los cuales, manifiesta Moreno Echavarría, se encontró un tratamiento precario sobre los derechos de la mujer, que carecían de acciones para el empoderamiento, el crecimiento económico y contra la violencia hacia la mujer, lo que para ella se constituía en un “déficit democrático” (Moreno, 2018).

Las organizaciones de mujeres asumieron las elecciones regionales de 2007 (alcaldes y gobernadores), como una oportunidad única de visibilizar sus propuestas, hacerse escuchar y generar compromisos en materia de género y equidad. Aprovechando esa coyuntura electoral, y basándose en el reconocimiento de las experiencias del Departamento del Valle del Cauca, Antioquia y el Distrito Capital (Bogotá). Las Redes de Mujeres del Departamento de Santander, con el apoyo de la Oficina para la Coordinación de Asuntos Humanitarios de las Naciones Unidas (OCHA) plantearon la Agenda *Por una Democracia Incluyente*, con tres puntos prioritarios (i) Formulación de la Política Pública de Mujer y Equidad de Géneros, (ii) Crear el órgano rector (Secretaría de Mujer y

13 “Entre los años 2004-2006 nacieron, en algunas de las provincias del departamento, los primeros escenarios de articulación conocidos como Redes de Mujeres: Red Metropolitana de Mujeres, Red de Mujeres de la provincia de Vélez, Red de Mujeres del Magdalena Medio y Red de Mujeres del Nororiente colombiano.” (Rodríguez, 2015).

14 Período 2004 – 2007. Hugo Heliodoro Aguilar Naranjo era el gobernador de Santander.

Equidad de Género) y (iii) Crear el mecanismo de seguimiento y monitoreo a la política pública, Consejo Consultivo de Mujeres (Moreno, 2018). Con la cual “realizaron un ejercicio de interlocución con candidatos a concejo de los municipios del área metropolitana y Gobernación, en el interés de ratificar sus compromisos con los temas de las mujeres. Se resalta la firma del compromiso del entonces candidato a la Gobernación, quien fue electo para el período 2008-2011¹⁵ (Rodríguez, 2015).

Pasando a la etapa de formulación de la Política, se contó con las Mesas Inter redes de Mujeres de Santander, a través de las cuales las organizaciones de mujeres lograron una participación estratégica de gran importancia en la formulación del Plan Departamental de Desarrollo 2008-2011. La incidencia de estos grupos de mujeres se dio en materia: (i) Participación en el proceso de empalme (entrega de cuentas), (ii) Participación en la Constituyente Social de Santander para una estrategia en la construcción colectiva y participativa del Plan Departamental de Desarrollo, (iii) Participación en el Consejo Departamental de Planeación. (Plan Departamental de Desarrollo, 2008-2011), que se constituye en un antecedente importante para la Política de equidad de género. En tanto y en cuanto este refleja el impacto y metas logradas por las organizaciones de mujeres a través de los años anteriores a su formulación, por la puesta en la agenda pública de los asuntos de género y equidad, desde un proceso realmente democrático y participativo.

En este contexto y tras la efectiva participación de la mujer en la formulación del Plan de Desarrollo, se da inicio a la construcción de la PPMEG del Departamento. En palabras de Moreno Echavarría, se desarrolló de manera participativa y concertada, en el que las mismas redes de mujeres tuvieron la oportunidad de formular el documento de política pública y proyectar la Ordenanza de la Asamblea Departamental, por la cual se adoptó la mencionada política¹⁶.

15 Es importante resaltar que el proceso de agendamiento contó con el apoyo y financiación del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades del Gobierno de España, la oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM) y la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH (Cooperación Alemana).

16 Ordenanza No. 28 de 2010. Asamblea Departamental de Santander.

El proceso de diseño de la Política Pública de Mujer y Equidad de géneros del Departamento de Santander, bajo una metodología Bottom Up, contó con la participación significativa de la población civil, mujeres y entidades que coadyuvaron en la construcción de la política. Para su realización fueron activadas 8 Mesas Temáticas Provinciales y 6 Comités Interinstitucionales en 6 provincias del Departamento. La participación fue de 61 municipios, esto equivale al 70% de los municipios del Departamento. Las Mesas Temáticas Provinciales contaron con una participación de 246 mujeres y 18 hombres, para un total de 264 personas, 65% de la sociedad civil, y el 35% restante estuvo compuesto por representantes de las instituciones del Estado (PPMEG, 2010).

El componente de participación política de la PPMEG, parte de la premisa constitucional que “consagra la participación como principio y fundamento del Estado Social de Derecho, la reconoce como derecho y como deber, la erige como condición para el ejercicio de la ciudadanía y le confiere un sentido ético y político al establecer como necesarios sus nexos con la representación de los intereses de la ciudadanía”. (PPMEG, 2010, p. 29).

Al momento de la formulación de la política (2010), en el Departamento de Santander la participación de las mujeres en la Asamblea Departamental, Alcaldías y Concejos Municipales durante los 10 años anteriores, tal como se puede ver en la tabla 7, no superaba en promedio el 10.5% del total de elegidos, lo que representa un bajo porcentaje de representación femenina.

Tabla 2

Santander: Comparación de participación femenina, según instancias de representación política y periodos.

Instancias/ Periodo de Gobierno departamento de Santander	2001-2003				2004-2007				2008-2011			
	Total	H	M	%Part-Fem	Total	H	M	%Part-Fem	Total	H	M	%Part-Fem
Asamblea Dptal.	19	16	3	8.5%	19	17	2	10.5%	19	17	2	10.5%
Alcaldías	87	81	6	6.9%	87	81	6	6.9%	87	79	8	9.1%
Concejos	841	765	76	9.00%	817	737	80	9.10%	820	738	82	10.0%

Fuente: Período 1998 al 2007 Registraduría del Estado Civil. Período 2008-2011. Planes de Desarrollo Municipal recopilados por la Secretaría de Planeación Departamental – Elaborado por FMF.

En la contienda electoral del período 2008-2011, a nivel de municipios, las mujeres alcanzaron representación en el 9.1%, en las alcaldías de 8 municipios. Mientras que en los Concejos Municipales lograron 82 curules de un total de 820. Lo que equivale al 10%, evidenciando un leve incremento en comparación con las elecciones anteriores. El panorama por provincias respecto de la participación de la mujer en los Concejos Municipales permite evidenciar que el porcentaje más alto se encuentra en un 14%, correspondiente a la provincia Comunera. Así mismo dos provincias se encuentran por debajo del 10%, como son la provincia de Guanentá con el 6%, y, García Rovira con el 5%.



Gráfico 2. Participación de la mujer por provincias.

Fuente: Planes de Desarrollo Municipal 2008 – 2011, recopilado por la Secretaría de Planeación Departamental. Elaboración propia.

De esta manera, se demuestra que el 46% de los municipios de Santander no contaba con representación femenina en los Concejos Municipales. La provincia de García Rovira tenía la cifra más crítica en este sentido ya que contaba con el 83,30% de sus municipios sin representación política de la mujer.

Entre los aspectos más relevantes del proceso de la Política Pública en el Departamento, cabe destacar que si bien no fue la primera política pública en materia de género y equidad en Colombia, sí es la primera política pública de su tipo en adoptarse mediante Ordenanza y no por decreto. Se presenta como la categoría normativa más alta a nivel departamental, lo que garantiza la imposibilidad de que sea derogada por futuros gobernadores, esto disminuye su vulnerabilidad ante las voluntades políticas y le otorga la

sostenibilidad financiera en el tiempo, toda vez que contó con “la asignación en el presupuesto ordinario de cada vigencia, de una partida no inferior al 2% del valor de los ICLD apropiados para inversión y se promoverá el uso de presupuestos participativos sensibles al género” (Ordenanza No. 028, 2010, Art. 7). Lo cual constituyó una novedad de logro en materia de políticas públicas en Colombia.

Funcionamiento y responsables del Componente de Participación Política y Representación para la Autonomía de la Mujer de la PPMEG

El Componente de Participación Política y Representación para la Autonomía de la Mujer de la PPMEG se compone de 13 acciones, las cuales se pueden clasificar en cinco subgrupos, siendo estos: (i) Formación / Educativa, (ii) Liderazgo y emprendimiento, (iii) Investigación, (iv) Institucionales y (v) Promoción. Desde el diseño de la Política se asignaron responsables y actores en los diferentes objetivos y acciones planteadas. También, en ese sentido, se plantea como estructura de operación del mencionado componente, la siguiente:



Gráfico 3. Estructura de funcionamiento.

Fuente: elaboración propia.

Teoría del cambio y modelo lógico del Componente de Participación Política y Representación para la Autonomía de la Mujer de la PPMEG

La teoría del cambio es el modelo que permite la comprensión de las acciones de la política pública en su contexto con los recursos necesarios, los productos de las acciones, la población objetivo, la proyección de impactos y resultados esperados. De allí que se constituye en una herramienta

trascendental para el análisis de las políticas públicas. Para el caso concreto, la teoría del cambio del Componente de Participación Política de la PPMEG, presentada a continuación, incluye los elementos ya descritos, junto con el planteamiento de hipótesis claves para el cumplimiento de lo planteado en la PPMEG, y los indicadores de medida, que inciden tanto para la adopción de las acciones plasmadas en la política, como para la evaluación de los impactos o resultados esperados.¹⁷

La teoría del cambio, junto con el modelo lógico, confirman cómo las acciones del Componente de Participación Política y Representación para la Autonomía de la Mujer de la PPMEG, responden a unos resultados esperados, que están determinados por los objetivos estratégicos del componente y, en general, aportan mucho a los fines de la PPMEG.

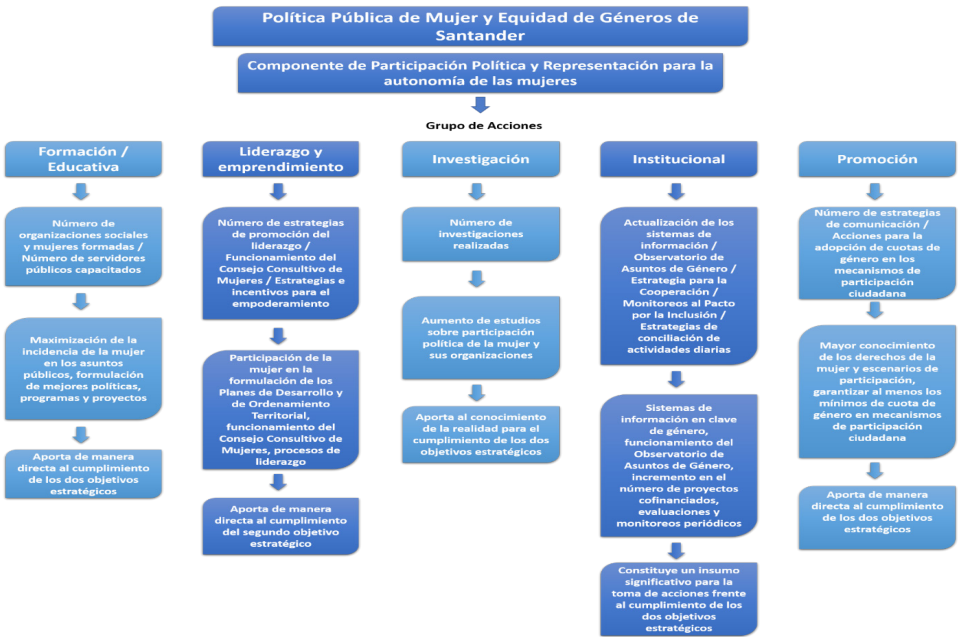


Gráfico 4. Modelo lógico.
Fuente: elaboración propia.

17 Revisar tabla de la teoría del cambio al finalizar el documento.

Análisis y evaluación de la teoría del cambio y el modelo lógico del Componente de Participación Política y Representación para la Autonomía de la Mujer de la PPMEG

El componente de participación política de la PPMEG parte del reconocimiento de la “escasa, reducida o mínima representación de los intereses de las mujeres y su limitada inclusión en los escenarios y espacios de toma de decisión” (PPMEG, 2010, pág. 29) como una necesidad que se debe resolver; sin embargo, deja fuera del análisis a otras complejidades que circundan este problema público.

Al analizar las entrevistas realizadas, se observa que el problema va más allá del escaso número de mujeres ocupando cargos de elección popular, lo que podría ser más una consecuencia de otras problemáticas con un trasfondo mucho más arraigado y crítico. Como lo expresa en la entrevista Oliva Moreno¹⁸ “La mujer no ha tomado conciencia de la participación política y de sus derechos”. A esto se suma las realidades culturales del Departamento en el que predomina el machismo, y donde la ausencia de la mujer en la toma de decisiones se ha convertido en una realidad socialmente aceptada. Oliva Moreno sostiene que ser mujer hace más difícil acceder a un cargo de elección popular. Ella expone que las mismas mujeres son machistas y revela una grave situación que evidencia una tendencia de la población femenina a no apoyar a la mujer que se postula a las elecciones populares. (Moreno O, 2018). Expresa Moreno que el problema se hace más complejo, por la ausencia de condiciones reales de aplicación de las leyes y demás normatividades que garantizan la igualdad. La política, según criterio de Oliva Moreno, debe enfocarse en garantizar la participación material y efectiva de la mujer, y en eliminar la discriminación de la mujer en los escenarios de participación y liderazgo (Moreno O. , 2018).

Se hace necesario transformar aspectos culturales patriarcales que impiden la partición de la mujer en la toma de decisiones políticas. Como primera tarea se debe concientizar a la mujer de su papel y la importancia

18 Oliva Moreno Gutiérrez: Excandidata a la alcaldía de El Carmen de Chucurí, Santander. Asesora de campañas políticas. Se ha desempeñado en cargos como secretaria de gobierno, secretaria de hacienda, alcaldesa encargada, entre otros, en distintos municipios del Departamento de Santander.

política de su participación. Con esto concuerda Maritza Jiménez¹⁹, quien manifiesta que el primer obstáculo contra la participación política de la mujer es el propio machismo de las mujeres. Desde su perspectiva, entre las principales necesidades se ubica el empoderamiento de la mujer y la exaltación de sus capacidades para el liderazgo, condiciones que lleven al auto convencimiento, y se materialicen en la participación, y el liderazgo de la mujer en el ámbito tanto político como social.

Un obstáculo determinante para la incidencia de la mujer en la toma de decisiones, está relacionado con la cultura institucional y de gobierno a nivel municipal y departamental, donde la participación femenina se ha visto más como una obligación (ejemplo: la ley de cuotas de género) en vez del ejercicio de un derecho. Esto hace que “en los escenarios de toma de decisión la opinión de los hombres prime y tenga más incidencia política”. (Jiménez, 2018).

Al tomar en cuenta el rol que tiene la participación para la generación de un escenario que responda a los ideales de justicia (Rodríguez & Vargas-Chaves, 2018), y desde lo planteado en la Política Pública como acciones para la participación política de la mujer. Es necesario hacer especial énfasis en la capacitación, en la formación a través de talleres y formas diversas de transmisión de conocimiento empleando herramientas para la incidencia efectiva. Sin embargo, este tipo de acciones requieren de un cuidado especial para no caer en la celebración de eventos sin mayor trascendencia, o en el gasto de los recursos públicos, sin el cumplimiento de objetivos medibles y de generación de impactos positivos. Como lo expone Jiménez, “los recursos se van en logística y no en el impacto que se podría llevar a los municipios” (Jiménez, 2018), para quien el verdadero impacto de una acción política para el fomento de la participación, va más allá de la realización de eventos y conferencias. “Las acciones de la política deben llegar a las provincias, a la vereda, donde se pueda empezar a capacitar a las mujeres, a empoderarlas” (Jiménez, 2018). Esto representa uno de los principales retos de las acciones del componente de participación política, y que busca llegar más allá de los grandes centros urbanos o capitales provinciales. Poder impactar de manera efectiva en las mujeres rurales, y sobre todo de aquellas mujeres que son habitantes de las zonas

19 Maritza Jiménez Hernández: Gestora social 2000-2003 y 2012-2015. Actual rectora de la Institución Educativa el Centenario. Líder social y comunitaria.

más apartadas, porque en esos lugares, más que en ninguna otra parte de Colombia, se requiere de un verdadero liderazgo social y político de las mujeres, que promueva el desarrollo de las comunidades y los territorios, desde una gestión que disminuya el machismo.

Se evidencia la necesidad de la formación y orientación específica de las mujeres para el liderazgo político. Toda vez que las mujeres en sus comunidades son líderes en otros escenarios como el religioso, social, cultural. Sin embargo, por los impedimentos ya señalados de la misma cultura, y por el escenario político propio, históricamente dominado por hombres y carente de verdaderos espacios de participación incluyente, hace que las mujeres no se atrevan en ocasiones a dar el paso necesario para pasar de un liderazgo social a un liderazgo político, que les permita llegar a cargos de elección popular, y acceder al poder para la toma de decisiones, ya que, como lo explica Jiménez, el empoderamiento de las mujeres es una salida transformadora frente a la práctica de la política tradicional. (Jiménez, 2018).

Si bien el documento de la PPMEG, en lo que respecta al componente de participación política, no elabora la lista de las necesidades o problemáticas más sentidas, como aquellas que dificultan la participación efectiva de la mujer. En todo caso, de las acciones establecidas se puede evidenciar que la falta de conocimientos, de formación para el ejercicio de sus derechos civiles y políticos, se tomó como un orientador de su posicionamiento y desempeño Político. Pese a que la política contempla, sin duda, acciones de formación de liderazgo, formulación de proyectos, administración pública, entre otras. Aunque todos estos temas están enfocados en fortalecer el papel de la mujer en el escenario público y político, todavía se carece de una estrategia que garantice la continuidad de estos procesos formativos para quienes se involucran.

Una acertada estrategia para la educación de la mujer en el liderazgo social y político, debe enfocarse en las etapas escolares. Desde la infancia y la adolescencia se requiere promover la participación igualitaria de la mujer en estos espacios, aprovechando escenarios como la Personería Escolar²⁰

20 En todos los establecimientos educativos el personero de los estudiantes será un alumno que curse el último grado que ofrezca la institución. Este se encarga de promover el ejercicio de los deberes y derechos de los estudiantes consagrados en la Constitución Política, las leyes, los reglamentos y el Manual de Convivencia. (MINEDUCACIÓN , 2010).

y la Contraloría Escolar²¹. Los cuales son cargos de elección popular en las instituciones educativas. Estos escenarios son los primeros puntos de contacto de la mujer con el liderazgo político, que desde los colegios se empodere a la mujer para participar, se le prepare para la incidencia en los asuntos colectivos y, a su vez, se eduque a la comunidad estudiantil, quienes serán los electores del mañana, y así irse preparando para recibir mujeres empoderadas en la política. La participación igualitaria de la mujer en los espacios escolares es una oportunidad que garantiza un doble beneficio. Primero, está la transformación de la mentalidad de la mujer, en el sentido de promover su convencimiento y reconocimiento de capacidades para el liderazgo y la participación. Segundo, estaría la generación de conciencia social y cambios culturales, en cuanto a la percepción de la mujer en la política como un hecho relevante y positivo para la comunidad. Concuera con esto Maritza Jiménez, quien en la actualidad se desempeña como Rectora de una institución educativa. Ella percibe este escenario como el ideal para “fomentar la participación de la mujer”, y desde ahí promover en la mujer su capacidad para el ejercicio del poder. Como bien lo expresa la Secretaria de Educación del Departamento de Santander Andrea Aguilar²² “hacer ver atractivo para el género femenino los espacios de poder político” (Aguilar, 2018).

Al analizar las necesidades que busca responder el Componente de Participación Política de la PPMEG a partir de la posición de Yamile Gordillo²², tenemos que una de las conclusiones es la de fortalecer la educación, y los espacios de formación para la mujer, tanto en materia de educación formal como de formación para el liderazgo. Con procesos formativos transformadores, enfocados en empoderar a la mujer y en brindarle herramientas suficientes y óptimas para el liderazgo activo. Así mismo, es necesario fortalecer los procesos incipientes de participación e

21 Es el educando elegido democráticamente por los demás estudiantes matriculados, para representar en la Institución Educativa el perfil de encargo académico frente al ejercicio de control social. Se encargará de velar por la promoción y fortalecimiento del control social, y fortalecimiento de control social de la gestión educativa, garantizando la transparencia, la honestidad, el compromiso, la coherencia, la solidaridad, el respeto y la responsabilidad de la institución educativa en su conjunto. (Secretaría de Educación, s.f.).

22 Balkis Yamile Gordillo Moreno: Asesora de diferentes entidades estatales en temas de políticas públicas. Candidata a magister en gobierno y políticas públicas de la Universidad Externado de Colombia. Líder social en el contexto provincial.

incidencia de la mujer en las provincias como impulso y motivación a sus inquietudes de liderazgos, y fomento para futuras aspiraciones políticas y electorales. Ya que “la mujer en la política quiere transformar situaciones indeseadas (...) la mujer tiene una visión más social y de transformar vidas”. Para lo cual se deben disipar las barreras institucionales aún existentes, como la dificultad en el acceso a los recursos para las iniciativas de las mujeres y la poca motivación y reconocimiento por su labor de liderazgo. (Gordillo, 2018).

Conclusiones

Con el análisis de lo que fue el proceso de agendamiento de la PPMEG en Santander, la construcción de la teoría del cambio y el modelo lógico del Componente de Participación Política y Representación para la Autonomía de la Mujer de la PPMEG, se obtiene una mayor comprensión de las realidades a las que las mujeres en sus territorios se enfrentan a la hora de participar en la política y asumir liderazgos. Así como de los intereses tanto de quienes promovieron la formulación de la política pública como de los tomadores de decisiones que permitieron y garantizaron las condiciones para su implementación.

Como el objetivo de este capítulo es presentar los resultados de la evaluación de diseño del componente mencionado, hay que expresar que en materia de participación de la mujer, se requiere del reconocimiento de las realidades territoriales específicas en la formulación de la política. Se evidencia una significativa caracterización de los diferentes procesos políticos y electorales, sujetos a los mecanismos de participación ciudadana en las diferentes provincias del Departamento. Allí se observa una construcción participativa del componente, y de la política que se ajusta a las realidades de la mujer en sus comunidades y territorios. En cuanto a la definición del problema por resolver con el componente de participación, el diseño de la política se queda corto en lo que respecta a su delimitación y al análisis de las múltiples causas, que sustente las acciones que se requieran implementar. Claramente se limita al reconocimiento de una realidad evidente como lo sigue siendo la escasa participación de la mujer en los cargos de elección popular. Donde para el 2010, año de adopción de la PPMEG, no superaba el 10,5% del total de elegidos a nivel departamental.

Esto es la consecuencia visible de las verdaderas causas de los problemas, y de las cuales se destacan las siguientes:

🚩 Ausencia de verdaderos espacios para la participación de la mujer, más allá de los requisitos formales que impongan las normatividades sobre cuotas y participación femenina.

🚩 Necesidad de espacios de formación constante en materia de liderazgo y participación ciudadana con enfoque de género en las provincias, en los municipios y zonas alejadas de los centros poblados del Departamento. Uno de los principales retos para el fomento de la participación política de la mujer es llegar a las comunidades y territorios apartados, y empoderar a las mujeres como agentes para el desarrollo. Hay que destacarles y convencerlas de sus derechos y sus capacidades para que sean ellas mismas quienes promuevan sus liderazgos, y vayan ganando espacios de participación e incidencia.

Necesidad de activar procesos de transformación de la mentalidad de la mujer tanto a nivel individual como colectivo. La mujer debe modificar su imagen de estar ligada exclusivamente a las labores domésticas, de baja responsabilidad y, en general, esclava de los oficios socialmente asignados. Un verdadero proceso de empoderamiento de la mujer debe partir del propio reconocimiento de sus capacidades, de asumir sus derechos y arrogarse el liderazgo transformador de sus realidades y sus territorios.

🚩 Necesidad de transformación cultural radical del imaginario colectivo de la sociedad santandereana. En términos generales, Santander sigue siendo culturalmente un Departamento machista, en el que, como lo evidenciaban algunas de las entrevistadas, las mujeres son vistas en ocasiones, incluso, como ciudadanas de segunda categoría. Por lo tanto, es necesario adoptar acciones encaminadas a la toma de conciencia social frente a la igualdad y equidad de género, y de las múltiples capacidades de la mujer, que la iguale a los hombres en el ejercicio de cualquier tipo de liderazgo y esencialmente el del liderazgo político. Que antes de juzgar a un candidato a un cargo de elección popular en razón de su género, se le haga por sus ideas y propuestas.

Fuente: elaboración propia.

Frente a los subgrupos en los que se clasificaron las acciones implementadas por el Componente de Participación Política de la PPMEG, concluimos lo siguiente:

(i) Formación / educativa: son acertadas las acciones adoptadas en la PPMEG en cuanto a la formación para la participación política por parte de las mujeres y sus organizaciones, y la capacitación para servidores públicos en temas de género y políticas públicas, formulación y gestión de proyectos, programas y políticas. Sin embargo, su nivel de impacto estará supeditado, entre otros factores, al alcance territorial de dichas acciones, acercando la formación a los municipios alejados de las capitales, a las zonas rurales y en las que se garantice la oportunidad de acceso a cualquier mujer del territorio departamental.

(ii) Liderazgo y emprendimiento: Con las entrevistas realizadas a las líderes regionales se encontraron ejemplos de emprendimientos sociales, económicos e industriales muy significativos desarrollados en las provincias, en las zonas rurales de los municipios. Allí se encuentra el reto de este

tipo de acciones, ir más allá de la ciudad capital o de los grandes centros poblados y de promover el emprendimiento de la mujer en las distintas zonas del Departamento. Así mismo, promover y garantizar los espacios para el liderazgo femenino aplicando los mecanismos de participación ciudadana en todos los municipios, inculcando en la mujer su papel como agente fundamental para el desarrollo y transformación de las comunidades y territorios.

(iii) Investigación: la acción de fomento de la investigación en temas de género y participación de la mujer se encuentra bien diseñada, y para maximizar su impacto en la ejecución, se deben promover investigaciones aplicadas cuyo enfoque y metodología sea la del trabajo de campo, que permita el reconocimiento real de los procesos de participación ciudadana de la mujer, y de la experiencia de participación de ella en contiendas electorales y de los alcances en el ejercicio de cargos de elección popular.

(iv) Institucional: las acciones enfocadas hacia la institucionalidad departamental y municipal son de especial relevancia, ya que garantizan la continuidad de las acciones de la política pública, también la incidencia de la mujer en las decisiones públicas, así como la consolidación de los espacios garantes de la participación de la mujer.

(v) Promoción: las acciones de promoción de la PPMEG, de los derechos de la mujer y su participación, no pueden quedarse en buenas intenciones de visibilización de las acciones desarrolladas por los gobiernos de turno. Sobre todo se deben diseñar estratégicamente para motivar a la mujer a asumir liderazgos y roles transformadores en sus territorios, promoviendo la participación política como una forma de materializar sus derechos, y de este modo apostarle al desarrollo y la transformación de sus realidades, es decir, las de sus comunidades y del departamento.

Finalmente hay que concluir que el diseño del Componente de Participación Política y Representación para la Autonomía de la Mujer de la PPMEG, guarda coherencia entre el problema identificado y las acciones adoptadas como respuesta, toda vez que se adapta a las necesidades evidenciadas tanto en la PPMEG y sus antecedentes, como en la presente investigación.

En este sentido, la secuencia entre los recursos, las actividades, los productos y los impactos, son razonables porque guardan lógica entre

sus interacciones, y, por ende, se encuentran debidamente sustentados, al disponer de la financiación necesaria para su ejecución y enmarcados en las posibilidades reales de materialización. Existe una adecuada lógica y congruencia entre los diferentes elementos que conforman el componente, lo que permite determinar que presenta un diseño óptimo que garantiza la sostenibilidad de las acciones de la política pública en el tiempo, y que además permite prever resultados positivos, en cuanto al impacto de las acciones adoptadas, siendo estas acertadas respecto de las realidades de la participación política de la mujer en el Departamento de Santander.

NOTA: La tabla parte, de izquierda a derecha, con la descripción de las acciones que comprenden el componente de participación política de la PPMEG. Estas se encuentran clasificadas en grupos de actividades de acuerdo a sus fines o temáticas. Seguidamente se exponen los recursos necesarios para la realización de las actividades, el producto tangible o identificable de la acción, su población objetivo, finalizando con la representación de los impactos, los cuales se subdividen en corto y largo plazo, consolidando el resultado esperado de cada acción.

Tabla 3
Teoría del cambio

Definición	Acción de la Política Pública	Grupo de actividades	Recursos	Productos	Población	Impacto a corto plazo	Impacto a largo plazo	Resultados esperados
Descripción	Implementar estrategias de formación política y ciudadana con organizaciones sociales y de mujeres en temas como gestión de proyectos, régimen contractual, administración pública, funcionamiento del Estado, derechos civiles y políticos considerando los diversos enfoques poblacionales diferenciales y las metodologías apropiadas.	Formación / educativa.	Presupuesto, capacitadores, datos sobre las organizaciones sociales y de mujeres, materiales didácticos y tecnológicos, espacios físicos para la formación.	Número de organizaciones sociales y de mujeres formadas.	Organiza-cio-nes sociales y de mujeres.	Mujeres capacitadas en asuntos públicos, administración, gobierno, derechos fundamentales, civiles y políticos	Fortalecimiento y generación de espacios de participación promovidos por las mujeres.	Maximización de la incidencia y participación de la mujer y sus organizaciones en la toma de decisiones públicas, administración y asuntos de gobierno. Aumento en el número de proyectos gestionados y ejecutados por las organizaciones de mujeres. Incremento en las acciones cívicas, sociales, judiciales, administrativas y de cualquier índole, para la exigencia y materialización de los derechos de la mujer.
	Realizar procesos de capacitación y formación teórica, metodológica y técnica con servidoras y servidores públicos en el nivel departamental y municipal, sobre Políticas Públicas de Género, derecho a la participación y representación de las mujeres, y diseño, formulación y puesta en marcha de políticas, programas y proyectos institucionales.			Número de servidores públicos capacitados.	Servidores públicos a nivel municipal y departamental.	Servidores públicos capacitados para el fortalecimiento de su gestión en perspectiva de género.	Incremento en la formulación de proyectos, programas y políticos con énfasis en la equidad de género.	Formulación y ejecución de más y mejores políticas, programas y proyectos que favorezcan la participación de la mujer y su incidencia en lo público y lo político.

Tabla 3
Teoría del cambio

Definición	Acción de la Política Pública	Grupo de actividades	Recursos	Productos	Población	Impacto a corto plazo	Impacto a largo plazo	Resultados esperados
Descripción	Emprender estrategias de promoción de la participación, incidencia y representación de las organizaciones sociales y de mujeres en la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de los Planes de Desarrollo, Planes de ordenamiento Territorial y de Desarrollo rural.	Liderazgo y emprendimiento.	Presupuesto, capacitadores, datos sobre las organizaciones sociales y de mujeres, materiales didácticos y tecnológicos, espacios físicos para la formación y la reunión de las mujeres, herramientas técnicas para el monitoreo de Planes de Desarrollo, Planes de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Rural, logística para el funcionamiento del Consejo Consultivo de Mujeres, transporte y logística para los encuentros de mujeres y eventos.	Número de estrategias de promoción de liderazgo para la incidencia en asuntos públicos.	Organizaciones sociales y de mujeres.	Organizaciones sociales y de mujeres con herramientas cognitivas para liderar acciones de desarrollo en sus territorios.	Incremento en la participación de la mujer con aportes para los Planes de Desarrollo y de ordenamiento territorial.	Participación activa y significativa de las organizaciones de mujeres en la formulación de los Planes de Desarrollo, Planes de Ordenamiento Territorial y de Desarrollo Rural.
	Asegurar el funcionamiento del Consejo Consultivo de mujeres del Departamento e impulsar la creación de mecanismos de interlocución y seguimiento a nivel local sobre los temas de mujer y equidad de géneros, garantizando la efectiva participación de las mujeres.			Cumplimiento de las condiciones de funcionamiento del Consejo Consultivo de Mujeres establecidos en la Ordenanza No. 032 de 2009.	No aplica	Convocar a las sesiones del Consejo Consultivo de Mujeres.	Garantizar las condiciones para que el Consejo Consultivo de Mujeres sesione de manera periódica.	Pleno funcionamiento del Consejo Consultivo de Mujeres en los términos establecidos por la Ordenanza No. 032 de 2009 de la Asamblea Departamental de Santander.
	Diseñar e implementar estrategias de fortalecimiento organizativo y acompañamiento dirigido a incrementar la participación y el empoderamiento de las mujeres rurales y urbanas, a partir de los intercambios de experiencias y la asignación de incentivos públicos que promuevan el liderazgo de las mujeres.			Número de estrategias para la participación y el empoderamiento de las mujeres Número de incentivos públicos al liderazgo	Población femenina rural y urbana del Departamento.	Mujeres capacitadas para la creación de organizaciones y para el desarrollo comunitario.	Aumento en los procesos de desarrollo comunitario liderado por mujeres.	Incremento en el número de procesos de liderazgo y experiencias significativas en cabeza de mujeres y sus organizaciones en lo social, político y económico.

Tabla 3
Teoría del cambio

Definición	Acción de la Política Pública	Grupo de actividades	Recursos	Productos	Población	Impacto a corto plazo	Impacto a largo plazo	Resultados esperados
Descripción	Realizar estudios e investigaciones en alianza con la academia y las organizaciones sociales, que permitan el conocimiento de experiencias organizativas de las mujeres del departamento e identificar buenas prácticas y divulgar ampliamente los resultados.	Investigación.	Presupuesto, investigadores, poblaciones de estudios o muestras, eventos de divulgación científica, revistas científicas de divulgación.	Número de investigaciones realizadas.	Población del Departamento.	Promoción de la investigación y estudios de género y participación política, social y comunitaria en el Departamento	Incremento en el número de investigaciones realizadas en el Departamento para el reconocimiento de las realidades de la participación de la mujer en la política y lo público.	Aumento de los estudios e investigaciones sobre la participación y organización de la mujer en el Departamento.
	Adecuar los sistemas de información departamental y municipal, promoviendo la desagregación por sexo de la información, incorporando indicadores de género en los procesos de participación política y ciudadana, para hacer visible la representación de las mujeres en las diversas instancias de participación, representación, control social, veeduría ciudadana y rendición de cuentas.	Institucional.	Presupuesto, equipos de cómputo y herramientas de software para la adecuación de los sistemas de información, instalaciones físicas con dotación, personal calificado, capacitadores, herramientas para la formulación de proyectos, bases de datos de organizaciones civiles y de mujeres, agencias de cooperación nacional e internacional, financiadores, programas de responsabilidad social empresarial afines al género.	Actualización de los sistemas de información del Departamento de Santander.	No aplica.	Generar los primeros cambios en el recaudo de información en las dependencias departamentales de gobierno.	Actualizar en los municipios los sistemas de información basados en enfoques de género.	Sistemas de información Departamental y Municipal en perspectiva de género.

Tabla 3
Teoría del cambio

Definición	Acción de la Política Pública	Grupo de actividades	Recursos	Productos	Población	Impacto a corto plazo	Impacto a largo plazo	Resultados esperados
Descripción	Crear el observatorio de asuntos de Género en el Departamento, estableciendo compromisos a nivel municipal, a fin de hacer seguimiento al cumplimiento y avances de las políticas de equidad y compromisos internacionales de género.			Observatorio de Asuntos de Género de Santander.	No aplica.	Reconocimiento de la necesidad del Observatorio de Asuntos de Género de Santander.	Creación del Observatorio de Asuntos de Género de Santander.	Funcionamiento del Observatorio de Asuntos de Género de Santander.
	Diseñar e implementar una estrategia de fortalecimiento de la cooperación internacional para la cofinanciación de programas en equidad de género en alianza con los municipios y el sector privado, así como para la obtención de apoyos tecnológicos y la construcción de presupuestos sensibles al género e índices de equidad y potenciación de género en el Departamento y los municipios.			Estrategias para la cooperación internacional y la cofinanciación de programas.	Población femenina rural y urbana del Departamento.	Generación de estrategias para la búsqueda de cooperación internacional.	Presentación de proyectos ante agencias de cooperación nacional e internacional y ante el sector privado, para la cofinanciación de acciones en materia de género.	Incrementó en el número de proyectos cofinanciados por cooperación internacional para procesos de presupuestos participativos, con enfoque género a nivel municipal y departamental.
	Hacer seguimiento y promover el cumplimiento del Pacto por la inclusión efectiva de las mujeres en la política, establecido por la Consejería de Equidad para la mujer, y suscrito por todos los poderes públicos y representantes de los Partidos y movimientos Políticos			Número de monitoreos del Pacto por la Inclusión efectiva de las mujeres en la política.	No aplica.	Reconocimiento de las condiciones mínimas necesarias para la realización de monitoreo del Pacto por la Inclusión.	Realizar los primeros monitoreos y seguimientos al cumplimiento del Pacto por la Inclusión.	Evaluaciones y monitoreos periódicos y efectivos al Pacto por la Inclusión Efectiva de las Mujeres en la política del Departamento de Santander.
	Gestionar la implementación de estrategias orientadas a fortalecer la infraestructura social de apoyo a la familia como comedores y lavanderías públicas y cuidado de la infancia y la adolescencia, para favorecer la conciliación entre el trabajo familiar, social, político y comunitario de mujeres y hombres del sector urbano y rural			Número de estrategias para favorecer la conciliación entre el trabajo familiar, social, político y comunitario.	Población del Departamento	Diseño de estrategias para el mejoramiento de las condiciones cotidianas de la mujer en sus labores.	Implementación de algunas estrategias encaminadas a facilitar el día a día laboral y doméstico.	Mejoramiento de las condiciones cotidianas de la mujer para la conciliación entre las actividades domésticas, sus obligaciones laborales, el liderazgo político, social, cultural, económico y cualquier forma de emprendimiento.

Tabla 3
Teoría del cambio

Definición	Acción de la Política Pública	Grupo de actividades	Recursos	Productos	Población	Impacto a corto plazo	Impacto a largo plazo	Resultados esperados
Descripción	Diseñar y poner en marcha estrategias comunicativas y campañas periódicas con apoyo del sector público, privado y comunitario del contexto departamental y municipal, para la difusión del derecho de las mujeres a la participación, la representación y el ejercicio de su autonomía, que incentiven a la ciudadanía en general en los ámbitos urbanos y rurales en el reconocer del derecho de las mujeres a participar en la toma de decisiones.	Promoción.	Presupuesto, medios de comunicación, material audiovisual, logística para campañas institucionales, asesores para los municipios en materia de cuotas y equidad de género.	Número de estrategias de comunicación para el fomento de la participación y la difusión de los derechos de la mujer.	Población del Departamento.	Diseño de estrategias de comunicación para el fomento de la participación y los derechos de la mujer.	Implementación de estrategias periódicas para el fomento de la participación y los derechos de la mujer.	Mayor conocimiento en la población femenina rural y urbana sobre sus derechos como mujer y los escenarios para su participación e incidencia.
	Promover el establecimiento de cuotas de participación de las mujeres en los Consejos Territoriales de Planeación y en todos los mecanismos de participación ciudadana departamental y municipal para la representación de los intereses de las mujeres en los diversos sectores que los conforman.			Acciones para la adopción de cuotas de género en los Consejos Territoriales de Planeación y en todos los mecanismos de participación ciudadana departamental y municipal.	Población femenina rural y urbana del Departamento.	Asesoría a los municipios en cuotas de género y participación ciudadana.	Implementación a nivel municipal y departamental de mecanismos de participación que garanticen la mínima cuota legal de género.	Garantizar al menos los mínimos de cuota de participación de la mujer en los diferentes mecanismos de participación ciudadana a nivel municipal y departamental.

Fuente: *elaboración propia.*

Referencias

- Aguilar, I. (diciembre de 2018). Entrevista educación y participación política de la mujer. (J. D. Rueda, Entrevistador)
- Alarcón, Y. (2012). Comentario a la Política Pública de Equidad de Género para las mujeres. *Vniversitas*, 11-14. Recuperado el 13 de 06 de 2018, de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602012000200001
- Anderson, J. (2003). *Public Policymaking: an introduction* (5ta Edición ed.). Boston: Houghton Mifflin.
- Asamblea Departamental de Santander. (2013). Ordenanza No. 072. Bucaramanga, Santander.
- Bustelo, M. (2004). *La evaluación de las políticas de género en España*. Madrid: Los libros de la catarata.
- Canal UDES. (15 de 10 de 2016). El machismo sigue presente en Santander según estudio realizado por el CIMEP. Recuperado el 08 de 06 de 2018, de <http://www.udes.edu.co/comunicaciones/item/1237-el-machismo-sigue-presente-en-santander-segun-estudio-realizado-por-el-cimep.html>
- CEDM. (1997). Recomendación general 23, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 16º período de sesiones, 1997, U.N. Doc. A/52/38. Human Rights Library - University of Minnessota. Recuperado el 13 de 06 de 2018, de <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/Sgeneral23.htm>
- CIMEP - UDES. (2016). El machismo sigue presente en Santander según estudio realizado por el CIMEP. Recuperado el 08 de 06 de 2018, de Canal UDES: <http://www.udes.edu.co/canal-udes.html>
- CONPES. (1992). *Política Integral para la mujer*. Bogotá, Colombia: Consejo Nacional de Política Social.
- CONPES. (1994). *Política para el desarrollo de la mujer rural*. Bogotá, Colombia: Consejo Nacional de Política Social . Obtenido de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Social/23.pdf>
- Consejería para la Equidad de la Mujer. (2003). *Mujeres Constructoras de Paz y Desarrollo*. Bogotá, Colombia: República de Colombia.

- Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer. (1999). Plan de Igualdad de Oportunidades para las Mujeres. Bogotá, Colombia: República de Colombia.
- Consejo Nacional de Política Social. (1997). Avance y ajustes de la Política de Participación y Equidad para las Mujeres. Bogotá, Colombia: República de Colombia.
- Consejo Nacional de Política Social. (2013). Equidad de Género para las Mujeres. Bogotá, Colombia: República de Colombia.
- Constitución Política de Colombia. (1991). Bogotá, Colombia: Leyer.
- Corbetta. (2003). Metodología y técnicas de investigación social. Madrid: McGraw-Hill.
- Cortés, D. (26 de 11 de 2017). Conductas machistas. Opinión y Salud. Recuperado el 08 de 06 de 2018, de <https://www.opinionysalud.com/conductas-machistas-se-perpetuan-sistema-arraigado-creencias/>
- DANE. (2005). Censo General 2005. Obtenido de Departamento Administrativo Nacional de Estadística.
- Departamento Nacional de Planeación. (1984). Política sobre el papel de la mujer en el desarrollo agropecuario. Bogotá, Colombia: Consejo Nacional de Política Social.
- Díez, María A. (2004), “La evaluación basada en la teoría y su aplicación a la política regional: algunas reflexiones teóricas”, en Gestión y Análisis de Políticas Públicas, Nos. 30-31, pp. 57-70.
- Dubnickm, M y Bardes, B. (1983). Thinking about Public Policy: A problem-solving approach. New York: Wiley.
- Ferrer, M. (2016). La investigación cualitativa. En R. Borge, & M. y. Ferrer, Técnicas de Investigación Aplicadas a la Ciencia Política (pág. 45). Barcelona, España: Universitat Oberta de Catalunya.
- Fundación Mujer y Futuro. (2009). Diagnóstico de Brechas de Género en Santander. Informe de Investigación , Bucaramanga, Colombia. Recuperado el 04 de junio de 2018
- Gobernación de Santander. (2016-2019). Plan de Desarrollo Departamental. Gobernación de Santander, Bucaramanga, Colombia. Recuperado el 04 de junio de 2018, de http://www.santander.gov.co/images/cooperacion/plan_de_desarrollo.pdf

- Gobernación de Santander. (12 de julio de 2017). Nos une Santander. Obtenido de <http://www.santander.gov.co/index.php/actualidad/item/655-avanza-ejecucion-de-la-politica-publica-de-la-juventud>
- Gordillo, Y. (noviembre de 2018). Entrevista participación política de la mujer en las provincias. (J. D. Argüello, Entrevistador)
- Grossman, E. (2016). Actor: El actor en el análisis de las políticas públicas. En J. J. Cuervo, Diccionario de políticas públicas (págs. 47-53). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Gutiérrez, V. (1968). Familia y cultura en Colombia. (U. Nacional, Ed.) Bogotá: Coediciones Tercer Mundo.
- ICBF. (06 de 2018). Modalidad comunitaria. Recuperado el 09 de 06 de 2018, de Primera infancia: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PrimeraInfanciaICBF/Servicios/Comunitario>
- Ivàlua. (2009). Guía Práctica 3 Evaluación del Diseño. Barcelona, España: Institut Català d'Avaluació de Polítiques Públiques. Recuperado el 14 de 06 de 2018, de http://www.ivalua.cat/documents/1/06_06_2017_14_08_49_Guia3_Disenyo_octubre2009_revfeb2010_massa_vermella.pdf
- Ivàlua. (2009). Guía práctica 3: evaluación del diseño. Barcelona: Ivàlua.
- Jacquot, S y Mazur, A. (2016). Políticas Públicas y Género. En I. J.-F. Jorge, Diccionario de Políticas Públicas (págs. 460 - 469). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Jaime, F. Dufour, G. Alessandro, M y Amaya, P. (2013). Introducción al Análisis de Políticas Públicas. Buenos Aires, Argentina: Universidad Nacional Arturo Jauretche. Obtenido de <https://www.unaj.edu.ar/wp-content/uploads/2017/02/Pol%C3%ADticas-p%C3%ABlicas2013.pdf>
- Jefatura de Gabinete de Ministros. (2016). Manual de base para la evaluación de políticas públicas (2da Edición ed.). Buenos Aires, Argentina: Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación y Ministerio de Modernización. Obtenido de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/modernizacion_gestion_por_resultados_manual_base_para_la_evaluacion_de_politicas_publicas_2016.pdf
- Jiménez, M. (diciembre de 2018). Entrevista mujer y participación política: el papel de la educación. (J. D. Rueda, Entrevistador)

- Kraft, M y Furlong, S. (2007). *Public Polic: politics, analysis, and alternatives* (2da Edición ed.). Washington D.C: CQ Press.
- Ley 1475. (2011). Bogotá, Colombia: Congreso de la República de Colombia.
- Ley 1761 (2015) (Art. 2). Bogotá D.C. : República de Colombia.
- Ley 581. (2000). Ley de cuotas. Bogotá, Colombia: Congreso de la República de Colombia. Recuperado el 13 de 06 de 2018, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=5367>
- Mateos, A. (2019). Ciudadanos y participación política. USAL. <https://campus.usal.es/~dpublico/areacp/materiales/ciudadanosyparticipacion.pdf>. consultado el 14/01/2019.
- MINEDUCACIÓN. (17 de 03 de 2010). Ministerio de Educación Nacional de Colombia. Obtenido de Al día con las noticias: <https://www.mineducacion.gov.co/observatorio/1722/article-220387.html>
- Montero, L. y. (2011). Incidencia Política de las mujeres y transparencia en la coyuntura electoral 2011. Informe de investigación.
- Montoya, A. (2009). Recorrido por las políticas públicas de Equidad de Género en Colombia y Aproximación a la experiencia de participación femenina con miras a la nueva construcción de escenarios locales. *Estudios de Derecho*, 147.
- Moreno, G. (octubre de 2018). Entrevista Dra. Graciliana Moreno. Proceso de agendamiento y formulación de la Política Pública de Mujer y Equidad de Géneros de Santander. (Y. Gordillo, Entrevistador)
- Moreno, O. (diciembre de 2018). Entrevista sobre participación política de la mujer en Santander. (J. D. Argüello, Entrevistador)
- OCDE. (2002). *Glosario de términos sobre evaluación y gestión de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos*. París, Francia: OCDE.
- OEA. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: OEA. Recuperado el 13 de 06 de 2018, de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- ONU. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Washington D.C: OHCHR. Recuperado el 13 de 06 de 2018, de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

- Ordóñez-Matamoros, G. (2013). Manual de análisis y diseño de políticas públicas. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Osuna y Márquez. (s.f.).
- Osuna, J y Márquez, C. (2000). Guía para la evaluación de Políticas Públicas. Sevilla: Instituto de Desarrollo Regional.
- Parry, G; Moyser, G y Day, N. (1992). Political Participation and democracy in Britain. Cambridge: Cambridge University Press.
- Pasquier, R. (2016). Políticas Locales. En I. J.-F. Jorge, Diccionario de Políticas Públicas (págs. 456-460). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Peláez, M. (2001). La Política de Género en el Estado Colombiano: Un camino de conquistas sociales. Rio de Janeiro, Brasil: Fundación Osvaldo Cruz-Fiocruz. Recuperado el 13 de 06 de 2018, de http://www.bdigital.unal.edu.co/47458/1/lapol%C3%ADtica_deg%C3%A9nero_en_el_estado_colombiano.pdf
- Plan Departamental de Desarrollo. (2008-2011). Plan Departamental de Desarrollo. Bucaramanga: Gobernación de Santander.
- Rodríguez, J. (2015). El movimiento de mujeres y su incidencia en la formulación e implementación de la política pública de la mujer y equidad de Géneros en Santander, Colombia, 2007-2014. Reflexión Política, 162-176.
- Rodríguez, G. A., & Vargas-Chaves, I. (2018). Participation in Environmental Decision Making as an Imperative for Democracy and Environmental Justice in Colombia. Mediterranean Journal of Social Sciences, 9(6), 145-155.
- Steve, J. (2016). Evaluación. En I. J.-F. Jorge, Diccionario de Políticas Públicas (págs. 285 - 293). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Secretaría de Educación. (s.f.). Metaportal. Obtenido de Contralor estudiantil - participar es tu derecho: <http://mp.antioquiatic.edu.co/Contralor-estudiantil/%C2%BFQue-es-un-contralor-estudiantil/>
- Uriarte, E. (2002). Introduction to Political Science: Politics in democratic societies. Madrid: Tecnos.
- Verba, S y Nie, N. (1972). Participation in America: Political democracy and social equality. Chicago: The University of Chicago Press.

WEISS, C. H. Evaluation. 2.^a ed. Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall, 1998.

9. La vivienda de interés social en Cartagena: un análisis crítico en torno de la satisfacción del derecho a la vivienda digna¹

Rafaela Sayas Contreras²
Oswaldo Mercado Pedraza³

Introducción

La necesidad de vivienda digna en Colombia es una situación apremiante que se hace extensiva a la ciudad de Cartagena de Indias, aspecto negativo que contrasta con el creciente número de construcciones, más los múltiples proyectos de inversión públicos y privados en desarrollo. De hecho, según datos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE, 2016), el déficit de vivienda en Cartagena es de 78 mil casas, con un indicador del 37,2 %. Así las cosas, la ciudad ocupa el segundo lugar en el país con el mayor déficit habitacional, y con viviendas que no solo carecen o tienen problemas de servicios públicos, sino de las normas mínimas de seguridad y salubridad.

Uno de los deseos del ser humano es tener un techo donde poder vivir, más aún si tiene familia. De tal manera que el hecho de obtener una vivienda se ha convertido en un derecho reconocido en el marco de los derechos sociales. Por su misma naturaleza, constituye un reto de gran

1 Informe de avance del proyecto: “Observatorio de territorio urbano y patrimonio histórico”, que viene ejecutando el grupo de investigación “Conflicto y Sociedad” de la Universidad de Cartagena.

2 Abogada de la Universidad de Cartagena, docente de la misma universidad en grado y posgrado, líder del grupo de investigación conflicto y sociedad de la Universidad de Cartagena. Especialista en Conciliación y resolución de conflictos de la Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad del Rosario. Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Doctora en Sociología de la Universidad de Belgrano, Argentina.

3 Abogado de la Universidad de Cartagena, semillerista del grupo de investigación Conflicto y Sociedad de la Universidad de Cartagena.

magnitud para los Estados nacionales y para los ciudadanos de escasos recursos económicos.

Es imperiosa la necesidad de las personas más pobres de tener una vivienda denominada de interés social. Por ello, este trabajo de investigación dará cuenta de la brecha entre aspectos normativos y sociales relacionados con la vivienda digna, y la adjudicación de este tipo de viviendas en la ciudad de Cartagena. Se efectuará un abordaje cualitativo, jurídico dogmático, con fundamento en información secundaria, análisis que girará en torno de la siguiente pregunta problematizadora:

¿Satisfacen las viviendas de interés social- VIS el derecho de los usuarios a poseer la vivienda digna de conformidad con los postulados del estado social de derecho? ¿Qué tipo de entes de control y acciones judiciales amparan a los adjudicatarios de VIS en caso de vulneración de sus derechos?

El trabajo se ceñirá al siguiente orden: en primer lugar se determinará el alcance del derecho a la vivienda y el sitio que ocupa dentro de los derechos sociales. Luego se efectuará un recuento de la evolución de la VIS en Cartagena, y el respectivo análisis sobre los beneficiarios de la construcción de VIS. Por último, se estudia el tipo de acciones judiciales que amparan la protección de este derecho conforme a las normas vigentes. La escala temporal del análisis está marcada por la finalización de la década de los años noventa, con algunas de las consecuencias que se han venido generando en los años posteriores. Los fundamentos legales de nuestro enfoque teórico son los que están en la normativa de la Constitución Política de Colombia, como la Ley 9 de 1.989, Ley 388 de 1.997, normas internacionales en la materia, sentencias judiciales e información periodística relevante sobre esta temática de las viviendas, para posteriormente plantear las conclusiones respectivas.

1. La vivienda digna

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua (DRAE) define la vivienda como un lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas. En Colombia, cuando se trata el tema de vivienda, no se habla de una vivienda cualquiera, esta debe ser digna, derecho que ha

sido elevado a rango constitucional, en el artículo 51, relacionado con los derechos sociales, económicos y culturales:

Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda. (Art. 51)

La vivienda y el hábitat han sido reconocidos y consagrados en los instrumentos más relevantes del derecho internacional de los Derechos Humanos con una categorización propia, integrándose en el derecho humano a la vivienda adecuada. Este derecho humano se encuentra contemplado expresamente en los máximos instrumentos jurídicos de carácter universal como la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, que en su artículo 25, numeral 1, reza:

Artículo 25:

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, del 16 de diciembre de 1966, artículo 11, numeral 1, plantea:

Artículo 11:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la

importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

Investigando más en el fondo del asunto, encontramos que en el derecho interno, existen leyes relacionadas con el derecho urbano que aluden a la materia, como la Ley 9 de 1.989, la Ley 388 de 1.997, la Ley 400 de 1.997. Además de diferentes actualizaciones consignadas en las leyes 810 de 2.003, 902 de 2.004 y 1.537 de 2.012, las cuales han intentado dotar herramientas jurídicas a la sociedad en general, para el manejo de la vivienda de interés social. También el decreto No. 0977 del 20 de noviembre de 2.001, ayuda a nutrir esta área del derecho, por medio del cual se adoptó el Plan de Ordenamiento Territorial del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias. Tampoco la construcción de viviendas está exenta del cumplimiento de las normativas de derecho administrativo y urbano.

A continuación tomaremos como referente los parámetros establecidos por la Defensoría del Pueblo, relacionados con las condiciones mínimas que debe tener una vivienda, de acuerdo a los requerimientos legales para la satisfacción de este derecho:

Una vivienda digna debe ofrecer seguridad y condiciones mínimas que la hagan habitable. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en el sentido de tener espacio suficiente según el número de habitantes, contar con los servicios públicos domiciliarios, además de calidad de estructura, entradas naturales de luz, corrientes de aire y espacios para la recreación y el esparcimiento.

El Estado es el encargado de autorizar los usos que puede tener el suelo, bien sea para vivienda, comercio e industria, entre otros. La vivienda debe estar ubicada en una zona autorizada. No debe aceptarse por ningún motivo que la residencia se encuentre en una zona de riesgo.

Los constructores de vivienda deben sujetarse a las normas de construcción estipuladas por la ley y asegurarse de que estas cumplan parámetros de seguridad y calidad. Las autoridades no solo deben expedir estas normas, sino vigilar su cumplimiento e imponer sanciones, si es del caso.

Directrices que servirán como referente en el desarrollo del trabajo que se presenta, puesto que no se trata de cualquier vivienda, ya que la misma debe tener la característica de ser “digna”. Con lo cual encontramos conceptualmente la dualidad de vivienda digna/indigna, circunstancia que no es menor si se trata de un derecho reconocido por la legislación internacional.

2. Evolución histórica de las viviendas de interés social en Cartagena

La reorganización del Ministerio de Vivienda, ciudad y territorio es reciente, puesto que la entidad encargada de regular nacionalmente lo concerniente a la construcción de viviendas sociales era el Instituto de Crédito Territorial (en adelante ICT). Ente que se encargaba de coordinar la financiación de proyectos de construcción de vivienda para las personas de más escasos recursos. Las construcciones que se hicieron en Cartagena a partir de los años setenta, fueron bastante aceptables desde el punto de vista del área de construcción. Proyectos de vivienda tales como Los Caracoles, Los Cerros, El Socorro, Blas de Lezo, Las Gaviotas, San Pedro, Nuevo Bosque, Almirante Colón, Chiquinquirá, Los Calamares, Villa Rosita, Chapacué, Las Palmeras, eran un claro ejemplo de que las cosas, aparentemente, iban a mejorar en cuanto a las viviendas para las personas de menores recursos, aunque no podemos desconocer que también se dieron algunos inconvenientes dentro la construcción de estos proyectos de vivienda.

A la par de los proyectos financiados por el ICT, también hubo proyectos financiados por la banca privada, bajo el sistema de financiamiento UPAC (Unidad de poder adquisitivo constante), cuyo estruendoso fracaso llevó a los usuarios del sistema y dueños de las viviendas a un endeudamiento irracional e injusto. Este sistema fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional Colombiana. En septiembre de 1.999 la Corte Constitucional prohibió el pago de intereses sobre intereses en las obligaciones de vivienda (anatocismo). El magistrado ponente de dicha decisión fue José Gregorio Hernández, quien dejó sin piso jurídico varias normas del Estatuto Financiero. Al entender que la deuda hipotecaria para adquisición de vivienda se hacía impagable por parte de los deudores hipotecarios, cuando los bancos hacían la proyección financiera calculando interés sobre el capital, y una vez liquidados los intereses, generaban

nuevamente intereses, lo que ocasionaba que la deuda no decrecía, sino que aumentaba, quedando la obligación hipotecaria con el banco superior al costo de mercado del inmueble, sobre el cual recaía la obligación hipotecaria.

Quiere decir ello que si una persona accedía a un crédito de vivienda con la banca privada, la obligación se hacía impagable para el deudor, reportando una pérdida para el propietario de la vivienda, quien padecía el remate judicial de su vivienda, pero con una ganancia siempre para el sector bancario. En ese orden de ideas, el sistema de endeudamiento en UPAC cayó, estableciéndose nuevos parámetros de financiación de vivienda con la banca privada.

Por otra parte es necesario señalar que los terrenos de expansión de la vivienda social con financiación pública, se extendió hacia terrenos de la periferia. Circunstancia que hoy se mantiene todavía, y que denotan la tensión de las viviendas y la problematización de la proyección hacia la periferia. De hecho, la organización de la ciudad y el urbanismo son temas de interés internacional. De acuerdo con la Carta Mundial del Derecho a la Ciudad realizado en el año 2.004, las ciudades están lejos de ofrecer condiciones y oportunidades equitativas a sus habitantes. La población urbana, en su mayoría, está privada o limitada –en virtud de sus características económicas, sociales, culturales, étnicas, de género y edad– para satisfacer sus más elementales necesidades. Este contexto favorece el surgimiento de luchas urbanas como formas sociales de resistencia contra la globalización y la lucha por los derechos ciudadanos.

Frente a esta realidad la sociedad civil reunida en el marco del Primer Foro Social Mundial 2.001, discutieron y asumieron el desafío de construir un modelo sustentable de sociedad y vida urbana, basado en los principios de solidaridad, libertad, equidad, dignidad y justicia social. Uno de sus fundamentos radica en el respeto por las diferentes culturas urbanas, y el equilibrio entre lo urbano y lo rural. Desde el I Foro Social Mundial en la ciudad de Porto Alegre, un conjunto de movimientos populares, organizaciones no gubernamentales, asociaciones profesionales, foros y redes nacionales e internacionales de la sociedad civil comprometidas con las luchas sociales por ciudades justas, democráticas, humanas e sustentables, vienen construyendo una carta mundial del derecho a la ciudad que traduzca los compromisos y medidas que deben ser asumidos por la

el Congreso de la Republica, mediante la Ley 546 de 1.999 (en reemplazo de UPAC), vigente desde el primero de enero del año 2.000. La incursión de dineros de la banca privada, configura un redimensionamiento en la vivienda social, aunada a los procesos licitatorios que tienen ocurrencia en el contexto local.

Este nuevo tipo de Viviendas de Interés Social ya no son tan dignas como se pregona o pretende. A causa de diversas razones, entre las cuales resalta que estas viviendas son de inferior calidad en comparación con las construidas directamente por el gobierno nacional, a través del Instituto de Crédito Territorial (ICT). Tomando en cuenta aspectos o factores como la calidad de la estructura, la dimensión de la superficie y la excelencia de los materiales. Algunos de estos proyectos diseñados especialmente por la empresa privada durante la década de los 90 del siglo XX, han resultado proyectos problemáticos para los ciudadanos que accedieron a ellos, como en los casos, entre otras, de Villa Liliana, Mirador de Zaragocilla, Nueva Granada, Ciudadela India Catalina, El Rodeo (este pertenecía al distrito de Cartagena, y hoy forma parte de Turbaco).

Entre los proyectos de vivienda más graves se encuentran, inclusive, algunos con acciones populares falladas, como es el caso de la Ciudadela India Catalina, por la violación de las normas urbanísticas. Tales como licencia ambiental, licencia de construcción y licencia urbanística. También violación del Acuerdo 23 Bis De 1.996, denominado Manual De Ordenamiento Administrativo del Espacio Urbano del Distrito de Cartagena. Específicamente en la Loma del Marion (Periódico el Universal, 2.011) donde estaba ubicada la tercera etapa de la Urbanización Nueva Granada. Además, cabe resaltar el escaso control por parte de las autoridades correspondientes que generaron construcciones ilegales (Periódico El Universal, 2.012), sin el seguimiento real que se debía hacer a los llamados subsidios para dichas viviendas, así como la construcción en terrenos no aptos para tal fin, y la violación de los derechos del consumidor. Estas construcciones anotadas quedaron sin concluir, en el marco de lo que inicialmente había sido planeado, es decir, vulnerando, por supuesto, la información dada a estos compradores.

La anterior situación ha traído como consecuencia negativa que compradores de vivienda de interés social les tengan desconfianza a los constructores privados, que son las entidades que regulan y controlan

este tipo de proyectos. Esto a su vez genera conflictos en la sociedad y, por supuesto, hace nugatorios derechos constitucionalmente reconocidos, que suponen más empobrecimiento para los compradores de este tipo de viviendas.

4. Consecuencias generadas por los proyectos VIS en Cartagena y las acciones judiciales

Los diversos problemas que han presentado los proyectos de construcción de VIS, han ocurrido en Cartagena a finales del siglo XX, desencadenando algunas consecuencias negativas tanto a las personas como al Distrito de Cartagena como tal. Sobre el particular, se han interpuesto diferentes acciones judiciales, como las acciones constitucionales de tutela populares y de grupo, esto por parte de las comunidades para poder defender el derecho a la vivienda digna consagrado en el artículo 51 de la Constitución Nacional. Asuntos sociales ante el cual el derecho debe ofrecer respuestas concretas frente a las diferentes vulneraciones sufridas por los ciudadanos.

En la actualidad hay algunas sentencias proferidas como consecuencia de Acciones judiciales instauradas, como por ejemplo: radicado 13-001-33-31-004-2008-00092-00 del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, y, la 13-001-23-33-000-2012-00034-00 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión de Oralidad No. 2 que han sido falladas en favor de las comunidades que las han interpuesto (Ciudadela India Catalina). También de acción popular como la de radicado 004-1999-0002-00 (Nueva Granada) del Tribunal Administrativo de Bolívar, confirmado en segunda instancia, según el radicado AP-118 del Consejo de Estado, que falló en pro de los demandantes. Esta circunstancia afecta de manera negativa al Estado, porque conlleva al detrimento del patrimonio económico público, ya que es al Distrito de Cartagena al que le corresponde pagar los daños materiales causados.

Cabe anotar que en todas estas decisiones de los juzgados y tribunales, se ha imputado responsabilidad tanto de los constructores como del Distrito de Cartagena. Sin embargo, en cuanto a la responsabilidad de las constructoras, se aprecia

un comportamiento particular, que indica una evasión de responsabilidad jurídica, por los efectos de la declaración de algunas de ellas en “quiebra” o liquidación obligatoria, mediante estrategias jurídicas, cobijándose bajo la extinta Ley 550 de reestructuración empresarial. O también en la posterior Ley 1116 de 2.006, referida a la insolvencia empresarial, evitando así tener que pagar por los daños que hayan causado. En cuanto a esto último, el artículo 125 de la Ley 388 del 18 julio de 1.997, que modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1.991, nos dice:

Artículo 125. Las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda y que se encuentren en las situaciones previstas en los numerales 1 y 6 del artículo 12 de la Ley 66 de 1.968, podrán acceder al trámite de un concordato o de una liquidación obligatoria, en los términos previstos en la Ley 222 de 1.995 o en las normas que la complementen o modifiquen, siempre y cuando estén desarrollando la actividad urbanística con sujeción a las disposiciones legales del orden nacional, departamental, municipal o distrital.

Lo cual quiere decir que ninguna empresa constructora de viviendas de interés social debe ser enviada a liquidación obligatoria por parte de la superintendencia de sociedades, si no está cumpliendo la legalidad exigida por la normatividad colombiana. Como, por ejemplo, tener en regla todas las licencias, como la ambiental y la de construcción o urbanística.

En cuanto a los fallos anotados arriba, podemos agregar que declararon responsables a la Alcaldía de Cartagena D.T. y C y a la Constructora Gabón, de la vulneración de los derechos e intereses colectivos al goce de un ambiente sano, seguridad y salubridad pública en la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos. Así como a las gestiones administrativas, técnicas, financieras, presupuestales y contractuales para la consecución de los recursos para la realización de estudios técnicos y viabilidad de construir un canal para el manejo del drenaje de las aguas pluviales. La declaración de vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios al goce del espacio público, y la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollo urbano respetando las disposiciones jurídicas, y

dando preeminencia a la calidad de vida de los habitantes. Además, en el caso de la tercera etapa de construcción de Nueva Granada, se ordenó el estudio técnico a la Alcaldía y la Constructora el Cerro para la reubicación de los habitantes

Estas consecuencias negativas también han desmejorado a la población, tanto en lo económico como en lo moral. Son muchas las personas que han perdido su dinero en este tipo de proyectos, que nunca fueron realizados o han quedado esclavizados a la banca privada pagando cuotas muy onerosas, que no se corresponde con lo construido. Esto claramente va en contravía de la responsabilidad social que tiene este sector respecto a sus *stakeholders* (Vargas-Chaves & Marrugo-Salas. 2015).

5. Acerca del control de entidades sobre las VIS

El control y la vigilancia del buen desarrollo de viviendas de interés social, por parte de las entidades estatales, recae directamente sobre las alcaldías, a través de su oficina de control urbano. En el caso específico de Cartagena de Indias, lo hacen también las alcaldías locales, las cuales deben estar atentas y supervisando para que el desarrollo de estos proyectos urbanísticos lleguen a feliz término.

Así mismo, la Superintendencia de Sociedades ejerce control sobre estas empresas constructoras, aunque no lo haga desde el punto de vista de la construcción como tal, sí le corresponde supervisar el manejo administrativo correcto que deben tener estas empresas. También las curadurías urbanas hacen un control inicial, ya que son ellas las que expiden las licencias de construcción y urbanismo. En cuanto a la licencia ambiental, en el caso específico de Cartagena, lo hace la Entidad Público Ambiental – EPA. Frente a la vulneración de derechos en la construcción de VIS, la ley tiene que ofrecer respuestas concretas. De hecho, para proteger a los compradores, tal como ya fue anunciado, en Colombia existen acciones constitucionales tales como la acción de tutela, acción popular y acción de grupo. Estas se pueden impetrar para defender los intereses de la población afectada por la compra de viviendas de interés social, y que hayan sido aprovechados en su necesidad de adquisición de viviendas. Así las cosas,

podemos señalar las siguientes herramientas en defensa de los intereses y derechos vulnerados:

- i. Acción popular: Las acciones populares son el mecanismo de protección de los derechos e intereses colectivos y difusos (los relacionados con ambiente sano, moralidad administrativa, espacio público, patrimonio cultural, seguridad y salubridad pública, servicios públicos, consumidores y usuarios, libre competencia económica, etc.). La misma está prevista en el primer inciso del artículo 88 de la Constitución Política de 1.991, que reza:

“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

“Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.

- ii. Acción de grupo: La segunda parte del artículo 88 de la Constitución Política se refiere a un mecanismo cercano a las acciones populares, pero diferenciable porque se trata de las llamadas acciones de grupo o de clase. Fueron consagradas en el inciso segundo del artículo 88 de la Carta Política, enseguida de las acciones populares, dice que la ley: “También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de *las correspondientes acciones particulares*”.

La Ley 472 de 1.998 desarrolló el artículo 88 de la Constitución Política, tanto en lo relativo a las acciones populares, como a las acciones de grupo o de clase.

La acción popular es la más usada en el caso de Cartagena. Dentro de estas acciones populares se han realizado dos que se han impetrado por parte de los habitantes de la Ciudadela India Catalina contra el alcaldía y contra la Urbanizadora Gabón. Así como también la promovida por los

habitantes de Nueva Granada contra la alcaldía y la Constructora El Cerro, caso que fue mencionada con anterioridad en nuestro texto.

Conclusiones

El derecho a la vivienda, si bien está establecido a nivel constitucional, en nuestro sistema interno forma parte de los derechos sociales, circunstancia que determina, con algunas excepciones, las dificultades relacionadas con el acceso al mismo. Justamente estas dificultades pueden rastrearse en clave histórica, y desde allí sostener que es un derecho que ha venido sufriendo una erosión, en la medida en que la vivienda de interés social (VIS) ha atravesado procesos, que no se desligan de procesos económicos. Por ejemplo, la financiación a través de recursos públicos y, peor aún, con la incursión económica de la banca privada. Por ello, cobra importancia la característica de “vivienda digna”, que se ajuste a los parámetros normativos establecidos en la Constitución, y demás desarrollos legales que la reglamentan.

Hoy los problemas son mayúsculos en torno a la construcción de viviendas, y la falta de un mayor control estatal en la materia. El Estado, encarnado en sus instituciones de orden nacional o territorial, es requerido a través de acciones judiciales para el resarcimiento de daños sufridos por los propietarios de vivienda, que generan empresas constructoras inescrupulosas, que pasan por alto los requerimientos técnicos establecidos en la ley, y se aprovechan de un sistema estatal con muchas debilidades en el control de construcciones de este tipo.

De hecho, en lo que se refiere especialmente a la ciudad de Cartagena, existen problemas relacionados con viviendas de interés social que abarca los diferentes sectores de la población; sin embargo, los estratos más pobres son los más afectados. En tal sentido, debería ser de sumo interés para las autoridades, ejercer un control mucho más óptimo, teniendo en cuenta para ello, las lecciones aprendidas de la vulneración del derecho a la vivienda. Como el de la Ciudadela India Catalina y Barrio Nueva Granada entre otros, que han conllevado a que se interpusieran diferentes acciones populares o de acciones de grupo, como consecuencia de las fallas de los organismos de

control sobre las sociedades constructoras y proyectos urbanos de VIS, que no llegaron a desarrollarse, según lo proyectado.

Sin duda, el control de las construcciones de vivienda de interés social, debe estar reforzado de tal manera, que haya sanciones efectivas e inmediatas sobre las personas jurídicas públicas o privadas. Por ejemplo, en el caso de los constructores, que incurran en la violación de las diferentes normas urbanísticas, deberían ser excluidos de cualquier tipo de proyectos futuros de construcciones de viviendas. Para que así haya una mayor confianza en el grueso de aquella población de menos recursos, que buscan adquirir estas viviendas. Por supuesto, también se debe permitir que los constructores ejerzan bien sus proyectos so pena de aplicárseles sanciones ejemplares.

A pesar de que existen legislaciones especializadas en lo concerniente a la vivienda de interés social en Colombia, como la Ley 388 (artículo 91) – ley 810 del 2.003 – decreto 1464 del 2.010 - Ley 1537 del 2012 - Ley 1450 del 2.011 – decreto 975 del 2.004 - POT Cartagena. Consideramos que todo este tema, se debe revisar con mayor profundidad, con el propósito de repensar estos procesos que den lugar a nuevas normativas. Que integren todo de una manera mucho más robusta tanto desde el punto de vista técnico como jurídico. Dándole cumplimiento a las especificaciones normativas internas e internacionales acorde con lo que es una vivienda digna y adecuada, en concordancia y armonizadas con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 25, apartado 1 y en el artículo 11 de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Y lo más importante, donde se especifique los controles reales y las acciones legales, inclusive con prisión contra aquellos individuos, que se aprovechen o dañen a las personas más pobres, que urgen de este tipo viviendas de interés social.

También es importante que el Estado eduque a la población sobre estos temas básicos, antes de proceder a negociar una vivienda de interés social. Así como que se establezca la obligación derivada de la buena fe que las constructoras privadas y entidades de financiación, tienen de explicar claramente el alcance de su participación en dichos proyectos.

Así las cosas, debe promoverse el control social, relacionado con las especificaciones técnica y los requerimientos de las diferentes licencias y

permisos de este tipo de proyectos urbanísticos. Inclusive, en este asunto, se requiere entregarles a los futuros habitantes o propietarios copias de los documentos legales, licencias, planos, etc., para que de alguna manera puedan hacer control de lo que se les está construyendo. Finalmente, podemos afirmar que las carencias normativas y administrativas sin solución, especialmente en cuanto a la Vivienda de Interés Social se refiere, muy seguramente permite avizorar que seguirán los descalabros que han venido sucediendo desde finales del Siglo XX, tanto en Cartagena como en el resto de Colombia.

Referencias

- Alcaldía del Distrito de Cartagena. Decreto 977 DE 2001, “Por medio del cual se adopta el Plan de Ordenamiento Territorial del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.”
- Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad. En: Revista Paz y Conflictos No. 5 2012.España: Ed. Universidad de Granada.
- Constitución Política de Colombia. (2016). Colombia: Editorial Legis.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 9 de 1989, “Por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones.”
- Congreso de la República de Colombia. Ley 388 de 1997. “Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989, y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones”
- Congreso de la República de Colombia. Ley 400 de 1997. “Por el cual se adoptan normas sobre construcciones sismo resistentes”.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 472 de 1998. “Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”
- Congreso de la República de Colombia. Ley 546 de 1999. “Por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados

a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras disposiciones”.

Congreso de la República de Colombia. Ley 810 de 2003. “Por medio de la cual se modifica la Ley 388 de 1997 en materia de sanciones urbanísticas y algunas actuaciones de los curadores urbanos y se dictan otras disposiciones.”

Congreso de la República de Colombia. Ley 902 de 2004. “Por la cual se adicionan algunos artículos de la Ley 388 de 1997 y se dictan otras disposiciones.”

Congreso de la República de Colombia. Ley 1116 de 2006. “Por el cual se establece el régimen de insolvencia empresarial en la república de Colombia.”

Congreso de la República de Colombia. Ley 1537 de 2012. Por la cual se dictan normas tendientes a facilitar y promover el desarrollo urbano y el acceso a la vivienda y se dictan otras disposiciones.

Padilla Hernández, Eduardo (2007), Derecho Urbano. Santafé de Bogotá D.C.: Librería Ediciones del Profesional

Vargas-Chaves, I., & Marrugo-Salas, L. (2015) La responsabilidad social empresarial como criterio orientador para sostenibilidad y la ética de las actividades del sector bancario. *Jurídicas*, 12(2), 42-57.

Fuentes on line:

Canal El Sol de Cartagena. (2010). Atropellos en la India Catalina por parte de la Súper Intendencia de Sociedades. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=kHXmjaiPEvg>

Defensoría del Pueblo (2014). Vivienda Digna. Recuperado de: <http://www.defensoria.gov.co>

Fundación Sumapaz, (2014), Derecho a la vivienda digna y adecuada en la Comuna 3 Manrique. Recuperado de <http://www.sumapaz.org/files/Derecho%20a%20la%20vivienda.pdf>

Periódico el Universal. Recuperado octubre 27 de 2015. <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/local/loma-del-marion-amenaza-nuevamente-nueva-granada-50470>

Periódico el Universal. Recuperado abril 23 de 2015. <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/local/80-de-construcciones-en-cartagena-son-ilegales-73575>

- Periódico El Universal. (2014). “Alto riesgo”, ¿hasta cuándo? Recuperado de: <http://m.eluniversal.com.co/cartagena/editorial/%E2%80%99Calto-riesgo%E2%80%9D-%C2%BFhasta-cuando>, octubre de 2014.
- Periódico El Universal. Otro Alud En El Rodeo. Recuperado de: <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/local/otro-alud-en-nueva-granada>. Octubre de 2014.
- Periódico El Tiempo). Por temor a volcanes de lodo, 400 familias piden reubicación en barrio de Cartagena. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-5319427>. Octubre de 2014.
- Periódico El Tiempo: <http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/el-deficit-de-vivienda-social-en-cartagena-47066> octubre de 2014
- http://www.cartagena.gov.co/Cartagena/secplaneacion/Documentos/pages/pot/files/normograma/ACUERDO_23_BIS_MANUAL_DE_ORDENAMIENTO_ADMINISTRATIVO_DEL_ESPACIO_URBANO.pdf
- <https://es.scribd.com/doc/92156739/Demanda-Accion-Popular-Ambiental-Ganada-Ucic>
- <https://es.scribd.com/doc/256034395/Ciudadela-India-Catalina-Accion-Popular-Rad-13001-23-33-000-2012-00034-00-Fallo-Primera-Instancia>
- <https://es.scribd.com/doc/92156739/Demanda-Accion-Popular-Ambiental-Ganada-Ucic>
- <https://es.scribd.com/doc/256034395/Ciudadela-India-Catalina-Accion-Popular-Rad-13001-23-33-000-2012-00034-00-Fallo-Primera-Instancia>
- <https://es.scribd.com/doc/261942655/Accion-Popular-Nueva-Granada-Sentencia-Tribunal-Administrativo-Bolivar-Rad-004-1999-0002-00-Reubicacion>
- <https://es.scribd.com/doc/261943411/Accion-Popular-Nueva-Granada-Sentencia-Consejo-Estado-Rad-AP-118-Confirmada-Reubicacion>

EPÍLOGO

EL HOMBRE ARTÍFICE DE SU PROPIO MUNDO¹

Mercedes Chaves Jaime²

Somos seres esencialmente históricos. Estamos en un momento del espacio y del tiempo, pero hundimos nuestras raíces en el pasado y estamos abiertos al futuro.

Cada ser llega que a formar parte de la historia debe comenzar a construirse, a hacerse, a dar sentido a su vida. El hombre basado en el pasado no vive para él hoy, sino que mira hacia el futuro. ¿Cómo se realiza este desarrollo humano? En la cotidianidad de sus actos dándoles el verdadero sentido de superación y transformación hacia algo mejor. Este desarrollo no se da en el hombre en forma sencilla, sino con muchos conflictos donde se plantea el por qué, el para qué, de dónde, hacia dónde de su existencia y más aún cuando sabe que la vida no la construye sólo, sino con el otro y para el otro.

¿Cuál es su mundo donde vive? El hombre está inmerso en la cultura elaborado por el hombre mismo, ese es su mundo, el que se ha inventado para vivir él “con los otros” y “para los otros”.

Cuando el hombre se construye una mansión, agota todas las posibilidades y recursos para que esta quede lo más confortable para vivir tranquilo y en paz. Entonces, si el hombre es artífice del mundo en que vive, aporta todas sus capacidades a la técnica para el bienestar propio y de los demás; ¿por qué tanta violencia que destruye lo que el hombre ha edificado y arrebatada esa paz? ¿Por qué ansía por una parte la plenitud, la felicidad, el amor y, sin embargo, va tejiendo una vida de dolor, de angustia, de opresión del otro?

1 Febrero 26 de 1993

2 Mercedes Chaves Jaime (1956-2005), académica, pedagoga experimental y teórica vygotskiana.

A pesar de todo, el hombre debe seguir en la lucha por la superación para el bien propio y el del otro, o lo que es lo mismo, el hombre sólo existe *en y para* la sociedad.

La sociedad no es algo ya construido, sino que se va haciendo a medida que el hombre en su formación se va volviendo autónomo en sus actos. A esta realización humana va unida la educación, la cual no se puede apartar del individuo en ningún momento, ya que a través de ella es que el hombre construye y, además, se lo impone como tarea humana.

¿Pero quién es el encargado de ayudar al hombre en su formación? Sin duda alguna la educación y, por ende, nosotros los educadores somos en la mayor parte los responsables de transmitir esa cultura que no es estática, sino que está en un continuo mundo cambiante, ahí está la educación, la forma de enseñar, de transmitir valores y conocimientos; hoy no se enseña lo mismo que ayer.

El maestro pasa de ser un autoritario con sus alumnos a ser un amigo que establece un diálogo con ellos, les plantea conflictos y les encamina a la nueva realidad. Al mismo tiempo que enseña, aprende cuando tiene que responder a los interrogantes de los educandos. De aquí la necesidad de que el verdadero maestro se prepare día a día para formar al ser humano que es único e irrepetible, a construir y a vivir con todas las implicaciones del caos en este mundo que es propio y a la vez de todos.

La educación no sólo se limita a transmitir conocimientos, formar al alumno, sino que se debe encaminar hacia una democracia participativa tanto de maestros como alumnos. Creemos que en nuestros países de la región estamos lejos de esta realidad, a pesar de los ya destacables cambios en materia de políticas públicas en algunos de ellos. ¿Qué pasa con aquellos sectores marginados de la Educación? ¿Y quiénes la están recibiendo, qué calidad de educación les está llegando? ¿Sólo la transmisión de conocimientos, pero el enseñar a pensar, a confrontarse, dónde queda?

En nuestra opinión es, pues, de suma importancia que cada maestro se sitúe primero en su contexto social, para así estudiarlo y llevar a cabo en él su misión, desarrollando las potencialidades de éstos sin cohibir en ningún momento su creatividad. Debe conducir al educando hacia la construcción de un mundo mejor para todos.



Edición digital
En las fronteras de la justicia
Abril de 2020
Sincelejo, Sucre, Colombia

En las fronteras de la justicia

Iván Vargas-Chaves

Editor/compilador

El derecho se sitúa como una institución al servicio de la sociedad, en el contexto de los debates generados por las teorías contemporáneas de la justicia; más allá, de un ente al cual ésta debe su sometimiento. Con la presente obra colectiva, los autores reafirman el llamado de atención a repensar el derecho desde este enfoque, a través de distintas aproximaciones en temas como salud, ambiente, servicios públicos y seguridad social.

Un primer conjunto de las reflexiones que aquí se recogen son el producto del diálogo permanente de los integrantes del grupo con la realidad global y con problemáticas de trascendencia para la justicia global. Algunas de estas reflexiones fueron presentadas en el IV Coloquio Internacional de Investigadores en derecho, organizado por las Universidades Nacional Autónoma de México, de León (España), de Vigo (España), de La Habana (Cuba), Federal de Pernambuco (Brasil), y Tecnológica de Bolívar (Colombia).

