

**Berónica Narvárez Mercado**  
**Oswaldo Ramírez Ortiz**  
Coordinadores

Colección Derechos Humanos y Construcción de Paz

# **Los desafíos sociales y el derecho como herramienta de transformación en Colombia y México**



ISBN 968-453-505-8

# Los desafíos sociales y el derecho como herramienta de transformación en Colombia y México

Colección Derechos Humanos y Construcción de Paz

Berónica Narváez Mercado  
Osvaldo Ramírez Ortiz  
Coordinadores



*Los desafíos sociales y el derecho como herramienta de transformación en Colombia y México*

Colección Derechos Humanos y Construcción de Paz

©2018. Anaya Editores, Corporación Universitaria del Caribe y Universidad Autónoma de Tlaxcala.

ISBN: 968-453-505-8

ISBN: 978-958-5547-52-0 (digital, 2020)

**Coordinadores:** Berónica Narváez Mercado y Osvaldo Ramírez Ortiz.

**Autores:** Serafín Ortiz Ortiz. Osvaldo Ramírez Ortiz. Eduardo Lozano Tovar. Fabio Lara Cerón. Édgar G. Hernández H. Berónica Narváez Mercado. Giovanni Gutiérrez Gómez. Ingrid Regina Petro González. Margarita Irene Jaimes Velásquez. Angélica Paternina Ortega. Sandra Márquez. Rosaura Arrieta Flórez. Ramón Medina Arteta. Rafaela Sayas Contreras. Antonio Yesid Pedroza Estrada. Jorge Armando Valdelamar Montes. William Ramón López Narváez. Angie Paola Luna Pineda. Sonia Milena Álvarez Camargo. Carlos Mario de la Espriella Oyola. Angélica Chávez Gutiérrez. Félix Mendoza de la Espriella. Dulfay Monsalve Muñoz. Elida Rosa Parra Castro. Katia Palencia Sánchez. Gabriel Andrés Orozco Ochoa. Eva Sandrith Villa Acosta. Orlando Cadena. David R. Pinzón. Eduardo Menco González.

**Editor:** Édgar G. Hernández H.

DOI: <https://doi.org/10.21892/9684535058>

*Impreso en México*  
*Printed in Mexico*

**Corporación Universitaria del Caribe  
(CECAR)  
Colombia**

Noel Morales Tuesca  
**Rector**

Alfredo Flórez Gutiérrez  
**Vicerrector Académico**

Jhon Víctor Vidal  
**Vicerrector de Ciencia, Tecnología e  
Innovación**

Luty Gomez CÁCERES  
**Director de Investigaciones**

Jorge Luis Barboza  
**Coordinador Editorial CECAR**

**Universidad Autónoma de Tlaxcala  
(UAT)  
México**

Dr. Luis González Placencia  
**Rector**

Mtro. Fabio Lara Cerón  
**Director de la Facultad de Derecho,  
Ciencias Políticas y Criminología**

Dr. Omar Vázquez Sánchez  
**Secretario Académico de la Facultad**

Mtro. Rodolfo Leonardo Ortiz Gallardo  
**Coordinador de la Licenciatura en  
Derecho**

Mtro. Saúl Molina Mata  
**Coordinador de la Licenciatura en  
Ciencias Políticas**

Lic. Andrés Temoltzin Teomitzi  
**Coordinador de la Licenciatura en  
Criminología**





## CONTENIDO

<b>ACERCAMIENTO AL ESTUDIO DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA</b> <b>Serafín Ortiz Ortiz</b>	<b>11</b>
<b>LA DEMOCRACIA COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO DE LOS DELITOS ELECTORALES</b> <b>Oswaldo Ramírez Ortiz</b>	<b>25</b>
<b>EL DOLO Y LA CULPA EN LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA PENAL MEXICANO</b> <b>Eduardo Lozano Tovar</b>	<b>51</b>
<b>DEMOCRACIA, DERECHOS HUMANOS Y LEGITIMIDAD POLÍTICA</b> <b>Mtro. Fabio Lara Cerón</b>	<b>67</b>
<b>EL ESTADO MEXICANO Y LA 4T: PERENNE BÚSQUEDA DEL CAUDILLO</b> <b>Édgar G. Hernández H.</b>	<b>91</b>
<b>CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COLOMBIANO</b> <b>Berónica Narváez Mercado</b> <b>Giovanni Gutiérrez Gómez</b>	<b>103</b>
<b>EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR COLOMBIANA</b> <b>Ingrid Regina Petro González</b>	<b>117</b>
<b>LOS DERECHOS MÁS HUMANOS: DERECHOS SEXUALES DE LAS MUJERES PRIVADAS DE LA LIBERTAD EN LA CÁRCEL LA VEGA DE SINCELEJO</b> <b>Margarita Ingrid Regina Petro González</b> <b>Angélica Paternina Ortega</b> <b>Sandra Márquez</b>	<b>139</b>
<b>LA PLANEACIÓN TERRITORIAL EN EL POSCONFLICTO COLOMBIANO: EL CASO DE LOS MONTES DE MARÍA, BOLÍVAR</b> <b>Rosaura Arrieta Flórez</b> <b>Ramón Medina Arteta</b> <b>Rafaela Sayas Contreras</b>	<b>157</b>

<b>LINEAMIENTOS ESTRUCTURALES DE UNA POLÍTICA PÚBLICA MUNICIPAL DE DERECHOS HUMANOS</b> <b>Antonio Yesid Pedroza Estrada</b>	<b>189</b>
<b>DERECHO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL MARCO DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO COLOMBIANO</b> <b>Jorge Armando Valdelamar Montes</b> <b>William Ramón López Narváez</b> <b>Angie Paola Luna Pineda</b> <b>Sonia Milena Álvarez Camargo</b>	<b>211</b>
<b>SUBSISTENCIA DIGNA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN COLOMBIA A TRAVÉS DE LA PENSIÓN POR RETIRO DE VEJEZ</b> <b>Carlos Mario de la Espriella Oyola</b>	<b>233</b>
<b>LA DEONTOLOGÍA DEL AJUSTADOR DE SEGUROS COMO MECANISMO DE CONSTRUCCIÓN DE PAZ DESDE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS</b> <b>Angélica Chávez Gutiérrez</b> <b>Félix Mendoza de la Espriella</b>	<b>251</b>
<b>VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y VIDA DIGNA EN LOS PROCESOS DE COBRO DE ENERGÍA CONSUMIDA DEJADA DE FACTURAR. ROL DEL CONSULTORIO JURÍDICO DE CECAR: 2016-2017</b> <b>Dulfay Monsalve Muñoz</b> <b>Elida Rosa Parra Castro</b>	<b>263</b>
<b>LA DONACIÓN DE ÓRGANOS EN COLOMBIA EN EL MARCO DE LA LEY 1805 DE 2016. ESTUDIO DE CASO: COMUNIDAD MÉDICA DE SINCELEJO, SUCRE</b> <b>Katia Palencia Sánchez</b> <b>Gabriel Andrés Orozco Ochoa</b> <b>Eva Sandrith Villa Acosta</b>	<b>285</b>
<b>EL ANÁLISIS CULTURAL DEL DERECHO. RÉDITOS PARA UNA INVESTIGACIÓN JURÍDICA EN COLOMBIA PARA EDUCAR EN Y PARA LA DEMOCRACIA EN TIEMPOS DE GOBIERNO ABIERTO</b> <b>Orlando Cadena</b> <b>David R. Pinzón</b> <b>Eduardo Menco González</b>	<b>309</b>

## PRESENTACIÓN

La cultura suele concebirse como la base de las asociaciones humanas, a la cual están vinculadas la memoria, la historia y las identidades constituyentes de esas mismas asociaciones. Por lo tanto, la cultura es ese elemento integrador y de estabilidad que determina significados y prácticas siempre vinculadas a relaciones de poder específicas (Foucault, 2006). Actualmente, el derecho es visto como una estructura dependiente de la mencionada relación: poder—significados—prácticas.

Dicha dependencia, sostiene Kahn y debido al colapso de la distinción entre el sujeto que investiga y la práctica jurídica, favorece que “los estudios jurídicos tienden a dividirse en un número específico de subcampos, cada uno definido por materia: contratos, derecho público, procedimiento”.

El derecho ha sido sobresaliente y reconocido como uno de los pilares discursivos en los que se afirma el control social de las agrupaciones modernas, a través del sistema jurídico, el estado envía mensajes a la comunidad respecto de cuáles son las normas correctas de caracterizar las conductas y accionar de las personas.

Al margen de la discusión sobre si el derecho constituye un conocimiento científico o no, esto es verificable, y asumiendo que sí lo es desde el punto de vista de lo razonable y plausible como fenómeno cambiante (Petev, 1997). El Estado colombiano se define en su artículo 1º de la Constitución, como un “Estado social de derecho”, organizado además democrática y pluralistamente, encerrando en cada una de sus palabras la dimensión política, principialística (Estado), la realista (Social) y la positivista (Derecho), que se integrarían en su organización democrática y pluralista, y así lo desarrolla de manera implícita en varias de sus normas.

La palabra derecho encierra en sí misma una fuerza apremiante. Decir derecho es decir: Palabra-Poder-Conocimiento-Ejercicio. Es el resultado de un proceso histórico, como parte de la decisión política de los gobiernos, y una Herramienta para el cambio.

Cuando se hace énfasis en que derecho es Poder, no es más que la capacidad de aquellos sujetos reconocidos como tales por las normas jurídicas, con capacidad de realizar actos autónomos. “El poder se caracteriza por la capacidad de unos para poder conducir las acciones de otros”.

En concordancia al ejercicio del derecho es posible argumentar que una misma práctica alcanza significados diferentes porque es leído a través de discursos diferentes. El derecho es conocimiento, las prácticas sociales son generadoras de conocimiento y dominios de saber, el conocimiento forma y transforma al sujeto, empodera, libera.

De igual forma las políticas públicas, como parte de la decisión política de los gobiernos, constituyen una medida fundamental para generar cambios en las estructuras sociales; provocando modificaciones en la conciencia y pensamiento colectivo, sobre todo de las costumbres avaladas como naturales en las formas de relación jerárquica de poder. Asimismo el derecho puede y debe transformarse en una herramienta para el cambio social, partiendo de la organización de grupos de base, organizaciones no gubernamentales y/o asociaciones civiles, a través del uso de los medios y herramientas que le provee el mismo sistema, como son el amparo colectivo y las acciones positivas, frente al poder político, administrativo y/o judicial.

Sobre estos y otros tópicos, autores mexicanos y colombianos, en el marco de colaboración entre la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Criminología de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, y la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe, reúnen sus conocimientos y reflexiones propias de quienes, desde el ámbito de la academia, observan en el derecho la alternativa para responder a los diversos desafíos en la transformación social, política, económica y cultural de nuestras naciones.

## ACERCAMIENTO AL ESTUDIO DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Serafín Ortiz Ortiz<sup>1</sup>

Con frecuencia se sostiene que la fundamentación de un fenómeno reside en su construcción histórica. Así, encontrar los fundamentos del derecho implicaría ir a los orígenes de las relaciones sociales y descubrir los primeros comportamientos normados; contemporáneamente, se sostendría también que los fundamentos de la ciencia jurídica se encuentran en las corrientes del pensamiento iniciadoras de la sistematización científica.

En este trabajo, los fundamentos tratan de otro asunto, es decir, no me refiero a la fundamentación teórica, sino a la fundamentación epistemológica: mejor dicho, es el contexto de la teoría del conocimiento jurídico donde se pretende caracterizar los rasgos que particularizan a la argumentación jurídica, la determinación de sus niveles epistemológicos, el estatuto epistemológico al que corresponde la argumentación del derecho, su delimitación y, sobre todo, su especialidad como teoría.

Las primeras reflexiones en el mundo sobre la construcción de una Teoría de la Argumentación Jurídica (TAJ) se formularon hace tres décadas; estas ideas se desarrollaron en principio en el contexto europeo, concretamente en Alemania, donde hace poco más de dos décadas aparecieron los trabajos iniciales para estructurar nuevas construcciones en la teoría del derecho, dando paso así al desarrollo de la TAJ, teniendo

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, y académico de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, ex rector de la misma casa de estudios y ex legislador de la entidad tlaxcalteca. Es integrante del Sistema Nacional de Investigadores nivel 2, del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología en México, y miembro honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Española.

como referente la primera edición del libro de Robert Alexy, denominado *Teoría de la Argumentación Jurídica*.

En México, hace apenas una década surgió el interés de incursionar en el estudio de la TAJ. En este contexto, debe señalarse que es el Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas (CIJUREP) de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Criminología de la Universidad Autónoma de Tlaxcala (UAT), uno de los primeros centros de enseñanza e investigación jurídica en donde se aborda, estudia, estructura y difunde el tema de la Argumentación Jurídica, como disciplina del saber jurídico; es necesario reconocer que en México esta universidad y su posgrado en derecho son «fundadores» de esta disciplina.

Decididos al estudio y desenvolvimiento de esta categoría en la ciencia del derecho, se integró en nuestro plan de estudios de maestría y licenciatura la TAJ, reformándose aquel para incorporar esta materia en 1994, y asimismo, se incluyó una asignatura más para cursarse en el cuarto semestre de la maestría: me refiero, naturalmente, a la Sociología del Derecho.

En la doctrina jurídica, las noticias se conocen no con la oportunidad debida, y ello ocurre igualmente cuando se trata de las reformas legislativas. Es una afirmación acreditada que el derecho tiene un procedimiento de difusión un tanto rebasado con relación a la dinámica social, pues hay reformas, adiciones y/o modificaciones legales que no se socializan en el momento en que entran en vigor, y sólo con el transcurso del tiempo se va tomando conocimiento de esas mismas, y mucho tiempo después el saber jurídico se va sistematizando. Pero en algunos saberes, nosotros hemos querido estar ahí, y este es el caso ocurrido con la TAJ, pues al incorporarse como materia de estudio en nuestro posgrado jurídico, se convierte en punta de lanza en la cultura jurídica mexicana.

La TAJ se construye sobre los cuestionamientos siguientes: en referencia a Alexy, se pueden plantear las siguientes preguntas: “(1) ¿dónde y en qué medida son necesarias valoraciones?, (2) ¿cómo actúan estas valoraciones en los argumentos calificados como «específicamente jurídicos»? y (3) ¿son racionalmente fundamentables tales valoraciones?”

Agregado a ello, se pueden plantear, además, los siguientes cuestionamientos: ¿cómo deciden los jueces?, ¿de qué manera deciden los jue-

ces?, y se podría cuestionar también: ¿de qué manera deciden no sólo los jueces en el sentido formal, sino quienes realizan materialmente jurisdicción?, es decir, ¿cómo deciden las autoridades dotadas de poder?

Hay que agregar además, con el mismo Alexy, “cómo pueden ser fundamentados los enunciados, las proposiciones u oraciones normativas...”

Ahora, la TAJ se inició bajo una sola premisa: ¿cómo se resuelven los casos difíciles? Para mejor aclarar este atisbo, podríamos establecer el ejemplo siguiente que, espero, resulte muy ilustrativo: si A y B están disputando la tutela de una criatura o están disputando un bien, y pasa un sujeto, al llamarle le pedimos que decida, entre A y B. ¿Podrá decidir? Creemos que sí, pues decidir es relativamente fácil, cualquiera lo puede hacer. Decidir es algo que comúnmente realizamos, cada día sobre muchas cuestiones; imagínense a los padres de familia que deben decidir entre si el hijo va a una fiesta o va al cine, tienen que hacerlo, ya que, insisto, es un asunto en cierto modo expedito.

En la solución de los problemas jurídicos, decidir también es relativamente fácil. Ahora bien, el problema no reside en *decidir*, sino en *justificar* la decisión; es en ese sentido que la TAJ dirime sobre esta disyuntiva: ¿cómo resuelven los jueces los casos difíciles?, y ¿de qué manera justifican esa resolución?; entonces, ¿cómo se justifican las decisiones de los casos?, porque decidir no es lo complicado, como ya dijimos. En materia jurídica acontece igual, si no, entonces ¿qué hacen los señores que integran un jurado que deciden colegiadamente? A veces, en la recreación de la “justicia anglo”, miramos a un tribunal integrado por un afroamericano, un blanco, un migrante, un descendiente de migrantes, una ama de casa, un cura, etc., y todos ellos están obligados a decidir, aun cuando no son expertos del derecho; no obstante, deciden, pero el problema de fondo es justificar la decisión que han adoptado; casi todo en la vida es así, pues adoptar una decisión es hacer de ello algo paradigmático. Esto se consigue sólo si se justifica esa decisión.

En ese contexto, es posible afirmar que ahora los jueces tienen más problemas al momento de resolver sobre el conflicto que se les plantea, porque cuando deciden, tienen que justificar su decisión, de tal forma que si hay un imperativo en el texto constitucional que es inamovible,



entonces las justificaciones de las decisiones judiciales tendrán que ver esencialmente con el respeto a esos principios constitucionales, pues también se debe reconocer que las reformas contemporáneas en materia legislativa afectan la decisión judicial; es decir, se debe considerar que las noticias jurídicas se socializan, en muchas ocasiones, como ya lo mencioné líneas atrás, con cierta tardanza; es una idea coincidente, como ejemplo, con el aspecto normativo, que con toda seguridad el lector ha revisado ya, sobre la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de fecha 14 de agosto de 2001, al artículo 1º, donde finalmente se asienta un “principio de reserva” para los gobernados, ya de sí muy postergado. Nos referimos al principio de reserva del respeto a la dignidad de la persona.

El respeto a la dignidad de la persona humana se ha erigido como un principio inamovible. De este principio parten la mayoría de las constituciones del mundo y conforme a aquel:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

En razón de este principio constitucional, nadie puede ser tratado de manera discriminatoria, bajo cualquiera de las diez hipótesis que establece dicha Constitución; por tanto, una decisión judicial debe observar el respeto a los principios y valores constitucionales; sin embargo, justificar estos principios y valores es una labor más difícil, y que en el contexto epistemológico de la TAJ advierte una ponderación axiológica sistemática, formal y científica.

Argumentar significa dar luz, aclarar; etimológicamente viene de las raíces lingüísticas «arguo» (latina) y «argyrus», «argos» (griega). Con estos conceptos se quiere también expresar la idea de: brillar, iluminar, relucir, devienen del mismo «núcleo semántico: resplandor, brillo, blancura».<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *Argumentación Jurídica*, Edit. Oxford, México, 2010, p. 15.

## 1. Distinción teórica de la TAJ

Esta es la presentación de un tema tantas veces explorado y exiguamente argumentado.

En 1987 conocí un manuscrito escrito en su idioma original —el italiano— denominado “El derecho penal mínimo”, escrito por Luigi Ferrajoli, autor pocas veces referido en la doctrina dominante de la literatura penal.

Con las consabidas dificultades que entrañaba su traducción y a pesar de ellas, muy pronto me involucré en su lectura; a cada renglón que seguía en mi ejercicio analítico, mi sorpresa iba creciendo. ¿Cómo era posible que sucedáneamente, mientras en Latinoamérica estaba yo buscando “los fines de la pena”, otro autor en el centro cultural del debate jurídico-penal ya estaba dando razones acerca de la mínima intervención del Estado, y obviamente su fuerza punitiva, frente al comportamiento delictivo? Era inaudito que frente a una “inflación” legislativa penal en México (mas tipos penales, mayor agravamiento de sanciones, uso irracional de la prisión como medio para prevenir el delito, etc.), alguien viniera a plantear, como argumento central, el minimalismo. Es decir, la mínima intervención estatal frente al comportamiento delincencial, bajo el aforismo de que “El Estado debe conferir el máximo de seguridad para el que no delinque, y el mínimo de violencia para el delincuente”. Así se concreta una fórmula de Ferrajoli: “El delincuente frente a su víctima es el más fuerte; sin embargo, frente al Estado, se convierte en el más débil”. En esta consideración, se cimenta el imperativo garantista de que el Estado debe respetar los derechos humanos de todos, incluidos los de quien ha cometido un delito, y no hacerlo su víctima.

Pronto descubrí que había otra forma de mirar el mismo problema; no obstante, en el mismo breve manuscrito de nuestro mencionado autor se planteaban otras ideas que agudizaron mi atención: “No se pueden deducir los fines de una institución jurídica —en este caso la pena de prisión— de sus funciones concretas”; esto es, los fines y las funciones de las normas se construyen en estatutos epistemológicos diferentes.

¡He aquí la clave! Existen niveles epistemológicos en el derecho, a saber: en el nivel superior se sitúan los fines; enseguida, lo establecido en las normas, y en su confrontación ontológica se ubican sus funciones.

Es verdad que con esta lectura de hace más de veinte años, logré disolver muchas dudas, y por lógica me surgieron nuevas preguntas, que se han reproducido desde el surgimiento del positivismo jurídico —el derecho puesto—, a partir del poder de un Estado legislativo de derecho.

Ahora me queda muy claro por qué la gran mayoría de los “juristas” salen huyendo de disquisiciones epistemológicas, pues no es de su agrado dialogar acerca de una teoría del conocimiento del derecho, y aun peor, de una Teoría General del Derecho que, siguiendo la tradición kelseniana de la “Teoría pura del Derecho”, al jurista, se presupone, sólo le debe interesar el *iuspositum*, el que deviene del poder estatal, que es el único que tiene validez.

¡Ah, la validez del derecho y sólo su validez interna!

En razón de esta acepción de lo jurídico, del estudio del derecho —legislación, ciencia y jurisprudencia—, se han “desarrollado” sus métodos de conocimiento; desde mediados del siglo XIX los cánones de la interpretación (gramatical, teleológica, sistemática, histórica, etc.), en particular con el imperio de la dogmática jurídica y en la jurisprudencia, en el precedente jurisprudencial (es decir, la manera en que se han resuelto casos anteriores), se suponen como el vector de la decisión judicial. Todo esto sucede en el conocimiento del derecho y ha sido trasladado, prácticamente, a todos los campos y ramas jurídicas; tal es el caso que en el mismo seno de la Teoría General del Derecho todavía no se abandonan los cuatro temas a los que se ha dedicado: el estudio del ordenamiento jurídico (su jerarquía, sus relaciones internas, su coherencia, etc.), las relaciones intersubjetivas que establece (de subordinación, de supra a subordinación, de coordinación), su coercitividad y, desde luego, las consecuencias que acarrea su incumplimiento: la sanción. Asimismo, este enfoque se trasladó a nuevas construcciones normativas, que en los últimos treinta años ha iniciado su sistematización, como lo es el caso de la Teoría de la Argumentación Jurídica, de cuyo constructo me ocupare introductoriamente en las reflexiones que siguen.

Como se advierte de lo antes expresado, la TAJ, en las tres últimas décadas en el contexto europeo, ha tenido un relativo desarrollo sistemático.

Desde la década de los cincuenta del siglo pasado, diversos autores atribuyen a un conjunto de juristas y filósofos la iniciación de esta teoría. Así, es recurrente referir los nombres de Viehweg, Perelman, Toulmin, a quienes se les asignan trabajos de carácter retórico, tópico, argumentativo; esto es, se les reconoce el mérito de ser pioneros en lo que devendría con el transcurso del tiempo —es decir, la transformación del Estado y el desarrollo social— en lo que hoy conocemos como la argumentación jurídica. Sin embargo, también es recurrente afirmar que el título de la argumentación jurídica se debe al trabajo doctoral de Robert Alexy, cuya tesis fue publicada como una obra de divulgación de ciencia jurídica en el año de 1978.

Circunstancialmente, en otro contexto del mundo —en los Estados Unidos de Norteamérica— otro jurista, recientemente fallecido, Ronald Dworkin, publicaría una obra acerca del mismo objeto de estudio.

En esta trayectoria cronológica, se irían sumando diversas obras, como el caso de Summers, en el contexto norteamericano, y simultáneamente, en Europa surgirían intentos de sistematización de la argumentación jurídica, como de modo emblemático lo desarrolló al inicio de la década de los noventa en España Manuel Atienza, seguido por un buen número de discípulos y seguidores que continuaron este trabajo, como Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa. En el mismo contexto español, de idéntica forma pero por su propio ámbito, lo haría el maestro Juan Igartua, del País Vasco, y del mismo modo Josep Joan Moreso I Mateos, en Barcelona; posterior a ellos, una buena cantidad de juristas españoles se interesarían por el objeto de estudio referido.

Recuerdo que en 1994, en una breve estancia en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica en Oñati, España, escuché las primeras lecciones acerca de la argumentación jurídica expuestas por Manuel Atienza, de quien recogí sus primeras impresiones, una información panorámica acerca de esta teoría, y en lo sucesivo, sin apartarme del objeto de estudio que desde antes he desarrollado (representado ese objeto por el derecho penal, la política criminal y la criminología), proseguí en la

búsqueda de más información relacionada con este tema, que considero se ha convertido en el constructo teórico más importante en el conocimiento jurídico, desde la tercera parte del siglo pasado.

Puesto en marcha mi interés por este tema con la literatura de la argumentación a mi alcance, propuse la inclusión de esta asignatura en la licenciatura en Derecho de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, y enseguida también en las diversas maestrías que en esta institución se imparten en el Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas ya aludido.

Al principio, el esfuerzo fue personal, y asumí directamente la cátedra con gran dificultad, pero respaldado con una acuciosa lectura, y con la enorme convicción de que esta teoría llegaba para instalarse en el campo del conocimiento jurídico y para transformar la impartición de justicia. Tuve la consciencia, claro está, en considerar la reserva con que advertí el contexto de la “justicia” de los juristas, sin aventurar que esta teoría pudiera resolver los graves problemas que enfrenta la adecuación de la ley a los casos concretos, aunque quizá podría asumirse en ese momento como un portento para conferir mayor certeza a las decisiones de los juzgadores.

Con el transcurso de algunos años, muy pronto comenzaron a publicarse y proliferar en nuestro país un buen número de monografías intituladas como *argumentación jurídica*, *razonamiento jurídico*, *tópica jurídica*, y una diversidad de nombres cuyo eje de estudio era indicativo de la TAJ; sin embargo, con gran desilusión he visto que en todos estos años, estos autores se han dedicado a hacer un “refrito” de la obra de Manuel Atienza, añadiéndole minúsculas aportaciones incoherentes. Tan grave es el caso, que he tenido en mis manos algunas de estas monografías que reseñan, en un par de cuartillas, todas las construcciones teóricas de los autores que he enunciado aquí como pioneros de la argumentación.

Estas razones me han motivado para re-direccionar en México la construcción de la TAJ, es decir, un esfuerzo quizá modesto, pero consciente de que en nuestro país tenemos que hacer un esfuerzo de sistematización más profundo, penetrante, con un andamiaje y/o aparato teórico de mayor densidad, que tenga alcances notables y que guarde un mínimo de coherencia.

Por ello, he trabajado arduamente en una obra que intitula *Fundamentos de la Teoría de la Argumentación Jurídica* (Editorial Porrúa, Ciudad de México, ediciones 2014 y 2017), la cual pretende, entre otras cosas, como punto de partida, apartarse de las alegorías de otros escritores connacionales, y acaso, del folclore del que muchos echan mano para subirse al foro de discusión de quienes pretendemos ser argumentistas.

## 2. TAJ y Estado constitucional de derecho

Así, mi propuesta reside en la búsqueda y encuadramiento de la TAJ en un marco epistemológico que delimite bien su contenido, sus alcances, su dimensión histórica, su paralelismo con el proceso de desarrollo social, su advenimiento en un proceso dialéctico de la construcción del conocimiento, su encuadre en un específico modelo político-jurídico que incuestionablemente es donde se incuba esta teoría del conocimiento jurídico. Es innegable que en el desarrollo de la sociedad —si convenimos en que aquel se refunde en el ente Estado—, la teoría aludida tiene un referente específico que, desde ahora adelante, se vincula a la instauración del Estado constitucional de derecho, acuñado en el mundo a partir de la promulgación de la Constitución alemana de Bonn de 1949, prosiguiéndole la Constitución española de 1978, la Constitución portuguesa de 1976, y otros ordenamientos europeos con las debidas repercusiones en Latinoamérica. Al mismo tiempo, no puede desvincularse que este proceso de transformación socio-política está unido a una nueva concepción del fenómeno jurídico, a la luz de la preocupación de los juristas por la construcción de una epistemología del derecho; dicho de otra forma, es una tarea que tenemos por hacer los juristas: dismantlar la vieja concepción de una Teoría General del Derecho, transmutándola por una nueva epistemología.

Enseguida, hay que advertir que el proceso de transformación social nos ha situado en otro escenario del desarrollo de la misma sociedad mundial, y particularmente, es notorio que quienes se ocupan de la revisión de las transformaciones sociales, han fijado su posicionamiento de acuerdo a la percepción que tienen de estas etapas de mutación o metamorfosis del desarrollo de la sociedad. En este punto, recomendaría que a quienes sean partidarios de esta visión reconstructiva de la sociedad, en

las consabidas etapas de la Antigüedad, la Edad Media y la Edad Moderna, revisen los trabajos de Perry Anderson, de la década de los noventa del siglo pasado, con una carga del revisionismo del materialismo histórico, y para quienes no compartan esta lectura, sería recomendable revisar la construcción de Boaventura de Souza Santos, que tiene una visión diferente inscrita en una perspectiva de una modernidad inconclusa, surgida desde el siglo XVI y que se proyecta hasta nuestros días con el mismo autor. Resultaría interesante revisar también el sentido que para él tiene el derecho y sus justificaciones en el marco de la globalización, particularmente cuando De Souza Santos identifica lo que llama “el consenso del Estado de derecho con la justicia”.

Comprendo que los alcances propuestos son un propósito inacabado en el trabajo de mi autoría, y aún estoy incierto en qué medida esa monografía, en una legítima aspiración intelectual, represente panorámicamente el contexto de instauración de la TAJ, para dar luz a aquellos que escriben en el “vacío”, atemporalmente, que inclusive confían en prohombres cuyos inventos trascienden los cambios sociales y se convierten en transtemporales.

Ahora, si a ello abona este modesto trabajo, dejo al lector su crítica, que siempre será bienvenida, y asimismo, dejo la reflexión para escribir, siempre en un marco temporo-espacial coherente con el conocimiento que allí se produce.

Es frecuente en los estudios jurídicos asumir conocimientos *ahistóricos*, esto es, que no se inscriben en un contexto temporo-espacial, sino que siguen una suerte de conocimiento lineal que se proyecta del pasado al presente como inalterable y universal, cuestión absolutamente equívoca, porque es incuestionable que cada conocimiento se fragua en un momento específico del desarrollo social.

En virtud de ello, es muy importante para este trabajo tender un hilo conductor que permita generar los fundamentos de una teoría desde una perspectiva no historicista (“las alegorías de la historia”, es decir, la citación de fechas y lugares comunes), ni tampoco es pertinente la visión historiográfica (“los héroes de la historia”, singularizar personajes como los “creadores” del conocimiento). En todo caso, lo más recomendable es situar la producción del conocimiento en un contexto vinculado a las

condiciones materiales de existencia de la sociedad, sin que ello implique plegarnos al determinismo económico marxista, sino dotar de un poco de “realismo” a este manuscrito.

Así, podemos convenir que la síntesis de todos los cambios de orden económico, social, cultural y político se refunden en el ente Estado; si esto es así, mi pretensión reside en hacer un bosquejo panorámico, y por ahora, epidérmico, de este fenómeno.

Con el advenimiento de la Edad Moderna, que desde mi perspectiva se inscribe con el surgimiento del Estado liberal de derecho, las condiciones de la sociedad moderna han experimentado un proceso de mutación permanente, más o menos de siglo a siglo. En tal virtud, podemos identificar que a finales del siglo XVIII surgirá este primer modelo de organización jurídico-política en el contexto francés, que devendrá del proceso revolucionario provocado por la repercusión de la Ilustración. Este modelo político tiene sus propias particularidades, ya que fundamenta su existencia en la configuración de ciertos valores que prevalecen hasta el día de hoy, a saber: la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad privada.

Con el transcurso del tiempo, este proceso mutante sigue su derrotero, y así encontramos que a mediados del siglo XIX se instaurará en el contexto europeo, el llamado modelo de Estado intervencionista, cuyas singularidades se fincan en una mayor injerencia del Estado en la vida colectiva, en esencial en dos horizontes: en el aspecto económico y en el aspecto social, sin desmontar su construcción ideológica de cuño propio, particularmente manipuladora de las clases marginales.

Enseguida, es destacable el advenimiento del Estado benefactor, también llamado Estado social de derecho, cuya raigambre se fundamenta en la Constitución alemana de Weimar, de 1919, y a partir de cuyos dispositivos constitucionales se planteaba en el contexto alemán la satisfacción de las necesidades emergentes de la sociedad, desde esos señalados dispositivos constitucionales que ordenaban al gobierno los deberes positivos de alimentación, vivienda, acceso a la salud, educación y empleo, y con esta prelación lógica, conseguir el bienestar de la mayoría de la población. Este modelo benefactor se extendió por diversas regiones del mundo, en lo que posteriormente se les llamaría países desarrollados, y



por exclusión, algunos autores motejaron a los demás que no reunieron estos requisitos, como países “subdesarrollados”. Tal vez en este punto, sea importante aclarar que resulta menos peyorativo hablar de economías centrales y periféricas antes que magnificar el desarrollismo.

En el siglo XX, surgiría en el ordenamiento de la Constitución de Bonn de 1949 el denominado Estado constitucional de derecho, cuya premisa emblemática como modelo político la constituye “el principio de reserva constitucional” en “la defensa y protección de la dignidad de la persona humana”, simbólica y representativa de todos los derechos humanos. Este documento se proyectaría sobre la mayoría de las Constituciones en el mundo occidental, con lo cual vendría la reforma de la Constitución española de 1978, la Constitución portuguesa de 1976, y algunas Constituciones en nuestra región, particularmente la Constitución de Brasil, de Colombia, entre otras.

En este mismo sentido, se reformaría la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 1º, el 14 de agosto del año 2001, incluyendo el principio de defensa y protección de la dignidad humana, y tras de él, todos los derechos humanos.

Llegado a este punto, el lector se preguntará si este es un ejercicio de reflexión ocioso, y que en poco abona a la argumentación; sin embargo, esta es la dimensión que considero más sobresaliente para darle ubicación y contexto al surgimiento de la argumentación jurídica en la cultura contemporánea del derecho. Ciertamente, el Estado constitucional de derecho es el modelo en el que se inscribe por diversas razones el surgimiento de la argumentación jurídica, a partir de los siguientes factores.

Con el advenimiento del Estado constitucional de derecho, surgirán también los órganos de autonomía constitucional, que rompen la clásica tripartición de poderes consabida (Ejecutivo, Legislativo y Judicial); asimismo, emergen nuevas facultades para el Poder Judicial, ampliándolas en tal magnitud que lo convierten “en el poder de poderes”, porque justo en el Poder Judicial, es el espacio público en donde se resolverán los problemas significativos y relevantes de los poderes públicos.

Como es de advertirse, no sólo el impacto de los derechos humanos, sino las reformas ya referidas, son las que van caracterizando a un modelo político que requiere otro tipo de derecho. Ya el positivismo no es

suficiente (el juez no puede seguir siendo la voz del legislador), ahora el juez es un actor dinámico y creativo, y no autómatas aplicadores de leyes, sino que su deber reside hoy, más que en la interpretación y aplicación de sus decisiones, en ponderar y justificar sus decisiones, ya que convertido en el “poder fuerte”, en una democracia del Estado constitucional, está obligado a justificar sus decisiones, y la argumentación jurídica es justamente la teoría que le provee de esos elementos para dar razonamientos y argumentos que satisfagan una decisión democrática, pues de no hacerlo, generaría detrimento a la legalidad y a la constitucionalidad, o bien devendría en agravios a los gobernados.

Estas son las razones por las que este documento debe tomarse como eje metodológico, sin perderse en la bruma de la abundante producción de ideas de los argumentistas contemporáneos, que a menudo esquivan o desconocen que todo conocimiento humano se inscribe en un tiempo y lugar determinado.

#### **Fuentes de información**

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Secretaría de Servicios Parlamentarios, Cámara de Diputados, H. Congreso de la Unión, Ciudad de México, 2018.

ORTIZ ORTIZ, Serafín, *Fundamentos de la Teoría de la Argumentación Jurídica*, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2017.

ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *Argumentación Jurídica*, Editorial Oxford, México, 2010.



## LA DEMOCRACIA COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO DE LOS DELITOS ELECTORALES

Oswaldo Ramírez Ortiz<sup>1</sup>

En el escenario nacional, resulta necesario robustecer la tutela de la libre expresión de la voluntad popular, garantizando la equidad y el equilibrio en las contiendas electorales, al evitar abusos, arbitrariedades, y ventajas ilícitas, toda vez que son crecientes los señalamientos que dan cuenta del despliegue y comisión recurrente de estas conductas, las que en muchas ocasiones son determinantes en la configuración de los resultados de los procesos electorales a todos los niveles, lo que erige en imperioso el estudio de dichos comportamientos.

Por lo anterior, el rubro relativo a los delitos electorales ha cobrado notable preeminencia a últimas fechas, y fue por ello que la normatividad en la materia ha sido susceptible de un reciente proceso de actualización, con la finalidad de responder a los nuevos desafíos.

La actualización legislativa referida se tradujo en una necesidad impostergable, y con ella se pretendió el perfeccionamiento del régimen democrático, del sistema de partidos y de las instituciones electorales de nuestro país, aspiraciones que únicamente podrán tener verificativo mediante la cooperación y la sinergia entre la ciudadanía, la sociedad en su conjunto y el Estado, que unidos permitirán que esa aludida voluntad del pueblo prospere y se respete.

No obstante, el ajuste del tema legislativo, si no encuentra un referente de cumplimiento real, no sirve de mucho, es decir, se debe buscar la manera de garantizar su aplicación; sin embargo, en países como el nuestro, existen factores que ponen en severo riesgo a la democracia.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Tlaxcala, ex director de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Criminología de esa misma universidad, y líder del Cuerpo Académico en Formación denominado *Seguridad Pública, Oralidad y Delincuencia Organizada*. Es autor de diversos textos sobre derecho penal, metodología de las ciencias sociales y criminología.

## 1. Contenidos de la reforma electoral de 2014

A pesar de que el abordaje de la categoría de delitos electorales se remonta al texto constitucional del año de 1814, y disposiciones posteriores hasta llegar a la centenaria Constitución de 1917, se dice que no fue sino hasta la década de los 90's del siglo pasado en la que se le comenzó a conceder la verdadera trascendencia que reviste, ya que fue precisamente en esa época en la que se incorporó de manera debida, en el Código Penal Federal (CPF), otorgándole con ello la verdadera dimensión que implica.

Debemos considerar de modo sustantivo que el parlamentario debió observar su entorno socio-político, donde la influencia de los avances tecnológicos y la presencia de mecanismos de seguimiento digital, nuevos comportamientos anómicos y *modus operandi* criminales, entre otros aspectos, implicaron nuevos escenarios donde la salvaguarda de la competencia electoral fue uno de los imperativos en la reforma política de 2014.

Así, en el mes de mayo, fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, la denominada Ley General en Materia de Delitos Electorales, que reglamenta lo enunciado en el inciso a), fracción XXI, artículo 73, de nuestra Carta Magna. Tal ordenamiento tiene una trascendencia en su matiz regulador de conductas que no se habían prestablecido en el pasado, destacándose la investigación, la persecución y la sanción de conductas típicas que afecten el adecuado desarrollo de los procesos electorales.

La denominada reforma política de febrero de 2014, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 10 de ese mes, mediante decreto que reformó, adicionó y derogó 29 artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la materia, se puede dividir en cuatro ejes temáticos: Régimen de gobierno; Autoridades electorales; Régimen de partidos, y Creación de nueva legislación.

En el primer eje, relativo al régimen de gobierno, la novedad es la incorporación de la figura de gobierno de coalición, a la que el presidente podrá optar, en cualquier momento de su gestión, después de haber suscrito un convenio con los partidos políticos y obtenido la aprobación respectiva del Senado de la República (art. 89, fracción XVII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

En esta reforma debemos destacar otro cambio importante, como lo es la introducción de la reelección legislativa. Un tema que a lo largo de los años había sido objeto de reserva, y que con esta reforma se decidió abordar, con lo que se puso fin a 8 décadas de no reelección; para efectos de la transformación legislativa en comento, se contempla que los senadores podrán ser electos hasta por dos y los diputados federales hasta por cuatro periodos consecutivos, respectivamente. Sin embargo, los candidatos deberán ser postulados por el mismo partido político, a menos que hayan renunciado a su militancia antes de la mitad de su mandato (artículo 59 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

Por cuanto hace a las autoridades electorales, modifica de manera sustancial la estructura y la distribución de la facultad de organización electoral. En primer lugar, la reforma desaparece al Instituto Federal Electoral (IFE), y en su lugar crea al Instituto Nacional Electoral, como ya lo habíamos precisado en líneas preliminares. La función básica del INE será la de organizar las elecciones federales; empero, también se le otorgan facultades en el ámbito local, manteniendo la existencia de los institutos electorales locales, aunque con importantes cambios en sus facultades, integración y nombramiento.

A la par de incrementar el número de consejeros electorales (11), se crea un Servicio Profesional Electoral Nacional, que será regulado por el Instituto Nacional Electoral.

En lo relativo al régimen de partidos, se experimentan algunos cambios de relevancia. Con la reforma, el requisito para mantener el registro se eleva a rango constitucional y ahora se requiere el 3% de la votación válida emitida en cualquiera de las elecciones que se celebren para la renovación del Poder Ejecutivo o de las Cámaras del Congreso de la Unión.

## **2. Legislaciones de reciente creación con motivo de la reforma**

La reforma político electoral aparejó el surgimiento de tres nuevos ordenamientos, a saber: la Ley General de Partidos Políticos, la Ley General

de Instituciones y Procedimientos Electorales, y la Ley General en Materia de Delitos Electorales.

Los tres nuevos ordenamientos son de carácter general, porque delimitan las facultades de las autoridades federales, estatales y municipales en materia electoral, a diferencia del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE), que se refería a casos que tenían que ver únicamente con la competencia de orden federal.

A continuación, realizaremos una breve exposición de las características de estas normativas:

### **2.1. Ley General de Partidos Políticos**

La presente Ley es de orden público y de observancia general en el territorio nacional, y tiene por objeto regular las disposiciones constitucionales aplicables a los partidos políticos nacionales y locales, así como distribuir competencias entre la Federación y las entidades federativas en materia de:

- a) La constitución de los partidos políticos, así como los plazos y requisitos para su registro legal;
- b) Los derechos y obligaciones de sus militantes;
- c) Los lineamientos básicos para la integración de sus órganos directivos, la postulación de sus candidatos, la conducción de sus actividades de forma democrática, sus prerrogativas y la transparencia en el uso de recursos;
- d) Los contenidos mínimos de sus documentos básicos;
- e) Las formas de participación electoral a través de la figura de coaliciones;
- f) El sistema de fiscalización de los ingresos y egresos de los recursos;
- g) La organización y funcionamiento de sus órganos internos, así como los mecanismos de justicia intrapartidaria;
- h) Los procedimientos y sanciones aplicables al incumplimiento de sus obligaciones;

- i) El régimen normativo aplicable en caso de pérdida de registro y liquidación de los partidos políticos, y
- j) El régimen jurídico aplicable a las agrupaciones políticas nacionales.<sup>2</sup>

## 2.2. Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales

### Artículo 1.

1. La presente Ley es de orden público y de observancia general en el territorio nacional y para los Ciudadanos que ejerzan su derecho al sufragio en territorio extranjero. Tiene por objeto establecer las disposiciones aplicables en materia de instituciones y procedimientos electorales, distribuir competencias entre la Federación y las entidades federativas en estas materias, así como la relación entre el Instituto Nacional Electoral y los Organismos Públicos Locales.

2. Las disposiciones de la presente Ley son aplicables a las elecciones en el ámbito federal y en el ámbito local respecto de las materias que establece la Constitución.

3. Las Constituciones y leyes locales se ajustaran a lo previsto en la Constitución y en esta Ley.

4. La renovación de los poderes Ejecutivo y Legislativo de la Federación, así como las correspondientes a los poderes Ejecutivo, Legislativo y de los Ayuntamientos en los estados de la Federación, y del Jefe de Gobierno, diputados a la Asamblea Legislativa y los jefes delegacionales del Distrito Federal, se realizarán mediante elecciones libres, auténticas y periódicas, mediante sufragio universal, libre, secreto y directo.

### Artículo 2.

1. Esta Ley reglamenta las normas constitucionales relativas a:

- a) Los derechos y obligaciones político-electorales de los ciudadanos;
- b) La función estatal de organizar las elecciones de los integrantes de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Unión;

---

<sup>2</sup> *Ley General de Partidos Políticos*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 23 de mayo de 2014, Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, México, 2014.



- c) Las reglas comunes a los procesos electorales federales y locales, y
- d) La integración de los organismos electorales.<sup>3</sup>

Esta ley deberá regular: la celebración de elecciones federales y locales el primer domingo de junio del año que corresponda, en los términos de la Constitución y a partir de 2015, salvo aquellas que se verifiquen en 2018, las cuales se llevarán a cabo el primer domingo de julio; los mecanismos de coordinación entre los órganos del Ejecutivo Federal en materia de inteligencia financiera y el Instituto Nacional Electoral, que permitan reportar a éste las disposiciones en efectivo que realice cualquier órgano o dependencia de la Federación, de las entidades federativas y de los municipios; los términos en que habrán de realizarse debates de carácter obligatorio entre candidatos; las modalidades y plazos de entrega de los materiales de propaganda; las sanciones aplicables a la promoción de denuncias frívolas; las reglas para garantizar la paridad entre géneros en candidaturas a legisladores federales y locales, las reglas, plazos, instancias y etapas procesales para sancionar violaciones en los procedimientos electorales.

### **2.3. Ley General en Materia de Delitos Electorales**

Esta ley dispone que todos los delitos electorales previstos en ordenamientos locales o el federal fueron derogados. La Ley General en Materia de Delitos Electorales es de observancia general en toda la República mexicana.

Este ordenamiento legal establece tipos penales, sanciones y la distribución de competencias, así como las formas de coordinación entre los tres niveles de gobierno, para su investigación y persecución.

En esta ley se incluyó un escenario para anular elecciones y se detallaron conductas ilícitas durante tiempos electorales.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> *Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 23 de mayo de 2014, Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, México, 2014.

Contempla 25 conductas constitutivas de ilícito electoral, tanto en el ámbito local y federal. Entre esas conductas tenemos:

- Obtener o utilizar fondos provenientes de actividades ilícitas para una campaña electoral;
- Obligar o ejercer cualquier tipo de presión sobre los ciudadanos para que voten a favor o en contra de un candidato, partido político, o bien se abstengan de votar;
- Promover, mediante amenaza o promesa de pago o dádiva, el voto en favor o en contra de un determinado partido político o candidato, o bien la abstención de votar.

La reforma establece que a quien tenga calidad de servidor público al momento de incurrir en una conducta ilícita se le impondrán las siguientes sanciones: una sanción de doscientos a cuatrocientos días multa, prisión de tres a nueve años, destitución del cargo, inhabilitación para ocupar cargos públicos y suspensión de los derechos políticos electorales de uno a cinco años.<sup>5</sup>

Esta Ley, tiene como objetivo combatir, sancionar y fortalecer los mecanismos para la prevención de conductas que tengan como propósito alterar la voluntad ciudadana expresada en las urnas, como se advierte en su primer artículo:

“Artículo 1. Esta ley es reglamentaria del artículo 73, fracción XXI, inciso a) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de delitos electorales”.

Se compone de tres títulos en los que se integran las disposiciones relativas los siguientes rubros:

- Se establecen las disposiciones básicas que se aplican a las leyes generales, tales como: Objeto y definiciones generales, Formas de

---

<sup>4</sup> *Ley General en Materia de Delitos Electorales*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 23 de mayo de 2014, Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, México, 2014.

<sup>5</sup> *Reforma político electoral*, documento publicado por el gobierno federal acerca de esta reforma sustantiva al sistema electoral mexicano, Gobierno de la República, México, 2014, p. 10.

coordinación entre los tres niveles de gobierno para la investigación, persecución y sanción de los delitos electorales, Los tipos penales en materia electoral, así como reglas comunes para su aplicación, Las competencias, facultades y los mecanismos de coordinación entre la federación y las entidades federativas.

Destaca el analista Omar Granados que “entre los puntos clave de esta ley se determinan nuevas sanciones a ciertos delitos electorales, se reforman las facultades y obligaciones de autoridades, así como la coordinación entre la federación y los estados durante un proceso electoral”.<sup>6</sup>

Entre las sanciones aprobadas, se imponen 200 a 400 días de multa y prisión de dos hasta nueve años, a servidores públicos que coaccionen, induzcan o amenacen a sus subordinados para que participen en eventos proselitistas, voten o se abstengan de votar por algún partido o candidato. Si un funcionario condiciona programas gubernamentales a cambio del voto, las penas aumentarán hasta en un tercio sobre lo previsto.

Se imponen también multas de mil a cinco mil días multa y de cinco a 15 años de prisión al que por sí o por un intermediario aporte, utilice o reciba aportaciones de dinero o en especie a favor de algún precandidato, candidato, partido político, coalición o agrupación política cuando exista una prohibición legal para ello, o se utilicen fondos o bienes con un origen ilícito, o que rebasen los permitidos por la ley.

Se agregan penas de 2 a 9 años de prisión al precandidato, candidato, funcionario partidista u organizadores de actos de campaña cuando aprovechen fondos, bienes o servicios en apoyo o perjuicio de otro contendiente.

A servidores públicos que cometan cualquier delito previsto, además de la inhabilitación para ocupar un cargo en el servicio público federal, local, municipal, estatal, delegacional o en el DF

---

<sup>6</sup> GRANADOS, Omar, “¿En qué consiste la reforma político-electoral?”, en *Animal Político*, sitio especializado en información y análisis político mexicano, edición del 16 de mayo de 2014, México, 2017, consultada el 13 de enero de 2017, disponible en [http://www.ine.mx/archivos2/CDD/Reforma\\_Electoral2014/descargas/articulos/AnimalPolitico\\_16may2014\\_OmarGranados.pdf](http://www.ine.mx/archivos2/CDD/Reforma_Electoral2014/descargas/articulos/AnimalPolitico_16may2014_OmarGranados.pdf)

La democracia como bien jurídico tutelado de los delitos electorales

y se les impondrá de dos a seis años y, en su caso, la destitución del cargo.<sup>7</sup>

La señalada norma punitiva, se integra por tres títulos en donde se disponen:

a) Las cuestiones básicas que se aplican a las leyes generales, como los objetivos y las definiciones generales.

b) La sinergia que se deberá de generar entre los diferentes niveles de gobierno, a efecto de atender la investigación, persecución y sanción de los delitos electorales, y de igual modo, los niveles de competencia entre las instituciones del orden federal y estatal.

c) Los tipos penales relativos al panorama electoral, y el procedimiento común para su aplicación.

### **3. Los delitos electorales: conceptualización y marco normativo nacional**

Para comprender el abordaje doctrinal que hacemos en este subtítulo, debemos tener claro que:

- Un delito es un acto u omisión que sancionan las leyes penales.
- Los delitos electorales son un conjunto de previsiones jurídicas que buscan sancionar las conductas que atentan contra “la transparencia y objetividad del proceso electoral”, la igualdad y la libre manifestación del voto. Con su persecución se pretende restaurar “la pureza de los resultados” electorales.

Para la Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Electorales (FEPADE), “los delitos electorales son aquellas acciones u omisiones que lesionan o ponen en peligro el adecuado desarrollo de la función electoral y atentan contra las características del voto, que debe ser uni-

---

<sup>7</sup> *Ibidem.*

versal, libre directo, personal, secreto e intransferible”.<sup>8</sup>

Asimismo, es toda acción u omisión típica, antijurídica culpable y punible, que sancionan las leyes penales, que lesionan o ponen en peligro el desarrollo del proceso electoral.

Por sus consecuencias, el delito electoral es el acto u omisión que afecta la limpieza, libertad y transparencia de un proceso electoral, y la prescripción legal considera una sanción para su autor, que va desde la imposición de una multa, de una pena privativa de libertad, o la inhabilitación del ejercicio de ciertos derechos. Son considerados delitos de *lesa* nación, ya que atentan contra la soberanía del pueblo. Los delitos electorales son conductas descritas y sancionadas por la Ley General en Materia de Delitos Electorales que lesionan o ponen en peligro el adecuado desarrollo de la función pública electoral federal, explica la FEPADE en su página oficial, y afirma que son responsables de delitos electorales quien o quienes atentan contra los principios de objetividad, transparencia, igualdad y libertad, que han de regir un sistema electoral democrático.

La sanción de este tipo de delitos va desde la imposición de una multa, pago de una cierta cantidad de dinero, pena privativa de libertad, o inhabilitación del ejercicio de ciertos derechos.

### **3.1. ¿Quién puede ser sujeto activo en la comisión de esta conducta delictiva?**

Cualquier persona, funcionarios electorales, funcionarios o representantes de partido, ciudadanos, precandidatos, candidatos, servidores públicos, organizadores de campañas y ministros de culto religioso.

Desde la dogmática jurídico-penal, en el contexto del derecho electoral penal, se tiene esta referencia sobre el sujeto activo y pasivo del delito electoral

- Sujeto Activo. Pueden ser todas las personas físicas mexicanas o extranjeras que pretendan obstaculizar o entorpecer el desarrollo del

---

<sup>8</sup> “Delitos electorales”, catálogo publicado por la FEPADE, en su sitio electrónico disponible en <http://www.fepade.gob.mx/delitos.html>, consultado el 14 de enero de 2017.

proceso electoral o relacionadas con el proceso electoral.

- Sujeto Pasivo. Es todo aquel ciudadano mexicano que en goce de sus garantías constitucionales y que es privado injustificadamente, manipulado o coaccionado para poder emitir el sufragio a favor de un determinado candidato o partido político.<sup>9</sup>

Algunos ejemplos de este tipo de ilícitos son: Recoger credencial de elector; Alterar el Registro Federal de Electores; Desviar recursos públicos federales; Compra de votos; Votar sin credencial de elector; Votar con una credencial que no es suya; Votar más de una vez en una elección; Presionar en la casilla para que voten por algún partido o candidato; Hacer propaganda el día de la jornada electoral; Recoger la credencial de otro ciudadano sin razón aparente; Proporcionar información falsa al INE, por mínima que sea, cuando se tramita la credencial de elector; Interferir o obstaculizar el proceso electoral

Para la Fiscalía electoral mexicana, se describe la prohibición de las siguientes conductas en donde se relacionan no sólo ciudadanos, sino también funcionarios públicos, ministros de culto, representantes políticos y populares y fedatarios:

- Ninguna persona puede recoger en cualquier tiempo, sin causa prevista por la ley, una o más credenciales para votar de los ciudadanos.
- Nadie puede organizar una reunión o el transporte para llevarte a votar y te digan por quién votar.
- Los servidores públicos no pueden condicionar la prestación de un servicio público, el cumplimiento de programas gubernamentales, el otorgamiento de concesiones, permisos, licencias, autorizaciones, franquicias, exenciones o la realización de obras públicas, en el ámbito de su competencia, a la emisión del sufragio en favor de un precandidato, candidato, partido político o coalición; a la abstención del ejercicio del derecho de voto o al compromiso de no votar a favor de un precandidato, candidato, partido o coalición.

---

<sup>9</sup> "Delitos electorales", en *Concepto jurídico*, sitio digital especializado en el tratamiento de temas jurídicos, consultado el 12 de enero de 2017, y disponible en el sitio electrónico <http://definicionlegal.blogspot.mx/2012/10/delitos-electorales.html>

- Queda prohibido que los servidores públicos coaccionen, induzcan o amenacen a sus subordinados para que voten o se abstengan de votar por una opción dentro de la consulta popular.
- Los funcionarios electorales tienen prohibido alterar los resultados electorales, sustraer o destruir boletas, documentos o materiales electorales.
- Es delito que los funcionarios partidistas impidan la instalación, apertura o clausura de una casilla, así como el escrutinio y cómputo, el traslado y entrega de los paquetes y documentación electoral, o el adecuado ejercicio de las tareas de los funcionarios electorales.
- Queda prohibido que los ministros de culto religioso presionen o induzcan el sentido del voto o a votar o abstenerse de votar por un candidato, partido político o coalición, en ejercicio del culto religioso o en desarrollo de actos propios de su ministerio.
- Se considera una práctica delictiva que los diputados y senadores habiendo sido electos a un cargo de elección popular no se presenten, sin causa justificada a juicio de la Cámara, Asamblea Legislativa o Cabildo respectivo, a desempeñar el cargo, dentro del plazo previsto para tal efecto en el ordenamiento jurídico respectivo.
- Los fedatarios públicos pueden cometer un delito electoral cuando estando obligados se nieguen injustificadamente a dar fe de hechos o certificar documentos concernientes a la elección.
- Queda prohibido que los exmagistrados electorales, consejeros electorales y el secretario ejecutivo del Instituto Nacional Electoral desempeñen o sean designados en cargos públicos por los Poderes Ejecutivo o Legislativo cuya elección hayan calificado o participado, asuman cargos de dirigencia partidista o sean postulados a cargos de elección popular, dentro de los dos años siguientes a la conclusión de su encargo.<sup>10</sup>

### 3.2. Objeto material y jurídico

En esta parte, observamos que el objeto material son los electores, a los

---

<sup>10</sup> "Delitos electorales" catálogo..., *op. cit.*

que se obstaculiza o interfiere el derecho a votar libremente; también lo serán los paquetes y documentos electorales respecto de los cuales se impide o interfiere su traslado o entrega, así como los funcionarios electorales quienes no pueden realizar sus actividades por las mencionadas conductas.

El objeto jurídico es el conjunto de principios que rigen la función electoral, y “en donde se pretende impedir la lesión o puesta en peligro de éstos y de su eficacia, evitando con ello el descrédito de las instituciones encargadas de la renovación del poder público”.<sup>11</sup>

### 3.3. Marco normativo nacional

El soporte jurídico que enmarca el combate a los actos delincuenciales frente a los procesos electorales, se integra en los siguientes documentos:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 73, fracción XXI, inciso a);
- Ley General en materia de Delitos Electorales, en sus tres títulos; y
- Código Penal Federal, en los artículos 401 al 408 y del 411 al 413, en los que se establecen más de 150 hipótesis delictivas o tipos penales.

### 3.4. Bien jurídico tutelado

El fin que persigue el derecho penal es el de proteger aquellos intereses de la sociedad, de las personas, y de los grupos, que bajo ciertas directrices culturales se consideran superiores y fundamentales para la subsistencia del Estado, así como para el bienestar de los individuos y sus relaciones entre ellos mismos y con los órganos de gobierno; en vista de ello, con el objeto de proteger eficazmente esos intereses, se definen como delitos, y se sancionan como tales, aquellas conductas que a juicio del legislador los vulneran con gravedad.

Son aquellos bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedad que son, por tanto, merecedores de protección a través

---

<sup>11</sup> “Delitos electorales”, en *Concepto jurídico...*, *op. cit.*



del poder coactivo del Estado representado por la pena pública.

Para que en una sociedad prevalezca el Estado de Derecho y tenga éxito en sus relaciones sociales, se deben de proteger determinados intereses, los cuales deben de ser relevantes y protegidos por el derecho; como lo son la vida, el patrimonio, la libertad, entre otros; éstos para ser cobijados dentro de la Constitución deben de someterse a un proceso legislativo determinado; por lo que existen bienes jurídicos de protección penal, de tutela civil, laboral, administrativa, etc. Los bienes jurídicos que merecen tutela penal, son los bienes jurídicos penales.

Protegen los intereses o valores más altos de la sociedad. Y alcanzan el carácter de jurídicos cuando son reconocidos por el Estado al plasmarlos en la ley.

Como ejemplo de estos valores supremos tenemos: la vida, la libertad, la familia, la salud, la integridad física, el libre desarrollo de las personas, el patrimonio, etc.

La ausencia de un bien jurídico que preservar despoja a la norma penal de todo contenido material, como también de toda legitimidad.

Como referencia de la construcción doctrinal sobre los bienes jurídicos, tenemos la opinión de los siguientes autores clásicos:

Franz von Liszt dice que los bienes jurídicos “son intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad; intereses, por tanto, preexistentes a la valoración del legislador y, como tales, idóneos para garantizar la correspondencia entre realidad social y régimen normativo”

Karl Binding afirma que “son una creación exclusiva del legislador, quien actúa sin otra limitación que su propia consideración y la que impone la lógica”. El bien jurídico es el derecho intrínseco que la norma protege, no es otra cosa que la pretensión del legislador de darle protección a ciertos valores del ser humano, y que estos se conviertan en intereses no sólo personales sino sociales y del Estado.

El concepto de bien jurídico ha cumplido hasta hoy importantes funciones en la dogmática penal; lo ha hecho como criterio para la clasificación de los delitos, y como elemento de base y límite al orden penal.

Feuerbach nos hablaba ya de la lesión a un derecho subjetivo como elemento legitimante de la facultad punitiva del Estado.

Los bienes jurídicos son aquellos *vitales e imprescindibles* para la *convivencia humana* en sociedad que son, por tanto, merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública.

Raúl Eugenio Raúl Zaffaroni expresa que no es posible concebir una conducta típica sin la justificación de la necesidad de tutelar un bien jurídico, de ahí que el bien jurídico desempeña un papel central en la teoría del tipo, dando un verdadero sentido teológico a la ley penal.

Protegen los intereses o valores más altos de la sociedad. Y alcanzan el carácter de jurídicos cuando son reconocidos por el Estado al plasmarlos en la ley.

Como ejemplo de estos valores supremos tenemos: la vida, la integridad física, la libertad, la salud, el patrimonio y el libre desarrollo de las personas, etc.

La legislación penal no crea bienes jurídicos, sino que éstos son creados por la Constitución, el derecho internacional y el resto de la legislación. El derecho penal recibe el bien jurídico ya tutelado y la norma que se deduce del tipo no hace más que anunciar un castigo para ciertas formas particulares y aisladas de lesión al mismo.

El bien jurídico tutelado en materia electoral, responde a la variedad de delitos que existen en la norma penal, y por tanto *pluri-ofensivos*; dentro de los bienes jurídicos tutelados por estas descripciones típicas normativas encontramos a los siguientes:

- El derecho al *voto* y sus características de universal, libre, secreto, directo, personal e intransferible;
- La *libre expresión* de la voluntad política en materia política;
- La *imparcialidad*, y el *debido funcionamiento* y *buen desempeño* de los *órganos electorales*;
- La *pulcritud*, y la *libre organización* y *realización* de los *procesos electorales*;
- La *preservación* de las *condiciones legales* de toda *contienda electoral*;
- La *inhibición* de la *utilización* de *fondos, bienes o servicios* estatales con el propósito de *favorecer* a un *partido político* o determinado *candidato*;
- La preservación de los principios de autenticidad, certeza y con-

fiabilidad en los *documentos públicos electorales*, como el *padrón electoral*, las *listas nominales* de electores y la *credencial* para votar;

- El *mantenimiento* de las condiciones de *equidad* para que los participantes compitan en *igualdad*;
- La *credibilidad* de los *comicios*; y
- La *certeza* en los *resultados*.

El bien jurídico protegido de los delitos electorales es la libre organización y realización de los procesos electorales para elegir a los titulares de un cargo público; el bien jurídico tutelado es el sufragio y sus características de universal, libre, secreto, directo, personal e intransferible, así como velar por el debido funcionamiento de los órganos electorales.

El voto es la expresión de la voluntad ciudadana mediante la cual ejerce su derecho a elegir gobernantes y representantes de forma democrática a través de elecciones libres, auténticas y periódicas. El voto es universal, libre, secreto, directo, personal e intransferible, y deberá ser respetado por autoridades, partidos políticos y candidatos.

El ejercicio del sufragio es la piedra angular que sostiene las democracias contemporáneas, “sin él, surge la imposición y la dictadura”. El sufragio es una capacidad espacial que orden jurídico reconoce a determinadas personas para participar en la integración de la integración de los órganos del poder público.<sup>12</sup>

En esta parte del presente documento, es necesario acotar que los principios rectores del derecho electoral son la constitucionalidad, legalidad, certeza, objetividad, imparcialidad, independencia, autonomía, probidad, eficacia, profesionalismo, especialidad, capacidad, competencia, antecedentes profesionales, economía eficiencia, de manera completa y gratuita; a través de dichos principios se tratan de proteger los siguientes valores democráticos políticos electorales, mismos que corresponden a la anterior legislación:

---

<sup>12</sup> IZAGUIRRE, Edy, *Medios de impugnación en materia electoral*, Editorial Novum, México, 2012, p. 16.

- La soberanía nacional (art. 139 relacionado al 115 Constitucionales) entendiendo a la democracia como una expresión de la soberanía popular.
- La forma de gobierno (art. 40 relacionado con los 41, 49, 116 y 122 constitucionales).
- La libre participación política y el sufragio universal, libre, secreto, directo, personal, e intransferible (art. 35 en sus tres primeras fracciones, en relación al 41 constitucional, en relación al artículo 4 del COFIPE).
- El pluralismo político, condiciones de equidad para la competencia electoral y un sistema electoral, representativo (41 constitucional en relación al libro dos COFIPE)
- Seguridad jurídica (13 al 23 en relación a los 94 al 107 todos constitucionales).<sup>13</sup>

El principio de “lesividad” y la teoría de bienes jurídicos ha sido un tema que siempre ha ocupado y preocupado al ilustre profesor chileno Juan Bustos Ramírez. En el mundo hispanoparlante es por demás conocida su concepción que trata de sistematizar mejor y materializar este principio a través de su distinción entre “bienes individuales” y “bienes colectivos” y su integración en la construcción de la teoría del delito.

Los bienes jurídicos políticos tutelados en los delitos electorales, como puede colegirse, la sanción de las conductas descritas en los artículos 403, 404, y 407 del Código Penal Federal tienen la finalidad de que en los procesos electorales, los ciudadanos ajusten sus actos a las reglas establecidas en el código federal de instituciones y procedimientos electorales, respecto de la forma de emitir el voto, el día de las elecciones “jornada electoral”, protegiendo con ello el respeto a la ley, la libertad política del

---

<sup>13</sup> OROZCO, Henríquez Jesús, “Consideraciones sobre los principios y valores tutelados por el derecho electoral federal mexicano”, en revista *Justicia Electoral*, No. 9, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 1997, p. 85 a 107, citado por COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *Derecho Constitucional electoral*, 4ª ed. Ed. Porrúa, México, 2005, p. 125.

secreto del voto.<sup>14</sup> En sentido general, aquel bien que el derecho ampara o protege. Su carácter jurídico deviene de la creación de una norma jurídica que prescribe una sanción para toda conducta que pueda lesionar dicho bien. Sin la existencia de esa norma, que tiene que estar vigente y ser eficaz, el bien pierde su carácter jurídico.<sup>15</sup>

#### **4. Democracia: acepciones, connotaciones y conceptos**

Cuando nos encontramos ante la necesidad de caracterizar al vocablo democracia, nos encontramos que en torno al mismo existe una muy amplia gama de acepciones, las que generan una falta de claridad y precisión, por lo que su conceptualización se erige en una tarea con cierto grado de complejidad que requiere de una exhaustiva revisión a la literatura política, la que arroja una serie de significados, connotaciones y dimensiones, a los que habrá de sumarle que, la democracia implica una categoría que en el devenir de los tiempos, registra una evolución y significativa transformación.

Las acepciones más recurrentes son las que siguen:

- Poder del pueblo;
- Participación ciudadana;
- Doctrina política;
- Forma de organización y convivencia de la sociedad;
- Forma de organización del Estado;
- Régimen o sistema de gobierno;
- Valor o principio de la modernidad; y
- Derecho fundamental.

---

<sup>14</sup> IBARRA FLORES, Román, *La defensa legal del voto en las elecciones federales*, Editorial. OGS, México, 2000, p. 170.

<sup>15</sup> "Bien Jurídico", en *Enciclopedia Jurídica*, página especializada en etimología jurídica, consultada el 10 de diciembre de 2016, disponible en el sitio electrónico <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/bien-jur%C3%ADdico/bien-jur%C3%ADdico.htm>

Democracia es un término antiquísimo, podríamos decir milenario, que surge en Grecia en el año 508 a.C., y desde ese entonces se sabe que el término democracia deviene del vocablo griego *demos*, que significa pueblo, y *kratos*, que significa gobierno o poder. De lo anterior se desprende que democracia es *el gobierno del pueblo*. Este aforismo es, digamos, considerado el concepto de *trajín*, que en la actualidad se encuentra rebasado, y resulta insuficiente para explicar a la democracia de nuestros tiempos.

El significado ha evolucionado con el tiempo, y es importante señalar que en la actualidad se conciben nuevas democracias que van más allá de lo propiamente electoral.

En términos generales la democracia alude a un sistema de gobierno en el cual la soberanía o la autoridad del poder se encuentran depositadas en el pueblo; es por ello que, cuando hablamos de democracia, pensamos en el régimen político o en una forma de gobierno, que incluye normas, instituciones, prácticas y actos vinculados al acceso y ejercicio del poder.

La democracia como forma de gobierno se traduce pues, en la participación de la ciudadanía en la acción gubernamental, a través de la emisión del sufragio, es decir supone la existencia de elecciones libres, periódicas y competitivas; y el control, limitación y regulación que ejerce sobre la actuación del Estado.

Para Norberto Bobbio, la democracia debe concebirse como “un método o un conjunto de reglas de procedimiento para la constitución del gobierno y para la formación de las decisiones políticas, en el que está prevista la más amplia participación posible de los interesados”.

En la etapa contemporánea existe una connotación más amplia de la democracia, que la concibe no solo como una estructura jurídica y un régimen político, sino además como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo, tal como lo establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 3o., fracción II; en tenor de ello, la democracia es también entendida como una forma de convivencia social, y un estilo de vida fincado en el respeto a la dignidad humana, la libertad y el respeto a los derechos ciudadanos de todos y cada uno de los miembros de determinada sociedad.

Sin embargo, “representa una idea antiquísima la historia del pensamiento político: es la idea del gobierno de los hombres, contrapuesta a la del gobierno de las leyes, criticada ya por platón y Aristóteles. Una ilusión que siempre vuelve a proponerse en los momentos de crisis de la democracia”.<sup>16</sup>

La palabra democracia es un término que suele confundir con formas no democráticas cuando se usa para designar a gobiernos totalitarios, dictatoriales o autoritarios, los cuales son arbitrarios perversos y represivos. El significado de la palabra puede ser desvirtuado al entender a estos como gobiernos democráticos pese a que no son electos popularmente y deciden por todos sin tomar en cuenta las opiniones o preferencia de la ciudadanía, y a que esta carece del reconocimiento de sus derechos políticos para participaren la conformación del gobierno

El derecho electoral trata de salvaguardar el contenido y continente de la democracia, a partir de un conjunto de normas, principios y valores de derecho positivo consuetudinarias que tienen como propósito la regulación de las formas, procesos y procedimientos a través de los cuales se trasmite el poder en México, y a su vez establece, las garantías político electorales, tanto para los administrados como para los que gobiernan, protegen y controlan la constitucionalidad y la legalidad de los actos y resoluciones electorales, tanto en los ente federados como de la Federación.<sup>17</sup>

En el progreso del constitucionalismo, se han confrontado dos concepciones de la democracia: la primera concepción denominada democracia constitucional, y democracia liberal.<sup>18</sup>

Según la imagen simplificada propuesta por la primera concepción, nos pretende hacer entender la igualdad, y puntualiza que la democracia

---

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Editorial Trota, Madrid, 2008, p. 26.

<sup>17</sup> COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *Naturaleza jurídica del derecho electorera*, Tesina presentada ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en Guadalajara Jalisco, México enero 1999, citado por COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *Derecho Constitucional electoral...*, op. cit., p. 5.

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y Garantismo...*, op. cit., p. 23.

consistiría esencialmente en la omnipresencia de la mayoría, o bien de la soberanía popular.<sup>19</sup>

En este tenor se sigue una serie de corolarios que la caracterizan, como la descalificación de reglas y de los límites del poder ejecutivo que es expresión de la mayoría, que traen como consecuencia la división de poderes, un sistema de contrapesos.<sup>20</sup>

Lo anterior resume en la idea de que el consenso de la mayoría legitima cualquier abuso y que es la sustancia de aquello que lo constituye, la expresión más apropiada para contextualizar este tipo de democracia es el presidencialismo, es decir, la delegación a un jefe asumido como expresión directa de la soberanía popular; lo que Ferrajoli llama ideología de la mayoría.

Así pues, con el objeto de que una decisión tomada por individuos (uno, pocos, muchos, todos) pueda ser aceptada como una decisión colectiva, es necesario que sea tomada con base en reglas (no importa si son escritas o consuetudinarias) que establecen quiénes son los individuos autorizados a tomar las decisiones obligatorias para todos los miembros del grupo, y con qué procedimientos. Ahora bien, por lo que respecta a los sujetos llamados a tomar (o a colaborar en la toma de) decisiones colectivas, un régimen democrático se caracteriza por la atribución de este poder (que en cuanto autorizado por la ley fundamental se vuelve un derecho) a un número muy elevado de miembros del grupo.<sup>21</sup>

Los ciudadanos de la democracia moderna y plural disfrutan de los mismos derechos y privilegios fundamentales a pesar de sus potenciales y numerosas diferencias en cuanto a cultura, etnia, religión, riqueza o capacidad. Todos ellos quedan incluidos dentro del conjunto de beneficiarios del orden constitucional. Un rasgo central de los principios y normas políticas de la democracia liberal es que son universales. Consideran por

---

<sup>19</sup> *Ibídem*, p. 25.

<sup>20</sup> *Ibídem*, p. 23.

<sup>21</sup> BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, Séptima reimpresión, México, 2012, pp. 24-25.



igual los intereses de todos los ciudadanos y se aplican a todos los miembros de la sociedad de forma indiscriminada.<sup>22</sup>

Nos dice Sartori que si vamos a definir la democracia de manera “irreal”, no encontraremos nunca “realidades democráticas”. Y a veces, cuando declaramos “esto no es democracia” o “esto no lo es”, quedará claro que el juicio depende de la definición o de nuestra idea sobre qué es la democracia, qué puede ser o qué debe ser.<sup>23</sup>

#### **4.1. La democracia como un bien jurídico tutelado de los delitos electorales**

Los argumentos en los que descansa la afirmación de que la democracia se erige en un bien jurídico tutelado de los delitos electorales, son los siguientes:

El legislador al estipular que, con los delitos electorales se pretenden tutelar:

- Las elecciones libres, auténticas y periódicas, y su realización mediante la emisión del sufragio universal, libre, secreto y directo;
- Las condiciones de equidad para que los participantes de la contienda electoral compitan como iguales;
- La preservación de los principios rectores del proceso electoral: certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad, como una tarea de Estado.

En tal sentido, los delitos electorales protegen los principios que han de regir un sistema electoral en el marco de un Estado democrático. La democracia no son las paradas sino el viaje mismo:

- Al hablar de delitos en materia electoral o contra la *democracia electoral*, se deduce que lo que se pretende tutelar es precisamente al sistema *democrático*;

---

<sup>22</sup> BAURMAN MICHAEL, Martí *et al*, *Los desafíos de la democracia*, 1ª ed., Editorial Fontamara, México, 2013, p. 13.

<sup>23</sup> SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, editorial Taurus, México, 2003, p. 21.

## La democracia como bien jurídico tutelado de los delitos electorales

- El carácter esencial que tiene el libre ejercicio del derecho de sufragio brinda el sustento valorativo propio de un sistema *democrático*, justificando la intervención del derecho penal para incriminar aquellos comportamientos idóneos para lesionar o poner en peligro al referido sistema;

- El legislador con los delitos electorales en su conjunto procuró proteger el correcto funcionamiento de las instituciones *democráticas* y republicanas;

- Si para la teoría penal dominante el bien jurídico se traduce en un derecho, y la *democracia* es también considerada contemporáneamente un derecho, ésta última, sin duda, puede constituirse en un bien jurídico tutelado de las infracciones penales en comento;

- Los bienes jurídicos se integran por intereses o *valores* que pueden ser: individuales, sociales, del Estado y de personas morales, sin duda la democracia en la actualidad es también considerada un valor;

- El valor de libertad y el principio de celebrar elecciones periódicas y genuinas mediante el sufragio universal son elementos esenciales de la *democracia*;

- Los *valores de la democracia*, como la justicia, la igualdad, la legalidad, la libertad, la participación, el pluralismo, el respeto y la tolerancia, son también factores que eventualmente pueden ser vulnerados con la comisión de los delitos electorales;

- En la exposición de motivos de la Ley en materia de delitos electorales se deja ver que si bien una *democracia* no debe fundarse en el *derecho penal* y que ésta debe ser la *ultima ratio* del Estado, la realidad es que tampoco pueden dejarse en el tintero sanciones ejemplares hacia aquellas personas que atentan en contra de cualquier valor fundamental sobre el que se basa una sociedad. Máxime si trata de salvaguardar los *valores democráticos* sobre los que se funda el sistema electoral mexicano.

Los tipos descritos en la ley, tienden a castigar a quien haya puesto en peligro la transparencia del proceso electoral, y así evitar la comisión de actos que pongan en duda los resultados del propio proceso, con lo que se permitirá el imperio de la democracia por medio del sufragio.

## 5. Reflexiones finales

En el contexto actual, los delitos electorales en México debieran tener una importancia de primer orden. Cuando las elecciones se desarrollan cumpliendo las reglas de la competencia política, tanto del ámbito normativo como en el ético, simplemente los delitos electorales pueden ser innecesarios.

Los delitos electorales son figuras típicas que se ejecutan a través de la comisión de diversas conductas, que se cometen mediante múltiples modalidades, por ende son categorías pluri-ofensivas, que afectan diversos bienes jurídicos.

La democracia se erige en uno de los bienes jurídicos de mayor trascendencia y jerarquía que tutelan los delitos de carácter electoral.

Actualmente los tres poderes en México, que son instrumento del ejercicio de la fuerza de unos cuantos sobre los derechos de la persona, y de las mayorías, han pervertido el modelo original, ya que tanto en los poderes como en los partidos políticos, se ha convertido en un todo sistémico, y unitario que sirve a sí mismo y que utiliza a la comunidad y a la sociedad como pretexto para ejercer una nueva forma de oligarquía absoluta y abusiva con altos riesgos para preservar el pacto social.

Y como refieren Gertz y Maldonado, este es el momento idóneo para generar un nuevo paradigma, creando un cuarto poder, que se conforme por los ciudadanos y la comunidad, que cumpla con las funciones de vigilar, auditar, exigir cuentas y promover sanciones a los otros tres poderes, representando de igual forma a la comunidad de una manera integral en sus derechos humanos, para de esa manera volver a contener el repetitivo del abuso del poder y de la autoridad que ha desvirtuado los principios democráticos.<sup>24</sup>

Porque, de lo contrario, si no corregimos estas disfuncionalidades institucionales, la transición a la democracia sobre la que pretendemos soportar el progreso de nuestras sociedades en el Estado mexicano, corre un notable riesgo de quedarse sin su principal sujeto, esto es, el ciudadano, y la legitimidad que brinda su presencia en las políticas públicas.

---

<sup>24</sup> GERTZ, Alejandro y MALDONADO, Luis, *Democracia real y poder ciudadano*, primera edición, Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 2009, p. 6.

## Fuentes de información

- BAURMAN MICHAEL, Martí *et al*, *Los desafíos de la democracia*, 1ª ed., Editorial Fontamara, México, 2013.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, Séptima reimpresión, México, 2012.
- COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *Naturaleza jurídica del derecho electore-  
ra*, Tesina presentada ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Fe-  
deración en Guadalajara Jalisco, México enero 1999.
- FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Editorial Trota, Madrid, 2008.
- GERTZ, Alejandro y MALDONADO, Luis, *Democracia real y poder ciudadano*,  
primera edición, Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 2009.
- GRANADOS, Omar, “¿En qué consiste la reforma político-electoral?”, en  
*Animal Político*, sitio especializado en información y análisis político mexi-  
cano, edición del 16 de mayo de 2014, México, 2017, consultada el 13 de  
enero de 2017, disponible en el sitio digital  
[http://www.ine.mx/archivos2/CDD/Reforma\\_Electoral2014/descargas/articulos/AnimalPolitico\\_16may2014\\_OmarGranados.pdf](http://www.ine.mx/archivos2/CDD/Reforma_Electoral2014/descargas/articulos/AnimalPolitico_16may2014_OmarGranados.pdf)
- IBARRA FLORES, Román, *La defensa legal del voto en las elecciones federales*”, Edi-  
torial OGS, México, 2000.
- IZAGUIRRE, Edy, *Medios de impugnación en materia electoral*, Editorial Novum,  
México, 2012.
- Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales*, publicada en el *Diario Oficial  
de la Federación*, el 23 de mayo de 2014, Congreso de la Unión, Cámara de  
Diputados, México, 2014.
- Ley General de Partidos Políticos*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 23  
de mayo de 2014, Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, México,  
2014.
- Ley General en Materia de Delitos Electorales*, publicada en el *Diario Oficial de la Fede-  
ración*, el 23 de mayo de 2014, Congreso de la Unión, Cámara de Diputados,  
México, 2014.
- OROZCO, Henríquez Jesús, “Consideraciones sobre los principios y valores  
tutelados por el derecho electoral federal mexicano”, revista Justicia Electoral  
No. 9, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México,  
1997.

*Reforma político electoral*, documento publicado por el gobierno federal acerca de esta reforma sustantiva al sistema electoral mexicano, Gobierno de la República, México, 2014.

SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, editorial Taurus, México, 2003.

“Bien Jurídico”, en *Enciclopedia Jurídica*, página especializada en etimología jurídica, consultada el 10 de diciembre de 2016, disponible en el sitio electrónico <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/bien-jur%C3%ADdico/bien-jur%C3%ADdico.htm>

“Delitos electorales”, catálogo publicado por la FEDADE, en su sitio electrónico disponible en <http://www.fepade.gob.mx/delitos.html>, consultado el 14 de enero de 2017.

“Delitos electorales”, en *Concepto jurídico*, sitio digital especializado en el tratamiento de temas jurídicos, consultado el 12 de enero de 2017, y disponible en el sitio electrónico <http://definicionlegal.blogspot.mx/2012/10/delitos-electorales.html>

## EL DOLO Y LA CULPA EN LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA PENAL MEXICANO

Eduardo Lozano Tovar<sup>1</sup>

Con regularidad, los operadores del sistema penal mexicano, responsables de las trascendentales y graves tareas de procurar y administrar justicia, en el momento de la materialización de sus decisiones —ya desde el papel de agente del Ministerio Público o desde el papel de juzgador—, se encuentran más preocupados de la substanciación del hecho típico, de satisfacer los requisitos de la norma, y en esa inercia de analizar el dolo y la culpa, el ejercicio mecanicista se impone sin ninguna restricción.

Sea por la carga de trabajo, sea por la formación doctrinal o sea por desconocimiento de la integralidad de la norma, el operador jurídico no otorga un peso sustantivo en su quehacer a la perspectiva que en estos dos conceptos —dolo y culpa— tienen las teorías del causalismo y finalismo, que se integran de modo imbibito en el ordenamiento penal, y por consecuencia, guardan una notable influencia en el comportamiento de ministerios públicos y jueces, aunque ellos muy probablemente no lo sepan.

En esta oportunidad, habremos de acercarnos a revisar de modo sucinto, algunas consideraciones de orden dogmático jurídico penal respecto del delito, y la relación que algunos de los más importantes tipos penales —por su impacto en la percepción social— guardan con las doctrinas de mayor trascendencia en el ámbito penal de los últimos cien años, y cómo la óptica doctrinal influye en la construcción de la norma penal

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Tlaxcala, académico en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Criminología, miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, Nivel 1, e integrante de la *International Legal Fraternity Phi Delta Phi*, con sede en Washington, D.C., EUA. Cultiva la línea de investigación de política criminal y criminológica.

para interpretar, desde la mirada del legislador, el dolo y la culpa como elementos positivos del delito.

## 2. Devenir de las doctrinas alemanas del causalismo y finalismo

En la comprensión de los elementos que integran al derecho penal, el delito es el ente central que explica —además de la sanción, por supuesto— la estructural doctrinal generada a partir de la historia en que ha devenido el derecho punitivo en la humanidad.

Todo conocimiento social se constituye a partir de una lógica material para que su pertinencia satisfaga las necesidades de ese momento, de ese espacio, y de esa sociedad en un momento determinado. No es casual, entonces, que en el ocaso decimonónico y en los albores del siglo XX, los estudios en materia jurídico penal se vinculen a rescatar los pendientes conceptuales que las diferentes escuelas y corrientes del pensamiento penal en el mundo occidental.

Y la escuela dogmático formalista alemana es la que desde el siglo XIX, plantea ya las condiciones de estudio del derecho penal. Autores como Karl Stubel y Heinrich Luden, habían hecho suyo el estudio del delito en su concepción objetiva hacia la primera mitad de ese siglo, estudios base para la consideración penal objetiva. Pero es con otros juristas como Franz von Liszt y Ernst von Beling quienes dan el basamento en el marco de la teoría del delito a la corriente causalista.

Franz von Liszt se ubica como el incipiente pero a su vez sólido expositor del causalismo, al advertir que la “acción” es el aspecto causal en el hecho delictivo. En el Código Penal alemán de 1871, Liszt realiza un análisis dogmático en el cual a partir de las escuelas clásica y positivista, concibe su discurso alrededor de la acción como base fundamental en el nexo causa-efecto del delito.

Para el creador del *Marburger Program*, “el delito (acto punible) es el hecho al cual el orden jurídico asocia la pena como legítima consecuencia”,<sup>2</sup> es decir, deriva de un orden creado *ex profeso* por la figura del Estado. De esa idea se aprecian tres condiciones esenciales:

---

<sup>2</sup> LISZT, Franz von, *Tratado de derecho penal*, vol. II (trad. Luis Jiménez de Asúa), Ed. Reus, Madrid, 2007, p. 262.

a) El delito es siempre un *acto humano*; por tanto, actuación (*Verhalten*) voluntaria trascendente al mundo exterior; es decir, la causa o no impedimento de un cambio en el mundo exterior. Nunca llegarán a constituir un delito los acontecimientos fortuitos, independientemente de la voluntad humana.

b) El delito es, además, un acto *contrario al derecho*, es decir, un acto que, contraviniendo, formalmente, a un mandato o prohibición del orden jurídico, implica, materialmente, la lesión o peligro de un bien jurídico.

c) El delito es, por último, un acto *culpable*; es decir, un acto doloso o culposo de un individuo responsable.<sup>3</sup>

Entonces, el hecho típico se presenta, para Franz von Liszt, como un acto observado jurídicamente con dos características: en el elemento esencial de *contrario al Derecho* (*Asúa dixit*), recae sobre el autor. De este modo, el concepto del acto, apreciado por el Derecho, se establece como concepto fundamental de la teoría del delito. Cuando falte uno de los tres caracteres esenciales de la idea, entonces no hay delito.

Esta idea que exponemos en esta parte, es la que después el legislador mexicano habría de considerar cuando se crearon las normas que consideraban de modo fehaciente los contenidos que coincidían en la figura del cuerpo del delito, idea que más adelante habremos de retomar para explicarnos los devaneos del legislador mexicano en dotar de un sistema penal basado en el cuerpo del delito a las instituciones procuradoras y administradoras de justicia, con las problemáticas que sobrevinieron en esa expresión de política punitiva o criminal.

Para Liszt, adelantado a su tiempo como lo denota la vigencia de sus constructos teóricos, el legislador no asocia la pena como consecuencia jurídica a toda infracción (*Unrecht*). Más bien, entresaca del círculo de los actos culpables (*Detikete*), que apenas puede abarcarse con una sola mirada, ciertos actos exactamente circunscritos, formando así los *hechos* (particulares), constitutivos de los diversos delitos sancionados con una pena.

---

<sup>3</sup> *Ibidem*.



A la par de la postura causalista de Franz von Liszt, Ernst von Beling en su *Teoría del Delito*, ampliaba el concepto causal de la acción: “concebía a la acción —en el sentido de una mera causalidad natural—, como movimiento corporal externo capaz de percibirse por los sentidos provocada por la voluntad humana, sin tener en cuenta la finalidad (o contenido) de la voluntad; el dolo (*Vorsatz*) pertenecía exclusivamente a la categoría de la culpabilidad (*Schuld*)”.<sup>4</sup>

Beling fundamenta su construcción alrededor del delito en el plano causalista a partir de afirmar que “para comprobar que una acción ha ocurrido basta con la certeza de que el autor actuó voluntariamente o de que permaneció inactivo. Lo que el autor quiso concretamente es indiferente; el contenido de la voluntad (*Willensinhalt*) sólo es relevante en sede de culpabilidad”.

Esto reafirma la identificación con el pensamiento de Franz von Liszt en el aspecto de la voluntad como vertebra de la acción en el delito, doctrina que ha subsistido en el ordenamiento jurídico alemán, y que incluso, de acuerdo a Karl Ambos, reverdece en preámbulo del nuevo siglo:

Por más convincente que resulte la superación de la teoría causal del delito por la teoría post finalista del mismo en el seno de la discusión alemana, no se puede dejar de afirmar que Beling, en términos globales, es más actual que nunca. Si se intentan comparar las distintas concepciones de la teoría del delito de los diversos ordenamientos jurídicos se advierte con facilidad —asumiendo aquí el riesgo que toda simplificación implica— que el modelo postfinalista no es, en modo alguno, el dominante.<sup>5</sup>

Edmund Mezger habría de agregar a esta concepción causalista, su aportación axiológica en el factor de la voluntad humana, entendiendo a ésta

---

<sup>4</sup> AMBOS, Karl, “100 años de la ‘Teoría del Delito’ de Beling. ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional?”, en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, ISSN 1695-1094, Madrid, 2007, p. 6, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-05.pdf>, consultado el 11 de febrero de 2015.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 9.

como un aspecto donde se generan los niveles de gravedad del delito, y asimismo, los niveles de reprochabilidad al autor de delito.

Ahora, la corriente finalista tiene por contrapartida, en el pensamiento de Hans Wenzel, la concepción contraria al pensamiento causal, que como ya hemos visto, tiene su base en el valor o no valor de la acción típica en el resultado, en tanto que para el finalismo, en su *Derecho Penal Alemán*, niega ese elemento subjetivo de la voluntad, y en la construcción advierte la coincidencia de los trabajos de Armin Kauffman y Günter Stratenwerth, que se extiende hasta nuestros maestros Günther Jakobs y Claus Roxin.

Dice Wenzel, citado por nuestro amigo Carlos Daza Gómez, que

...la finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su actividad, proponerse por tanto, fines diversos y dirigir su actividad conforme a su plan. Actividad final es obrar orientando conscientemente a un fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido a un fin, sino que es el resultante de los componentes causales en cada caso. Por eso la finalidad es evidente, la causalidad es ciega.<sup>6</sup>

Concluye el ínclito profesor universitario de la UNAM que

la conducta humana es ejercicio de acción final, es decir, posee una estructura lógico objetiva final: debe ser un concepto ontológico. La acción es conducta humana, conducida por la voluntad hacia un determinado fin. La finalidad perseguida, y por tanto, el contenido de la voluntad del sujeto, forman parte de la acción. La teoría finalista de la acción parte de esta idea: en los tipos de los delitos dolosos o en los culposos nos hallamos ante dos categorías autónomas, en las cuales, la acción presenta diversa estructura ontológica.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> DAZA GÓMEZ, Carlos, "Evolución doctrinal del finalismo", en *Revista de la Facultad de Derecho en México*, núm. 209-210, Septiembre-Diciembre de 1996, UNAM, México, 1996, p. 53.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 53.

### **3. La controversia de las corrientes doctrinales en la creación de la norma**

Ahora, para en Estado mexicano, la configuración de sus ordenamientos punitivos, han registrado un devaneo entre las dos teorías objeto de estudio de este texto, y en ese terreno, coincide el aspecto fáctico y abstracto de la acción del legislador y el jurista.

Ambos, en el planteamiento dogmático de la creación de la norma, coinciden en un momento y tiempo común que entremezcla ficción y realidad: la ficción es representada por las previsiones que desde sus intereses, sus posibilidades y sus capacidades de conocimiento de la realidad social, ambos actores creen en la pretensión de poder modificar a través de la norma su entorno, y la realidad, que es esa dimensión donde interactúan diversos factores que en conjunto representan esa percepción de lo que llamamos el mundo real, y que se rige por normas de distinta concepción, entre ellas, las normas jurídicas.

Se constata en esta ficción un amplio planteamiento de lo que es la punibilidad, es decir, que la perspectiva del ordenamiento jurídico penal es más bien prospectiva: el hecho futuro, el cómo podría ser el hecho, a diferencia de lo habitual, en retrospectiva, el hecho cometido.

Aquí, la política criminal en tanto interaccionismo entre norma y contexto social, (entre leyes, sistemas, instituciones, ciudadanos y operadores estatales), debe estar precedida necesariamente de una política de contenidos sociales (educación, religión, convenciones, costumbres), que se configure como una alternativa para proponer una norma penal sobre una base preventiva.

Hablamos, por supuesto, de una evolución de la idea meramente punitiva, para situarnos en una idea preventiva, de política criminológica integral, política donde participan sobre todo las estrategias estatales y sociales tendientes a minimizar los factores que prohíjan las condiciones para que se genere el delito en las actuales civilizaciones identificadas por la superación en función de los recursos materiales.

En este primer momento, jurista y legislador deben prevenir y considerar los variopintos sucesos y escenarios sociales para la formación de la norma, como lo es la familia, la religión, la política, la economía, entre

otras, anticipándose su valoración a la creación de la norma, en un espacio físico y tiempo precisos, aspectos a los cuales hay que sumar el tipo de norma y la aplicación en un segmento poblacional ciertos; no se pueden crear normas jurídicas si no se contempla esta manera sistémica de ponderar los elementos súper-estructurales del Estado, porque en caso contrario, extraviaríamos los objetivos del jurista y el legislador dentro de la dogmática jurídica penal, y sin este planteamiento (previsión), no se puede configurar una norma penal adecuada a la necesidad del Estado y a las demandas de la sociedad, lo que redundarían en un carácter obsoleto de esa misma y de todas las propuestas legislativas derivadas de esa *prima* norma, además de riesgosas, en una sociedad afectada por diferentes expresiones del comportamiento antisocial.

Todo ello se debe considerar en el marco doctrinal que guíe el espíritu de la norma, pues la doctrina es la que dota de valores y legitimidad a la norma, de pertinencia y viabilidad, de certeza como parte integrante de una política criminológica en la cual se integran los esfuerzos del jurista y el legislador, binomio sin el que es imposible pensar en la racionalidad de la norma, ni la legalidad del ordenamiento jurídico.

Si bien la idea alemana sobre la dogmática jurídica infiere los significados instrumentales de la norma jurídica penal —como ocurre con otras corrientes jurídicas en el continente europeo—, encargándose de aspecto nodales de la teoría del delito —hablar de dogmática jurídica penal y de teoría del delito es hablar de una dimensión del conocimiento jurídico muy complementada e interdependiente, pues no puede haber teoría del delito sin dogmática jurídica penal—, para nosotros tiene mucho sentido reinterpretar esta idea dogmática jurídica, sobre la base del Programa de Marburgo, planteamiento que desde la estructura normativa de Liszt, implica una concepción dogmática de la norma, pero a su vez, como ya lo pudimos leer en subtítulos anteriores, amplía la posibilidad de pensar al derecho penal como un elemento que admite las contribuciones de las otras ciencias, a partir de la necesidad de observar al hecho criminal, al comportamiento antisocial como un hecho prevenible, a través de la funcional configuración de la norma.

Empero, cuando se trata de cómo construimos la norma desde la dogmática jurídica, desde la teoría del delito, entonces debemos analizar

hacia dónde ha colocado su mirada el legislador mexicano, y a partir de esa mirada, qué hechos se han desenvuelto en el marco del sistema penal mexicano.

Para poder comprender primero la configuración doctrinal de nuestro sistema punitivo, es necesario hacer referencia a que en los inicios de 1994, en el Congreso de la Unión, se reformó el texto fundamental, a efecto de que, a través del código sustantivo, la figura del cuerpo del delito por los denominados elementos del tipo penal. El dolo se ubicó en estos elementos.

A partir de esa reforma, se generaron divergencias entre los agentes del Ministerio Público y los juzgadores, puesto que en la acción persecutoria de los delitos, los jueces negaban las órdenes de aprehensión solicitadas por los agentes del Ministerio Público, a partir del argumento de la falta de pruebas para acreditar todos los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, y las mismas razones se utilizaban para dictar autos de libertad.

Lo anterior, nos dice Díaz Aranda,

generaba irritación en el seno del Ministerio Público y se llegó a iniciar averiguaciones previas en contra de los jueces que se negaban a librar dichas órdenes de aprehensión o dictaban autos de libertad en favor del consignado. Mientras los órganos de procuración e impartición de justicia sostenían la pugna antes descrita, la delincuencia se incrementó a niveles alarmantes.<sup>8</sup>

A efecto de disolver esta controversia fáctica, el legislador mexicano se aventuró a una nueva reforma constitucional en 1999, destacando para ello que se atendía una problemática que se describía en los siguientes términos:

La sociedad toda ha advertido en el pasado reciente serias deficiencias en el funcionamiento de nuestros sistemas de procuración y administración de justicia y lo que debía ser una colaboración de Ministerio Público y jueces en favor de la justicia,

---

<sup>8</sup> DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Cuerpo del delito, probable responsabilidad y la reforma constitucional de 2008*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009, p. 10.

ha derivado en una relación poco colaborativa entre estas dos instituciones públicas que recurrentemente se imputan mutuas fallas e ineficiencias, mientras que los delinquentes se benefician de esta situación.

Uno de los puntos de mayor conflicto entre estas dos instituciones ha sido precisamente el tema de los requisitos para obsequiar una orden de aprehensión, sobre todo a raíz de la reforma que sufrió el artículo 16 constitucional de 1993.

Siguiendo la doctrina finalista, la reforma de 1993 modificó el contenido de los artículos 16 y 19 de la Constitución, e impuso al Ministerio Público nuevos requisitos para obtener de la autoridad judicial el libramiento de órdenes de aprehensión y la expedición de autos de formal prisión, contra los probables responsables de delitos.

De esta manera, la reforma de 1993 propició que la legislación secundaria desarrollara los requisitos que debe demostrar el Ministerio Público para que la autoridad judicial pueda considerar integrados los elementos del tipo penal. Se establecieron formalidades y tecnicismos excesivos que obligan al Ministerio Público a integrar un expediente similar al requerido para dictar sentencia, con lo cual se convirtió la averiguación previa en un deficiente juicio previo a cargo del Ministerio Público.

Con el tiempo se han hecho evidentes las dificultades de aplicación práctica de las normas que regulan la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, no sólo por las limitaciones de carácter técnico o profesional atribuidas a las autoridades encargadas de procurar justicia, sino también por razones de índole temporal, como en los casos de flagrancia o urgencia, en que el Ministerio Público tiene que integrar la averiguación previa y consignar a los probables responsables ante la autori-

dad judicial en un plazo tan breve, que resulta imposible probar plenamente todos los elementos del tipo penal.<sup>9</sup>

El texto constitucional, recomendaba la iniciativa, debía abstenerse de caminar sobre las vías de una corriente doctrinal. Empero, en 1993, en la reforma sobre la temática en estudio, se adoptó una doctrina en materia penal que habría tenido éxito en otras naciones, pero cuya inadecuada concepción en nuestra normativa penal, no contribuyó de manera sustancial en la mejora de la procuración de justicia en nuestro país.

Como se puede advertir, el legislador de 1999 consideró que la doctrina final de acción, adoptada con la reforma de 1994, entorpeció la justicia penal en México; por ese motivo se pronunció contra dicha teoría y a favor de no adoptar teorías penales en el texto de la Constitución, específicamente en los artículos 16 y 19.

Y con esa bandera doctrinal hemos navegado hasta el momento, incluso con las diferentes promociones de leyes generales que se han adoptado a partir de la reforma constitucional procesal de 2008, y que acompañan al Código Penal federal en franca concurrencia que, por lo visto, ya no advierte al finalismo o al causalismo como doctrinas de las que se pueda prescindir, y por el contrario, la tipología penal advierte a manera de miscelánea conceptual la influencia de ambas fuentes de doctrina en la construcción de los tipos penales.

#### **4. Sistema penal de 2008: la mixtura doctrinal**

El nuevo sistema de justicia penal en su contexto procesal, como sabemos, pretende acabar con todas aquellas prácticas clientelares, que sólo obstruyen la impartición de justicia pronta y expedita consagrada en la Constitución, y asimismo, considera la oralidad como apuesta para derribar los hábitos de discrecionalidad indebida que ejercer de modo usual los operadores del sistema.

---

<sup>9</sup> DÍAZ-ARANDA, Enrique, "Cuerpo del delito ¿causalismo o finalismo?", en Díaz Aranda, Enrique (ed.), *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012, pp. 11 y 12.

A ese esquema procesal renovado, la teoría del caso se ha colocado como una prioridad para la exposición, en las diferentes etapas del proceso penal, de los argumentos que deban destacar el agente del Ministerio Público y los abogados en su papel de contrapartes ante el poder judicial.

Con ello, planteamos el deslinde puntual de lo que es el aspecto procesal y el aspecto estrictamente sustantivo de la norma penal. De tal manera, el delito y su estudio, mantiene sus raíces en los sólidos terrenos de la doctrina jurídico penal, que para el caso que nos ocupa, se significan por el causalismo y el finalismo, principalmente, pues no olvidemos que también subsisten de modo alternativo, el funcionalismo, de Claus Roxin, que toma a la política criminal como base de su exposición, y del programa Alternativo alemán de la posguerra.

En nuestra legislación, el Código Penal Federal nos dice en su numeral 9 que “Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley”, y que “Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales”.

Como podemos advertir en el dolo la teoría causalista se inculca en las consideraciones para integrar los elementos del tipo penal, en tanto que en la culpa, se advierten resabios de esa misma teoría, pero que al momento de pretender acreditarse cualquiera de los ilícitos con estos dos elementos, la determinación se vincula hacia el causalismo o finalismo dependiendo del ilícito de que se trate.

En la norma penal, los delitos que se encuentran establecidos en el Código Federal y en los Códigos de las entidades federativas, integran en sí ambas teorías en torno al dolo y la culpa.

Daremos para ese efecto dos ejemplos de cómo la esencia de ambas corrientes subsiste en el dolo y la culpa, a efecto de abrir el debate, en otro espacio, sobre esta mixtura doctrinal:



a) En un delito de narcomenudeo, conforme a las disposiciones que se encuentran en la Ley General de Salud, se enuncia en la Tabla de Orientación de Dosis Máximas de Consumo Personal e Inmediato, que, de acuerdo al artículo 479, podemos tener en nuestra posesión hasta 5 grs. de *Cannabis Sativa, Indica* o *Mariguana* para consumo personal, pero ¿qué pasa si nosotros tenemos en nuestro poder más de 5 gramos?

Incurriríamos en un delito de narcomenudeo y correspondería a los jueces o a los encargados de interpretar nuestra conducta para saber si desde una corriente causalista el hecho de tener más de la cantidad permitida nos hace acreedores de una punibilidad contemplada en la norma o si desde una teoría finalista deberá comprobarse el elemento subjetivo de que nuestra intención al tener más de la cantidad permitida era con algún fin de lucro con la venta de dicho narcótico y con ello hacernos acreedores a una punibilidad más amplia.

Esta es una interpretación que se vuelve personal por parte de los aplicadores del derecho ya que como lo explicamos anteriormente, no tenemos definida qué teoría es la que se debe tomar ya que nuestros códigos no fueron creados bajo una sólo de ellas sino que los encargados de crear la norma quizá ni si quiera tienen los conocimientos de la existencia de estas teorías y por lo tanto no crean tipos penales orientados sobre una misma corriente.

b) Otro ejemplo que podemos ocupar para ver el uso de las dos teorías es en los casos de secuestro en donde el artículo 11 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, nos dice:

“Artículo 11.- Si la víctima de los delitos previstos en la presente Ley es privada de la vida por los autores o partícipes de los mismos, se impondrá a estos una pena de ochenta a ciento cuarenta años de prisión y de doce mil a veinticuatro mil días multa”.

Este artículo nos demuestra una interpretación causalista, ya que no importa si fueron autores o partícipes quienes privaron de la vida a la víctima, todos tendrán la misma responsabilidad dentro de la comisión del hecho.

Pero no necesitamos ir muy lejos para explicar esto ya que si vamos al artículo 12 de la misma ley nos encontramos con lo siguiente:

“Artículo 12.- Si espontáneamente se libera a la víctima del secuestro dentro de los tres días siguientes al de la privación de la libertad, sin lograr alguno de los propósitos a que se refiere el artículo 9 de esta Ley y sin que se haya presentado alguna de las circunstancias agravantes del delito, la pena será de cuatro a doce años de prisión y de cien a trescientos días multa”.

Ahora nos encontramos ante un dispositivo con carácter finalista ya que nos dice que si no se logra el propósito, o el fin como lo interpretamos nosotros, la punibilidad es menor que la del artículo anterior por lo que nos encontramos ante el problema de no tener leyes que sigan una sola corriente.

Estos dos ejemplos, se repiten en otros delitos contemplados en el esquema punitivo, y de ellos podemos advertir las diferencias sustantivas de cómo los juzgadores, por esta configuración de la norma nacida del imperio del legislador, tiende a identificar una heterogeneidad en las formas de leer, interpretar y aplicar las leyes penales, sea en el ámbito federal o local.

Y ello en estados como Tlaxcala, donde la función de procurar justicia se aviene a improvisaciones o manipulaciones, resulta un hecho controvertido en sí mismo.

## **5. Reflexión final**

La teoría finalista afirma que el legislador al crear tipos penales debe estar sujeto a las estructuras permanentes de la teoría del delito y no violentar las estructuras para evitar caer en contradicciones. De tal modo que el legislador debe partir de los conceptos de acción, antijuricidad y culpabilidad, como estructuras fundamentales, que servirán para preservar los derechos fundamentales del hombre, es decir que su actividad creadora no debe ser autónoma, si no sujetarse a los principios de la teoría del delito.

Otro punto a considerarse es que para la teoría finalista de la acción, es que la culpabilidad debe ser con base en consideraciones política cri-

minal, el apoyo legal de la pena y así mismo el límite de la pena con una garantía al individuo, ya que es una culpabilidad, que va más, con la personalidad del autor que a la consecuencia referida al hecho delictuoso, en este sentido la pena va a imponerse en consideraciones más bien de peligrosidad, que de estricta culpabilidad.

Es una garantía al individuo que la culpabilidad tenga en su consecuencia punitiva, límites precisos, pues de otra forma queda a merced del poder del Estado.

Los juristas que se agrupan en torno del sistema causalista, aceptan que el primer elemento del delito lo constituye una acción u omisión causal, que se concreta en un movimiento, o ausencia de movimiento, corporal voluntario; que el examen del proceso psicológico que determinó esa acción u omisión, es decir, del dolo o la culpa, no pertenecen al estudio de la fase objetiva del delito, sino a la subjetiva, o sea de la culpabilidad.

Para el causalismo, pertenece a la fase objetiva de la mecánica delictiva, la acción y la omisión, la tipicidad y la antijuricidad; a la fase subjetiva, corresponde la culpabilidad (el dolo la culpa), y para algunos la preterintencionalidad.

El sistema finalista, por el contrario, parte de una acción u omisión finalista; ubica el dolo y la culpa en el terreno de la acción y omisión típica; no acepta la distinción de los causalistas en fase objetiva y subjetiva del delito; le otorga a la culpabilidad un contenido diverso, excluyendo de este elemento el dolo y la culpa, que se ubican en el estudio de la tipicidad.

### Fuentes de información

BAURMAN MICHAEL, Martí *et al*, *Los desafíos de la democracia*, 1ª ed., Editorial Fontamara, México, 2013.

AMBOS, Karl, “100 años de la ‘Teoría del Delito’ de Beling. ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional?”, en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, ISSN 1695-1094, Madrid, 2007, p. 6, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-05.pdf>, consultado el 11 de febrero de 2017.

- BACIGALUPO, Enrique (2007), *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2007.
- DAZA GÓMEZ, Carlos, “Evolución doctrinal del finalismo”, en *Revista de la Facultad de Derecho en México*, núm. 209-210, Septiembre-Diciembre de 1996, UNAM, México, 1996.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Cuerpo del delito, probable responsabilidad y la reforma constitucional de 2008*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009.
- \_\_\_\_\_, “Cuerpo del delito ¿causalismo o finalismo?”, en Díaz Aranda, Enrique (ed.), *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Teoría del Delito*, Iure editores, edición española, Madrid, 2004.
- Ley General de Salud*, Reglamentaria del párrafo tercero del Artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley General Para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro*, Reglamentaria de la Fracción XXI Del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- LISZT, Franz von, *Tratado de derecho penal*, vol. II (trad. Luis Jiménez de Asúa, Ed. Reus, Madrid, 2007, p. 262.
- WENZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile.



## DEMOCRACIA, DERECHOS HUMANOS Y LEGITIMIDAD POLÍTICA

Fabio Lara Cerón<sup>1</sup>

**I**nicio este documento haciendo énfasis en que la historia es una ciencia eminentemente toral en el conocimiento de un país, mismo que para su cabal desarrollo, requiere de una paz debidamente consensada, no impuesta, donde la correcta aplicación de la justicia garantice la seguridad jurídica en bien de un pueblo, porque es evidente que en los países donde se han asentado diversos grupos humanos —con diferentes culturas e intereses—, se corre el riesgo de que no haya una armoniosa relación entre los gobernantes y gobernados, puesto que no siempre se genera un ambiente de cordialidad y equilibrio entre todos los sectores sociales de los estados o países.

Algunas de las causas de estas disociaciones de las sociedades pueden ser porque no están satisfechas con la forma de elección de sus gobernantes, por la extensión de sus territorios, o por la invasión de éstos —en virtud de que se encontraban en una etapa de consolidación— o porque, al existir diversidad de culturas y conflictos de intereses, se ven en la necesidad de recurrir a las guerras para seguir conservando su territorio, su forma de gobierno, su cultura y todo vínculo de identidad que los hace ser unidos y constituirse como una nación autónoma, libre e independiente, con gobiernos propios que les permitan otorgar a todos y cada uno de sus gobernados la plena satisfacción de sus necesidades y legítimas aspiraciones.

Lo anterior, porque esos grupos sociales han sido partícipes de un devenir histórico derivado de un proceso democrático, pacífico y transparente en el cual imperó la legalidad en bien de toda una colectividad,

---

<sup>1</sup> El autor es Maestro en Derecho Constitucional y Amparo por la Universidad Autónoma de Tlaxcala, y Director de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Criminología de la Universidad Autónoma de Tlaxcala

dando así la oportunidad para que los gobernantes ejerzan y desarrollen sus funciones de manera adecuada, apegadas a la ley, sin actos de corrupción, de injusticia, tiranía o traición a la patria.

Por tan loables razones, es sumamente importante el estudio de la democracia, porque por medio de ella se determinan las formas de gobierno, y en particular por las que nuestro México ha transitado en su definición del rumbo y consolidación como país.

Es así que me permito hacer una semblanza muy sintetizada del tema de la democracia, en el marco de esta obra que honra la trayectoria de uno de nuestros más connotados académicos y líderes intelectuales, el Dr. Serafín Ortiz Ortiz.

## **2. Historia y legitimación política**

La historia de nuestro México se ha escrito por épocas en las cuales se han destacado inteligentes y valientes patriotas mexicanos que han pasado a la gloria de la inmortalidad, gracias a sus trascendentales acciones y justas heroicas, derivadas de sus firmes principios, convicción nacionalista, patriotismo acendrado y preocupación por el bienestar o prosperidad y seguridad de una colectividad, siendo todo esto el punto de partida, la causa fundamental o el fin último por el que se defiende la estabilidad, independencia y desarrollo —aun cuando por ello se generen movimientos políticos, sociales y hasta movimientos armados, en los que se han sacrificado un incalculable número de vidas de seres humanos, principalmente de los sectores sociales más desprotegidos.

Es así que estos próceres, en aras de obtener un mejor nivel de vida para sí y los suyos, han sido sujetos de verdaderas hecatombes sociales, que al paso del tiempo la historia nacional —por su singular importancia— las registra como actos heroicos, inmortalizando la acción de quienes participaron en ellas, dando cuenta de esas hazañas en célebres páginas que quedan para el loor eterno de las generaciones presentes y futuras, quienes de manera directa e indirecta reciben sus beneficios.

Desde los años 1325 a 1519, gobernados por una línea dinástica de emperadores, los aztecas tuvieron 194 años de esplendor; empero, con la llegada de Hernán Cortés y sus huestes, se desarrolla la conquista de Mé-

xico que concluye con la toma de Tenochtitlan el 13 de agosto de 1521, iniciándose a partir de esa fecha una nueva forma de gobierno, siendo representada por el Capitán General y Justicia Mayor Hernán Cortés; posteriormente, la de Capitán General y Gobernador de la Nueva España que recayó en él mismo hasta 1524; posteriormente, al periodo de 1524 a 1526, se le conoce como el gobierno de los «oficiales reales». Y en el lapso de 1526 y 1527, hubo la designación de varios gobernadores provisionales de la Nueva España, hasta que en 1528 se instituye el gobierno de Audiencias, siendo nombrados sus integrantes por la Corona española, durando este tipo de gobierno hasta 1535; finalmente, por los abusos cometidos por tales Audiencias, sobre todo por la primera, a partir de 1535 y hasta el año de 1821 se estableció el Virreinato para la Nueva España, habiendo existido un total de 63 virreyes, 62 de ellos nombrados por el Rey de España, a excepción del penúltimo que fue de facto, y muy breve en su función Don Francisco de Novella, quien fue nombrado por una Junta Militar.

A partir del año 1821, al inicio de nuestra independencia — formalizada luego de la firma de los Tratados de Córdoba—, se tuvo un emperador y un triunvirato; una vez promulgada la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos en 1824, se habilitó una forma de gobierno republicano y federal, pero al realizarse el cambio de poderes hubo una pugna nuevamente entre los bandos centralistas y federalistas, de donde surgió otro triunvirato; posteriormente, siendo presidente Antonio López de Santa Anna, por medio de la promulgación de las Siete Leyes, se estableció un gobierno centralista, y durante todo el tiempo que gobernó Santa Anna, existió la pugna entre liberales y conservadores, situación que originó un nuevo Congreso Constituyente, del cual surgió la Constitución Política de la República Mexicana de 1857.

En los años siguientes, se dio la existencia de dos formas de gobierno: uno republicano y otro monárquico, con Benito Juárez y Maximiliano de Habsburgo, respectivamente; luego, a la muerte de Juárez (que había reducido al enviado europeo en Querétaro), Sebastián Lerdo de Tejada asume la presidencia de la República para hacerse cargo de la misma, hasta que Porfirio Díaz asume después la primera magistratura por más de treinta años, y no será sino que por medio de un movimiento armado



revolucionario y con la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, se genera un ambiente de aparente paz y respeto a la soberanía del pueblo, con la permanencia un partido hegemónico por más de setenta años en el poder, siendo hasta el año 2000 cuando se dio la alternancia en el ámbito del Poder Ejecutivo federal.

No obstante, a pesar de este pasado inmediato de sucesión política alternativa, y de los esfuerzos que realizan las instituciones electorales, los partidos políticos, las instituciones educativas y los medios de comunicación, aun no son factores suficientes para eliminar o al menos combatir en gran medida la pobreza tanto en nuestra entidad federativa como en México y en algunos países del mundo.

Esta realidad se suma a la diversidad de partidos políticos existentes, participes en las contiendas electorales que inciden en el hecho de que el triunfador de los comicios electorales no sea elegido por una mayoría absoluta, y por ende, se incurra en un escenario de inconformidades en no pocas ocasiones, impugnándose los resultados.

Esta situación se corrobora con lo que refiere Jorge Mario Lescieur Talavera, que cuando cita a Maurice Duverguer, nos dice:

[...] la legitimación del poder no es otra cosa que el hecho de que es reconocido por tal por los miembros de la colectividad, o al menos por la mayoría de ellos [...] la fuente única de legitimidad definido por el sistema de valores y de normas de la colectividad donde se ejerce y que exista un consenso en el interior de esta sobre dicho esquema.<sup>2</sup>

Considero prudente en este aparatado, hacer mención de estas circunstancias que se presentan en nuestra entidad federativa de Tlaxcala, con los resultados de las dos últimas elecciones locales que se han realizado, y donde se demuestra que no obstante el pluripartidismo, la influencia de los medios de comunicación, el grado de cultura que poseen las nuevas

---

<sup>2</sup> NOHLEN, Dieter, "Voz: Elecciones", en *Diccionario Electoral*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral, Costa Rica, 1989.

generaciones, entre otros factores, se sigue dando el fenómeno del abstencionismo, atribuido a diversas causas.

Una de ellas es porque los resultados obtenidos dependen de si es una autoridad administrativa o legislativa a la que se elige, será entonces que a la ciudadanía le interesa más participar por elegir a aquella autoridad con la que va a tener mayor relación y de la que considera obtener mayor apoyo para la solución de sus diferentes problemas económicos, de servicios públicos y de educación que los conduzcan a una mejor calidad de vida, a diferencia de aquella autoridad legislativa, de quien solamente recibirá orientación y gestoría, pero no recursos de manera directa, porque esa no es su función.

Otra razón es porque el candidato del partido al que pertenece, no responde a sus expectativas de superación o bien ningún otro candidato de los partidos contendientes. A su vez, está el medio social y geográfico en el que se desenvuelve el votante, o la no existencia de sanción por el incumplimiento del derecho de votar (como ocurre en Argentina), las deficientes administraciones anteriores que lo han defraudado en su confianza y algunos otros elementos que hacen que la ciudadanía distraiga su atención en otras actividades y se olvide de votar, de ejercer sus derechos y sus prerrogativas, las cuales están sujetas a una condición jurídica.

Ello no obstante que los derechos humanos se tienen desde que el ser humano ha nacido, como lo es el derecho a la vida y a su libertad, así como el derecho a que el Estado le proporcione seguridad y todas las condiciones indispensables para su realización y superación a través de un verdadero ejercicio y aplicación de la democracia.

### **3. Legitimidad popular y democracia**

El término democracia en nuestro régimen es empleado de manera exhaustiva durante las campañas electorales para contextualizar la elección de las autoridades legislativas y administrativas.

Todo parece indicar que es una palabra o un concepto reservado exclusivamente para ser utilizado en un ritual político, en el cual por sus características peculiares, es ahí donde sólo puede causar impacto, efecto o resultado que un candidato pretende obtener entre sus simpatizantes,

militantes y todos los ciudadanos que lo escuchan. Y de modo práctico, se representa durante sus eventos políticos, y tales actos, prácticas y objetivos consisten en convencer a la ciudadanía para que el día de la contienda electoral acuda a las urnas a depositar su voto en favor de su candidatura y así obtener el añorado triunfo. Pero una vez logrado éste, como por arte de magia desaparece el ideario de la ahora ya autoridad o servidor público, así como los compromisos contraídos durante la campaña; y aquel candidato optimista, visionario, accesible y entusiasta, se convierte en frío y calculador político, realista y reservado, técnico y moderado en su vocabulario, que evita relación con congregados masivos populares y prefiere las ceremonias oficiales, la comunicación con sus iguales y superiores jerárquicos. Sus compromisos de convivencia ya no son con sus representados, porque su investidura le implica dirigir su atención a asuntos de gran importancia con máximas autoridades, hecho que le impide atender problemas de su gente, por ser —supone— de ínfima importancia.

Este tipo de comportamiento es el que desmoraliza a la ciudadanía, que ilusionada acudió a las urnas con la esperanza de mayores expectativas de progreso que los conduzcan a mejores estadios de vida, y que al no darse, en posteriores contiendas electorales se refleja en abstencionismo o bien en cambio de militancia hacia otro partido político, lo que determina que los próximos candidatos se conviertan en nuevas autoridades con un menor número de votos, no alcanzando una mayoría absoluta, siendo así no debidamente legitimados en el poder.

Giovanni Sartori nos dice que “el poder es del pueblo”,<sup>3</sup> y se establece una concepción sobre las fuentes de la legitimidad del poder.

Para este efecto, Democracia quiere decir que el poder es legítimo sólo cuando su investidura viene de abajo, sólo si emana de la voluntad popular, lo cual significa en concreto sí es en cuanto libremente consentido.

Tal aseveración tiene relación con lo que la Constitución General de la Republica establece en su artículo 39: “La soberanía nacional, reside esencial y originalmente en el pueblo, todo poder público dimana del

---

<sup>3</sup> SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Editorial Patria, México, 1997.

pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”. Giovanni Sartori, nos indica “que existe democracia si el poder es legítimo, si emana de la voluntad popular, que si la designación de los dirigentes no proviene del consenso popular, no hay democracia”.<sup>4</sup>

Esto implica que si el pueblo como soberano no participa legitimando a sus autoridades en las elecciones respectivas, no se está ante una verdadera democracia que genere como consecuencia gobiernos aceptados por la gran mayoría, que pueden llevar a cabal realización, planes y programas de trabajo que redunden en beneficios colectivos. Entonces, ¿hasta cuándo las condiciones culturales, económicas y sociales serán las adecuadas para que en nuestra entidad y en el país entero se logre tener la mayoría absoluta de participación ciudadana en las elecciones populares?

Y no nada más eso, sino que nuestras normas electorales de igual manera establezcan los procedimientos y las formas, a efecto de exigir que una autoridad de elección popular sea legalmente reconocida, sólo si es legitimada en el poder por una mayoría absoluta de la ciudadanía, porque es la forma de participación ciudadana más conveniente para lograr el desarrollo económico sustentable de los pueblos, que genere a su vez la paz social debidamente consensada y duradera que permita a todo individuo su integra realización como profesional, empresario, político, comerciante, trabajador, y como ser humano parte de una familia, de una sociedad y de una nación.

En tal virtud, nuestros gobernantes, sus instituciones y órganos del poder deben acentuar su interés en el aspecto político electoral para evitar conflictos sociales de funestas consecuencias, situación que nos demuestra Roberto Bergalli y Eligio Resta, quienes al citar a Elías Canetti, nos dicen que “con cada voto la guerra se aleja, pero al mismo tiempo también se perpetúa”.<sup>5</sup>

Los números cuentan como fuerza también en la elección de los diputados; la campaña electoral es ese reflejo ritual en el cual está permitido ofender, desvalorizar, denigrar políticamente al adversario, escarnecién-

---

<sup>4</sup> *Ibíd.*

<sup>5</sup> *Ibíd.*

dolo, deslegitimándolo. Es obvio que durante el tiempo que señala el derecho electoral de nuestro país y en lo particular en Tlaxcala para realizar campañas electorales, los respectivos candidatos contendientes lo aprovechan para dar a conocer su ideología, sus proyectos políticos, su trayectoria política, cultural y profesional, recaudar inquietudes, sugerencias, advertir necesidades y contraer compromisos. Sin embargo, las leyes electorales no pueden evitar que este espacio de tiempo, también sea utilizado para denigrar al adversario, desvirtuar a los demás partidos políticos, confrontar a la ciudadanía, dividir criterios y opiniones, empleando la generalidad de las veces un discurso falaz, demagógico e incendiario que genera lacras y diferencias difíciles de superar en la sociedad, porque se convierten en secuelas que en cada periodo de elecciones se reavivan, se consolidan y se hacen más grandes y fuertes, conduciéndonos a la irreconciliación política entre los ciudadanos.

Canetti indica respecto de esta realidad negativa:

La metamorfosis de la guerra en guerra parlamentaria, el abandono de la violencia que consiste en la batalla confiada a los números, esto es lo que marca la diferencia. Cada voto aleja una agresión: pero, quien tome como juego esos números, quien los confunda, los falsifique, lo que hace es dejar nuevamente un espacio a la muerte sin darse cuenta de ello”.

A pesar de todo lo benéfico que resulta lograr la máxima participación de la ciudadanía en la elección de sus gobernantes, de las fuertes inversiones económicas de los partidos políticos y que sus candidatos con el fin de obtener la aceptación del pueblo y alcanzar el triunfo anhelado, finalmente sólo se queda en un intento más, en una hazaña emprendida que se consolida parcialmente para el candidato triunfador en lo personal, pero en lo medular —que es politizar a los electores, concientizarlos de sus responsabilidades ciudadanas, para con su municipio, entidad federativa o país— realmente no se logra.

A esto debemos agregar que en los últimos tiempos, las elecciones tanto locales como federales siguen dentro del marco tradicional de acción pernicioso, donde lo que más se ha acentuado es la típica dádiva de la propaganda política, que en nada asegura al candidato —que por el

hecho que el ciudadano lo acepte— sea ya una razón más que suficiente para obtener un voto a su favor.

Al no aplicarse la democracia sustantiva, la indiferencia política sigue manifiesta, al no reflejarse el compromiso con un gran sector de la ciudadanía, donde existe otra elevada proporción de las masas populares que prefieren el aislamiento político, autodenominándose apolíticos; del otro lado, para algunos ciudadanos les es cómodo condicionar su voto con base en la solicitud de mayores regalías, o al grado mismo de canjearlo por dinero, lo que se califica como corrupción política, costumbre de la que candidatos y partidos políticos perdedores se quejan al final de la jornada y en ese argumento justifican y ocultan la no aceptación de la autoridad electa por la mayoría de la ciudadanía.

Estas circunstancias nos dan motivo para asevera que no se puede hablar de una efectiva democracia representativa, sobre todo si la consideramos como nos la plantea Javier Patiño Camarena: “Democracia representativa es la forma de organización política en la que todos los ciudadanos tienen participación en la voluntad general, crean el Estado, conforman el gobierno y eligen a sus representantes”.<sup>6</sup>

Me parece importante destacar el texto “Forma de organización política en la que todos los ciudadanos tienen participación en la voluntad general...”, porque surgen así interrogantes como las que siguen: ¿en realidad todos los ciudadanos tienen participación en las decisiones de beneficio general? o ¿todo individuo sabe a ciencia cierta lo que significa democracia? Obviamente que las respuestas a estas interrogantes las podemos encontrar a través de encuestas que efectuemos para tal fin; pero eso no es lo fundamental, sino más bien es el cómo erradicar esa indiferencia, apatía, conformismo, carencia de cultura; es necesario un correcto, interesante o motivante y adecuado empleo de los medios masivos de comunicación, para contribuir a la efectiva y real participación ciudadana, para que la ciudadanía sea debidamente representada en el marco político, derivando esta inercia en mejores administraciones y eficientes legislaciones por parte de nuestros gobernantes, desempeñando cabalmente

---

<sup>6</sup> PATIÑO CAMARENA, Javier, *Derecho Electoral Mexicano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1994.

su función representativa, de la cual González Ibarra en su obra *Epistemología*, nos dice que “la función representativa está definida tanto por las prácticas políticas y sociales, y constituye una “representación electiva”, sin que se pueda analizar fuera del sistema político en conjunto, bajo la condición de ser elecciones competitivas con respeto del libre voto y los procesos electorales.

La representación es un fenómeno complejo, que en su núcleo consiste en un proceso de elección de los gobernantes y de control sobre su obra, a través de la existencia de un marco jurídico que permite la participación ciudadana para elegir a sus gobernantes, mediante el libre voto en elecciones competitivas con la imperante necesidad de limitar a las autoridades en el poder y promover el cumplimiento de éstas con sus funciones de acuerdo a las facultades y obligaciones que la ley les señale, y así sean salvaguardados los derechos fundamentales de sus representados.

Al no darse estas circunstancias en nuestra entidad, se tiene el imprescindible deber por parte de todas las instituciones educativas, políticas y civiles, de fomentar la conciencia política en el joven ciudadano, la idea de fraternidad y solidaridad para con su sociedad, entidad y país, porque la personalidad de la ciudadanía no es solamente haber cumplido el requisito de la mayoría de edad, y así sentirse libre, emancipado, desligándose de ciertos valores y del vínculo familiar; por el contrario, es necesario hacer del joven ciudadano un ente social con mayor responsabilidad, participativo, propositivo, crítico, analítico, dinámico, que funde en la ciencia, la cultura y el trabajo su propio porvenir y el bienestar de los demás, que entienda la ciudadanía como “una capacidad de goce y ejercicio de los derechos políticos, de participación en la formación del poder en el Estado”.<sup>7</sup>

Es necesario hacer comprender a la ciudadanía que la democracia no es sólo el hecho de depositar en la urna el voto a favor de determinado candidato, o que la democracia única y exclusivamente se hace patente en la época de campañas y comicios electorales, sino que está siempre presente en nuestra vida política, cultural, económica y social, como una

---

<sup>7</sup> *Ibíd.*

forma de gobierno, como sistema político y económico, como constante participación individual y colectiva del pueblo, en los diferentes campos productivos, con el fin de ser factor importante y trascendente de cambio, de prosperidad en general.

Debe convertirse la democracia en la razón para que el ciudadano aprecie sus vínculos nacionales, para que tenga pleno conocimiento de su historia nacional, su cultura, tradiciones, que acepte sus recursos humanos y materiales, cuyo valor y capacidad los enfoque con la tendencia de favorecer a los demás como a sí mismo, que busque en la colectividad la armonía y la cordura que permitan superar todas sus frustraciones o problemas, que no recurra a los vicios y a la delincuencia, y sí por el contrario, que contribuya a la conformación de un ambiente englobado por la seguridad y paz social, crear un Estado lleno de oportunidades donde no existan diferencias de raza, credo religioso, ideología política, clase social.

En la democracia se debe buscar que las diferencias sean resueltas conforme a las normas dispuestas expresamente para tal fin, que se aprenda a vivir en la diversidad de criterios y opiniones, convergiendo en los objetivos comunes y luchando unidos por lograrlos sin mezquindades —que únicamente nos conducen a confrontaciones, al retroceso económico, cultural, político y social.

#### **4. Renovación del poder público en la democracia**

Como ya se dijo, la democracia representa un término que a través de la historia de los diversos sistemas políticos, se ha utilizado no sólo por gobiernos liberales, sino también por otros que no han reunido los requisitos que impone este vocablo (no olvidemos la desaparecida República Democrática Alemana, que al igual de otras naciones, en su forma de gobierno no era republicano, y mucho menos democrático).

Este término fue utilizado por primera vez por los griegos, de ahí que etimológicamente el término democracia “proviene de dos palabras grie-



gas: *demos* que significa pueblo y *cratos*, autoridad; expresa la idea de que el poder pertenece al pueblo”.<sup>8</sup>

Felipe Tena Ramírez, citando a Aristóteles, manifiesta: el poder de mando o de gobierno puede residir en un solo individuo, en una minoría o en una mayoría; en cada uno de estos fundamentos del gobierno distinguía Aristóteles una forma pura y una forma impura.

Cuando el gobierno reside en un solo individuo, tenemos la forma pura de la “monarquía”; si ese individuo emplea el poder de que dispone en beneficio de todos; y es la forma impura de “tiranía”, si ese individuo utiliza el poder en beneficio exclusivo de sí mismo o de sus favoritos. Cuando el gobierno reside en una minoría, existe la forma pura de la “aristocracia” si la minoría usa el poder en beneficio de todos, y la forma impura de la “oligarquía”, si el poder sólo beneficia a la minoría que lo detenta.

Por último, cuando el poder lo usufructúa la mayoría de la colectividad, resulta la forma pura de la “democracia” si ese poder favorece a todos por igual; la forma impura de la “demagogia”, si se aplica tan solo en servicio de los desposeídos.

Mucho tiempo después de los pensadores de la antigüedad clásica, Abraham Lincoln se refería también a la democracia como el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. Hoy el término democracia se sigue utilizando en diferentes disciplinas, pero sobre todo en la política, cuyo significado es posible sintetizarlo como la intervención del pueblo en el gobierno. Sin embargo, la palabra democracia no es posible que exista aisladamente, pues resulta necesaria la vinculación con otros conceptos como el de soberanía y el de república como forma de gobierno.

De ahí que la democracia sea parte substancial de los regímenes en los cuales las principales autoridades públicas no sean vitalicias, sino de renovación periódica, consultando para tal efecto la voluntad popular. “La esencia de esta forma es que los funcionarios cambien con frecuencia,

---

<sup>8</sup> BERLÍN VALENZUELA, Francisco, “Los Sistemas Electorales”, en *Memoria del Primer Congreso Internacional de Derecho Electoral*, vol. II. UNAM-Universidad Veracruzana, Veracruz, 1991.

ejerciendo sólo temporalmente sus cargos; por lo común impera en dicha forma la democracia”.<sup>9</sup>

Esta voluntad popular se torna vigente, desde el punto de vista jurídico, cuando participan los ciudadanos, ya sea por medio del sufragio, de los partidos o agrupaciones políticas, o bien, como candidatos. Por otra parte, es importante señalar que en la democracia no existe la unanimidad, sólo la voluntad de las mayorías. De igual manera, una vez que se hayan hecho efectivos los derechos político-electorales por parte de los ciudadanos, las autoridades legalmente establecidas desempeñarán sus actos unilaterales, coercitivos e imperativos frente a todos aquellos que habiten en el territorio del Estado correspondiente, con independencia de la edad, el sexo, el color, la religión, etcétera.

En este contexto, no todos los ciudadanos elegimos a las autoridades que han de gobernarnos, pero sí todos los habitantes estaremos subordinados a ese poder. Sin embargo, la democracia es y seguirá siendo la forma por excelencia por medio de la cual se hacen efectivos los derechos político electorales por parte de los ciudadanos. De ahí que los artículos 39 y 40 de nuestra Constitución se encuentren estrechamente vinculados; el artículo 39, por lo que se refiere a la soberanía depositada en el pueblo y el 40, porque “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática...”

## 5. Democracia social

Al celebrarse las elecciones de los gobernantes de nuestra entidad federativa, se genera en la ciudadanía tlaxcalteca un elevado porcentaje de expectativas de progreso, se despiertan esperanzas, se forjan metas, se plantean propuestas, se elaboran conjeturas y un gran interés por conocer las estrategias, mecanismos, planes y medios para superar los problemas de educación, económicos y sociales que afectan a la colectividad.

Es el momento en el cual también la gente se clasifica de acuerdo a su estatus social, se acentúa y se acepta la estratificación, porque el ciudadano considera que al darle a conocer al candidato sus carencias o su precaria situación económica, aumentan sus probabilidades de recibir

---

<sup>9</sup> *Ibidem.*

apoyos económicos o materiales, mismos que les permitan incursionar a la movilidad social para escalar otro peldaño dentro de la pirámide en la que se ubican las clases sociales, y por qué no; aunque de manera utópica, pensar remotamente en alcanzar la igualdad con los más encumbrados de su ámbito social.

Es una de las razones por las cuales el ciudadano de escasos recursos participa, pues desea ser parte de todo el conglomerado, asegurar su integración a su estrato y a la sociedad en general, para pugnar y alcanzar la igualdad entre sus congéneres. Sartori al respecto nos dice que la “Democracia social revela una sociedad cuyos hechos exigen a sus propios miembros verse y tratarse socialmente como iguales”.<sup>10</sup>

En efecto, este tipo de democracia es el que debe mover a las masa populares, participar responsable y activamente en las contiendas electorales y hacerlas más competitivas, más congruentes con la realidad, induciendo al ciudadano hacia su propia formación integral, y de esta manera su acción se refleja madura, vertical, fundamentada y visionaria; por el contrario, no se le debe enajenar y dominar por la pasión, el encono, la envidia, y sus frustraciones, sin reflexionar acerca de las ideologías, principios, valores religiosos, morales, familiares, que son los que contribuyen a consolidar la paz en las sociedades, haciendo posible la convivencia sin importar las diferencias de raza, credo, posición social, sexo, nacionalidad, etc., sino ver por el desarrollo económico, científico y tecnológico de su entidad y país, abocándose cada uno de sus integrantes a las tareas encomendadas, produciendo los satisfactores que les permitan superar sus necesidades, incurriendo en el bienestar social.

## **6. Enfoque teórico de la democracia**

El ejercicio de la democracia es un derecho que permite a la sociedad construir un consenso de ideas y opiniones, a través de la formulación de preferencias y la participación activa dentro del Estado.

En otras palabras, la democracia es la máxima expresión de la participación del pueblo en el gobierno, donde los habitantes de un determinado país se organizan para intervenir en la toma de decisiones, que les

---

<sup>10</sup> SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la...*, op. cit.

permite participar en la vida política del Estado; por su etimología el origen de la palabra democracia, se derivada de dos vocablos del griego que son “demos” que significa pueblo y “cratos” que significa autoridad o poder. Por consiguiente y según su etimología se define a la democracia como el gobierno del pueblo.<sup>11</sup>

Norberto Bobbio, tratadista italiano, construye una definición mínima de la democracia, según la cual las personas pueden decidir y establecer su forma de gobierno; por régimen democrático se entiende entonces al conjunto de reglas y de procedimientos para la formación de decisiones colectivas, en el que es prevista y facilitada la más amplia participación posible de los interesados.<sup>12</sup>

Thomas Hobbes al respecto establece la naturaleza del representante para definir su gobierno, y expresa que cuando el representante es un hombre, entonces el gobierno es una monarquía, cuando es una asamblea de todos cuantos quieren concurrir en ella, tenemos una democracia o gobierno popular, y cuando la asamblea es de una parte solamente, entonces se denomina aristocracia.

Pedicone de Valls, al resumir en su libro *La evolución de la democracia desde la antigüedad hasta la democracia moderna*, indica que ha salido fortalecida la democracia como autogobierno del pueblo, que concibe al hombre y a la sociedad dentro de un supuesto racional que lo hace convivir en un orden voluntariamente establecido, y cuya esencia radica en las amplias dimensiones de la libertad y la igualdad, rechazando cualquier forma de dominación, injusticia y gobierno arbitrario.<sup>13</sup>

Por consiguiente, la democracia ha ido acoplándose como un mecanismo viable para las sociedades grandes y modernas, y de conformidad con el elemento básico de la democracia que es el pueblo, los autores han clasificado a la democracia por la forma de participación del pueblo en:

---

<sup>11</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasa, Buenos Aires, 2005. p. 115.

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político* (Trad. José Fernández), Fondo de Cultura Económica, México, 1987. p. 37.

<sup>13</sup> DE VALLS, Pedicone, *Derecho Electoral*, Editorial La Rocca, 2001. p. 24.

democracia directa, indirecta o representativa y semidirecta, clasificación que vamos a describir.

### **6.1. Democracia directa**

En primer lugar, la democracia directa como forma de gobierno viene desarrollada por los atenienses en el siglo V, a. C.; la democracia directa o antigua, se basaba en un sistema de autogobierno; por tal razón, sólo existe la participación del pueblo sin necesidad de representantes. Es Rousseau uno de los defensores de la democracia directa por su pensamiento sobre la «soberanía popular», que es inalienable e indivisible, por lo que considera que “la soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser enajenada, consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad general no se representa; es ella misma o es otra, no hay término medio”.

Aquella reflexión nos permite establecer que la democracia directa niega la existencia de la representación, porque ésta sólo traería sumisión del pueblo. La democracia y representación resultan dos términos incompatibles, y es por ello que el pueblo es el que ejerce directamente las funciones estatales, porque sin el pueblo todo acto que se desarrolle sería ineficaz e ilegítimo.

En conclusión, la democracia directa, siendo un sistema puro, no fue un sistema de organización política ideal, existieron varias limitaciones pues las asambleas eran libres para cualquier varón adulto que fuera ciudadano y mayor de veinte años. Sin embargo, es un ejemplo para las sociedades actuales y punto de partida de los mecanismos de democracia semidirecta que hoy conocemos. Lo que para ellos fueron las votaciones a mano alzada, para nosotros son los antecedentes al sufragio activo, donde lograron establecer la participación popular y buscaron el bien común que es el objetivo de una democracia; por ello, la democracia directa sigue siendo objeto de estudio en el presente.

En contraposición a la democracia directa, existe la democracia indirecta o representativa, siendo la clasificación de democracia más adoptada por los países en la era moderna.

## 6.2. Democracia representativa o indirecta

En segundo lugar, la democracia representativa o indirecta, es aquella que como su nombre lo indica, las ciudadanas y los ciudadanos de un país no desarrollan directamente el ejercicio del poder, sino que delegan ese poder a sus representantes. Varios tratadistas consideran a la democracia representativa como la única forma de progreso de las sociedades, porque si bien la democracia directa es un sistema de autogobierno ideal, en la práctica la representación ha permitido la estructura política y jurídica de un Estado democrático; así lo afirma Stuar Mill, al decir que “el tipo ideal de un gobierno perfecto no puede ser otro que el representativo”.<sup>14</sup>

Duverger define a la democracia representativa como “el sistema político en que los gobernantes son elegidos por los ciudadanos y considerados de esta forma como sus representantes”. Sin embargo, para elegir a los representantes es necesario un sistema de elecciones y construir normativa electoral.

Pedicone de Valls analiza que la democracia representativa sería entonces el sistema político que combina la libertad individual y el respeto a las diferencias con las necesidades que impone la organización racional de la vida colectiva. Por ello, la democracia moderna sólo puede funcionar como democracia representativa; y representación significa que el ciudadano mediante el instrumento de elecciones, delega el poder político por un cierto tiempo, en determinadas personas y procedimientos.<sup>15</sup>

La democracia representativa surge, primeramente al no ser posible aplicar la democracia directa y al observar al pueblo en su conjunto como una nación; esto último es aporte que se dio durante la Revolución Francesa, lo que llamamos «teoría de la soberanía nacional». Al respecto, el tratadista Hernán Salgado Pesantes analiza la teoría de soberanía nacional y dice “Al pueblo se lo concibe como una nación y no como una comunidad de personas individuales”; en correlación, Sieyés, ideólogo del siglo

---

<sup>14</sup> BIDART CAMPOS, Germán José, *Derecho Político*, Editorial Aguilar, Buenos Aires, 1972. p. 328.

<sup>15</sup> DE VALLS, Pedicone, *Derecho Electoral...*, *op. cit.*, p. 41.

XVIII, habla sobre la “soberanía que reside en el pueblo como un cuerpo estable llamado nación”.

Y según esta teoría, la nación es concebida como algo distinto de la simple suma de los individuos que la componen, es una entidad objetivada, fruto de su reunión, no de su adicción:

Y, por ello, la soberanía nacional no es tampoco el resultado de sumar voluntades individuales. Puede ser expresada por órganos no democráticos en su formación y, en general, no es preciso que concurren a determinarla todos los ciudadanos; la teoría justifica restricciones sociales al derecho de sufragio, para que sólo elijan al órgano formador de la voluntad nacional quienes «merecen» hacerlo en atención al concepto normativo de Nación.

Concluimos por medio de la teoría de la soberanía nacional que la nación no tiene voluntad por sí misma, y es necesario que la colectividad exprese sus intereses generales, para que la voluntad colectiva sea el fundamento de la autoridad; a esto se le llama soberanía y la soberanía que radica en el pueblo permite elegir representantes que son los que gobiernan el país.

Sin embargo, aunque varios autores optan por la democracia representativa como el mejor sistema de gobierno posible, existen algunos Estados que critican esta forma de democracia, porque la consideran como una democracia solamente teórica y en la práctica no existe una participación del pueblo que es el titular de la soberanía. Los gobernantes se alejan de la voluntad del pueblo y lo excluyen de las decisiones.

Con estas consideraciones, encontramos que existe una doble necesidad: primeramente, el poder controlar a los representantes de elección popular, para que no se alejen de la voluntad colectiva, y el poder desarrollar formas o mecanismos que les permitan a los ciudadanos participar activamente de la estructura del Estado, de donde surge la tercera clasificación de las formas de democracia, que muestra un sistema mixto, conocido como democracia semi-directa.

### 6.3. Democracia semi-directa

La democracia semi-directa es aquella democracia híbrida, que consiste en la combinación entre democracia directa y democracia representativa, sin que se contrapongan, y posibilita una mayor intervención del pueblo en los asuntos de interés general, dado que tanto la democracia directa y representativa paulatinamente han ido limitando la participación del pueblo en la estructura política y jurídica.

Pedicone de Valls comenta sobre la democracia semi-directa, estableciendo que esta democracia posibilita que el pueblo intervenga en la actividad legislativa, gubernamental y constitucional, porque en la práctica de la democracia representativa la participación popular cada vez se iba disminuyendo y “los partidos políticos desplazaron a los ciudadanos quienes quedaron limitados”.<sup>16</sup>

Bajo estas condiciones, la democracia semi-directa dio lugar a diferentes instituciones que permiten la participación ciudadana, y mediante estas instituciones los ciudadanos se organizan, deciden y presentan peticiones al Estado de forma directa y conforme a los requisitos que determinen la Constitución y las leyes.

Los mecanismos de democracia semi-directa en algunos países se dividen en: iniciativa popular normativa, el referéndum, la consulta popular y la revocatoria del mandato; éstos impulsan además la configuración progresiva de nuevos espacios que posibiliten el ejercicio directo del poder ciudadano de acuerdo con la Constitución.

A estos mecanismos que permiten una mayor participación de los ciudadanos y que mejoran la democracia representativa, es lo que el tratadista Hernán Salgado Pesantes llama “democratización del gobierno representativo”.<sup>17</sup>

Aquella reflexión nos permite desarrollar las siguientes ideas: primero, se reconoce toda forma de organización de la sociedad, y segundo, todos los miembros de la organización pueden participar democráticamente

---

<sup>16</sup> *Ibíd*em, p. 24.

<sup>17</sup> SALGADO PESANTES, Hernán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Ediciones Legales, Quito, 2004, p. 153.



sobre los asuntos de interés público, y sobre todo, defender los derechos por el bien común.

## 7. Conclusiones

Como ciudadano, considero que hay la percepción de que una vez que en las elecciones finaliza el proceso de votación, hasta ese momento también culmina la importancia de la participación ciudadana, al haberse conocido los resultados aritméticos del total de los sufragios emitidos en favor de un candidato del partido triunfador y que en lo sucesivo empezará la tarea exclusiva del nuevo gobernante, servidores públicos, autoridad, mandatario, o representante según se le mencione de acuerdo al lugar, al cargo, a la comunidad, Municipio, Entidad o Distrito, de acuerdo a los modismos y regionalismos con los que la sociedad se exprese, y en consecuencia, crezcan las alternativas de trabajo, superación, educación, salud, seguridad, justicia, bienestar social, etc.

Sin embargo ante los resultados que se han presentado en algunos procesos electorales, me he dado cuenta de lo importante que es el escrutinio, porque de él depende que verdaderamente se respeten, en primer término, la voluntad del ciudadano manifestada en la preferencia de su candidato o partido; segundo, que el cómputo sea el real y no se alteren o modifiquen las cantidades ciertas, y por último, que los órganos encargados del cómputo y escrutinio sean totalmente imparciales, justos y honestos para que no quede lugar a duda del triunfo de cierto candidato o partido, pues como se ha comentado mucho respecto de los resultados de las elecciones presidenciales de 1988 o las de 2006, dejaron entrever que estuvieron viciadas o definidas por el fraude electoral, recientemente en 2016, las elecciones de gobernador de Tlaxcala, de la misma manera en que se presentó la sombra del fenómeno de la corrupción. Todo esto, atendiendo a la cita que hace Beatriz Franco, de que “La oposición puede ganar las elecciones, pero los escrutinios los gana el gobierno” o dicho en otras palabras: “Quien escruta, elige”.

Entonces, resulta necesario que las elecciones no dependieran de los gobernantes en turno, para que en algunos ciudadanos no desaparezca el deseo y convicción de participación en pro de la satisfacción de sus aspiraciones por una mejor calidad de vida, de la certeza de que el hecho de

simpatizar con un candidato o un partido político le garantice el respeto a su triunfo, y a la vez se genere en toda la población un ambiente de estabilidad política, económica y social, porque en algunos otros ciudadanos, cuya participación estuvo basada en la esperanza de que con el nuevo gobernante a quien se apoyó, le serán resueltos muchos de sus problemas, de sus carencias, de sus expectativas de crecimiento y desarrollo social, y habrá también quienes, al considerar que las elecciones no fueron limpias, en ellos existirá la frustración, la decepción y el rechazo a las nuevas autoridades electas por considerar que no son las idóneas, y que además no son capaces o no tienen la ideología adecuada para poder gobernar y ser factores de cambios trascendentales que se reflejen en progreso de la colectividad.

Tal parece que a partir del momento en que un nuevo gobernante inicia su periodo, allí termina la participación del ciudadano en la toma de decisiones fundamentales en la vida democrática de una comunidad, municipio o entidad federativa, porque supone que a partir de la nueva administración, solamente a ella le asiste la facultad de decidir dónde, cómo y cuándo aplicar los recursos económicos y materiales, que primordialmente en eso consiste su función.

Reitero, sólo la democracia se logrará a través de la participación consciente de los ciudadanos y del honesto, justo y responsable ejercicio del poder por parte de nuestros gobernantes, y si bien este documento se remite únicamente a un estudio teórico y conceptual, también se plantea con el objetivo de sentar las bases de un verdadero ejercicio y comprensión de la democracia y más aún, de fomentar un cultura electoral de participación activa y decidida de los ciudadanos en las decisiones torales del bienestar social, con el afán de generar en la sociedad en general y particularmente en Tlaxcala, una verdadera participación.

Es necesario educar en materia de derecho electoral a la niñez y juventud desde temprana edad, en las instituciones de educación básica y hasta la media superior, en virtud a que el artículo 72 de la Ley General de Educación permite que las organizaciones de la sociedad civil, asociaciones de padres de familia y maestros, cuyo objeto social sea la educación, ante el Consejo Nacional de Participación Social en la Educación y ante el Consejo Estatal, podrán opinar en asuntos pedagógicos, planes y

programas de estudio, y proponer políticas para elevar la calidad y la cobertura de la educación, para que se incluya en los programas de estudio respectivos una materia de derecho electoral, en la que se impartan a los estudiantes los derechos, obligaciones y prerrogativas del ciudadano, así como cuáles son las leyes y organismos encargados de las elecciones populares para elegir a sus autoridades y representantes, y de esta manera, cuando la ahora niñez y juventud alcancen la mayoría de edad y deban participar en elecciones populares, lo hagan con plena conciencia, con firme convicción, identidad nacional, estatal, municipal y comunitaria, con cabal patriotismo y se combata la compra de votos, la corrupción, la movilización, la cultura de la dádiva, y la desleal y desigual competencia entre los candidatos de los diferentes partidos políticos participantes en las respectivas contiendas electorales, con Educación Cívica y Ética política, para generar una cultura lo suficientemente amplia, de convicción y responsabilidad social y compromiso con la gente para alcanzar el bien común.

Se debe convertir al ciudadano en un verdadero evaluador de sus representantes políticos, y a través de un análisis responsable, fundamentado, sistemático, científico y experimental, poder emitir un juicio crítico de su función desempeñada durante su mandato o representación, con un criterio amplio, consciente, imparcial y con pleno conocimiento jurídico político, para decidir si es que lo considera en bien de la sociedad, reelegir a sus representantes, o de lo contrario, optar por el rechazo, en virtud de que, conforme a la evaluación emitida respecto al desempeño de sus representantes, determine el ciudadano que no es o son merecedores de ser reelectos para el periodo inmediato subsecuente, además de que participe de los beneficios a los que el Estado está obligado para su causa y exija el cumplimiento cabal de sus gobernantes de las funciones para las que fue electo y considere que la alternancia es una opción de mejora.

## Fuentes de información

- BERLÍN VALENZUELA, Francisco, “Los Sistemas Electorales”, en *Memoria del Primer Congreso Internacional de Derecho Electoral*, vol. II. UNAM-Universidad Veracruzana, Veracruz, 1991.
- BIDART CAMPOS, Germán José, *Derecho Político*, Editorial Aguilar, Buenos Aires, Editorial Aguilar, 1972.
- BOBBIO, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político* (Trad. José Fernández), Fondo de Cultura Económica, México, 1987.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2005.
- Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824*, en *Antecedentes históricos y Constituciones Políticas de México*, Secretaría de Gobernación, México, 2010.
- Constitución Política de la República Mexicana de 1857*, en *Antecedentes históricos y Constituciones Políticas de México*, Secretaría de Gobernación, México, 2010.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917*, en *Antecedentes históricos y Constituciones Políticas de México*, Secretaría de Gobernación, México, 2010.
- DE VALLS, Pedicone, *Derecho Electoral*, Editorial La Rocca, 2001.
- NOHLEN, Dieter, “Voz: Elecciones”, en *Diccionario Electoral*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral, Costa Rica, 1989.
- PATIÑO CAMARENA, Javier, *Derecho Electoral Mexicano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1994.
- SALGADO PESANTES, Hernán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Ediciones Legales, Quito, 2004.
- SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Editorial Patria, México, 1997.



## EL ESTADO MEXICANO Y LA 4T: PERENNE BÚSQUEDA DEL CAUDILLO

Édgar G. Hernández H.<sup>1</sup>

La propuesta del nuevo gobierno mexicano encabezado por el presidente Andrés Manuel López Obrador en materia de seguridad pública y procuración de justicia, ha sido delineada con elementos de política criminal y criminológica que nos hacen reflexionar desde la dimensión de la academia, que los planteamientos gubernamentales de la autodenominada Cuarta Transformación (4T), se encuentran entre lo que Max Weber identificaba como el dilema entre la ética de la responsabilidad y la ética de la convicción, esto es, entre la necesidad gubernamental de responder a las demandas sociales de seguridad y paz social con un profundo espíritu pragmático, y el paradójico discurso del respeto a la dignidad humana y los derechos humanos como fuente de legitimidad de la acción política.

Al triunfo el primero de julio de 2018 de la opción política representada por el partido político Movimiento de Regeneración Nacional (MORENA), y de los cientos de candidatos a diversos puestos de elección popular en todo el país, encabezados por el hoy presidente de la república Andrés Manuel López Obrador, comenzó una cuenta atrás de la expectativa que llevó a 30 millones de mexicanos a decidir un viraje al modelo político y económico vigente en nuestro país desde hace 30 años.

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se presentó en el marco del *III Congreso Internacional de derecho*, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas del Corporación Unversitaria del Caribe, del 9 al 14 de octubre de 2018, en Sincelejo, Colombia. El autor es académico de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, ex director de Comunicación Social y Relaciones Públicas de la misma casa de estudios, editor de libros y ensayista en diferentes medios de información sobre cuestiones de derechos humanos, historia, antropología y tecnologías de la información y la comunicación.

Con una inédita mayoría legislativa tanto en la Cámara Alta como en la Cámara Baja, y con el triunfo en gran parte de los Congresos de las entidades federativas y otros cargos de elección popular (gubernatura de la Ciudad de México, en Veracruz, así como alcaldías en esas y otros estados del país), el régimen presidencialista encabezado por López Obrador tiene la histórica alternativa de cambiar el destino de la nación hacia lo que él mismo ha denominado la Cuarta Transformación (4T).

## 1. El preámbulo del viraje político-electoral

Múltiples han sido las explicaciones que se han dado para tratar de explicar el viraje político que dio el pueblo mexicano en el proceso electoral de 2018, para decidir en una suerte de golpe de timón, cambiar las condiciones del panorama político, sobre todo si consideramos el cierto conservadurismo político que manifestó durante los últimos 30 años la ciudadanía mexicana, aunado al manejo clientelar que se hacía de las *minorías votantes* que sostenían el *status quo* de los grupos gobernantes. Pareciese que el desinterés del *gran elector silencioso* —esa mayoría de votantes que se abstuvieron por considerar de poco sentido manifestarse en las urnas— era el estado de ánimo perfecto para el otro *gran elector* representado en la figura del presidente en su calidad de *fiel de la balanza*.

Y los efectos de ese incuestionable presidencialismo, se podían adivinar: la víspera de la contienda electoral de 2018, los intereses de la clase política gobernante, de los grupos de oposición y de la sociedad civil organizada, se vieron orientados hacia decisiones que ponían a dudar a unos sobre otros respecto de la legitimidad de esas decisiones.

En 2018 se colocó en juego la continuidad de una serie de políticas públicas que iniciaron en el sexenio de Enrique Peña Nieto, y cuyas raíces se encuentran atadas a compromisos de orden político-económico de tal magnitud, que hicieron necesaria la unción de un candidato que además de tecnócrata, viniese presuntamente de la propia ciudadanía, es decir, un candidato no priista, un candidato no surgido de las entrañas contradictorias del priismo en un inicio revolucionario, después nacionalista, y hoy de marcados trazos neoliberales.

Del lado opositor, se consolidaron candidaturas que ya no respondieron a las ideologías de los partidos, sino al más estricto interés del pragmatismo político, y en esa condición, las facciones opositoras se unieron en dos grandes bloques que se registraron como coaliciones, que hacen dudar a más de un elector sobre las tendencias o plataformas electorales que se entremezclan y confunden sobre la base de la necesidad de ganar.

En medio de todas estas posiciones políticas que se disputaron el ejercicio del poder, se colocaron las legítimas demandas de la sociedad —en una nueva oportunidad donde habría de replantearse de nueva cuenta el futuro del país—, y entre una de las más importantes, se encontró indudablemente el tema de la seguridad pública.

Y si bien no es interés de este documento abordar a detalle las causas de la derrota de los partidos políticos que habían detentado posiciones de poder sustantivas en años recientes (como el Partido Acción Nacional, el Partido de la Revolución Democrática, y por supuesto, el Partido Revolucionario Institucional, PAN, PRD y PRI, respectivamente), sí podemos afirmar cinco aspectos básicos que, desde nuestra visión, explican en cierto modo la percepción de la ciudadanía respecto de estos institutos políticos, entre los cuales se encuentra, por supuesto, la cuestión de la criminalidad y su escasa contención por parte de las instituciones del Estado mexicano.

- Una política económica dedicada en los últimos 18 años a la satisfacción de ciertas franjas de la élite mexicana;
- Una política social que no alcanzó a cubrir con puntualidad las demandas sociales, lo que aceleró el número de personas pobre en el país, colocándolas en un número aproximado de 60 millones;
- Un resquebrajamiento de los pactos al interior de la clase política tradicional, que implicó el aglutinamiento alrededor de la opción representada por MORENA, de una parte significativa de los cuadros institucionales, corporativos y empresariales (léase sindicatos, agrupaciones sociales, cúpulas industriales, grupos religiosos), cuadros funcionales a los regímenes conservadores panistas y priistas;



- Una desmesurada práctica de la corrupción a todos los niveles y en gran parte de los espacios gubernamentales, resultado de un modelo de connivencias entre entes corruptores y entes corrompidos, que hizo insostenible la viabilidad del proyecto transexenal representado en los candidatos José Antonio Meade Kuribeña (PRI) y Ricardo Anaya Cortés (PAN-PRD y otros), y
- Un desolador escenario de criminalidad organizada donde la insuficiencia del trabajo de los operadores policiacos y de procuración y administración de justicia, junto con la complicidad de políticos de diversos colores partidistas con los grupos delincuenciales, colocaron en un estado de orfandad a la ciudadanía en cada uno de los 31 estados y Ciudad de México, con una escandalosa cifra de delitos estimada anualmente en alrededor de 30 millones, de acuerdo a la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública 2018 (ENVIPE, 2018).

Así, se ha llamado la atención en ponderar nuestro escenario jurídico para replantear las responsabilidades del Estado, sobre todo en el combate a la corrupción y la impunidad. El planteamiento de las experiencias análogas siempre se ha identificado como un ejercicio epistemológico que nos da la posibilidad de confrontar nuestros avances como individuos y como colectividad; esto significa que no podemos darnos cuenta de nuestra realidad si no la confrontamos con otras realidades, otras dimensiones, otras cosmogonías.

Y en eso se ha fincado el nuevo régimen: en observar lo realizado por anteriores administraciones, para tratar de enmendar cuentas no a los personajes políticos, sino a la estructura roída por las humedades de la corrupción.

## **2. Rezago en materia convencional**

Y es que debemos admitir una realidad: México, ha quedado rezagado en su realidad jurídica con respecto a varias naciones del cono sudamericano, como ocurre con Argentina, Uruguay, Chile, Perú o Colombia.

Para nosotros, temas como la afirmación constitucional de los derechos humanos —con todo lo que ello implica desde la dogmática jurídica—, o la plena integración de nuestro país al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), y la consecuente aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte-IDH), entre otras situaciones relacionadas con la temática de los derechos humanos, son asuntos de relativa novedad en nuestro orden jurídico doméstico, lo que de ninguna manera constituye algo de lo que debamos tener orgullo.

Comprender el devenir jurídico de esta experiencia jurídico política en México, requiere asomarnos a un proceso histórico-revisionista que integre el análisis de las formas en como el poder político en nuestra república ha venido configurándose desde etapas decimonónicas, entrelazando reflexiones de orden filosófico, antropológico, y por supuesto, sociológico.

Somos un país que para todas sus soluciones, como civilización, siempre estamos a la expectativa de la llegada de un caudillo.

### **3. En la búsqueda de un caudillo**

Desde que la conquista española nos quitó en 1521 y en los años posteriores la esperanza de contemplar el regreso del mítico dios-hombre escandinavo Quetzalcóatl, hemos buscado en los caudillos la luz que nos lleve a la utopía del venturoso porvenir, esa utopía de la que nos habla Carlos Fuentes en su *Espejo enterrado*.

Así, después de concretar la independencia en 1821 de las manos del decadente imperio hispánico, nos desgastamos en luchas intestinas entre conservadores y liberales, dejando el paso a las veleidades de un militar que se puso los ropajes de caudillo y emperador, como lo fue el criollo Agustín de Iturbide, y la Constitución de 1824 a cuestras. Después, este disfraz fue usado por Antonio López de Santa Anna, que en sus múltiples administraciones al frente del país, no contemplaba ser emperador, pero sí deseaba que se lo honrara con el título de *Su Alteza Serenísima*, y bajo cuyo mandato vimos perder medio territorio nacional en 1847 a

manos de las cada vez más hambrientas fauces del incipiente y belicoso poderío estadounidense.

Más tarde, con la nueva Constitución en 1857, habríamos de procurar con el caudillo indígena conocido universalmente como el Benemérito de las Américas, don Benito Juárez García, recuperar nuestra libertad de las manos de los acreedores europeos, con quienes ya comenzábamos a relacionarnos de modo draconiano.

Sin embargo, las contradicciones propias de nuestra clase política, nos llevaron a apostar por el regreso de otro emperador extranjero que emulase al Moctezuma precolombino y al Iturbide independentista: hablo de Maximiliano de Habsburgo, cuya aventura imperial no duró más allá de los tres años que el propio Juárez le permitió al ajusticiarlo en la emblemática ciudad de Querétaro en 1867.

En las postrimerías del siglo XIX, decidimos integrarnos al positivismo emergente, guiados por el caudillo militar Porfirio Díaz, a quien habrían de suceder otros cabecillas intermitentes que llegaron al acuerdo constitucional con la Carta Magna de 1917, y con ello para acabar con celadas y traiciones, se institucionalizó el poder político en la figura del presidencialismo exacerbado, alimentado por el corporativismo clásico que devino en dos institutos políticos omnipotentes, decantando finalmente en el hoy vilipendiado Partido Revolucionario Institucional, derrotado por uno de los últimos caudillos que pretende un viraje sustantivo para los intereses nacionales: Andrés Manuel López Obrador.

Este recuento de caudillismos, no es exclusivo de México, y Colombia lo sabe, como también lo sabe Venezuela, y allende la cordillera del sur, lo saben Perú, Chile y Argentina, que experimentaron los utópicos caudillismos de Simón Bolívar y José de San Martín, por mencionar a los más significativos del siglo XIX.

Es así que a partir de este caudillismo presidencial, México vivió durante todo el siglo XX aislado jurídicamente del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cobijado en las ramas de la doctrina Estrada, instaurada en México desde los años 30's de ese siglo, y que se explica en la autodeterminación y en la no intervención, es decir, México toleraba la autodeterminación de cualquier país, siempre y cuando no se cuestionara, como decía el nobel de literatura Octavio Paz, al *ogro filantrópico* mexi-

cano, representado por esa figura paternalista gubernamental que trataba a su sociedad con violencia y benevolencia, con despotismo y bondad, en una tóxica relación que derivó en un agudo régimen de libertades ficticias, sin posibilidades de ser ejercidas.

Es así que los regímenes mexicanos navegaron sobre la base de una autodeterminación sin cortapisa, con todo lo bueno y malo de ese esquema de ejercicio del poder político. Entre 1960 y el año 2000, era impensable el cuestionamiento formal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hacia el gobierno mexicano, porque nosotros no admitíamos la jurisprudencia de la Corte.

Y hoy toda política criminal que no advierta la inserción de los derechos humanos en su entramado jurídico, no puede ser tomada como formalmente válida por la preponderancia del garantismo y los derechos humanos.

Y en ese rezago, las violaciones a derechos humanos desde los estamentos de la política criminal, negaron cualquier orden internacional. Vamos, incluso la Convención Americana sobre Derechos Humanos, fue ratificada y adherida por México 12 años después de su adopción en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), y la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la admitimos hasta 1998, lo que indudablemente nos colocaba en un lugar poco decoroso en cuanto al avance y evolución de la protección y defensa de la dignidad humana.

¿Y por qué nos negábamos a aceptar la competencia y posterior jurisdicción del Sistema Interamericano de Derechos Humanos?

Dice el connotado jurista Sergio García Ramírez, que las circunstancias históricas en que se ha formó la política internacional de México, generó la necesidad de recurrir a principios firmes como reducto de presiones injustas, así como la falta de medios para enfrentar a las codicias externas con el poder de la fuerza o la riqueza”, aunque también es cierto que García Ramírez y quienes coinciden con él (*v. gr.* Enrique Krauze), nos presenta una visión que favorece al conservadurismo mexicano, y por ende, al sistema político y los beneficiarios del mismo.

#### 4. El fin de los Estados nacionales

Pero el tiempo del proteccionismo político se nos agotó. Los procesos globalizadores y del neoliberalismo surgidos del Consenso de Washington de los años ochenta, junto con la caída del ideal comunista soviético y con ello el fin de las ideologías, como lo interpretara Francis Fukuyama, colocó a los Estados nacionales en una situación sumamente frágil y cuestionable. Quizá esta sea una de las pocas ventajas de la globalización, esta apertura hacia nuevos escenarios jurídicos, a través de lo que en la doctrina se denomina la “irradiación de los órdenes normativos continentales hacia los órdenes normativos domésticos”.

Ese periodo coincide con el resquebrajamiento del régimen presidencialista en México, a partir del acceso al poder ejecutivo de otras opciones partidistas en 2000 y 2006, y ahora, en 2018. No existe ya esa “doctrina Estrada”: la vieja clase política mexicana y sus herederos debieron abrir sus lóbregos sótanos de impunidad y permitir el sojuzgamiento de los órganos jurisdiccionales regionales como la Corte Interamericana.

Un ejemplo de esto lo significa el emblemático caso de Rosendo Radilla Pacheco, luchador social de los años 70's del siglo pasado, que fue “desaparecido” por fuerzas castrenses en la sierra de Guerrero, y del que no se supo más sino hasta luego de un tortuoso proceso de poco más de treinta años, donde la Corte Interamericana (previo paso por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), dictó sentencia condenando al gobierno mexicano el 23 de noviembre de 2009, de donde se deriva que es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México (tema de controversia en este caso), se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana que han sido reiterados en el caso en comento, y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas.

Pero además, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el paradigmático expediente Varios 912/2010, derivado de la señalada sentencia, acuerda la aplicación material de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la obligación para quienes imparten justicia de inaplicar las normas contrarias a la Constitución y a los

tratados internacionales en materia de derechos humanos, y a ordenar la realización del control difuso de convencionalidad por parte de todos los jueces del país.

Pero estos procesos de apertura jurídica, no son producto de una serie de graciosas concesiones del Estado mexicano: aquellas, como ocurre con otras políticas de la nación, responden a las presiones internacionales, como ocurre con la reforma constitucional de 2001 en materia de la reserva del principio de dignidad humana, contenida en el artículo primero último párrafo, que refiere la prohibición a toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Parece que sólo hasta ese momento, en los albores del nuevo siglo, nos dimos cuenta que existían los indígenas, las personas con discapacidad, las de la tercera edad, la comunidad LGTBI...

Después, en 2008, asumimos el reto de modificar nuestro sistema de seguridad pública y justicia, en función de dar vigencia al debido proceso con el recambio de paradigma, para transitar del sistema inquisitivo al sistema acusatorio, con juicio oral incluido, experiencia en la cual países del cono sur nos llevan ya bastante ventaja. La asunción de ese modelo no la adquirimos porque un día nos levantamos inspirados en recuperar el tiempo: asumimos ese modelo por las presiones de USAID, la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, apéndice del Departamento de Estado norteamericano.

Y más tarde, en 2011, admitimos las recomendaciones de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, para integrar, a través de la reforma constitucional de junio de ese año, el catálogo universal de los derechos humanos a nuestra Carta Fundamental.

Es así que, como podemos ver una de las razones sustantivas de la continuidad en las políticas criminales de la 4T en el Estado mexicano, donde su apertura a los cambios de orden jurídico, ha transitado por

resistencias y objeciones políticas de cara a las exigencias de los gobernados.

Por eso, no bastan estas políticas criminales como referente de la autoridad del Estado, porque cuando desde hace 40 años se habla en el mundo del Estado constitucional de derecho como referente del garantismo y los derechos humanos, en México todavía estamos anclados en el caduco modelo del Estado de derecho.

Como sabemos, el modelo del Estado constitucional de derecho, se contrapone, de acuerdo a los juristas Serafín Ortiz y Raymundo Gil, al Estado de derecho de carácter legalista, positivista y formalista.

A diferencia del Estado de derecho, el Estado constitucional de derecho —nacido de la segunda posguerra europea teniendo como referente la Constitución de Bonn de 1949, la Constitución portuguesa de 1976, y Carta fundamental española de 1978— justiprecia el contenido axiológico del derecho, es decir, los principios constitucionales se sobreponen al reduccionismo de la ley secundaria, a la codificación de los derechos subjetivos. Por ello, hablar de derechos humanos, es hablar de la ampliación de las potestades de las personas ante el órgano estatal, cosa poco cómoda para los operadores gubernamentales.

Es entonces el Estado constitucional de derecho el espacio natural y adecuado del garantismo, del neo-constitucionalismo y de la dignidad humana, factores que, sin embargo, también confrontan los afanes de las sociedades de la posmodernidad, que por un lado promueven la extensión de sus derechos, pero por el otro, exigen mayor severidad contra los criminales, más allá de sus derechos fundamentales, y esa paradoja social la han sabido capitalizar facciones políticas que han triunfado en los últimos años en varias naciones de nuestro continente. Estamos en el tiempo del denuesto y la apología de los derechos humanos, y esta contradicción coloca en riesgo nuestros ténues avances en este escenario, contradicción motivada por tres aspectos:

- 1) La renuencia de las viejas generaciones de operadores estatales a dejar de lado las visiones legalistas de la estructura del Estado de derecho.

- 2) La falta de experticia y compromiso de las generaciones vigentes con los cambios adjetivos que se generan y
- 3) Los altos índices de reproducción del crimen e impunidad ante el mismo que se vive en México.

La nación se debate en este tiempo en esa contradicción que mencionamos, sobre todo cuando, en una población de 115 millones de habitantes promedio, existen desde hace seis años, registros de las entidades gubernamentales que contabilizan cantidades de delitos del orden común y federal, que no bajan de la espantosa cantidad de entre más de 20 y 25 millones de víctimas en promedio, con un número estimado entre 27 y más de 33 millones de ilícitos, de los cuales, como todos sabemos, se investigan un porcentaje de menos del 5 por ciento, y se sancionan, si acaso, el uno por ciento de los mismos.

Y parece que no existe una salida coherente, lógica y sistemática, más que la del palo por palo, la violencia como lenguaje de los contendientes, y en medio de ellos, la sociedad desprotegida.

Veremos qué nos sugiere, materializa y concluye la 4T de Andrés Manuel López Obrador.





# CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COLOMBIANO

Berónica Narváez Mercado<sup>1</sup>

Giovanni Gutiérrez Gómez<sup>2</sup>

## Resumen

La tradición jurídica colombiana se ha caracterizado por adoptar tácitamente y de manera mixta sistemas jurídicos de tinte europeo o angloamericano que le han hecho oscilar en sus fuentes del derecho entre la legalidad, los principios y la realidad, no en balde el actual artículo 230 de su Carta Política aunque reconoce como principal fuente a la ley, también reconoce como fuentes auxiliares a “...la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina...”, de donde se connota que no ostenta un sistema jurídico acendrado que se identifique a plenitud con uno u otro sistema occidental. De allí que el análisis que comprendió el presente trabajo se identificó con el sistema jurídico colombiano, que a un juicio condensa lo mejor de cada sistema y lo integra en materia jurisdiccional. Es así que el derecho colombiano se identifica plenamente con lo que se conoce en México como teoría de los tres círculos (Gómez, 2005) y, en Suramérica como trialismo jurídico, que con Norberto Bobbio, en su teoría General del Derecho en el año 2005, se destaca como un método para un buen análisis jurídico que ha de contener las tres aristas del derecho que han identificado en occidente las dos familias del derecho, la del *civil law* o continental y la del *common law*, que auscultan sus fenómenos de derecho bajo el positivismo jurídico, propio de la primer familia, agregando de manera principal el realismo jurídico en la segunda, ambas que a su vez reconocen de una u otra manera el iusnaturalismo jurídico, con tendencia ética o pragmática, respectivamente, de donde resulta que un problema jurídico ha de abordarse a plenitud integrando dichas facetas del derecho.

---

<sup>1</sup> Doctorante en Derecho de la Universidad Libre de Colombia., Magister en Administración y Derecho Empresarial de la Universidad Libre de San Jose, Costa Rica, Conciliadora, Auditora Interna BASC, Abogada. Directora Del Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Corporacion Universitaria del Caribe CECAR. Email: beronica.narvaez@cecar.edu.co

<sup>2</sup> Doctor en Derecho de la Universidad Central de Nicaragua, Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Libre de Bogotá, Colombia, Magister en Derecho Fiscal de la Universidad Azteca de México, Especialista en Derecho Comercial y Financiero de la Universidad Católica de Colombia, Abogado de la Universidad Libre, Bogotá, Colombia. Actualmente Juez Civil del Circuito. Email: giovajurista@gmail.com

**Palabras Clave:** Control de constitucionalidad, estado social de derecho, constitucionalismo y sistema jurídico.

### Abstract

Colombia's legal tradition has been characterized by adopting tacitly and in a mixed manner European or Anglo-American legal systems that have made it oscillate in its sources of law between legality, principles and reality, not in vain the current article 230 of its Political Charter although it recognizes the law as the main source, also recognizes as auxiliary sources "...equity, jurisprudence, general principles of law and doctrine...", from which it is connoted that it does not boast an accurate legal system that is fully identified with one or another Western system. Hence, the analysis included in this paper identified with the Colombian legal system, which in a judgment condenses the best of each system and integrates it into jurisdictional matters. Thus, Colombian law is fully identified with what is known in Mexico as the theory of the three circles (Gómez, 2005) and, in South America as juridical trialism, which with Norberto Bobbio, in his General Theory of Law in 2005, stands out as a method for a good juridical analysis that has to contain the three edges of law that have identified in the West the two families of law, the civil or continental law and the common law, which auscultate their legal phenomena under the legal positivism, characteristic of the first family, adding in a principal way the legal realism in the second, both of which in turn recognize in one way or another the legal iusnaturalism, with an ethical or pragmatic tendency, respectively, from where it turns out that a legal problem has to be fully addressed by integrating these facets of law.

**Keywords:** Control of constitutionality, social rule of law, constitutionalism and legal system.

**T**extualmente se interpreta: si se quiere establecer una teoría de la norma jurídica sobre bases sólidas, lo primero que hay que tener bien claro es si toda norma jurídica puede ser sometida a tres distintas valoraciones, y si estas valoraciones son distintas entre sí, En efecto frente a cualquier norma jurídica podemos plantearnos un triple orden de problemas: 1) si es justa o injusta; 2) si es válida o inválida; 3) si es eficaz o ineficaz (Gómez, 2005)

Siendo el primero el aspecto axiológico o de valores, propio del iusnaturalismo: el segundo que atañe a la forma de procedencia de la ley, que

connota el positivismo; y el tercero a la utilidad que refiere el realismo jurídico.

En efecto cuando el Estado colombiano se define en su artículo 1° de la Constitución, como un “Estado Social de Derecho”, organizado además democrática y pluralistamente, encierra en cada una de sus palabras la dimensión política, axiológica o principialística (Estado), la realista (Social) y la positivista (Derecho), que se integrarían en su organización democrática y pluralista, y así lo desarrolla de manera implícita en varias de sus normas y que se condensan en el referido artículo 230 *ibídem*.

A tal mixtura ius filosófica asumida, no ha escapado su control de constitucionalidad que ha incorporado en su régimen tanto el sistema de control abstracto o concentrado del sistema austriaco por vía de acción jurisdiccional ante una Corte especializada prevista en el artículo 241 de la C.P., como el control concreto o difuso contemplada en su cláusula 4ª *ídem*, que faculta a cualquier funcionario, judicial o no, a hacer prevalecer la Constitución sobre cualquier norma inferior.

Más este control de constitucionalidad, representa un foco de gran poder por parte del intérprete, en el caso jurisdiccional, dado que la Carta Política se traduce en una norma sumamente abstracta y con grandes vacíos que eventualmente podrían ser llenados caprichosa y arbitrariamente, que hace menester identificar por ende unos límites con miras a garantizar el equilibrio de poderes y la razonabilidad de los mismos, los que aparecerían dibujados en las tres facetas referidas. En efecto la ley formal, requiere de un intérprete que ausculte las más de las veces su alcance, bien porque aquélla resulte inexistente; muy abstracta al punto de no dirimir el caso concreto; ambigua, al regular de manera oscura o poco clara el asunto; o simplemente contraria a un valor superior que la Corte ha integrado bajo la noción de bloque de constitucionalidad y del *ius cogens*.

La Constitución Política, como expresión máxima normativa formal del positivismo jurídico, no escapa a tales falencias, y con mayor razón dada su exacerbada y connatural abstracción, que hacen que requiera unos precisos límites, que se sugiere, han de ser hallados en las restantes aristas jurídicas referidas, como son su contexto axiológico y su eficiencia, de allí que los casos que caen dentro de la órbita de la ley formal, han

sido denominados casos fáciles, dado que se estructuran a partir de la lógica clásica de lo correcto, pues basta con confrontar la misma con el supuesto de hecho que aquélla reglamenta para descubrir el acierto de la respuesta que así resulta verificable.

*Contrario sensu*, los problemas de constitucionalidad suelen ser de manera predominante casos difíciles, pues las soluciones a los mismos no aparecen claramente en el texto normativo, por lo que se haría necesario recurrir adicionalmente a la lógica deontológica y a la lógica modal que proponen los principios y la utilidad, respectivamente, de la solución que llegare a proponer el intérprete.

Tales casos difíciles corresponden a la ductibilidad del Derecho, que a su turno plantea el problema propio del conocimiento, que ha rotado desde el objetivismo que aspira a la realidad externa del individuo, al subjetivismo kantiano cuya realidad afirma se encuentra en el individuo, hasta las posturas nihilistas, y que no obstante ha admitido grados del saber que van desde el más elemental o vulgar, pasando por el técnico y científico, para arribar al mayor grado que se estima sobre ellos, que es el filosófico (Barragán, 2006, Pág. 12), como expresión condensada de una cultura del pensamiento humano sobre el que resultaría posible colegir reglas generales, que a juicio se acomodan a la teoría de la verdad consensuada propuesta por J. Habermas (2006).

Al margen de la discusión sobre si el derecho constituye un conocimiento científico o no, esto es verificable, y asumiendo que sí lo es desde el punto de vista de lo razonable y plausible como fenómeno cambiante (Petev, 1997), este estudio será abordado a la luz de la tópica jurídica y argumentativa, que sin aspirar a realidades invariables e inmutables, comprende la naturaleza del derecho como herramienta maestra y maleable para la solución de los conflictos sociales.

En tal virtud, el artículo se propondrá discernir los límites que han de corresponder al control de constitucionalidad jurisdiccional colombiano a partir de las escuelas o corrientes ius filosóficas de occidente que se aprecian integradas en un fenómeno democrático y pluralista constitucional. La cuestión estriba entonces, en determinar el límite del control de constitucionalidad del Estado Colombiano como poder jurisdiccional

bajo la arista que impone la justicia, la validez y la eficacia que se entiende debe atender el mismo.

Para este efecto, se partirá de las fuentes del derecho que reconoce el Estado colombiano, su identidad como sistema jurídico que de cara al control de constitucionalidad, permitirán establecer el límite racional del poder jurisdiccional de manera general sobre el sistema de control de supremacía constitucional.

## **1. Fuentes del derecho colombiano e identidad de su sistema jurídico**

Por fuente del derecho ha de entenderse, el origen o causa de una regla de conducta con fuerza imperativa, que puede surgir bien de manera material, axiológica o formal, según que corresponda en su orden: a la praxis social, como la costumbre, que involucra la eficacia y utilidad de su atención; a la ética o sistema de valores de ese mismo conglomerado social que va robusteciendo de manera consuetudinaria una organización de equilibrio sustentado en la noción de justicia y de otros principios; y a la ley propiamente dicha, como consecuencia de las dos anteriores a través de la cual se formaliza su expedición que atienda al criterio de validez, consolidando este último estaño un tipo normativo ideal que ha de condensar dichos criterios, que la hagan razonable, justificable y válida.

Sobre este particular, es de acotar, que la doctrina alemana, como española, tomando una discusión del derecho angloamericano (Atienza, 1996), relativo a la diferencia entre principios y reglas, resulta imprecisa en nuestro medio, pues ha de destacarse que por éstas últimas se comprende en nuestro sistema un mandato de conducta general que puede estar contenido bien en la praxis, en los principios o en la ley misma, siendo que la norma se identifica más concretamente con la ley formal o positiva, de donde se intuye que la discusión respecto a las diferencias foráneas entre principios y reglas ha de entenderse entre principios y normas, como clásico enfrentamiento entre los iusnaturalistas y los iuspositivistas. (Rodríguez, 1997)

En efecto, en el sistema jurídico colombiano, numerosa es la legislación que se autodenomina normas y no reglas, así por ejemplo, la propia

Carta Política al imponer su superioridad frente a las demás leyes se autodenomina norma de normas en el art. 4º, sin referir el gran cúmulo legal que así mismo lo hace, entre otras, los arts. 152, 168, 306, etc., del C.C. que a diferencia del derecho anglosajón, donde sí se habla de reglas o *rules* para referirse a la ley positiva e incluso a las que emergen del precedente, se refiere a la ley como norma y no como regla.

En ese contexto, el Derecho colombiano, tras su emancipación del régimen colonial español, *grosso modo*, acogió *ab-initio*, buena parte del sistema jurídico francés, que por su época representaba el principal estandarte de libertad del mundo occidental al amparo y garantía del principio de legalidad, cuya obra cumbre se plasmó en el Código Civil que se ocuparía casi que de manera casuística de gran parte de los problemas jurídicos, entre ellos los normativos, como su promulgación, obligatoriedad, vigencia en el espacio y en el tiempo, etc.

Ese sistema jurídico del *Civil law*, al cual se integró el Estado colombiano al seguir el modelo francés, acogió como principal fuente del derecho a la ley, caracterizada por su codificación, y fue así que se expidió en Francia el Código de Napoleón tras la tendencia codificadora que le antecediera en el *corpus iuris civilis* que se integraba por el *Código de Justiniano*, el *Digesto o Pandecta*, la *Institutas* y la *Novelas*, cuyo método principal de interpretación era la exégesis o tenor literal de la ley.

Esa original y rancia tendencia hermenéutica jurídica, desarrollada a plenitud a través de la Teoría Pura del Derecho que formulara Hans Kelsen, decantado como positivismo jurídico en respuesta al rigor científico formal de exactitud de la época del siglo XIX y gran parte del XX, fue concebida en el ordenamiento colombiano a través de la ley 153 de 1887, así como de los artículos 25 a 31 del C.C., referentes a las fuentes del derecho colombiano y la interpretación de la ley ponderada principalmente en la interpretación auténtica del propio legislador, la gramatical y el significado de las palabras.

De esta suerte la principal fuente del derecho colombiano ha estado en la ley y su obra cumbre, el Código Civil, que unificaba, estructuraba e integraba el sistema jurídico nacional, cimentado sobre el reconocimiento formal de los derechos y libertades del Estado liberal clásico o derechos humanos de primera generación, definiendo de manera un tanto obscura

como fuentes o criterios subsidiarios de la ley, los principios del derecho natural, la jurisprudencia y la doctrina constitucional, siendo que pese a que la ley reconocía una superioridad normativa en la Constitución, lo cierto es que dada la abstracción de ésta última, difícilmente tendría reconocimiento normativo, y su rol fue concebido más con carácter político y programático.

Mientras que por una parte la tradición jurídica colombiana se matriculaba con el sistema de codificación jurídica característica del *Civil law*, por otra se organizaba Estatal y políticamente a través de una Constitución Política siguiendo el modelo Norte Americano, que inspiró a las colonias hispanoparlantes como respuesta a su emancipación española, expidiendo el Estado colombiano, luego de varios intentos, la Constitución de 1886, que dispuso a través de su desarrollo legislativo, la superioridad de la Carta Política a través del artículo 5° de la ley 57 de 1887, mismo que reiteró a través del artículo 40 del acto legislativo No 03 de 1910 elevándolo a mandato constitucional.

Hasta el año de 1991, la principal fuente del derecho se identificó formalmente en la ley, reconociéndose unas fuentes subsidiarias, como son los principios generales del derecho y la jurisprudencia, sustentado en la noción de Estado de Derecho. Pero fue en el año de 1991 en que el ordenamiento jurídico colombiano redefinió su sistema político y jurídico, cuando al expedir la nueva Constitución Política refirió que el Estado era Social de Derecho, organizado democrática y pluralistamente (Artículo 1°), entre tanto dispuso expresamente que los jueces en sus decisiones solo estaban sometidos a la ley, describiendo como criterios auxiliares a la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina.

Esa misma Carta Política de 1991, entronizó de manera expresa el control constitucional abstracto, concentrado o por vía de acción (artículo 241), propio del modelo austriaco, así como el control difuso o concreto por vía de excepción que se sustenta en su artículo 4°. El primero encomendado a una Corte especializada jurisdiccional, la Corte Constitucional, con efectos *erga-omnes*, y el segundo en cabeza incluso de cualquier funcionario del Estado que podrá inaplicar una norma inferior a la Cons-



titucional al resultar contraria en un caso concreto, con efectos *inter partes*.

No obstante a través de la labor de la Corte Constitucional, se precisó que la jurisprudencia continuaba siendo un criterio auxiliar del derecho pero ahora obligatorio, lo cual fue producto de la necesidad de hacer de alguna manera vinculantes las providencias de la Corte Constitucional en materia de derechos humanos amparados por vía de acción de tutela dado que era menester establecer unos derroteros en torno a su protección, definición y alcance, toda vez que, muchos de estos derechos pese a estar consagrados en la Carta Mayor, no están determinados en tales aspectos, con lo cual se arribó a un sistema jurídico semejante al del *common law* norte americano, haciendo prácticamente de la jurisprudencia ahora una fuente principal del derecho colombiano al lado de la ley, con lo que se avizora así una forma de límite al control de constitucionalidad concreto al tener hoy día que ponderar el intérprete los precedentes jurisdiccionales en materia constitucional, y en su defecto estableciendo el deber de motivación para apartarse del mismo.

Se avista de esta manera, que el control de constitucionalidad, tanto abstracto como concreto, abriga una dificultad en torno a la definición de límites al intérprete jurisdiccional que han de ser determinados o identificados con miras a evitar el arbitrio o capricho del juzgador, que como lo hizo la Corte Constitucional, impuso su criterio en el que hace prevalecer su jurisprudencia de manera auxiliar pero obligatoria, ligada al razonamiento y justificación de su eventual desconocimiento.

En suma, el sistema jurídico colombiano, puede identificarse de manera ecléctica con los dos sistemas jurídicos contemporáneos de occidente, bien por el rigor de la ley a cuyo carácter normativo integro el de la Constitución Política, como norma de normas, así como por la fuerza obligatoria del precedente jurisprudencial, que se entiende es auxiliar de la ley y no como otrora se identificaba aquella auxiliaridad como potestativa, sistema que involucra la noción de supremacía constitucional nacional frente a su estructura jerárquica normativa, tomando igualmente los dos modelos de control constitucional, el modelo austriaco o por vía de acción propio del positivismo kelseniano, quien no obstante era partidario de una jerarquía normativa supraconstitucional según su teoría mo-

nista del derecho, y del sistema de control anlglo-americano por vía de excepción.

A lo anterior, es pertinente agregar, que, en materia de supremacía normativa constitucional, la jurisprudencia colombiana, ha entendido a partir de los artículos 4° y 93 de la Constitución Política, que las normas internacionales se integran al sistema jurídico nacional por vía del bloque de constitucionalidad, conservando de esta manera la supremacía normativa de aquélla, especialmente en lo que tiene que ver en materia de derechos humanos y de *ius cogens*.

Es decir, identificándose el sistema jurídico colombiano con los sistemas del *civil* y el *common law*, es razonable colegir que aquél también se identifica con las corrientes filosóficas que inspiran uno y otro sistema occidental, que además coinciden con su autodenominado Estado Social de Derecho que incorpora en cada una de dichas expresiones las dimensiones: naturalista, realista y positivista, con un control constitucional propio del positivismo por vía de acción, y otro control concreto que podría identificarse en *iusnaturalismo* e *iusrealismo* como forma de garantizar la justicia y utilidad de la norma en un caso concreto.

## **2. Límites de la hermenéutica jurídica colombiana en el sistema de control de constitucionalidad.**

La hermenéutica, desde el punto de vista semántico, se ha entendido como el arte de interpretar textos, remontándose a la historia griega del mensajero de los dioses HERMES, de donde se dio origen a ciertas personalidades con el don de percibir y transmitir los mismos, de donde se pudo originar la idea según la cual el conocimiento solo estaba permitido a ciertos individuos elegidos o privilegiados, como también se entendía era el derecho, una *facultas agendi*. Más la importancia de las fuentes del derecho, como de su interpretación, estriba en el poder que ello mismo implica dada su eventual manipulación arbitraria, que es lo que se ha pretendido prevenir en garantía y protección de los derechos y libertades de la sociedad actual.

Muchos han sido los límites interpretativos de la ley, al punto y celo de impedir que a partir de la misma se deduzcan alcances distintos a los

que literalmente se desprendan de la misma bajo el principio “*in claris non fit interpretatio*”, es decir, en la claridad de la ley no cabe interpretación, limitándose la labor jurisdiccional a ser la simple boca de la ley. Sin embargo, pese a que se ha intentado que la ley regule de manera casuística todos los aspectos intersubjetivos, es lo cierto que tal titánica labor resulta por decirlo menos, casi imposible, pues equivaldría a predecirse legislativamente todas y cada una de las circunstancias que la vida misma impone en su variedad y desarrollo, por ende la misma resulta insuficiente, bien por un vacío legal, bien por su abstracción o generalidad, ora por su ambigüedad, o porque resulta anacrónica u opuesta a valores superiores.

La primera forma de control hermenéutico, la ofrece entonces el positivismo jurídico, que de manera gramatical comprende tanto la dimensión semántica como la sintáctica, que al decir de la cultura anglosajona, corresponde a los casos fáciles de resolver, dado que el intérprete no tiene que hacer más que casi que de manera mecánica aplicar la ley preestablecida al caso concreto sin que ofrezca mayor dificultad distinta a la de identificarlo al supuesto de hecho normativo a partir del acierto mismo del legislador en tipificarlo, entre tanto la cuestión jerárquica normativa, es un clásico ejemplo de solución positiva en caso de conflicto, bastando con identificar el “*pedegree*” normativo, que en derecho colombiano se traduce en el carácter constitucional y monista que integra el derecho supranacional en la noción de bloque de constitucionalidad.

Empeoro, la cuestión se dificulta en tratándose del control normativo constitucional que suele estar integrado por textos mucho más abstractos que los legales propiamente dichos, pues las Constituciones Políticas, dada su naturaleza, no son casuistas, sino que se limitan a forjar un marco político o jurídico que requiere normalmente un desarrollo legal que muchas veces también tarda en llegar, ostentando eso sí un plexo axiológico bastante amplio, que se considera en el sistema colombiano integrado por la idea tripartita ofrece la auto denominación Estado Social de Derecho, que integraría un control justificativo, práctico o eficaz y de validez de las leyes de inferior jerarquía que se disemina por todo el texto constitucional que refiere los fines del Estado, la forma de procurarlos y la expedición formal legislativa.

En ese sentido, el control abstracto de Constitucionalidad, se verificaría en primer orden en el propio texto constitucional, que se itera, por su abstracción, necesariamente ha de involucrar las restantes dimensiones jurídicas, consultando los principios que integran su norma y la manera efectiva de materializarlos, pues es evidente que el constitucionalismo o positivismo ético propuesto (Ferrajoli, 2001) como solución o paradigma al fenómeno nomoárquico o axiológico no regulado en el texto normativo, no resulta suficiente para el problema hermenéutico cimentado en el escepticismo ético kelseniano.

En tal virtud puede recurrirse, a través del método neopositivista o conceptual respecto de la justicia, por la cual se ha comprendido a nivel occidental, cuando menos, como el acto de dar a cada cual lo que le corresponde o pertenece, haciéndose necesario establecer el criterio o medida para dicho efecto, que en nuestro sentir está dado por las mismas aristas jurídicas que componen al Estado Social de Derecho. Así, el axioma de justicia deberá procurarse de la solución legal, esto es, dando a cada quien lo que le corresponde según la ley, si está no dice nada, según los principios y sus conceptos, o según su mayor eficacia en el caso concreto, lo que permite verificar que efectivamente el Derecho es un tipo de conocimiento en constante evolución que mal puede petrificarse en las doce tablas.

### 3. Conclusión

De tal manera que la solución justa en el control abstracto de constitucionalidad, ofrece también una amplitud de margen de creatividad del Juez Constitucional que le resulta necesaria para poder instrumentalizar la norma constitucional y darle una mayor inteligencia soportada en la razonabilidad del caso, conocida como interpretación tópica, de suerte que dicha Justicia, podrá realizarse a través de sus diversas clases conocidas, como distributiva, en equidad, conmutativa, restaurativa, etc.

Se quiere así significar con ello, que el arte de juzgar y someter a control constitucional, no escapa a la naturaleza que le es propia a dicha labor, de reflexionar y cuestionar constantemente la solución a cada caso particular, de donde se comprende que la *iurisprudencia*, se refiere justamente a la prudencia jurídica, que surge de la sindéresis del juzgador que

no de la *iuris sapientia* (Dabin, 2002). De allí que el concepto de sentencia según el diccionario de la lengua española en su edición del 2001 provenga del verbo sentir, no siendo posible expresar una fórmula precisa o exacta para dicha labor.

En cuanto a la eficacia, como cuestión propia del realismo jurídico, sucede otro tanto semejante al axiológico, pero enfocado ya no desde la perspectiva ética, sino crítica y de utilidad pragmática para solucionar el caso, muy apropiado para las cuestiones económicas muy acendradas en la cultura anglosajona.

En ese sentido se aprecia que el control de constitucionalidad, tanto por acción como por vía de excepción, no puede hallar más fórmula de límite a dicha facultad, que la de la propia razonabilidad inspirada en la validez, y las más de las veces en las nociones de justicia y eficacia, que con su amplitud, brindan y garantizan la inteligencia y actualidad constante en la solución de los casos concretos.

Es de colegir pues, que acorde a la ductilidad del sistema jurídico colombiano, vano y desafortunado ha resultado pretender limitar la labor de juzgamiento aún sobre los juicios propios de aparente jerarquía normativa, pues como puede apreciarse, la amplia abstracción de la norma constitucional, incorpora necesariamente aspectos no normativos positivos que insuflan la creatividad y desarrollo de la ciencia jurídica, auscultables únicamente a través de sus razones que atenderán seguramente a la lógica clásica, deontológica y modal de cada asunto concreto.

De allí que la actualidad jurídica haya retomado la argumentación con autores como Theodor Viehweg, Ch. Perelman, Robert Alexy, etc., que se han preocupado por estudiar y justificar dicho método, con el propósito siempre de encontrar falazmente un límite a la razón humana, que se ocupa insaciablemente de buscar mejores y mejores soluciones a los problemas jurídicos que no son otros que aquéllos que atañen a la vida misma.

## Fuentes de información

- Alexy, Robert. 2001, Teoría de la Argumentación.
- Atienza, Manuel. 1996. Las Piezas del Derecho. Teoría de los Enunciados Jurídicos. Editorial Ariel Derecho. 1996.
- Barragán Linares, Hernando. Epistemología. Filosofía a Distancia. Universidad Santo Tomás, Facultad de Filosofía. Ediciones USTA. Reimpresión 2006, Págs. 12 y ss.
- Bobbio, Norberto. (2205) Teoría General del Derecho. Segunda Edición, Editorial Temis.
- Dabin, Jean. 2002 Teoría General del Derecho. Clásicos del Derecho. Editorial Reuss.
- Dictamen o parecer que alguien tiene o sigue. 2001. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima segunda Edición. 2001
- Ferrajoli, Luigi. 2001. Garantismo. Una Discusión Sobre Derecho y Democracia. Editorial Trota.
- Gómez Gallardo, Perla. (2005) Filosofía del Derecho. Colección cursos temáticos hispanoamericanos. Iure Editores. México.
- Habermas, Jürgen. Citado por Alexy, Robert, Madrid 2007. Pág. 110. Teoría de la Argumentación Jurídica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Petev, Valentín. Metodología y Ciencia Jurídica en el Umbral del Siglo XXI. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 2. Primera reimpresión 1997.
- Rodríguez, César. 1997. La Decisión Judicial. El Debate Hart – Dworkin. Nuevo Pensamiento Jurídico. Siglo del hombre Editores. Universidad de los Andes.



# EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR COLOMBIANA

Ingrid Regina Petro González<sup>1</sup>

## Resumen

La Constitución Política reconoce la existencia de jurisdicciones de carácter especial. Entre ellas la justicia penal militar colombiana, entendida como aquella que se encarga de la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo (Chaparro, 2010). Los órganos adscritos a la justicia penal militar colombiana, no pertenecen a la rama judicial, sino a la rama ejecutiva del poder público, pues dependen del Ministerio de Defensa Nacional, Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar y su regulación constitucional se encuentra en el Capítulo VII Título 7. La justicia penal militar en Colombia, está regulada por disposiciones de naturaleza jurídica diversa, en ciertas ocasiones por decretos expedidos por el ejecutivo con fuerza de ley y en otras por leyes de la República. En la actualidad, esta jurisdicción encuentra su sustento normativo en las Leyes 522 de 1999 que en una misma norma se ocupa de la parte sustantiva y procedimental, y la Ley 1407 de 2010 la cual se encuentra vigente en su parte sustantiva, ya que hasta ahora no se ha implementado el Sistema Acusatorio para el Juzgamiento de los miembros de la fuerza pública, encontrándose además con la Ley 1765 de 2015 la cual reestructura la justicia penal militar y policial y se establecen requisitos para el desempeño de cargos al interior de la misma jurisdicción.

Fundamentos normativos que ayudarán para que por parte de los operadores jurídicos se garantice el principio de imparcialidad al interior de la misma jurisdicción al momento de impartir justicia para los miembros de la fuerza pública.

**Palabras Clave:** el principio de imparcialidad, justicia penal militar, jurisdicción y fuerza pública.

---

<sup>1</sup> Abogada, Candidata a Doctora, Magister en Derecho Procesal, Especialista en Derecho Administrativo y Derecho Procesal Contemporáneo, Docente Investigadora de la Facultad de Derecho y Coordinadora de la Especialización en Derecho Procesal, Probatorio y Oralidad de la Universidad Libre Seccional Pereira, email: [irpetro@unilibrepereira.edu.co](mailto:irpetro@unilibrepereira.edu.co) , [ingridreginapetro@hotmail.com](mailto:ingridreginapetro@hotmail.com)



## Abstract

The Constitution recognizes the existence of special jurisdictions. These include the Colombian military criminal justice system, understood as that which is responsible for the investigation and prosecution of crimes committed by members of the security forces on active duty and in connection with it (CP. 2010, p. 98). The bodies attached to the Colombian military criminal justice system do not belong to the judicial branch, but to the executive branch of public power, since they depend on the Ministry of National Defence, the Executive Directorate of Military Criminal Justice, and their constitutional regulation is found in Chapter VII, Title 7. Military criminal justice in Colombia is regulated by provisions of a diverse legal nature, on certain occasions by decrees issued by the executive with the force of law and on others by laws of the Republic. At present, this jurisdiction finds its normative support in Laws 522 of 1999, which deals with the substantive and procedural part of the same law, and Law 1407 of 2010, which is in force in its substantive part, since until now the Accusatory System for the Judgement of members of the public force has not been implemented, as well as Law 1765 of 2015, which restructures the military and police criminal justice system and establishes requirements for the performance of positions within the same jurisdiction.

Regulatory foundations that will help ensure that legal operators guarantee the principle of impartiality within the same jurisdiction when providing justice for members of the security forces.

**Keywords:** the principle of impartiality, military criminal justice, jurisdiction and public force.

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991, se indica la necesidad que Colombia tenga para su defensa unas fuerzas militares y un cuerpo de policía permanente con el objetivo primordial de defender la soberanía nacional, la independencia, la integridad del territorio, el orden constitucional, por un lado; y de garantizar a los residentes en Colombia el libre ejercicio de los derechos y garantías consagrados en la misma Carta, por el otro (Petro González, Henao Toro, & Marín Pinto, 2013).

De ahí la existencia de una Fuerza pública, la cual cuenta con la organización de una Jurisdicción, conocida como Justicia Penal Militar Colombiana, encargada de la investigación y juzgamiento de los delitos co-

metidos por los miembros de dicha fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio; como lo señala el artículo 221 de la Constitución Política, el cual atribuye esta competencia a las Cortes Marciales y Tribunales Militares con arreglo a las prescripciones de una Ley Penal Militar (Ley 522, 1999).

Se pretende estudiar la justicia como parte fundamental del derecho, así como los principios tomados desde la teoría de Robert Alexy; para cumplir el objetivo general y establecer el alcance de los principios de imparcialidad e independencia al interior de la Justicia Penal Militar en Colombia, el cual genera cuestionamiento por parte de los operadores judiciales al administrar justicia como función pública del derecho.

Por otra parte, la estructura del proceso penal militar colombiano de conformidad con las leyes 522 de 1999, 1407 de 2010 y 1765 de 2015 se debe analizar con la finalidad de indicar la conveniencia en la aplicación procedimental; y el cumplimiento de los principios de imparcialidad e independencia en la justicia penal militar con el fin de explorar la relación de los jueces penales militares. Por último explicar la necesidad de una jurisdicción penal militar adscrita a la rama judicial del poder público colombiano. Ante lo cual se ha formulado la siguiente pregunta problema ¿Cuál ha sido el alcance de los principios de Imparcialidad e Independencia al interior de la justicia penal militar en Colombia?

La presente investigación tendrá una tendencia iuspositivista partiendo de la teoría sobre la justicia de H.L.A. Hart, quien manifiesta que se debe distinguir entre reglas primaria de obligación y reglas secundarias de reconocimiento, son tantos los actos distintivos del derecho y tantas las ideas de la estructura del pensamiento jurídico que requieren su elucidación a uno o a ambos tipos de reglas, que pueden ser consideradas como la esencia del derecho (Hart, 1992) .

## 1. Metodología

El paradigma que se tendrá para la realización de la investigación es Teórica–Analítica utilizando un enfoque cualitativo por cuanto del problema planteado, se establecerá el alcance del principio de imparcialidad e independencia en la justicia penal militar en Colombia, lo cual permitirá la

consulta de autores, sentencias y entrevistas a expertos. Con un enfoque empírico analítico.

La investigación tiene una orientación cualitativa, porque pretende identificar cualidades del tipo de estudio la comparación normativa que se pretende emprender y explicativo en la medida en que se entrará a determinar la adscripción de la justicia penal militar a la rama ejecutiva y la incidencia de los fallos por parte de los operadores judiciales, en los principios de independencia e imparcialidad.

Asimismo es una investigación Jurídica porque su objeto de conocimiento parte del estudio de la norma jurídica, la jurisprudencia y las diferentes doctrinas jurídicas del pensamiento.

## **2. Justicia Penal Militar**

Los estudios relacionados con la justicia penal militar colombiana son escasos, por consiguiente son pocos los escritos especializados en materia de las instituciones procesales propias del derecho penal militar colombiano, la indiferencia que se observa es lo que motiva para ingresar a esta área en su naturaleza, estructura y funcionamiento, más aun lo relacionado con los procedimientos establecidos por los actuales Códigos Penales Militares – Leyes 522 de 1999, 1407 de 2010 y 1765 de 2015 – los cuales aplican conjuntamente en el actual proceso penal militar, estas últimas incorpora la oralidad y reestructura la justicia penal militar y policial estableciendo requisitos para el desempeño de cargos al interior de la misma jurisdicción; dicha norma solo se está aplicando la parte sustantiva aplicando el principio de favorabilidad .

Esta aplicación simultánea de dos regímenes procesales (Ley 522 de 1999 – Mixto con tendencia acusatoria, Ley 1407 de 2010 – Sistema Penal Oral Acusatorio, Ley 1765 de 2015 – reestructura la J.P.M. y Policial) es el escenario para que desde la academia se determine el concepto de los principios de imparcialidad e independencia por parte de los jueces en el juzgamiento de delitos en el marco de la justicia penal militar adscrita a una línea de mando en el poder ejecutivo del poder público colombiano.

Este es un país que ha tenido un conflicto interno por décadas, por lo que se hace necesario tener una fuerza pública activa y esa conducta se ve reflejado en la existencia y mantenimiento de una jurisdicción penal militar, por ello es importante blindar a la fuerza pública para darle más credibilidad en sus decisiones judiciales garantizando los principios de Imparcialidad e independencia.

La Corte Constitucional en (Sentencia C-141, 1995 ) (M.P.: Antonio Barrera Carbonell) señala:

La Constitución Política establece de manera expresa e inequívoca la existencia de la Justicia Penal Militar y del respectivo Código Penal Militar, los cuales le dan sustento legítimo al fuero. Sin embargo, es igualmente claro que la Justicia Penal Militar y las normas que la regulan deben sujetarse a los principios de independencia, imparcialidad y objetividad, inherentes al debido proceso y al ejercicio de la función jurisdiccional.

Por ello resulta adecuado analizar la estructura del proceso penal militar y los dos sistemas procesales actualmente vigentes, con herramientas de consulta nacional e internacional existentes para solucionar las dificultades interpretativas que al respecto se suscitan y determinar la efectividad de las disposiciones.

De otra parte, se hace necesario estudiar la pertenencia de la justicia penal militar a la rama ejecutiva, señalando que administra justicia como lo señala nuestra constitución política en su artículo 228 y la Corte Constitucional en (Sentencia C-037, 1996) (M.P.: Vladimiro Naranjo) preciso:

La justicia penal militar no pertenece a la rama judicial del poder público, básicamente por dos razones: Las autoridades de la rama judicial están señaladas expresamente en el Título VIII de la Constitución Política. Hay órganos o funcionarios que por expresa disposición constitucional administran justicia, entre ellos la justicia penal militar, que lo hace por disposición de los artículos 116 y 221 de la Carta, pero por no estar incluidos dentro de los órganos previstos en el Título VIII, no pertenecen a la rama judicial del poder público.

En segundo lugar, la Corte hace referencia al Auto No. 12 del 1° de agosto de 1.994 de la misma corporación, M.P. Jorge Arango Mejía, donde se concluyó: “*Es verdad que la justicia penal militar, según lo dice el artículo 116 de la Constitución Nacional, administra justicia, pero lo hace de manera restringida, no sólo por los sujetos llamada a juzgar, sino por los asuntos de los cuales conoce*”.

Los estudios especializados que se han realizado en Colombia sobre Justicia Penal Militar, no han tratado a profundidad esta temática, especialmente los relativos a los principios de Imparcialidad e Independencia que orientan y soportan las decisiones judiciales; así como el alcance y la pertenencia de esta jurisdicción a la rama ejecutiva del poder público colombiano. En este aparte se reseñaran los principales estudios que se han desarrollado a nivel nacional e internacional en relación al tema objeto de estudio.

**Tabla No. 1: Estado del arte sobre Justicia Militar**

	<b>Autor</b>	<b>Título</b>	<b>Fuente</b>	<b>Resumen</b>
1.	Jorge Mera Figueroa	La Justicia Penal Militar en Chile	(Mera Figueroa, 2000)  La Justicia Penal Militar en Chile, <i>Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO)</i> , p.25-35.	Este libro trata de señalar que la sociedad chilena se ha esforzado desde comienzos de este siglo, por reformar la estructura de su sistema penal, regulando su enfoque probatorio y transformándolo a uno con tendencia acusatoria y oral, despojando los hábitos escriturales e inquisitivos.  El autor trata de explorar el por qué la sociedad chilena, no se intere-

				só en reformar el código de 1926 respecto a la justicia penal militar en este país y preferir mantenerla de forma similar desde su nacimiento a la vida jurídica. (p.32)
2.	Bordalí Salamanca, A.	El derecho fundamental a un Tribunal Independiente e Imparcial en el ordenamiento jurídico chileno.	(Bordalí Salamanca, 2009) Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaiso. Pag 263- 302	Se analiza el contenido esencial del derecho a un tribunal independiente e imparcial y se estudia la situación de este derecho en diferentes jurisdicciones, entre ellas la militar, la posición de la CIDH respecto de la imparcialidad e independencia ha sostenido que los tribunales militares chilenos no satisfacen los requisitos de imparcialidad e independencia debido a la ubicación de los órganos de la justicia militar al interior de la ramas del poder público.
3.	Carlos López Dawson	Justicia Militar: Una nueva mirada	(López Dawson, 2007) Justicia Militar: Una nueva mirada <i>Comisión Chilena de Derechos Hu-</i>	El autor hace un estudio del proyecto de ley con fecha 22 de junio de 2007, que modifica el Código de Justicia Militar en dos aspectos básicos: la restricción de la competencia para el juzgamiento de civiles, por una parte, y

			<i>manos, p, 58-89</i>	la derogación de la pena de muerte que se mantiene hasta la fecha en la legislación castrense.(p.67)
4.	Renato Astrosa Sotomayor	Juris-dicción penal militar: estudio crítico y comparativo	(Astrosa Sotomayor, 1973) Juris-dicción penal militar: estudio crítico y comparativo. Editorial Jurídica de Chile, p. 170-185	El libro explora los estándares internacionales de derechos humanos que son aplicados los sistemas de justicia militar, relacionado con el principio de la independencia e imparcialidad de los tribunales. La investigación describe, analiza y compara los comentarios y la jurisprudencia de organismos internacionales de derechos humanos. El estudio se enfoca en cuatro subsistemas internacionales y regionales de protección de los derechos humanos: el Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A partir del análisis comparativo,

				se definen tres estándares de independencia e imparcialidad aplicable a tribunales militares, a saber, la exclusión de civiles de la justicia militar, y la definición de garantías de independencia e imparcialidad en el fuero militar.(p.176)
--	--	--	--	--

Fuente: Elaboración propia

### 3. Justicia

Siendo la justicia y la imparcialidad dos conceptos ampliamente discutidos a la luz de la filosofía política, se hará mención a las acepciones que más irradian el presente tema, no sin antes resaltar que son conceptos cambiantes con la historia y las diferentes sociedades a la par de las diferentes corrientes filosóficas. Así pues, el marxismo, por ejemplo, concibe la justicia como la idea de liberar a la sociedad de toda explotación; en el socialismo éste concepto gira en torno a la igualdad de derechos y colaboración entre todos los pueblos, y por último en el comunismo se identifica con la ausencia de heterogeneidad social y económica.

Para efectos de la presente investigación, el sentido de justicia pertinente es el jurídico, que en términos de Ponce Esteban (2005, p.212), hace referencia al conjunto de instituciones encargadas de administrar justicia conforme al sistema jurídico.

Para John Rawls, tomando como base el análisis sobre su teoría de la justicia, realizada por José Francisco Caballero (2006, pág. 2), justicia e imparcialidad se equiparan, pues, el mismo denominó a su teoría justicia como: imparcialidad, apoyado en la idea de que solamente a partir de condiciones imparciales se pueden obtener resultados imparciales. Al respecto de la misma señalaba que: El objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad, o sea, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y



determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. (pág.5) Debe resaltarse que para Rawls, las grandes instituciones son la constitución política y las principales instituciones económicas y sociales, encargadas de definir los cargos y posiciones, cargas y beneficios, poderes e inmunidades, para todos aquellos que se rigen por ellas. Es decir, su teoría de la justicia gira en torno en la adecuada distribución de dichos elementos, la cual debe hacerse con imparcialidad, dentro de la estructura social respectiva.

Para Habermas, bajo su teoría de la ética discursiva, la justicia se basa en dos pilares: el reconocimiento recíproco de los seres humanos como personas, y el procedimiento para establecer normas válidas. (Ponce Esteban, 2005, p.219), así mismo, dice que la justicia debe depender de la legitimidad política en las instituciones.

#### **4. Imparcialidad**

Lo que más destaca Aristóteles es que la imparcialidad no es una característica que se desprenda de la ética o la moral sino del saber juzgar bien. Según Aristóteles:

... constituye una condición de la virtud relativa al buen juicio de la razón práctica, una disposición intelectual que facilita la realización de buenos o acertados juicios, por eso la imparcialidad debe situarse en la esfera de la razón práctica y no de la esfera de la ética. La imparcialidad está presente en el momento del juicio, no se deduce o induce de ningún razonamiento, sino que preside de la formulación de juicios y razonamientos; el momento de la imparcialidad en el juicio práctico tiene algo de instantáneo y único, careciendo de carácter discursivo, albergando un carácter intuitivo. Desde la perspectiva de Aristóteles se trata de identificar a quien puede ser capaz de juzgar las cosas de manera imparcial con la sabiduría e inteligencia de vivir bajo un ordenamiento recto. Entonces sería imparcial quien bajo la Ley no está condicionado por pasiones y no hace distinciones en virtud de prejuicios, respetando el equilibrio entre los sujetos.

El concepto de imparcialidad en Kant se evidencia cuando manifiesta que

... para juzgar se deben tener en cuenta dos conceptos: el juicio y la razón. Se puede sostener la imparcialidad en el juicio cuando se juzga según la ley y se verifica cuando se aplica la ley al caso en concreto. (...) La imparcialidad está conectada con el concepto de ley válida para todos, que coincide con la universalidad del juicio; la postura imparcial será, pues la que se adecua a la ley contando con que la ley está enfocada con lo universal.

Sobre este concepto en relación con la actividad judicial, Kant considera que

En la resolución del conflicto el juez se encuentra en una situación supra-parte, que le legitima a resolverlo conforme a derecho y como alguien ajeno al pleito, pero esa legitimidad le viene otorgada porque se enfrenta a la solución de la controversia desde la más pura objetividad, sin que exista ningún interés propio en el pleito y sin estar sometido a influencia o presión de cualquier naturaleza. Lo que legitima al juez a los ojos de las partes es la posición de independencia e imparcialidad desde que actúa, esto es la confianza de que su decisión estará por encima de cualquier condicionante.

Asimismo realiza una clasificación entre imparcialidad subjetiva y objetiva:

La imparcialidad subjetiva alude a la convicción personal del juez en concreto que conoce de un determinado asunto y, de este modo a su falta de prejuicios. Por su parte la imparcialidad objetiva se refiere a si tal juez se encuentra en una situación dotada de garantías bastantes para disipar cualquier duda razonable acerca de su parcialidad.

Uno de los aspectos que con mayor amplitud resalta Kant es que para que exista imparcialidad objetiva se debe también garantizar la independencia judicial, es decir, que le juez pueda actuar sin intromisiones de los demás poderes estatales.

## **5. Jurisdicción Penal Militar**

La Jurisdicción es la capacidad o facultad que tienen los jueces de administrar justicia. Según lo precisa la Constitución Política, la jurisdicción puede ser ejercitado solo por la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura; sino que también los hacen los órganos que tiene la misión de ejercer la Justicia Penal Militar

Pese a que la Carta Política reconoce la jurisdicción penal militar, esta no forma parte de la rama judicial, así lo ha determinado la Corte Constitucional al expresar que:

Si bien, de acuerdo a nuestra Carta Política “la jurisdicción penal militar” orgánicamente no integra o no forma parte de la rama judicial, sí administra justicia en los términos, naturaleza y características consagradas en el artículo 228 *ibídem*, esto es, en forma autónoma, independiente y especializada, debiendo en sus actuaciones otorgar preponderancia al derecho sustancial, como se reitera en el artículo 203 del Código Penal Militar.

El mismo artículo 228 define la administración de justicia como función pública a cargo del Estado, garantizando a toda persona, en su artículo 229 *ibídem* el derecho para acceder a la misma, lo cual se extiende a la justicia penal militar. Así mismo el mandato constitucional contenido en el artículo 230 C. P., que reitera el que los jueces en sus providencias están sometidos al imperio de la ley y que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial, es aplicable también a la justicia penal militar que como se señaló administra justicia aunque orgánicamente no integre la rama judicial del poder público; mandato que se transcribe en el artículo 201 del Código Penal Militar.

Por último, la justicia penal militar como quiera que como se señaló, está sometida al imperio de la ley entendida esta en su sentido material, también está sujeta en su actividad judicial a la estricta observancia de los preceptos constitucionales y en especial a los contenidos en los artículos 28 a 35 garantizando los derechos fundamentales respectivos, tales como, el debido proceso, la libertad, la doble instancia, reconocimiento de la dignidad humana, no reformatio in pejus etc., que se incorporan expresamente al Código Penal Militar en los artículos 196 a 200 y 207. (Sentencia C-1149, 2001)

Ahora bien, lo más común dentro de la sociedad colombiana y en general en cualquier ordenamiento jurídico son los problemas entre particulares con otros particulares, y entre los particulares y el estado, y para resolver esos conflictos se requiere de una administración de justicia, para que aplique la normatividad válida y los principios del derecho dándole tranquilidad a la sociedad y de este modo solucionar los conflictos presentados, y para esto, el Estado dentro de sus funciones en la rama judicial, tiene unas jurisdicciones encargadas de administrar justicia y poder así resolver cualquier problema. El título VIII de la carta política colombiana contiene los capítulos, señalando que las jurisdicciones son: La ordinaria, contencioso Administrativo, La constitucional y las de los territorios indígenas, esto quiere decir que los problemas más comunes, los presentados con mayor frecuencia son resueltos por estas jurisdicciones dependiendo del tipo del problema en que se encuentre.

Adicionalmente, e incluyente de la Rama Ejecutiva, se encuentra la jurisdicción Penal Militar, ya que las armas (FFMM), son controladas por el mismo ejecutivo, El ejecutivo es el encargado de controlar la fuerza del estado decía Maquiavelo, por esta razón esta jurisdicción hace parte de la Rama Ejecutiva, y a la vez nos encontramos con que los problemas que son presentados bajo esta administración, no son comunes y rara vez salen a la vida pública, puesto que tienen un fuero especial y su estudio por parte de la Jurisprudencia y la Doctrina colombiana no tiene la misma experiencia que encontramos con tanta amplitud en las jurisdicciones pertenecientes a la Rama Judicial.

En este orden de ideas, podemos decir que la Jurisdicción Penal Militar como: “el punitivo peculiar de la milicia contenido por lo común en

el Código de Justicia Penal Militar. Está constituido por las normas y principios que establecen los delitos por infracción de los deberes del servicio, por violar la disciplina del ejército, por desobediencia o rebeldía de las fuerzas armadas ante los poderes legítimos del Estado y otros inherentes a la condición militar, con las consiguientes penas, de proverbial severidad” (Cabanellas, 1953, pág. 655) es decir que es la parte del derecho encargada de estudiar y aplicar la violación al ordenamiento penal militar, la cual contiene unas sanciones, en donde los delitos solo pueden ser cometidos por militares.

La sentencia C-878 de 2000 de la Corte Constitucional Colombiana refiriéndose a la jurisdicción penal militar diciendo que “Ha sido el propio Constituyente tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, el que limitó el alcance del fuero militar y la aplicación excepcional de la jurisdicción penal militar, al señalar los elementos estructurales de éste, pues expresamente señaló que sólo podrán ser juzgados por la jurisdicción penal militar, los miembros activos de la fuerza pública, entiéndase fuerza militar y policía nacional, cuando éstos comentan un delito relacionado con el servicio mismo. Así, se ha dicho que son dos los elementos que deben estar presentes para que opere la competencia de las Cortes marciales o tribunales militares. El primero, de carácter subjetivo, pertenecer a la institución castrense y ser miembro activo de ella, el segundo, de carácter funcional, por cuanto el delito cometido debe tener relación con el servicio”.

Esto quiere decir que le agrega dos componentes al concepto de jurisdicción penal militar, que al mismo tiempo se encuentran estipulados en la ley 1407 de 2010 en sus artículos 1 y 2, son la calidad del sujeto, pues este debe de pertenecer a las fuerzas públicas, y que la conducta delictiva sea cometida encontrándose en servicio y en relación al mismo, por lo que no cumpliendo con estos requisitos la jurisdicción encargada de administrar justicia sería la penal ordinaria.

### **a) Destinatarios de la Justicia Penal Militar**

La justicia penal miliar encuentra su fundamento expreso en el fuero penal militar que brinda a la fuerza pública unos parámetros para ser investigados, juzgados y sancionados, esta restricción está reconocida por

la Constitución Política de Colombia en el artículo 221, el cual dispone que:

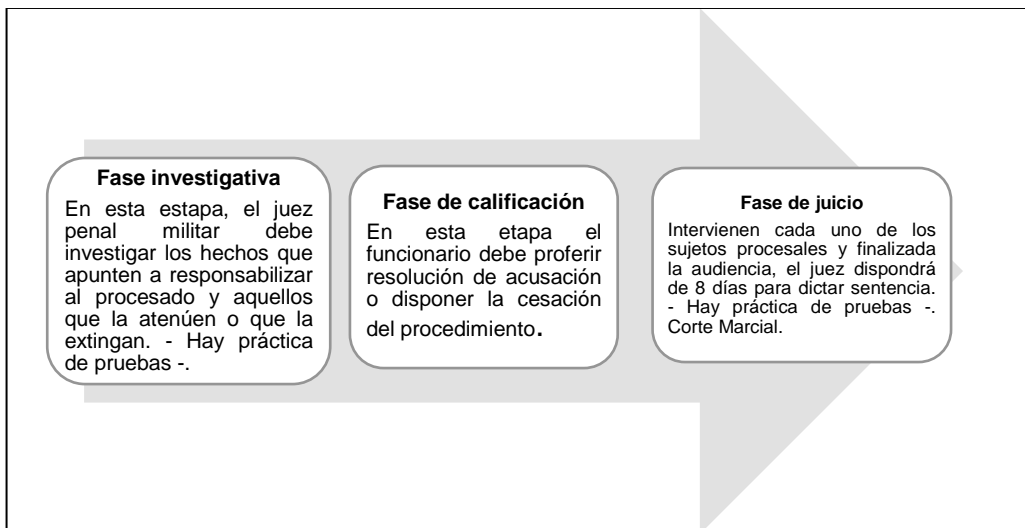
De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro (Constitución Política de Colombia, 1991).

De esta disposición se desprende uno de los aspectos nucleares de la justicia penal militar, esto es, a quienes se aplican sus disposiciones. Como se reseñó previamente el derecho penal militar aplica para la fuerza pública, la cual de conformidad con el artículo 216 de la Constitución Política está conformada por las Fuerzas Militares y por la Policía Nacional.

#### **b) Proceso Penal Militar**

El proceso penal militar se encuentra regulado en la actualidad por dos disposiciones normativas, a saber, la Ley 522 de 1999 y la Ley 1407 de 2010; Estas normas recogen los aspectos sustanciales y procedimentales de la justicia penal militar; pues se ocupan de determinar aquellos comportamientos que se consideran ilícitos para esta rama del derecho y consecuentemente determinan el procedimiento sancionatorio para el personal que incurra en esta clase de comportamientos. Las normas en cita se están aplicando de manera simultánea en la actualidad, la Ley 522 de 1999 de manera principal y la Ley 1407 de 2010 de manera excepcional, tomando la parte sustantiva de la misma en virtud de la aplicación del principio de favorabilidad. De conformidad con la Ley 522 de 1999 se desarrolla a través de las siguientes fases:

**Gráfico No. 1: fases**



Fuente: Elaboración Propia. (Petro González, Henao Toro, & Marín Pinto, 2013, págs. 40-41)

## **6. Marco jurídico**

La justicia penal militar ha sido regulada por varias normativas que deben ser precisadas. Una de las primeras normas que se encargó de sistematizar la justicia penal militar fue el (Decreto 2550, 1988) – entra en vigencia el 12 de junio de 1989 -, el cual fue expedido en ejercicio de la facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por la Ley 53 de 1987; y en la que se fusionaban dos funciones que fueron separadas, esto es, las funciones de comando y la función jurisdiccional.

En vigencia del citado decreto los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional eran investigados y juzgados por los comandantes de los Batallones, Brigadas y Departamentos de Policía y no por jueces especializados, lo que generaba cuestionamiento de los fallos impartidos.

En 1999 el Congreso de la República expidió la Ley 522- entra en vigencia el 13 de agosto de 2000 - con la cual se deroga el antiguo Código Penal Militar; se introdujo un elemento novedoso con la separación las funciones de comando y jurisdiccionales y la consecuente creación de los jueces penales militares. El sistema procesal introducido por esta disposi-

ción, es un sistema mixto en el que el juez impulsa el proceso, la actividad probatoria, pero su fallo es de manera oral realizado por una Corte Marcial en cabeza de un juez de conocimiento penal militar, tal como lo señala el art 559 de la Ley 522 de 1999.

Posteriormente se expide la Ley 1407 de 2010 – entra en vigencia el 17 de agosto de 2010-, en la que se conserva el principio de separación de las funciones directivas de las puramente jurisdiccionales y se introduce una reforma sustancial al procedimiento penal militar, el cual deja de ser Mixto, con tendencia acusatoria para convertirse en un sistema acusatorio – Dispositivo – donde, como ocurre con el proceso penal ordinario, son las partes las encargadas de demostrar ante el juez competente los hechos que soportan sus peticiones tanto absolutorias como condenatorias.

## 7. Marco contextual

Aunque el conflicto armado interno en el que se encuentra sumido el Estado Colombiano es una verdad histórica, el reconocimiento institucional de esta situación solo se produce con la expedición de la (Ley 1448 , 2011). El inciso primero del artículo 3 de este cuerpo normativo establece que se consideran víctimas aquellas personas que hayan recibido daños producto de violaciones a los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en el marco del *conflicto armado interno*.

Esta situación de conflicto demanda de la fuerza pública incesantes esfuerzos destinados a desarrollar estrategias militares para cumplir con el deber constitucional establecido en el artículo 217 superior de velar por defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Lo anterior implica que será cada vez más frecuente la aplicación de la justicia penal militar y el estudio de sus instituciones deberá tornarse en un elemento de obligatorio para funcionarios, académicos, estudiantes, y litigantes.

El derecho penal militar colombiano no es un tema de estudio frecuente por parte de los académicos del derecho. Sin embargo la expedición de la Ley 1407 de 2010 y su aplicación coetánea con la Ley 522 de 1999, exige que se aborde el análisis de la estructura del proceso penal



militar colombiano en cada uno de los regímenes procesales indicados; que se haga claridad frente aquellas disposiciones vigentes y que se contrasten en cada una de las etapas e instituciones procesales a fin de establecer, al menos de manera palmaria, el rol de cada uno de las parte dentro del proceso.

Este estudio constituiría una herramienta de utilidad jurídica eminentemente práctica que aportará recursos y ámbitos de reflexión sobre los problemas y contradicciones en la aplicación de los dos universos normativos citados.

## 8. Conclusiones

Como resultados de la presente investigación se tiene que en desarrollo de la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002 la cual reformó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política, se modificó la estructura básica del proceso penal al interior de la justicia penal militar, el cual pasaría de un modelo mixto con tendencia acusatoria inquisitiva, a un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, que pretende privilegiar la garantía de los derecho fundamentales del inculgado para la consecución de la verdad, la realización efectiva de la justicia y los derechos de las víctimas.

La finalidad de este proceso con tendencia acusatoria ha sido regulado y desarrollado para que se cumplan tres etapas: indagación, investigación y juicio, caracterizado este por un juicio oral, público, concentrado y contradictorio, en donde se garantice por parte de operador jurídico la aplicación de los principio de imparcialidad e independencia, teniendo presente que la imparcialidad del juez es un elemento indispensable para asegurar el problema político – práctico de la separación de poderes.

Tal como lo señala Loewenstein; “la independencia de las funciones que le sean asignadas al operador judicial y su libertad frente a todo tipo de poder, constituye la piedra final por la construcción de un Estado democrático constitucional de derecho”. (1996)

De esta manera se puede inferir que con la implementación de esta figura acusatoria al interior de la justicia militar los operadores judi-

ciales al administrar justicia gozan de una serie de principios constitucionales que garantizaran el debido proceso.

### Fuentes de información

- Aguiló Regla, J. (2009). Imparcialidad y concepciones de derecho. *Revista Jurídicas* 6-2, 27 - 44.
- Agado Ruiz, A., (2009). Nota sobre la jurisdicción militar en C. J. 12. 35. 18 *Revista General de Derecho Romano*, ISSN-e 1697-3046, N° 12
- Aguiló, J. (1996). Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica.  
*http://www.sitios.scjn.gob.mx/instituto/sites/default/files/archivos/independencia-e-imparcialidad-de-los-jueces.pdf*.
- Amnistía Internacional. (2004). México mujeres e injusticia militar. *Amnistía Internacional*, 22.
- Andreu-Guzmán, F. (2011). *Tribunales militares y graves violaciones de derechos humanos*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas.
- Astrosa Sotomayor, R. (1973). *Jurisdicción penal militar: estudio crítico y comparativo*. Editorial Jurídica de Chile, p. 170-185
- Ayala Corao, C. (2009). *La independencia de la justicia y los procesos constituyentes en la región andina*. Chile: Red Estudios Constitucionales.
- Balarenzo Revilla, J. L., & Belaúnde de Cárdenas, A. (2009). *¿Si, Señor Presidente? Mecanismos de selección de los jueces militares en Perú*. Revista mensual de jurisprudencia, 165.
- Bardelli Lartirigoyen, J. B. (15 de Junio de 2005). Independencia e imparcialidad en la Justicia Militar a propósito de la reciente sentencia del TC. *El peruano*.
- Berrios, O.,(2013). Enfoques epistemológicos que orientan la investigación de 4to nivel. Disponible En: <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/31329/1/articulo4.pdf> Acceso 2 de diciembre de 2013.
- Bordalí Salamanca, A. (2009). El derecho fundamental a un Tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. , . En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (págs. 263 - 302). Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- Cabanellas, G. (1953). *Diccionario de Derecho Usual*. Editorial Arayú.

- Chaparro, J. C. (2010). Fuero y justicia penal militar en Colombia: debates y controversias. En *Revista Memoria y Sociedad*. ISSN-e 0122-5197, Vol. 14, N° 29 (págs. 71-90).
- Blanco Valdés, Roberto L., (1996). La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesas y norteamericanas. Barcelona, Institut de Ciències Politiques Socials. Página 11.
- Cabarcas Maciá, G. (2011). *Militares, política y derecho sobre los silencios del constituyente de 1991*. Colombia: Universidad de los Andes.
- Calderón Cerezo, Ángel (2012) Delimitación Constitucional de la Jurisdicción Militar, La ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario, ISSN 1697-5758, N°. 98-99 pág. 2
- Camelo José, A. (2006). Evolución de las Cortes Marciales. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, ISSN-e 0121-182X, Vol. 9, N°. 18, 2006 , págs.227-236
- Castro, G. F., & Bermeo Lara, D. (2008). *Justicia Militar, Códigos Disciplinarios y Reglamentos Generales Disciplinarios*. Buenos Aires: RESDAL.
- Contreras , P. (2011). Independencia e imparcialidad en sistemas de justicia militar: estándares internacionales comparados. *Estudios Constitucionales, Año 9, No. 2*, 191 - 248.
- Constitución Política de Colombia (1991).
- Decreto 2550, Nuevo Código Penal Militar (Presidente de la República 1988).
- Defensoría del Pueblo Perú. (2003). *¿Quién juzga que? justicia militar vs. justicia ordinaria*. Lima : Defensoría del Pueblo.
- Devis Echandía, H. (1993). *Compendio de derecho procesal* . Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.
- Díaz García, I. (2009). *Derechos fundamentales y decisión judicial. Algunos criterios para la mejor aplicación del Derecho Penal*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid.
- Díaz Tolosa, R.** (2007). Reforma de la Justicia Militar chilena a la luz de las consideraciones del fallo Palamara. *Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 N° 1, pp. 139 - 151
- Doing Díaz, Y. (2002). La jurisdicción militar a la luz de las garantías de la jurisdicción. *La reforma del derecho penal millitar*, 27 - 64.
- Hart, H. L. (1992). *El concepto de Derecho* . Buenos aires : Abeledo Perrot (Traducción) .

- Ley 1448 , Ley de víctimas (Congreso de la República 2011).
- Ley 522, Actual Código Penal Militar Colombiano. (Congreso Nacional de la República 1999).
- López Dawson, C. (2007). Justicia Militar: Una nueva mirada Comisión Chilena de Derechos Humanos.
- Mera Figueroa, J. (2000). La Justicia Penal Militar en Chile, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO).
- Petro González, I. R., Henao Toro, C. A., & Marín Pinto, F. A. (2013). *La Justicia Penal Militar colombiana y los principios procesales constitucionales de independencia e imparcialidad, después de la separación de la función de jurisdicción con la función de comando*. Pereira: Universidad Libre Seccional Pereira.
- Sentencia C-037 (Corte Constitucional 1996).
- Sentencia C-1149 (Corte Constitucional 2001).
- Sentencia C-141 (Corte Constitucional 29 de marzo de 1995 ).



# LOS DERECHOS MÁS HUMANOS: DERECHOS SEXUALES DE LAS MUJERES PRIVADAS DE LA LIBERTAD EN LA CÁRCEL LA VEGA DE SINCELEJO

Margarita Irene Jaimes Velásquez<sup>1</sup>

Angélica Paternina Ortega<sup>2</sup>

Sandra Márquez<sup>3</sup>

## Resumen

Los resultados aquí expuestos son una parte de la investigación titulada Los Derechos sexuales y reproductivos de las reclusas en el Centro Penitenciario la Vega, ejercicio adelantado por los semilleros de investigación Sociedad, Derechos Humanos y Paz del Programa de Derecho de la Universidad de Sucre y el semillero Conflicto Derechos y Paz de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria del Caribe que se planteó como objetivo identificar el grado de satisfacción de estos derechos en el grupo de mujeres recluidas en la Vega. El trabajo metodológico se diseñó desde el enfoque cualitativo en las que se aplicaron entrevistas semiestructuradas, observación y grupos focales.

Para la descripción de los hallazgos primeramente se explicó el marco normativo y el componente teórico que orientó el análisis, seguidamente presentamos los resultados en materia del derecho al placer sexual de las mujeres al interior de la Cárcel, para posteriormente exponer el análisis a la luz de las normas y teoría de género, que evidenciaron que se están infringiendo normas regulatorias en materia penitenciaria y carcelaria y que se desconocen preceptos constitucionales que se soportan en estándares internacionales de protección.

---

<sup>1</sup> Abogada de la Universidad del Atlántico. Especialista en Derechos Humanos. Maestra en Educación de los Derechos Humanos del CREFAL, Pátzcuaro –México–, Doctoranda en Gobierno y Política de la Universidad Católica de Córdoba –Argentina–. Docente investigadora del grupo GIS-CER de la Facultad de Derecho de La Corporación Universitaria del Caribe –CECAR–. Email: [margarita.jaimes@cecar.edu.co](mailto:margarita.jaimes@cecar.edu.co)

<sup>2</sup> Estudiante de Derecho Universidad de Sucre. Integrante del Semillero Sociedad, derechos humanos y paz, SODEHUPAZ.

<sup>3</sup> Abogada, especialista en Derechos Humanos. Docente investigadora del grupo GIS-CER de la Facultad de Derecho de La Corporación Universitaria del Caribe –CECAR–. Email: [sandra.marquez@cecar.edu.co](mailto:sandra.marquez@cecar.edu.co)

**Palabras clave:** Derechos humanos, derechos sexuales reproductivos y reproductivos, mujeres privadas de libertad y género.

### **Abstract**

The results presented here are part of the research entitled Sexual and Reproductive Rights of Women Inmates in the La Vega Penitentiary Centre, an exercise carried out by the research seedbeds Society, Human Rights and Peace of the Law Programme of the University of Sucre and the seedbed Conflict Rights and Peace of the Faculty of Law of the University Corporation of the Caribbean -CECAR- which had the objective of identifying the degree of satisfaction of these rights in the group of women inmates in La Vega. The methodological work was designed from a qualitative approach in which semi-structured interviews, observation and focus groups were applied. For the description of the findings, the normative framework and the theoretical component that guided the analysis were first explained, followed by the results in the area of women's right to sexual pleasure within the prison, and then the analysis was presented in the light of gender norms and theory, which showed that regulatory norms are being violated in penitentiary and prison matters and that constitutional precepts that are supported by international standards of protection are unknown.

**Keywords:** Human rights, sexual and reproductive rights, women deprived of liberty and gender.

Los derechos humanos se constituyen en barreras para el ejercicio del poder absoluto del Estado. Su existencia impone obligaciones positivas y negativas a los estados, quienes no pueden sustraerse del deber de garantía que le impone el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, máxime cuando esas personas se encuentran bajo la custodia del estado.

Precisan los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que los derechos de todas las personas son inalienables (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948) por lo que las personas privadas de la libertad en centros carcelarios deben ser tratadas con respeto en estricto sentido de igualdad respecto a los demás miembros de la colectividad.

Los derechos humanos mirados como un conglomerado de garantías derivan de la dignidad humana. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en la interpretación que realiza del artículo diez (10) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) dice que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad humana. Advierte además que, las personas privadas de libertad gozan de todos los derechos enunciados en el Pacto, sin perjuicio, de las restricciones inevitables a su condición de reclusión. De la anterior interpretación se reafirma el carácter ineludible de cumplimiento que le asiste a los estados a través de las políticas públicas de atención a la población carcelaria.

### **1. Principios básicos para el tratamiento de los reclusos**

Una hoja de ruta importante para los estados, la constituye los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, que fueron adoptados y proclamados por la Asamblea General, a través de la Resolución 45/111 de 1990. En ellos, se establece que la dignidad humana y la no discriminación son elementos esenciales para un trato imparcial y garantista de los derechos contemplados en los pactos internacionales sobre derechos humanos.

Con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y, cuando el Estado de que se trate sea parte, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, así como de los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las Naciones Unidas (Principio 5).

Así pues, los estados tienen el deber de crear los protocolos y las estrategias necesarias que permitan el cabal cumplimiento de los compromisos adquiridos por los estados parte en las Naciones Unidas (Carta de las



Naciones Unidas, 1945) Igualmente, el Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o encarcelamiento (Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 43/173, 1988) Aclara que:

No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocida o vigente en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres so pretexto de que el presente Conjunto de Principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado.

Por otra parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el informe realizado para los países miembros de la OEA en el 2011, explicó que los derechos humanos se ponen en riesgo cuando existen deficientes condiciones de reclusión, ya sean físicas, como las relativas a la falta de provisión de servicios básicos. De cierto, hay un menoscabo a muchos derechos, particularmente, el derecho a la salud y los conexos la vida.

De otro lado, recuerda que la ausencia de medidas efectivas para la protección de grupos históricamente excluidos, como las mujeres, constituyen discriminación, por lo que reitera la necesidad de adecuar la legislación interna y diseñar políticas públicas que eliminen toda forma de exclusión.

## **2. El tratamiento a personas privadas de la libertad en Colombia**

La Constitución Política de 1991, establece que la dignidad humana es un principio rector y un derecho del que gozan todas las personas, de ahí, que se refleje en todas las normas del cuerpo jurídico nacional. En materia de derechos de las personas privadas de la libertad, este principio se encuentra estatuido en El Código Penal (Ley 599 de 2000) cuando establece que la dignidad humana debe ser el principio rector al momento de aplicar la justicia punitiva. En ese mismo sentido lo describe el artículo 124 de la Ley 600 de 2000, igualmente, el Nuevo Código de Procedimiento Penal, mantiene la premisa cuando establece que las libertades

fundamentales no se limitan ni se suspenden por la privación de la libertad.

En cuanto a la legislación específica encontramos que en el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65/93) no solo sostiene el principio de la dignidad humana, sino que, además, prohíbe cualquier forma de discriminación y exhorta a la primacía de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad. Más adelante, en la Ley 1709 de 2014, se resalta la ampliación del derecho a la igualdad, cuando ordena aplicar el enfoque diferencial a fin de responder a las características particulares de cada sector social representado al interior del centro carcelario.

### **3. Pronunciamientos constitucionales ante la efectividad de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad**

En cuanto a los derechos de las personas privadas de la libertad la Corte Constitucional ha sido enfática al declarar que los derechos humanos son principios importantes para el buen funcionamiento de la política carcelaria. Así las cosas, en la Sentencia T-153 de 1998, recordando que, en materia de derechos humanos, derechos como la salud, el libre desarrollo de la personalidad y el proyecto de vida no pueden ser limitados por el Estado.

Más adelante, en la Sentencia de la Corte Constitucional T-615 del 2008, recuerda que la atención prestada en las cárceles debe fundarse en la no discriminación, la primacía de los derechos inalienables de la persona. Enfatizando que es necesario garantizar el más alto nivel posible de salud física y mental de las personas privadas de la libertad, ya que la limitación de la libertad de locomoción no menoscaba otros derechos fundamentales.

En las Sentencias T-185 de 2009 y T-190 de 2010; la Corte aclara lo anterior diciendo que, existen derechos cuyo ejercicio queda limitado de manera absoluta por razón de la reclusión, como es el caso de la libertad de locomoción; mientras que otros, a pesar de ser objeto de una fuerte limitación, no pueden ser suspendidos de forma absoluta, por ejemplo, los derechos de reunión, asociación o a la intimidad familiar, y por último, un grupo de prerrogativas en el que se encuentran aquellos derechos

que, independientemente de las condiciones o circunstancias en las que se encuentre el individuo y en razón de su estrecha relación con las condiciones materiales de existencia, no pueden ser objeto de restricción durante el tiempo de reclusión. En este último grupo se encuentran, por ejemplo, los derechos a la vida, a la integridad personal o a la libertad de conciencia y el derecho a la salud, en el cual de manera extensiva se van comprendiendo los derechos sexuales de las personas privadas de la libertad.

Posteriormente en la Sentencia C - 026 de 2016, la Corte Constitucional se refiere a los anteriores mediante la siguiente clasificación: derechos suspendidos, derechos intocables y derechos restringidos o limitados. Los derechos suspendidos surgen de la pena impuesta a la persona, entre estos están la libre locomoción y los derechos políticos. Los derechos intocables, son los derechos fundamentales que derivan directamente del principio constitucional de la dignidad humana y los derechos restringidos o limitados vendrían a ser aquellos que contribuyen al proceso de resocialización de la persona condenada como los derechos a la intimidad personal y familiar, libertad de expresión.

Respecto a la visita íntima, señaló que:

Con ocasión de la clara relación o conexión que tiene la visita íntima con el desarrollo de otros derechos como la intimidad y la protección a la familia, se puede afirmar que la misma se configura en fundamental y sólo debe ser sometida a restricciones bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

En otros pronunciamientos, la Corte ha explicado la naturaleza del derecho a la visita íntima de las personas privadas de la libertad, indicando que esta se relaciona directamente con los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar, por ende, su limitación está sometida a criterios de razonabilidad (Sentencia T 815 de 2013). En este mismo pronunciamiento, establece que son necesarias unas condiciones mínimas para las visitas íntimas en condiciones de dignidad como son: privacidad; seguridad; higiene; espacio; mobiliario; acceso a agua potable; uso de preservativos e instalaciones sanitarias. Por tanto, el Estado en su posición de garante no puede sustraerse de la obligación de crear espa-

cios adecuados para que las visitas puedan realizarse dignamente. Se advierte que la falta de una adecuada infraestructura representa menoscabo a la dignidad humana y al goce efectivo de sus derechos fundamentales.

Recientemente la Corte Constitucional se pronunció en el sentido de cambiar el vocablo visita conyugal, por visita íntima, en tanto, este último es más amplio e incluyente. La Corte argumenta que la expresión visita íntima resulta procedente, ya que hace referencia a la libertad de la persona privada de la libertad de seleccionar su pareja, independientemente del vínculo civil que les una, de este modo, también se evita otro tipo de violencias derivadas de la categoría de género. (Sentencia T – 002 de 2018)

#### **4. Derechos sexuales**

Las luchas de las mujeres por el reconocimiento de sus derechos, ha producido innumerables frutos, entre los que se cuentan, el reconocimiento de los derechos sexuales y productivos. Estos son una manifestación de la progresividad de los derechos humanos en íntima relación con la libertad, la identidad y el derecho a una vida digna.

Es en la Proclamación de Teherán, proclamada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos (1968) donde se dedicaron dos párrafos sobre los derechos de las mujeres en el que recuerda que los derechos humanos son universales y por tanto la discriminación contra las mujeres es contraria a los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (párr. 15) Pero el mayor avance lo constituye el reconocimiento de los primeros derechos reproductivos relacionados con el número de hijos y los intervalos entre estos, lo que constituyó el soporte para la creación de las políticas de planificación familiar en todo el mundo.

La importancia de esta proclamación radica en que saca del ámbito de lo privado la reproducción humana planteándolo en términos de derechos para las personas y en obligaciones para los Estados. Estos derechos, además de ser una expresión de las libertades fundamentales, reivindican prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, de manera que el estado debe garantizar el goce efectivo de

ellos. (Sentencia T-732 de 2009) de lo que deviene la dificultad de encuadrarlo en algunas de las categorías de derechos, ya sea como civiles o sociales. Sin embargo, al pertenecer al cuerpo jurídico de los derechos humanos, hacen parte del derecho constitucional.

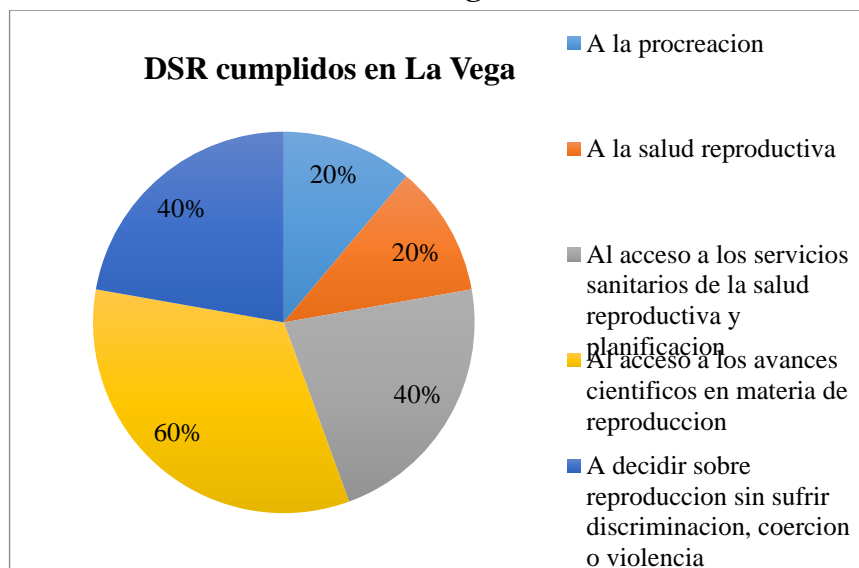
Los derechos sexuales, son ante todo una fuente de placer y una manifestación de la sexualidad (Sentencia T-269 de 2002). Este grupo de derechos implican el poder de buscar el placer sexual, es decir, el derecho de explorar el placer libre de toda forma de discriminación (Declaración de Beijing, 1995)

## **5. Resultados**

Según información obtenida directamente, en la Cárcel la Vega de la ciudad de Sincelejo en el año 2017 había 89 mujeres privadas de la libertad, para el cumplimiento del objetivo de investigación se entrevistó a 30 mujeres que accedieron a participar en el ejercicio.

Al ser consultadas sobre el grado de conocimiento sobre sus derechos sexuales y reproductivos el 100% de las mujeres entrevistadas afirmó conocerlos todos. No obstante, al ser consultadas sobre cada uno de los derechos que conocían, los resultados fueron los siguientes:

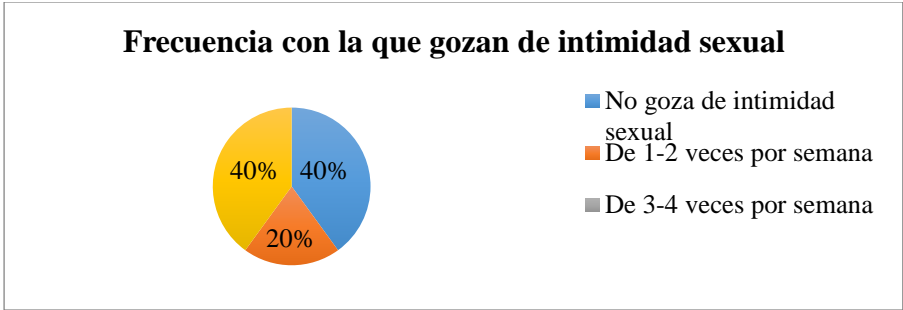
**Figura No. 1: Derechos Sexuales reproductivos cumplidos en la Vega**



Elaboración propia.

Como se observa en la gráfica, solo un 60% conoce la existencia del acceso a los avances científicos y el cumplimiento de estos al interior del centro de reclusión. Un 40% conoce que tiene derecho a decidir sobre su reproducción sin discriminación, coerción o violencia. El derecho al acceso a los servicios sanitarios en salud sexual y reproductiva solo es conocido por otro 40%. Un 20% conoce el derecho a la salud reproductiva, otro 20% conoce el derecho a la procreación y otro 40% afirmó conocer el derecho al acceso a los servicios sanitarios de la salud reproductiva y planificación familiar. Ninguna se refirió a los derechos sexuales.

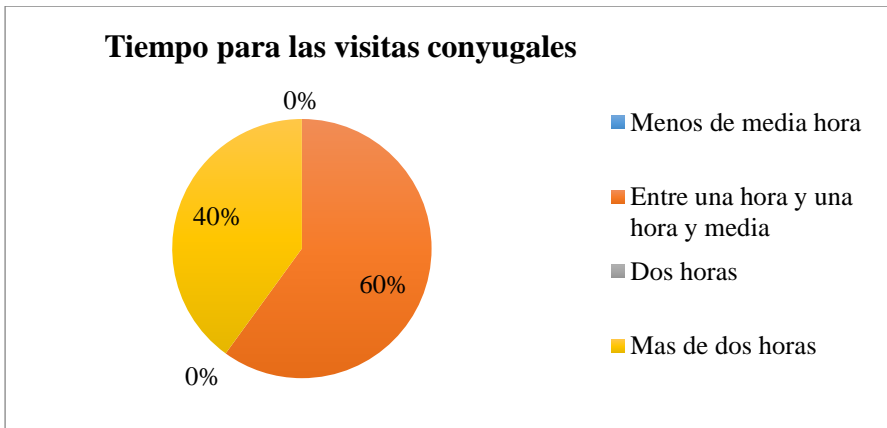
**Figura 2. Frecuencia con la que gozan de intimidad sexual**



Elaboración propia.

El 40% de las reclusas no goza de intimidad sexual. El 20% tiene de 1 a 2 veces por semana relaciones sexuales con su pareja y otro 40% disfruta de intimidad sexual de 5 o más veces por semana dentro del centro reclusorio.

**Figura No. 3. Tiempo para las visitas conyugales**



Elaboración propia.

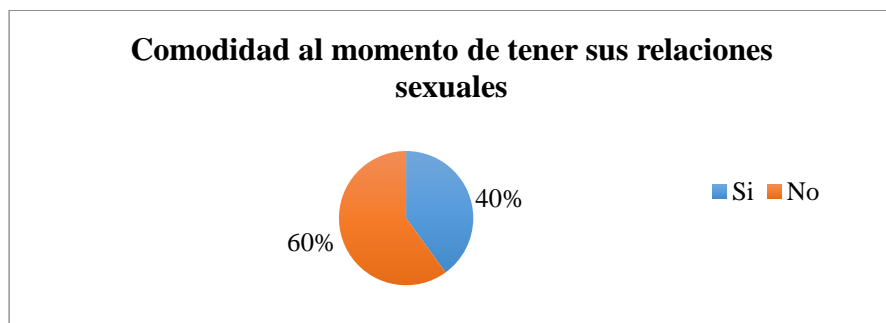
El tiempo establecido en el Centro Penitenciario La Vega para el goce de la actividad sexual es variado, depende según afirman de la cantidad de vistas. Frente a este tema, no hubo consenso, un 60% afirma que más de una hora, el otro 40% que más de dos horas. En promedio tienen una hora para las visitas conyugales, cuando su pareja se encuentra fuera del

centro de reclusión. No obstante, manifiestan que cuando hay brotes de enfermedades virales como la varicela, este derecho es suspendido.

Con relación al sitio donde pueden disfrutar de este derecho se encontró que el 100% de las entrevistadas hicieron alusión de manera específica a las características del lugar destinado por el centro penitenciario para las visitas conyugales. Afirman que la habitación destinada, cuenta con una “especie de cama”, que más bien es un planchón de cemento o concreto sin ningún ornamento o complemento. Si alguna quiere hacerlo con colchón debía trasportarlo de su celda, como también el abanico si querían apaciguar el calor. La habitación tiene un baño interno.

El día destinado por el centro penitenciario para que cualquier interno sea hombre o mujer goce en intimidad con su pareja en los fines de semana. El sábado esta designado para aquellos a los que sus parejas vienen de visita, es decir, que vienen de las afueras del centro carcelario y el domingo es para quien tenga su pareja dentro de la misma cárcel.

**Figura No. 4. Comodidad al momento de tener sus relaciones sexuales**



Elaboración propia.

El 40% de las entrevistadas se sienten seguras y cómodas con las condiciones que le brinda el centro penitenciario para gozar de intimidad sexual con su pareja, porque lo ven como un tiempo para relajarse y dialogar con ellos. Por el contrario el otro 60% no están cómodas, ni se sienten seguras con el lugar asignado para las vistas conyugales, pues afirman



que este sitio no garantiza la intimidad para disfrutar amplia y tranquilamente del momento ya que no pueden expresarse libremente durante el coito por temor a ser escuchadas por las compañeras que esperan su turno las otras parejas que comparten el sitio, pues en un mismo cuarto entran cuatro parejas que son separadas por una sabana que hace las veces de cortina entre una “cama” y otra.

## 6. Discusión

Los derechos sexuales, son parte inmanente de los derechos humanos, por tanto, los Estados están en la obligación de garantizar su ejercicio sin más limitaciones que las establecidas por la ley y el ejercicio de los derechos de las demás personas. El goce efectivo del derecho al placer sexual está íntimamente ligado a la condición humana y al concepto de una vida digna.

Sin embargo, los estereotipos de género construidos a lo largo de la historia han negado a las mujeres este derecho, quienes han sido consideradas en su sexualidad como agentes pasivos de la lascivia de los hombres. El control sobre la sexualidad de las mujeres ha sido y sigue siendo la principal forma de dominación y exclusión al que han sido sometidas las mujeres. En aras de superar esta discriminación, se han emitido múltiples instrumentos internacionales y nacionales encaminados a garantizar a las mujeres el ejercicio de la soberanía sobre su cuerpo y su disfrute sexual. Así las cosas, se entiende que el derecho al placer sexual de las mujeres debe ser protegido y garantizado por los estados, máxime si estas se encuentran bajo la custodia del Estado.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se observa que las mujeres del Centro Penitenciario conocen a groso modo algunos derechos reproductivos, sin conocerlos todos. Por lo que se presume que no existen al interior del penal programas de promoción y difusión de los derechos humanos y específicamente de los derechos sexuales y reproductivos. Lo anterior, tiene implicaciones importantes ya que su desconocimiento conlleva la exposición de las reclusas a situaciones que afecten su salud física, psicológica y emocional. Por lo que la falta de previsión en esta materia se constituye en una forma de violencia institucional ya que su desconocimiento es un obstáculo para su disfrute pleno, por otro la-

do, es una forma de discriminación que atenta directamente al derecho a la igualdad material.

Es necesario que las autoridades carcelarias entiendan que los ejercicios formativos y las campañas de promoción de los derechos humanos y particularmente en derechos sexuales, hacen parte del proceso de resocialización de las reclusas. Empoderarlas como sujetas sexuadas y autónomas, bien podría aportar nuevas miradas de estas mujeres en sus relaciones con los hombres y el entorno al que deben regresar una vez recobren su libertad de movilidad.

De manera que es tarea del Instituto Nacional Penitenciario Colombiano, INPEC, encargado de administrar las cárceles, guardar la integridad de los internos, garantizar el cumplimiento de los derechos civiles y constitucionales armonizando esto a los fines de la pena dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 15 de la Ley 65 de 1993 y Ley 1709 de 2014.

El problema no radica únicamente en el incumplimiento del INPEC al no realizar las acciones, la Comisión Departamental o Municipal para la promoción y Garantía de los derechos sexuales y reproductivos ha fallado al no hacer el monitoreo correspondiente a la institución o al no coordinar con la institución las acciones de comunicación y promoción de los DSR al interior del centro carcelario (Decreto 2968 de 2010) Esta es una responsabilidad que atañe al cuerpo administrativo, al sistema de salud y a las administraciones locales y departamentales en tanto responsables del cumplimiento de las políticas públicas.

El hecho que algunas internas afirmen tener relaciones sexuales más de cinco veces por semana, indica que estas ocurren al interior de las celdas, porque la Ley 65 de 1993, solo permite que estas se realicen una vez por semana. Frente a esta situación ¿Cómo controla la institución que estas relaciones entre internas sean consensuadas y no producto de la fuerza? ¿Qué rutas ha establecido la institución para la denuncia de la violencia sexual contra las reclusas?

Cabe señalar que el derecho al placer sexual, es un derecho que concita el ejercicio de otros derechos, a saber, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, libertad de conciencia y particularmente a vivir esa expe-

riencia libre de toda forma de violencia (Convención Belem do Pará, 1994).

La inexistencia de estas rutas o existiendo, la falta de promoción al interior del centro carcelario, se constituye en una violación al derecho a la vida digna y a las libertades fundamentales de las reclusas. Ahora bien, esto suele ocurrir, por la inexistencia de planes, programas o líneas de acción encaminadas a fortalecer la ciudadanía de las mujeres reclusas; a su vez, esta inexistencia puede sustentarse en estereotipos de género, como el que las mujeres no pueden violentar sexualmente a otra mujer. Las miradas estereotipadas de las mujeres, facilita la invisibilización de esas formas de violencia entre mujeres, que a la postre es tan dañina como la realizada por un hombre.

Retomando los resultados antes expuestos, resulta preocupante que no haya estandarizado un tiempo para la visita íntima, los criterios para determinar estos tiempos tan disímiles no quedan claros en los relatos de las mujeres. Algunas afirmaron que quienes les exigen salir rápido son las que esperan afuera. Sin embargo, esto se debe analizar a la luz de que un 40% afirma no recibir visitas íntimas, ya porque no tienen pareja formal.

En cuanto a la infraestructura de los lugares para la visita íntima se presenta una situación compleja, pues había dos sitios, uno individual que permite la intimidad y el otro que debe ser compartido por cuatro parejas simultáneamente.

Esta última situación violenta el artículo 5 de la Ley 1709 de 2014 cuando recuerda que las personas privadas de la libertad tienen derecho a ser tratadas respetando su derecho a la dignidad humana. No facilitar la privacidad para las relaciones íntimas, afecta gravemente los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad, pero fundamentalmente el derecho al disfrute del placer sexual.

La ley 1709 de 2014 establece que no hay justificación para vulnerar los derechos de las personas privadas de la libertad por la carencia de recurso (art. 26) y en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha recordado que los derechos civiles son de obligatorio cumplimiento.

Las condiciones físicas del sitio deben ser las adecuadas y con las suficientes garantías para generar que la sexualidad pueda ser disfrutada ple-

namente, pues este derecho no se limita a la experiencia del coito exclusivamente, sino que incluye otras formas de disfrute que no pueden practicarse porque las condiciones de privacidad lo permiten.

Lo cierto es que, esta mirada de la sexualidad al interior del centro carcelario reafirma el escaso interés y compromiso de la institución respecto al ejercicio de los derechos de las mujeres privadas de la libertad. Pareciera que se condenara a las mujeres a disfrutar de la intimidad sexual de una sola manera. Sin duda alguna, esto se configura en violencia institucional, estereotipada y excluyente, en la medida que condena a las mujeres a no poder disfrutar de su cuerpo y de su pareja de la manera que desee.

Prosiguiendo con la discusión sobre el papel del Estado frente a los derechos de las mujeres en la garantía del derecho al placer sexual, queda en entredicho el papel de la Comisión de Seguimiento al Sistema Penitenciario y Carcelario en relación al papel de monitoreo que le asignó la Ley 1709 de 2014 (artículo 170), puesto que en ella tienen asiento las principales autoridades en materia de presupuesto, educación, salud, Ministerio de Política Criminal, exmagistrados, Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer y los delegados de la Presidencia de la República, quienes tienen la obligación de revisar las condiciones de infraestructura que garanticen una prestación de servicios con calidad.

## 7. Conclusiones

Los derechos sexuales de las mujeres privadas de la libertad son violados por el INPEC cuando no garantiza que sean disfrutados plenamente y no se realizan las acciones de divulgación y promoción necesarias a fin de promover el goce efectivo de derechos.

El derecho al placer sexual no constituye una banalidad, ni un privilegio, es todo un derecho que impone obligaciones al Estado en materia de adecuación de la infraestructura física y adecuación de los lugares destinados para los encuentros íntimos con unos mínimos de privacidad que facilite las diversas expresiones y comportamientos sexuales al momento del acto sexual.

Obligar a las mujeres a sostener relaciones íntimas en precarias condiciones de comodidad y privacidad, se convierte en una forma de violencia institucionalizada, que sanciona doblemente a las mujeres recluidas en el Centro Penitenciario.

Ciertamente toda violación al placer sexual es una clara violación a los derechos humanos de libertad, igualdad, libre desarrollo de la personalidad y a la vida digna, por lo que, no solo se están infringiendo normas regulatorias en materia penitenciaria y carcelaria, sino que además se desconocen preceptos constitucionales que se soportan en estándares internacionales de protección.

### Fuentes de información

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración universal de Derechos Humanos*.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 43/173. (1988). *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*. New York: AGNU.
- Constitución política de Colombia [Const]. Art 13, 15, 16, 18, 42. Julio 7 de 1991 (Colombia)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 153 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 28 de abril de 1998).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 615 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil: 23 de junio de 2008).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 185 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez: 19 de marzo de 2009).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 190 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio: 18 de marzo de 2010).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 815 de 2013 (M.P. Alberto Rojas Ríos: 12 de noviembre de 2013).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 026 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez: 3 de Febrero de 2016).

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 002 de 2018 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas: 16 de Enero de 2018).
- Declaración de Beijing. (1995). Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer.
- Decreto 2968 del 2010 [Ministerio de la protección social]. Por el cual se crea la comisión nacional intersectorial para la promoción y garantía de los derechos sexuales y reproductivos. Agosto 6 del 2010
- Ley 65 de 1993. Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. 20 de Agosto de 1993. D.O N° 40999.
- Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. 24 de Julio de 2000. D.O N° 44097.
- Ley 600 de 2000. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. 24 de Julio de 2000. D.O N° 44097.
- Ley 1709 de 2014. Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. 18 de junio de 2014 D. O. No. 49186
- Resolución 45/111. (1990). Principios básicos para el tratamiento de los reclusos. adoptado y proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, principio No. 5. 14 de diciembre de 1990.
- Organización de las Naciones Unidas. (1945). Carta de las Naciones Unidas.
- Organización de Estados Americanos. (1994). Convención Belem do Pará.
- Proclamación de Teherán. (1968). Proclamada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán. 13 de mayo de 1968.



# LA PLANEACIÓN TERRITORIAL EN EL POSCONFLICTO COLOMBIANO: EL CASO DE LOS MONTES DE MARÍA, BOLÍVAR

Rosaura Arrieta Flórez<sup>1</sup>

Ramón Medina Arteta<sup>2</sup>

Rafaela Sayas Contreras<sup>3</sup>

## Resumen

Este trabajo analiza las transformaciones sociales, económicas, políticas y culturales del territorio de los Montes de María con ocasión del conflicto armado y las posibilidades que surgen de la implementación del Acuerdo de paz con la FARC, especialmente en los programas del punto de desarrollo rural integral como son los Planes de Desarrollo con Enfoque Territorial y su instrumento de política, los Planes de Acción para la Transformación Territorial (PATR). Se encontró que en las dos últimas décadas se han generado profundas transformaciones en la estructura productiva campesina de la región de los Montes de María bolivarenses que sitúan a las comunidades en un contexto de vulnerabilidad y ha impuesto barreras adicionales a las existentes al desarrollo humano de sus habitantes.

No obstante la participación de más de once mil personas en la formulación del PATR de la subregión y la pertinencia de sus propuestas, desvelan la percepción que tiene la comunidad sobre este proceso como una ventana de oportunidades para cambiar la situación actual y sentar las bases para el desarrollo humano y la construcción de paz.

**Palabras Clave:** La planeación territorial, posconflicto colombiano, transformaciones sociales, y planes de desarrollo.

---

<sup>1</sup> Economista, Magister en Política Social, Investigadora Instituto de Políticas públicas, regional y de gobierno Universidad de Cartagena. Cartagena, Colombia. ipreg2@unicartagena.edu.co

<sup>2</sup> Abogado, especialista en Derecho Público, Maestrante en Conflicto Social y Construcción de Paz, docente de la Universidad del Sinú seccional Cartagena. rmedi-naa@unisinucartagena.edu.co

<sup>3</sup> Abogada, docente Investigadora de la Universidad de Cartagena, Directora del Grupo de Investigación Conflicto y Sociedad de la Universidad de Cartagena, Magister en Derecho Universidad Nacional de Colombia. Ph.D. en Sociología Universidad de Belgrano Argentina. docente en grado y posgrado. rsayasc@unicartagena.edu.co



## Abstract

This paper analyses the social, economic, political and cultural transformations of the territory of Montes de María on the occasion of the armed conflict and the possibilities arising from the implementation of the peace agreement with the FARC, especially in the integral rural development programmes such as the Development Plans with a Territorial Approach and their policy instrument, the Action Plans for Territorial Transformation (PATR). It was found that in the last two decades deep transformations have been generated in the peasant productive structure of the Bolivarian Montes de María region that place the communities in a context of vulnerability and has imposed additional barriers to the existing ones to the human development of their inhabitants.

Despite the participation of more than eleven thousand people in the formulation of the subregion's PATR and the pertinence of its proposals, they reveal the community's perception of this process as a window of opportunity to change the current situation and lay the foundations for human development and peacebuilding.

**Keywords:** Territorial planning, Colombian post-conflict, social transformations, and development plans.

**E**n Colombia a lo largo de la historia se ha configurado un patrón inadecuado de ocupación, distribución y uso del territorio, lo cual unido a una deuda histórica de garantía de derechos y a las consecuencias de un período de violencia de más de cincuenta años, ha profundizado los conflictos que se presentan en la zona rural y sus dinámicas sociales y de producción.

En consecuencia, en las últimas décadas el departamento de Bolívar ha sufrido grandes transformaciones que han afectado de manera negativa la vida de los pobladores de la región y se evidencian en un deterioro considerable de territorios que como los Montes de María bolivarenses, en otro tiempo fueron una de las mayores despensas alimentarias de la región y del país (Narváez & Monsalve, 2018).

Es en este contexto en el que la *planeación participativa desde abajo*, implementada en las discusiones de la creación de los Programa de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) surge como una herramienta adecuada para gestionar los conflictos históricos alrededor del acceso,

uso y tenencia de la tierra y, parcialmente, la democratización de la tierra, puesto que lleva a que los actores objeto de las medidas aporten elementos de fondo para elaborar acciones que se orienten a la reparación del tejido social y solución de estos conflictos identificados, como el presupuesto esencial para construir paz territorial.

Para ello se ha organizado el presente capítulo de la siguiente manera: primero se describen y caracterizan los impactos del conflicto armado y las transformaciones territoriales que generó en las zonas rurales de Colombia; posteriormente se analizan las transformaciones territoriales particulares que se evidencian en la subregión de los Montes de María, y por último se presentan los resultados del proceso de planeación participativa de la subregión en el contexto de la construcción de los Planes de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) y los Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR) de los Montes de María.

## **1. Desarrollo Humano y violencia: impactos del conflicto armado en el campo colombiano**

El conflicto armado colombiano, además de ser uno de los más longevos de sus características, tanto en la región como más allá del continente americano, tiene unas particularidades que acrecientan su complejidad y singularidad respecto de otros, tanto por los actores involucrados y las formas de lucha implementadas y las consecuencias en la sociedad civil (fundamentalmente campesina) como también, ligado de lo anterior, por las afectaciones territoriales. Según el trabajo hecho por la Comisión Nacional de Memoria Histórica (2013, p. 111), para enunciar los supuestos estructurales sobre los que se asienta el conflicto colombiano, habría que mencionar:

...la persistencia del problema agrario; la irrupción y la propagación del narcotráfico; las limitaciones y posibilidades de la participación política; las influencias y presiones del contexto internacional; la fragmentación institucional y territorial del Estado.

De manera que, una de las causas estructurales que ha determinado el conflicto armado colombiano, desde sus comienzos, ha sido la configuración de un patrón inadecuado de ocupación, distribución y uso del territorio, en donde la disputa por la tierra ha desencadenado las escaladas de violencia que han sido distintas (en cuanto a intensidad y afectaciones de acuerdo a los lugares en los que se hayan desarrollado). El problema agrario resurgió en la década de 1920.

En zonas de latifundios, como en la costa atlántica, organizaciones de asalariados o aparceros buscaban mejorar sus condiciones laborales, sobre todo en el Sinú. En zonas de colonización del siglo XIX (Antioquia, Santander, Tolima, vertientes de Cundinamarca) los problemas surgían del choque entre terratenientes y colonos, debido a la falta de claridad de los títulos de propiedad.

Muchos colonos habían ocupado y cultivado tierras que suponían baldías sobre la base de que su explotación les permitiría obtener su propiedad, como lo determinaron las leyes. Además, desde 1882 la adjudicación de un baldío se anulaba si no había sido trabajado en los diez años siguientes a ésta. Así, los ocupantes de buena fe de baldíos titulados pero inexplorados tenían derecho a la propiedad. Si el propietario del predio inculto mostraba un título válido, la ley daba al colono el derecho a comprar la tierra o a recibir el valor de las mejoras. Por esto, los colonos estaban tentados a asumir que la tierra sin explotar era pública y a ocuparla y desmontarla.

Pero los baldíos asignados entre 1827 y 1931 fueron menos de 3% de la tierra del país, y la mayoría de las propiedades se apoyaba en mercedes de tierras coloniales o en títulos de compraventa no sujetos a reversión. Los dueños de estas tierras, al ver que un predio se valorizaba con el trabajo de los colonos, reclamaban su propiedad y trataban de expulsarlos o de llegar a arreglos que reconocieran su propiedad". (Melo, 2017. Pp. 202)

Sumado a lo anterior, ha existido una deuda histórica de garantía de derechos del Estado colombiano a sus habitantes. Tal situación de exclusión y desprotección de gran parte de la sociedad colombiana, pero sobre todo de las poblaciones asentadas en aquellos lugares, lejos de los centros urbanos (en donde se ha librado mayormente el conflicto) se puede

encuadrar en el concepto introducido por Johan Galtung denominado como “violencia estructural. De acuerdo con La Parra & Tortosa (2003) por este término, en principio, podemos entender:

aquellas situaciones en las que se produce un daño en la satisfacción de las necesidades humanas básicas (supervivencia, bienestar, identidad o libertad) como resultado de los procesos de estratificación social, es decir, sin necesidad de formas de violencia directa.

Es decir, que, cuando se habla del concepto de violencia estructural, nos remitimos a la existencia de:

Un conflicto entre dos o más grupos de una sociedad (normalmente caracterizados en términos de género, etnia, clase, nacionalidad, edad u otros) en el que el reparto, acceso o posibilidad de uso de los recursos es resuelto sistemáticamente a favor de alguna de las partes y en perjuicio de las demás, debido a los mecanismos de estratificación social. La utilidad del término violencia estructural radica en el reconocimiento de la existencia de conflicto en el uso de los recursos materiales y sociales y, como tal, es útil para entender y relacionarlo con manifestaciones de violencia directa (cuando alguno de los grupos quiere cambiar o reforzar su posición en la situación conflictiva por la vía de la fuerza) o de violencia cultural (legitimaciones de las otras dos formas de violencia, como, por ejemplo, el racismo, sexismo, clasismo o eurocentrismo). (La Parra & Tortosa, 2003)

Esa situación de vulnerabilidad, exclusión y desprotección, en particular de la población campesina, permitió la intensificación de la violencia y de esta manera una serie de transformaciones territoriales que dan cuenta de unas vulneraciones aún mayores, toda vez que el conflicto cambia dramáticamente las relaciones sociales, económicas e incluso políticas de la población afectada frente a los espacios en los que desarrollaban su vida. En este sentido, la discusión alrededor del desarrollo se complejiza en

territorios como la región de Montes de María en donde el conflicto armado y la violencia se han anquilosado en la sociedad.

Según el Informe Nacional de Desarrollo Humano (INDH) de 2003 Un callejón con salida, el conflicto incide sobre el desarrollo humano de dos formas: “truncando directamente las opciones de las personas que padecen el conflicto, o afectando el contexto social, político, económico e internacional para el desarrollo” (ONU; 2003). Siguiendo el paradigma de desarrollo propuesto por Naciones Unidas es posible afirmar que “el conflicto se erige como la negación del desarrollo humano, puesto que la violencia mata -trunca la posibilidad de una vida larga y saludable-, sobrepone la fuerza a la razón -excluye la posibilidad del conocimiento-; destruye la riqueza, en cuanto contradice la opción por un buen pasar y limita libertades políticas y civiles, ya que niega la opción de participar libremente en asuntos colectivos” (INDH, 2003:99).

Es muy importante entender estas consideraciones, porque uno de los aspectos más negativos de la violencia y la configuración inadecuada de la tenencia sobre la tierra, es sin lugar a dudas las barreras que impone al desarrollo humano rural. Dicho de otra manera, la estructura actual de tenencia de la tierra en Colombia, no solo ha sido la desencadenante de violencia escalada en los últimos tiempos, sino que además, es una barrera clara (junto con la violencia, por supuesto) al desarrollo humano, sobre todo en el campo colombiano, y prueba de ello son las condiciones en las cuales se encuentran las comunidades de, por ejemplo, los Montes de María, en un contexto generalizado de necesidades básicas insatisfechas, desprotección de derechos, entre otros.

Se ha podido evidenciar que en las regiones más afectadas por la violencia se han producido muchas transformaciones de los territorios, por ejemplo, en estas regiones el conflicto armado se presenta como el mayor justificante para que fenómenos como el despojo, el desplazamiento forzado y la fraudulenta venta masiva de tierras se hayan convertido en parte de la cotidianidad de quienes habitan estas zonas del país, fraccionando enormemente el tejido social. De acuerdo con Salas (2016) “la configuración de los territorios, es el resultado de las relaciones de poder de los actores armados que en él intervienen, bajo lógicas geoestratégicas”, por lo tanto, el enfoque territorial es necesario para abordar tanto el

análisis del conflicto armado como para pensar en medidas normativas y de política pública que tiendan al restablecimiento de las condiciones y garantías de las poblaciones afectadas.

Dentro de las principales transformaciones territoriales ocasionadas por las dinámicas del conflicto, podríamos señalar las que afectan directamente la connotación de territorio (desde un punto de vista integral) así como el acceso y propiedad sobre la tierra, materializada como ya se señaló en despojos, el desplazamiento forzado y la fraudulenta venta masiva de tierras o en fenómenos como el desarraigo. Otra transformación territorial la constituye el cambio en la estructura productiva de la tierra y afectaciones a la seguridad alimentaria principalmente debido al asentamiento de grandes extensiones de proyectos agrícolas de uso industrial y exportador en territorios que padecieron conflicto y del que se desplazaron muchas familias campesinas, que una vez retornan se encuentran ante esa dificultad que supone un nuevo conflicto, el de la economía campesina que va siendo desplazada por la economía agroindustrial.

Las dificultades del acceso al agua (tanto para consumo personal como para cultivos) es otra modificación que a nivel territorial padecen las comunidades, puesto que, principalmente, cuerpos de agua de uso comunitario pasaron a privatizarse y a servir para el mantenimiento de la nueva estructura agrícola implantada. Adicionalmente el conflicto rompe con el tejido social de las comunidades, es decir, afecta la capacidad organizativa y redes sociales de las poblaciones, en donde las organizaciones de base, así como los líderes, fueron perseguidos y amenazados, siendo muchos de ellos asesinados.

Por último, “La tenencia de la tierra en Colombia se caracteriza por una alta concentración de la propiedad rural. A las causas tradicionales (históricas, políticas, económicas y técnicas), se han sumado la lógica de control territorial y de poblaciones de los actores armados, y el proceso de expropiación y compra de terrenos por parte del narcotráfico, todo lo cual ha terminado por reforzar la tendencia”. (PNUD, 2011). La anterior situación se refleja en una marcada desigualdad en la propiedad rural, un mal afincado en lo más profundo de nuestras relaciones sociales a la vez

de ser un problema nunca resuelto ni desde lo político ni desde lo normativo.

En este sentido, el informe Nacional de Desarrollo Humano del PNUD (2011) plantea que:

La desigualdad en la tenencia es notoria. La estructura de la tenencia es bimodal y requiere de una modificación que permita el avance de la mediana propiedad para constituir una base más firme para la formación de una clase media rural, y la superación del microfundio para sacar de la pobreza a un alto porcentaje de los agricultores y disminuir su vulnerabilidad.

Para intentar encontrar explicaciones de la consolidación de la inequidad de la tierra en Colombia, e Informe señala seis factores clave a tener en cuenta, que han propiciado este fenómeno:

(a) el fracaso del reformismo agrario en las décadas de 1960 y 1970, con lo cual se agravó el problema; (b) el debilitamiento y estigmatización de las organizaciones y movilizaciones del campesinado; (c) el intento de reemplazar el reformismo agrario por una política de mercado de tierras, claramente insuficiente frente a la magnitud de la situación; (d) la expansión y escalamiento del conflicto armado y tres de sus efectos: reconcentración de la propiedad, extrema victimización del campesinado y, desplazamiento forzado y despojo de tierras; (e) la sobrerrepresentación e influencia política de los propietarios en diversos escenarios de toma de decisiones sobre el futuro del sector; y, (f) la carencia o precariedad de información que permita identificar el problema, someterlo a debate público y lograr consenso para intervenir en su solución (Ibíd, p. 52).

Ante un panorama como este, en concordancia con Salas (2016, p. 1), es menester “lograr la comprensión de estos conflictos y su incidencia en la configuración territorial, es un verdadero reto para la consolidación de un periodo de pos negociación del conflicto”. Entender los conceptos de tierra y territorio es fundamental para la creación de un marco de una

política general y de un esquema normativo macro de atención a las víctimas del conflicto armado en el país, pues, supone este ejercicio inicial la consideración de lo que verdaderamente representan la tierra y el territorio para los sujetos sociales titulares de estas políticas. Una estructura de la tenencia más democrática en la que la mediana propiedad tenga un liderazgo para la innovación tecnológica, la creación de empleo e ingresos, la mejor utilización de la tierra y el buen manejo del medio ambiente, sería un aporte tanto a la construcción de democracia en el campo como al desarrollo humano y la búsqueda de caminos de paz. (PNUD, 2011)

## **2. Conflicto y transformaciones territoriales en Montes de María**

A pesar de algunas particularidades, las manifestaciones de la violencia, las estructuras armadas, las alianzas y proyectos políticos y la participación de terceros tienen claras semejanzas en el país en términos de sus consecuencias en la transformación territorial y productiva de la zona.

En este sentido, la región Caribe en general, y el departamento de Bolívar y la subregión de los Montes de María, en particular, no han sido ajenos a esos fenómenos. Según Ojeda (2015) en toda la región de Montes de María (Bolívar y Sucre) se registraron 56 masacres entre 1996 y 2004, más de 200 mil casos de desplazamiento y el despojo de más de 80.000 hectáreas de tierra.

Los municipios bolivarenses de la región aportaron a estas estadísticas alrededor de 400 víctimas de masacres, 900 de desaparición forzada, más de 1700 homicidios selectivos y alrededor de 300 mil desplazados; sin mencionar las víctimas de violencia sexual y secuestro (Ver tabla)



**Tabla 1. Número de víctimas por hecho victimizante en Montes de María, Bolívar**

Victimas por hecho victimizante Montes de Maria, Bolívar 1985-2018							
	Homicidio selectivo	Desaparición Fozada	Masacres	Desplazamiento*	Secuestro	Violencia sexual	Reclutamiento
San Juan Nepomuceno	236	92	41	30.247	67	30	5
Marialabaja	172	69	29	34.438	77	83	11
El Guamo	44	26	4	5.265	11	14	2
San Jacinto	208	96	36	37.157	116	29	9
El Carme de Bolívar	820	367	229	132.236	150	121	71
Zambrano	105	142	25	20.136	14	171	2
Cordoba	184	103	29	30.002	15	22	11
	1769	895	393	289.481	450	470	111

Fuente: autores, tomado de Centro Nacional de Memoria Histórica

Todos estos hechos violentos generaron profundos cambios en la propiedad y uso de la tierra que se reflejan en los altos índices de concentración de la tierra de los municipios de la región medidos por el coeficiente de Gini que según Daniels (2016) para el año 2015 se encontraban por encima del 0.7; el aumento de las concesiones para la explotación de petróleo y gas (16 concesiones entregadas en 2016), y el aumento de la producción agrícola para uso industrial y exportador. Los diferentes estudios sobre las causas y consecuencias del conflicto armado en la región de Montes de María coinciden en concluir que desde la primera mitad de la década de 2000 se evidencia una transformación de la estructura de producción agrícola con consecuencias en la vida económica, social y cultural de sus habitantes.

Según Arrieta et al. (2016), “En las dos últimas décadas se han generado profundas transformaciones en la estructura productiva campesina de la región de los Montes de María bolivarenses, por la implantación de monocultivos a gran escala apoyados por las políticas estatales, y por las consecuencias del conflicto armado que, de manera grave, azotó a esa región, situando a las comunidades en un contexto de vulnerabilidad que ha creado rupturas y afectaciones a sus métodos tradicionales de subsistencia”

El análisis de las dinámicas de producción agrícola en el departamento de Bolívar confirma esta transformación, que se puede resumir en una apuesta en el territorio por la producción de productos de tardío rendimiento a través de la figura de alianzas productivas, dejando en desventaja la producción campesina. Esta afirmación se sustenta en los datos de producción agrícola del departamento de Bolívar los cuales evidencian tres tendencias que confirman este cambio en la estructura de producción agrícola. La primera tendencia es que en la última década la superficie cultivada en el departamento de Bolívar aumentó en más de 300.000. Este aumento es explicado por tres grupos de productos. La palma de aceite, que explica un tercio del aumento; otros cultivos como la yuca y el ñame explican el otro tercio del cambio en el área cultivada, sin embargo, es importante acotar que su expansión se debe al uso industrial y la orientación exportadora. El tercio restante corresponde a productos como el plátano, arroz, mango, melón, ají, ahuyama, entre otros.

En resumen, el aumento de las hectáreas sembradas se traduce en aumento de la producción para uso agroindustrial y exportador, especialmente. En contraste, se perdieron más de 46 mil hectáreas de producción campesina, especialmente de frijol, naranja, maíz tradicional y aguacate. Adicionalmente, el rezago social y económico que existía aún antes del recrudecimiento de la violencia se profundizó con el conflicto; de tal forma que para el año 2005 cinco de los siete municipios bolivarinos de la región tenían más del 70% de su población pobre por necesidades básicas insatisfechas; y el 92% de la población rural en la subregión tenía condiciones de pobreza medidas por el Índice de Pobreza Multidimensional. Según Aguilera (2013) “las mayores carencias se observan en el empleo formal, los logros educativos y el acceso a los servicios públicos domiciliarios. No obstante, lo más preocupante es el bajo nivel de escolaridad. Según el Censo de 2005, en la subregión es de 5,7 años de estudios aprobados para la población entre 15 y 64 años de edad, más bajo que los de Colombia (8,2) y el de los departamentos de Bolívar (7,9) y Sucre (6,9)”.

En 2017 estos indicadores no han mejorado significativamente, por ejemplo, las coberturas netas de educación en el nivel de media no superan en ningún municipio el 55% y se registran coberturas por debajo del

40% en municipios como El Carmen de Bolívar y Marialabaja. (Ver tabla)

**Tabla 2. Condiciones sociodemográficas Montes de María (2005 y 2017)**

Condiciones sociodemográficas Montes de María Bolívar								
					Coberturas educación (2017)			
	Area (Km)	Población 2017*	Densidad poblacional	NBI 2005**	Transición	Primaria	Secundaria	Media
San Juan Nepomuceno	637	33753	53,0	61,7	63.2	94.7	82.5	52.5
Maríaabaja	517	48787	94,4	70,4	47.4	82.8	69.9	40.8
El Guamo	371	7771	20,9	74,2	37.4	86.9	72.8	44
San Jacinto	434	21602	49,8	92,5	60.4	106.4	94.9	55
El Carmen de Bolívar	900	76949	85,5	72,6	57.9	74.4	61.8	39.3
Zambrano	287	11767	41,0	67,1	50.9	81.1	76.2	49.1
Cordoba	573	12342	21,5	83,9	74.5	108.1	89.2	44.9

Fuente: autores, tomado de DANE y Ministerio de Educación Nacional (2017)

### 3. La cuestión sobre la tierra

Las afectaciones a los territorios y al derecho a la tierra en las poblaciones campesinas derivadas de las acciones violentas en el país, y en particular en los Montes de María, son evidentes. Antes de determinar las formas en que se manifiestan estas afectaciones, hay que precisar el núcleo esencial que compone al derecho a la tierra en Colombia, principalmente a través de la jurisprudencia la Corte Constitucional, que se ha encargado de definir el alcance *iusfundamental* del derecho a la tierra, en el sentido de esclarecer que la protección a la propiedad o posesión sobre la tierra no son los únicos componentes de esta garantía. En ese sentido, por ejemplo, la Sentencia C-644 de 2012 se refiere a las posiciones jurídicas de derecho que se advierten deben ser reconocidas para consolidar el derecho a la tierra, las cuales son:

“1) El derecho de los trabajadores agrarios a no ser despojados de su propiedad agraria o impulsados a deshacerse de ella

so pretexto de su improductividad, sin ofrecer antes alternativas para tornarlas productivas a través de alianzas o asociaciones, o a cambio de otras alternativas de desarrollo agrícola como, por ejemplo, el desarrollo de zonas de reserva campesina habilitadas a tal efecto;

“2) El derecho a que el disfrute de la propiedad no sea afectado sin justificación suficiente y poderosa;

“3) El derecho a que el Estado adopte medidas progresivas y no regresivas orientadas a estimular, favorecer e impulsar el acceso a la propiedad de los trabajadores agrarios y el mejoramiento de su calidad de vida y dignidad humana;

“4) El derecho que por esta misma vía, además se proteja la seguridad alimentaria.”

Con base en el anterior contexto, y de acuerdo a Bolívar, et al. (2017), parte de las transformaciones territoriales se deben, en primer lugar, a “los fenómenos del desplazamiento forzado y despojo de tierras, que han tenido un carácter masivo y sistemático” en el país, pero que se han dado con particular intensidad en los Montes de María bolivarenses. Para el año 2015, en un informe de la Contraloría General de la República se estableció que “aproximadamente 7.073.897 de hectáreas fueron objeto de despojo y abandono en Colombia hasta el año 2014”. En ese mismo sentido, según cifras de la Unidad de Víctimas (2018), solo en el departamento de Bolívar se reportaron, hasta la fecha, 489.581 casos de desplazamiento forzado, al tiempo que en el mismo departamento, según la Unidad de Restitución de Tierras (2018), desde la vigencia de la ley 1448 de 2011 hasta el año 2018, se han radicado 7617 solicitudes de restitución de tierras respecto de 6556 predios.

Los campesinos desarraigados de sus territorios, han perdido la propiedad o la tenencia de la tierra con ocasión del conflicto, situación que abrió paso al asentamiento de otras formas de relacionamiento y productividad en el campo. La situación se agrava toda vez que “en Colombia tenemos un índice histórico de informalidad en la tenencia de la tierra y un enorme atraso en los sistemas de información predial” (Ibíd, p. 31),

que ha impedido la consolidación de una política pública de acceso a tierras e incluso, ha bloqueado los procesos de restitución de tierras que trajo consigo la ley 1448. El establecimiento en la región de la experiencia de la agricultura agroindustrial del monocultivo de palma de aceite ha suscitado una de las mayores transformaciones territoriales en los Montes de María. De acuerdo con el PNUD (2011), “nuevos frentes de colonización acompañados por la incursión de proyectos de desarrollo continúan presionando la frontera agropecuaria del país. Este enorme cúmulo de actividades ocasiona conflictos de uso en las áreas rurales y promete constituirse en una fuente potencial de desequilibrios en el territorio rural y de nuevos conflictos en el corto plazo si no se adoptan políticas de ordenamiento territorial”.

A pesar que en el año 2007, con ocasión de los procesos de desmovilización de las Autodefensas (grupo al margen de la ley predominante en la región), se dio el retorno progresivo de algunas familias pobladoras; lo cierto es que las condiciones para los campesinos habían cambiado. Los empresarios de palma implantaron relaciones de poder con los campesinos y les plantearon negociaciones desventajosas para los minifundistas, como la compra y el arriendo de tierras a bajo precio o a cambio un empleo de obrero. PNUD (2010). Se establece entonces un conflicto sobreviviente entre dos modelos de desarrollo completamente distintos y que riñen en el territorio. Por un lado, el modelo agroindustrial y por otro el modelo de economía campesina.

Uno de los dos actores de estos conflictos es, de un lado, el sector ganadero y las empresas de agricultura extensiva, principalmente de palma de aceite, pertenecientes a pocas familias de la élite económica. Las empresas de palma han logrado endosar para su propio beneficio buena parte de los recursos con que cuenta el Estado para impulsar el desarrollo en el campo. Otro actor de este conflicto son las organizaciones campesinas, representadas principalmente por la ANUC, pues contra ellas en particular se ha desatado la violencia paramilitar como parte de este conflicto por la tierra. (Ibíd., p. 12).

Dicho conflicto se materializa en las transformaciones de las prácticas productivas presentes en los territorios antes del conflicto armado, toda vez que, se da el cambio de los cultivos campesinos y sus lógicas productivas, al de la producción agroindustrial. Se pasa de cultivos transitorios, presentes históricamente en la región (como ají dulce, ajonjolí, arroz de riego y secano manual, frijol, maíz, berenjena, col, hortalizas varias, algodón, habichuelas, pimentón.), utilizados tanto para consumo personal como para su comercialización, a monocultivos con vocación agroindustrial, explotados principalmente por empresas privadas. En ese sentido, al decir de PNUD (Ibíd., p. 12) “Como parte de las políticas que las empresas palmeras trajeron inicialmente a la región y por la falta de incentivos, el cultivo de alimentos bajó aceleradamente, lo que en la actualidad pone en riesgo el desarrollo humano y la seguridad alimentaria de los minifundistas”.

Dentro de los Montes de María, uno de los municipios que más representa estas transformaciones territoriales, es el municipio de María La Baja. De acuerdo con Arrieta, et al (2016):

Al revisar las estadísticas de producción agrícola del municipio se observa una reducción –en los últimos ocho años– de la superficie en hectáreas sembradas en cultivos transitorios, al pasar de 6300 a un poco más de 5000 hectáreas entre los años 2007 a 2015; es decir una tasa de crecimiento promedio anual de -2.77. Paralelamente el número de hectáreas sembradas con cultivos permanentes pasó de 4300 a 13200 entre los mismos años, con una tasa de crecimiento promedio anual del 15%.

La consecuencia de esta dinámica de producción y tenencia de la tierra es el progresivo desplazamiento de los cultivos tradicionales, columna vertebral de la economía campesina, hacia territorios más alejados de las vías y cascos no rurales de los centros de población, haciendo más oneroso las labores de siembra, recolección y comercialización. Por el contrario, la agroindustria de la palma de aceite y en particular los modelos de explotación agrícola de monocultivos de tardío rendimiento, han sido respaldado por los gobiernos de las últimas dos décadas.

#### 4. La cuestión del agua

Las dificultades en el acceso al agua (tanto como fuente para la satisfacción de necesidades básicas y uso personal, así como para su empleo en los cultivos tradicionales), carencia de agua potable para la totalidad de la población y la contaminación de los cuerpos de agua presentes en la región, son las principales afectaciones que se viven en los montes de María bolivarenses con ocasión de los cambios estructurales provocados por el conflicto armado y por las nuevas dinámicas productivas y de uso y tenencia de los territorios. Uno de los principales responsables de estas transformaciones son las grandes extensiones de monocultivos, principalmente de palma aceitera que hay en la región, que usa el agua que otrora era para los cultivos tradicionales y las actividades cotidianas de la población.

Las transformaciones en ese sentido son radicales, porque han cambiado completamente las dinámicas de relacionamiento de los pobladores frente a este tipo de recursos. Lo anterior, principalmente porque los cultivos de palma aceitera han privatizado espacios que tenían caminos, utilizados comunitariamente, que llevaban a cuerpos de agua de los que se servían toda la comunidad, y que debido a las nuevas lógicas implementadas alrededor de los cultivos de palma, ya no pueden acceder a ellos.

De acuerdo con Junieles (2018): Los efectos en la vida de la gente empezaron a sentirse de inmediato: los caminos reales que permitían el acceso rápido a arroyos y fuentes de agua fueron cerrados; el espacio para sembrar se encogió porque empresarios del suelo aparecieron providencialmente para comprar o asociarse con pequeños propietarios vecinos; los ojos de agua comenzaron a “saber raro”; periódicamente, ocurrió la muerte masiva de peces en el embalse y aparecieron enfermedades en la población que afectaron de manera especial a niños y niñas.

Los Montes de María bolivarenses, principalmente el municipio de María la Baja, cuenta con una amplia red de canales fluviales y cuerpos de aguas, que se utilizan para abastecer los cultivos y satisfacer las necesidades de las familias, además, existe el denominado “Distrito de Riego”,

que es una infraestructura del estado construida a finales de los años sesenta e irriga 20.000 de las 54.000 hectáreas que hacen parte del municipio. Sin embargo, desde que empezaron a establecerse las empresas agroindustriales de monocultivos de palma la situación ha cambiado. En un principio los cuerpos de agua presentes en la región eran utilizados para el riego de los cultivos transitorios y para consumo humano. Después de que los campesinos, obligados a abandonar sus tierras en medio de la violencia, regresan a sus territorios:

se encuentran con un panorama muy complejo, pues hubo un cambio en el uso del suelo: la tierra ya no estaba siendo utilizada para el cultivo de alimentos, sino que empezaba, de manera acelerada, un cultivo extensivo de palma de aceite. El cultivo de la palma de aceite por sus características se da por inundación, pues la palma requiere una gran cantidad de agua para alcanzar niveles óptimos de producción. Esto genera el conflicto de intereses entre la mega industria de la palma y los habitantes que necesitan el agua para subsistir. Lo que sucede entonces es que el estado crea una figura llamada Usomaría, que es la figura que administra el uso del distrito de riego. Allí empieza a existir una tensión muy fuerte, porque se supone que sus integrantes deben ser los beneficiarios del distrito de riego. Lo que están denunciando las comunidades campesinas es que ellos tienen muy poca participación en la composición de la junta que administra esa figura, en parte, porque el distrito ve con mejores ojos el uso industrial del agua que el uso agrícola. (Consejoderedacion.org).

El acceso al agua, que se erige actualmente como un derecho fundamental, reviste una mayor importancia en relación con las comunidades campesinas, ya que dependen de él para el desarrollo de las actividades de las que derivan su sustento económico, para ellos y sus familias, además de que es la labora vital con la que se sienten representados. Por otro lado, lo relativo a la contaminación de fuentes hídricas, se evidencian por ejemplo, en casos como el de la vereda La Suprema, donde la comunidad, a través de una acción popular, denunciaban la muerte de 7 menores



de edad por causas asociadas a problemas gastrointestinales, y como prueba aportaron estudios de las fuentes de agua que mostraban las pésimas condiciones que la hacían no apta para el consumo humano. (Junieles, 2018)

La comunidad responsabilizaba de esta situación a la proximidad de los cuerpos de agua a los cultivos agroindustriales de palma de aceite. El 29 de enero de 2014, el Tribunal Administrativo de Cartagena dictó sentencia en a favor de La Suprema. “La orden fue garantizar agua potable en un plazo máximo de 24 meses, y medidas transitorias que lleven el líquido a La Suprema. Cuatro años después, el acueducto municipal avanza lentamente, mientras tanto en la vereda se instaló una motobomba que se daña continuamente”. (Junieles, 2018). Como se evidencia en los hechos descritos anteriormente, las transformaciones en el territorio de Montes de María no se circunscriben únicamente a las diferentes formas de violencia perpetrada sobre sus habitantes, sino que se reflejan con fuerza en la propiedad y uso de la tierra, el agua y en general los recursos naturales; fuente de generación de ingresos y de cohesión social de los habitantes. Por tanto, se necesitan mecanismos que garanticen la protección de las formas de producción y representación campesinas tradicionales, entre ellas el acceso permanente a fuentes hídricas, para el mejoramiento de las condiciones y el restablecimiento de los derechos de las comunidades rurales.

## **5. La planeación participativa desde abajo, una herencia de la violencia**

Para transformar esta realidad es necesario garantizar la consolidación de una paz estable y duradera y la reparación integral de las víctimas; de allí la importancia del primer punto del Acuerdo Final “Hacia un nuevo campo colombiano: Reforma Rural Integral”, cuyo objetivo es sentar las bases para la transformación estructural del campo, crear condiciones de bienestar para la población rural y asegurar una paz estable y duradera. La Reforma Rural Integral en adelante RRI, busca la erradicación de la pobreza rural extrema y la disminución en un 50 % de la pobreza en el campo en un plazo de 10 años, la promoción de la igualdad, el cierre de la brecha entre el campo y la ciudad, la reactivación del campo y, en es-

pecial, el desarrollo de la agricultura campesina, familiar y comunitaria. Sus ejes fundamentales son: acceso y uso de la tierra, los Programas de desarrollo con enfoque territorial (PDET) y Planes nacionales para la reforma integral. Con esto se pretende resolver conflictos históricos alrededor del acceso, uso y tenencia de la tierra y, parcialmente, la democratización de la tierra; lo que implica el tema del acceso, la formalización y titulación, el ordenamiento de la propiedad, la existencia de una legislación precisa y acertada que pueda atender todo lo referente a conflictos por la tierra, la identificación del sujeto de reforma agraria, entre otras.

## **6. Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET)**

El Decreto 893 de 2017 es la norma que crea esta figura de gestión territorial, que tiene como propósitos, entre otros, el desarrollo de la economía campesina y familiar para consolidar el bienestar y buen vivir de la población en zonas rurales haciendo efectivos sus derechos políticos, económicos, sociales y culturales, revirtiendo los efectos del conflicto. De acuerdo a la Agencia de Renovación del Territorio (2017) el PDET es un programa subregional de transformación integral del ámbito rural a 10 años a través del cual se ponen en marcha con mayor celeridad los instrumentos de la RRI en los territorios más afectados por el conflicto armado, la pobreza, las economías ilícitas y la debilidad institucional. Así mismo, un instrumento de planificación y gestión para implementar de manera prioritaria los componentes de la Reforma Rural Integral y las medidas pertinentes que establece el Acuerdo Final, en los municipios priorizados.

Los PDET cubren 16 subregiones del país, priorizadas de acuerdo a los siguientes criterios: mayores condiciones de pobreza, impacto del conflicto armado, debilidad institucional y presencia de cultivos ilícitos u otras formas de economía ilegal. Las subregiones son las siguientes: Alto Patía y Norte del Cauca, Arauca, Bajo Cauca y Nordeste anquioqueño, Catatumbo, Chocó, Cuenca del Caguán y Piedemonte caquetequeno, Macarena-Guaviare, Montes de María, Pacífico Medio, Pacífico Medio, Putumayo y Sierra Nevada – Perijá.

## **7. Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR)**

Los PATR son mecanismos a través de los cuales se instrumentalizan los PDET, tienen una característica muy importante y que son construidos de manera participativa, amplia y pluralista en las zonas priorizadas, y se revisarán y actualizarán en el territorio cada 5 años de forma participativa, en los términos establecidos en el Artículo 5 Decreto 893 de 2017. Estos planes deben tener en cuenta como mínimo, 1. Lineamientos metodológicos que garanticen su construcción participativa. 2. Un diagnóstico participativo elaborado con las comunidades que identifiquen las necesidades en el territorio. 3. Una visión del territorio que permita definir líneas de acción para su transformación. 4. Enfoque territorial que reconozca las características socio-históricas, culturales, ambientales y productivas de los territorios y sus habitantes, sus necesidades diferenciadas y la vocación de los suelos, de conformidad con las normas orgánicas de planeación y ordenamiento territorial. 5. El enfoque diferencial que incorpore la perspectiva étnica y cultural de los pueblos y comunidades de los territorios. 6. El enfoque reparador del PDET. 7. Enfoque de género que reconozca las necesidades particulares de las mujeres rurales. 8. Un capítulo de programas y proyectos, que orienten la ejecución, de acuerdo con lo establecido en el Acuerdo Final y bajo los lineamientos del Departamento Nacional de Planeación. 9. Un capítulo de indicadores y metas para el seguimiento y evaluación. 10. Mecanismos de rendición de cuentas y control social, que incluyan herramientas de difusión y acceso a la información.

Según la Agencia de Renovación territorial en agosto de 2018 se habían construido 9 PATR con una participación de más de 60 mil actores y 70 administraciones locales en las siguientes subregiones: Putumayo, Catatumbo, Sur de Bolívar, Urabá antioqueño, Arauca, Sur de Córdoba, Chocó, Sur de Tolima y Montes de María. (Ver tabla)

**Tabla 3. Planes de acción para la transformación regional  
construidos 2018**

PATR	Actores	Administraciones municipales
Sur de Tolima	6083	4
Chocó	1275	14
Sur de Córdoba	6570	5
Arauca	5256	4
Urabá Antioqueño	10470	8
Sur de Bolívar	6637	7
Catatumbo	8136	8
Putumayo	9081	9
<b>Montes de María</b>	<b>11071</b>	<b>15</b>
Total	64579	74

Fuente: Los autores con base a Agencia de Renovación del Territorio

### 8. PATR subregión Montes de María.

Según la agencia de renovación del territorio en la subregión de Montes de María se desarrollaron en la etapa de alistamiento 70 simulacros de asambleas con una participación de 2.700 personas. Posteriormente se realizaron 78 pre-asambleas de las cuales 41 fueron en el departamento de Bolívar. La fase municipal inició el 16 de Julio y culminó el 18 de agosto de 2018 y dejó como resultado dieciséis (16) pactos comunitarios (nivel veredal) y 15 Pactos para la Transformación Regional (PCTR), los cuales tienen una cobertura regional. En la construcción de estos *acuerdos* (cursiva nuestra) participaron más de once mil actores del territorio y 15 administraciones municipales. (Ver tabla)

Vale la pena destacar la importancia de este proceso participativo para la región y sus habitantes, no solo por su potencial transformador sino porque se constituye en sí mismo una medida de reparación a las víctimas en el sentido que reestablece un derecho perdido como es la participación activa y libre. De igual forma llama la atención la masiva participación de los habitantes de Montes de María en los diferentes espacios propuestos para el proceso de formulación de los PDET y los PATR

frente a otras regiones con similar número de municipios involucrados como el Chocó. Esta situación puede entenderse como un reflejo del fortalecimiento de los movimientos y organizaciones sociales de territorio y su empoderamiento como víctimas. La visión de la subregión que quedó plasmada en el PATR responde a la concepción del desarrollo de sus habitantes y a la solución de las principales problemáticas que afectan y han afectado a la región.

Los Montes de María en el 2028 serán reconocidos como un territorio innovador, sostenible ambientalmente, líder en producción alimentaria agroecológica, con procesos de transformación y comercialización que garanticen la seguridad y soberanía alimentaria y con desarrollo turístico comunitario, étnico y cultural. Será un territorio seguro, reconciliado y en paz, garantizando el goce efectivo de derechos, la gobernanza y reparación integral a las víctimas del conflicto armado. Con una población educada, organizada y empoderada, que propicia la participación, la autonomía campesina, étnica y el enfoque de género” (Agencia de Renovación del Territorio, 2018)

Para lograr esta visión se formularon 59 iniciativas subregionales que deberán ser revisadas y viabilizadas técnicamente por las instituciones y sectores competentes en el marco de la política pública y la normatividad vigente. La revisión y análisis de estas estrategias confirman la deuda histórica del Estado colombiano con las zonas rurales y la necesidad de reducir la brecha en términos de provisión de bienes y servicios básicos como educación, salud y vías de comunicación; todo esto con el fin de mejorar las condiciones que en el pasado reciente coadyuvaban al surgimiento del conflicto armado.

No obstante, reconocer la existencia de esta deuda histórica del Estado con el campo colombiano no implica negar las transformaciones sociales, económicas, políticas y culturales que la violencia generó y las barreras que impuso en unos casos, y profundizó en otros, para el desarrollo humano de la población. En los siguientes cuadros se presentan las alternativas formuladas en el plan por pilar:

**Tabla No. 4. Ordenamiento Social de la Propiedad Rural y Uso del Suelo**

<b>ORDENAMIENTO SOCIAL DE LA PROPIEDAD RURAL Y USO DEL SUELO</b>	
<b>INICIATIVA</b>	<b>ESTRATEGIA</b>
Formular programas y proyectos alternativos para la re-conversión de la minería, concordantes con los esquemas, POT y la visión territorial del PDET.	Administración uso del suelo y Gestión catastral (multipropósito)
Crear un programa ambiental participativo MI veeduría para la conservación del Bosque seco tropical en las zonas ricas en biodiversidad en los municipios de la subregión.	Administración uso del suelo y Gestión catastral (multipropósito)
Clarificar por parte de la entidad competente los títulos coloniales existentes en las comunidades indígenas de los municipios PDET en la subregión Montes de María.	Formalización de tierras
Fortalecer planes, programas y proyectos participativos para la conservación ambiental en la ZRF Protectora de la Serranía de Coraza ubicada en los municipios de Tolúviejo, Coloso y Chalan.	Administración uso del suelo y Gestión catastral (multipropósito)
Fortalecer e impulsar la creación de la Zona de Reserva Campesina polígono 1 con cobertura para 11 municipios PDET en los Montes de María	Administración uso del suelo y Gestión catastral (multipropósito)
Gestionar ante el Ministerio del Interior, celeridad en el proceso de conformación, reconocimiento y registro de los cabildos indígenas y consejos comunitarios de comunidades negras que no cuenten con personería jurídica, priorizando los procesos en curso.	Administración uso del suelo y Gestión catastral (multipropósito)
Elaborar estudios para conocer la oferta del recurso hídrico superficial y subterráneo, para determinar el uso y manejo óptimo de las fuentes hídricas en la subregión Montes de María, articulada a los POMCAS a cargo de CARDIQUE y CARSUCRE.	Administración uso del suelo y Gestión catastral (multipropósito)
Gestionar y realizar alianzas entre las Gobernaciones de Sucre y Bolívar, Organismos de cooperación, IGAC, SUPER-NOTARIADO y ANT para establecer una oficina de Tierras en la jurisdicción del departamento de Sucre y otra en la jurisdicción del departamento de Bolívar	Administración uso del suelo y Gestión catastral (multipropósito)

Fuente: Autores con base en la Agencia de Renovación de Territorio 2018.

**Tabla No. 5. Infraestructura y Adecuación de Tierras**

<b>INFRAESTRUCTURA Y ADECUACIÓN DE TIERRAS</b>	
<b>INICIATIVA</b>	<b>ESTRATEGIA</b>
Realizar el dragado del río Magdalena y sus afluentes en la zona de influencia de los municipios PDET de la región de los Montes de María	Adecuación de Tierras
Adelantar y ejecutar los estudios de factibilidad y diseño para la construcción de reservorios y almacenamiento de agua y construcción de distritos de riego en los municipios de Montes de María.	Adecuación de Tierras
Estructurar e implementar un proyecto para suministrar servicio de gas en los municipios POET de la región de los Montes de María.	Provisión de energía
Mejorar la red eléctrica existente y ampliar la cobertura del servicio de energía a las zonas interconectadas y no interconectadas con energía eléctrica y energías alternativas en las zonas rurales de los Municipios PDET de los Montes de María.	Provisión de energía
Diseñar y ejecutar un plan de mejoramiento y adecuación de la transversal de la sierra que comunica a los Municipios de San Antonio de Palmito, Toluviéjo, Coloso, Chalan. Ovejas y une a las troncales de occidente y del Caribe en Toluviéjo y la troncal hacia Carmen de Bolívar.	Infraestructura vial
Mejoramiento en pavimento de la vía troncal Pajonal, Libertad, San Antonio, troncal de caribe.	Infraestructura vial
Mejorar, adecuar y ampliar la vía el Guamo, Bodega, Barranca nueva, Barranca vieja, trocal (Calamar) Departamento de Bolívar	Infraestructura vial
Mejorar, adecuar y ampliar la vía que comunica los Municipios Calamar y El Guamo.	Infraestructura vial
Mejorar, adecuar y ampliar el corredor estratégico que une a los municipios del Carmen de Bolívar, San Jacinto, María la Baja y San Onofre a través de la vía: Arroyo arena, san Isidro, churquitas, guamanga, , Camarón, San José de playón y nueva esperanza.	Infraestructura vial

Fuente: Autores con base en la Agencia de Renovación de Territorio 2017.

**Tabla No. 6. Educación Rural y Primera Infancia**

<b>EDUCACIÓN RURAL Y PRIMERA INFANCIA</b>	
<b>INICIATIVA</b>	<b>ESTRATEGIA</b>
Crear y construir la universidad Montemariana pública y rural en la subregión Montes de María, previo estudio de factibilidad técnica administrativa y financiera, con el objeto de garantizar la oferta en educación superior a la población con enfoque diferencial y étnico.	Cobertura calidad y pertinencia de la educación técnica, tecnológica y universitaria en zonas rurales.
Implementar el sistema Educativo Indígena Propio (SEIP) y la Etno educación en los municipios PDET de los Montes de María donde aplique.	Estrategia Étnica
Ampliar y Fortalecer la oferta en educación superior pública a través de alianzas con IES, con programas pertinentes para la Región, criterios de acceso y permanencia, política de becas y créditos de sostenibilidad condonables que prioricen a la población rural de los municipios POET de Montes de María, con enfoque diferencial y étnico.	Cobertura calidad y pertinencia de la educación técnico, tecnológica y universitaria en zonas rurales.
Construir la Residencia Estudiantil, para facilitar el acceso y la permanencia a la universidad Montemariana	Cobertura calidad y pertinencia de la educación técnica, tecnológica y universitaria en zonas rurales.

Fuente: Autores con Agencia de Renovación de Territorio 2018.

**Tabla No. 7. Vivienda, Agua Potable y Saneamiento**

<b>VIVIENDA, AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO</b>	
<b>INICIATIVA</b>	<b>ESTRATEGIA</b>
Adelantar los estudios y diseños técnicos que permitan determinar la viabilidad para la construcción de un acueducto regional para la prestación del servicio de agua en los centros poblados rurales de los municipios de Chalan, Colosó, Ovejas, Toluviéjo, los Palmitos, Morroa, San Antonio de Palmito.	Acceso a fuentes de agua mejoradas en zona rural
Adelantar los estudios y diseños técnicos que permitan determinar la viabilidad para la construcción de un acueducto regional para la prestación del servicio de agua en los centros poblados rurales de los municipios de El Guamo, San Juan Nepomuceno. San Jacinto, El Carmen de Bolívar, Zambrano y Córdoba.	Acceso a fuentes de agua mejoradas en zona rural



<p>Diseñar e implementar estrategias de manejo de residuos sólidos para las zonas rurales liderado por las comunidades y enmarcado en una política de "Basura Caro", en los municipios PDET de Montes de María, con un componente de asistencia técnica y capacitación teniendo en cuenta la dispersión y aglomeración poblacional y las características específicas de cada uno de los municipios.</p>	<p>Saneamiento básico</p>
---	---------------------------

Fuente: Autores con Agencia de Renovación de Territorio 2018.

**Tabla No. 8. Reactivación económica y producción agropecuaria**

<p><b>REACTIVACIÓN ECONÓMICA Y PRODUCCIÓN AGROPECUARIA</b></p>	
<p><b>INICIATIVA</b></p>	<p><b>ESTRATEGIA</b></p>
<p>Implementar y fortalecer rutas eco turísticas agro turísticas e históricas para la reactivación económica de la zona rural que permitan aprovechar nuestras riquezas naturales, culturales y arquitectónicas, apoyando los planes turísticos de los municipios POET de Montes de María.</p>	<p>Promoción del emprendimiento en actividades no agropecuarias</p>
<p>Construir plantas de procesamiento de alimento concentrado para fortalecer la producción agropecuaria de los municipios PDET de Montes de María.</p>	<p>Proyectos Productivos Integrales</p>
<p>Desarrollar un proyecto productivo integral de apicultura que fomente la creación y fortalecimiento empresarial para los productores de la región de los Montes de María.</p>	<p>Proyectos Productivos Integrales</p>
<p>Fortalecer el desarrollo biotecnológico, la transferencia de tecnología y la agenda de investigación agropecuaria concertada con las comunidades e instituciones responsables del sector priorizando la conservación y producción de las semillas y especies nativas y criollas en los territorios PDET de los Montes de María.</p>	<p>Extensión Agropecuaria (asistencia técnica), política pública agropecuaria e instituciones</p>
<p>Fortalecer la producción, investigación, transformación, certificación y comercialización de las cadenas productivas de aguacate, maíz arroz ajonjolí, batata, frutales. Yuca, ñame y cacao en los municipios PDET de Montes de María.</p>	<p>Proyectos Productivos Integrales</p>
<p>Crear, fortalecer y financiar organizaciones de productores de artesanías y productos manufacturados manualmente que promuevan el desarrollo de las tradiciones culturales de la región de Montes de María.</p>	<p>Proyectos Productivos Integrales</p>

## La planeación territorial en el posconflicto colombiano

Promover la articulación y el fortalecimiento económico de los productos alimenticios y artesanales manufacturados por organizaciones de mujeres de la región de Montes de María.	Proyectos Productivos Integrales
Crear proyectos productivos que promuevan el repoblamiento bovino y canino en la región de montes de María de forma sostenible y sustentable.	Proyectos Productivos Integrales
Crear, fortalecer y acompañar a organizaciones de jóvenes para fomentar su inclusión y la participación en el sector productivo rural en los municipios PDET de Montes de María.	Creación y fortalecimiento de cooperativas, asociaciones, y organizaciones solidarias y comunitarias, empleo rural, extensión agropecuaria (Asistencia Técnica). Promoción del emprendimiento en actividades no agropecuarias. Proyectos Productivos Integrales.
Fomentar y fortalecer los proyectos productivos integrales piscícolas en los municipios POET Montes de María.	Proyectos Productivos Integrales
Implementar la marca monte mariana para los productos agroindustriales y manufactureros de los municipios PDET de Montes de María, para el posicionamiento de la producción en los mercados nacionales e internacionales.	Proyectos Productivos Integrales
Desarrollar un proyecto productivo integral de tabaco que fomente la creación y fortalecimiento de los cultivos de tabaco en la región de los Montes de María.	Proyectos Productivos Integrales

Fuente: Autores con Agencia de Renovación de Territorio 2018.

**Tabla No. 9. Garantía Progresiva del Derecho a la Alimentación**

<b>GARANTÍA PROGRESIVA DEL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN</b>	
<b>INICIATIVA</b>	<b>ESTRATEGIA</b>
<p>Implementar una estrategia de agricultura familiar, campesina y comunitaria ACFC para la Subregión de Montes de María que incluya granjas familiares integrales y huertas caseras con enfoque</p> <p>Agroecológico que privilegien a la mujer rural y la generación de ingresos complementarios para las familias con enfoque diferencial (etnia y víctimas de la violencia).</p>	Acceso a alimentos

<p>Construir participativamente la política pública sub regional de garantía progresiva del derecho a la alimentación con enfoque diferencial en los municipios PDET de Montes de María.</p>	<p>Diseño institucional del Sistema para la Garantía Progresiva del Derecho a la Alimentación y Nutrición.</p>
<p>Implementar un sistema agroalimentario para la Subregión de Montes de María que fomente la creación, promoción y fortalecimiento de los mercados locales y regionales con enfoque diferencial y de género que integre a productores y consumidores y que permita mejorar las condiciones de acceso a alimentos, generación de ingresos y procesos de comercialización sin intermediarios.</p>	<p>Acceso a alimentos. Comercialización</p>
<p>Implementar una estrategia subregional de Atención Integral en nutrición para la población vulnerable (mujeres gestantes y lactantes, primera infancia y adulto mayor), que incluya programas de complementación alimentaria, educación alimentaria y nutricional y promoción de hábitos alimentarios y estilos de vida saludable.</p>	<p>Estrategias de Atención Integral en nutrición</p>

Fuente: Autores con Agencia de Renovación de Territorio 2018.

**Tabla No. 10. Reconciliación, Convivencia y Construcción de Paz**

<b>RECONCILIACIÓN, CONVIVENCIA Y CONSTRUCCIÓN DE PAZ</b>	
<b>INICIATIVA</b>	<b>ESTRATEGIA</b>
<p>Construir, dotar y sostener la casa multicultural y pluri étnica de los Montes de María como un espacio de participación para el rescate y reconstrucción de los saberes ancestrales con la identidad cultural, la memoria histórica e incidencia en políticas públicas.</p>	<p>Estrategia Étnica, Promover la reconciliación, la convivencia, la tolerancia y la no estigmatización.</p>
<p>Fortalecer en la región de los Montes de María una estrategia de articulación, participación e incidencia de los jóvenes con enfoque étnico y enfoque diferencial, con agendas propias que permita la movilización para la resolución pacífica de conflictos.</p>	<p>Fortalecimiento de mecanismos de participación y acceso a información, Fortalecimiento de capacidades institucionales y de la sociedad civil en los niveles local y regional.</p>
<p>Implementar una estrategia de comunicación que permita fortalecer los procesos de producción de contenido audiovisual, radial y escrito para fomentar una cultura de paz desde las experiencias y vivencias de las comunidades de los Montes de María.</p>	<p>Fortalecimiento de mecanismos de participación y acceso a información</p>

## La planeación territorial en el posconflicto colombiano

Articular y priorizar acciones institucionales para garantizar el cumplimiento y goce efectivo de los derechos de las víctimas consagrados en la ley 1448 de 2011 en los municipios PDET Montes de María.	Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición.
Crear y dotar una escuela de formación deportiva y lúdica para los Montes de María, con enfoque pluri étnico y enfoque diferencial que permita el reconocimiento y apoyo a nuevos talentos y liderazgos, el rescate de los juegos tradicionales, que genere espacios de integración y reconciliación.	Promover la reconciliación, la convivencia, la tolerancia y la no estigmatización.
Diseñar e implementar una estrategia de capacitación y fortalecimiento de los consejos territoriales de paz, reconciliación y convivencia para consolidar acciones que promuevan la implementación de la paz en la región de los Montes de María.	Fortalecimiento de capacidades institucionales y de la sociedad civil en los niveles local y regional.
Fortalecer el conocimiento técnico y operativo a las organizaciones de víctimas y organizaciones sociales de los Montes de María, en la documentación de casos para presentar al Sistema integral de verdad justicia y reparación.	Verdad, Justicia, Reparación y no repetición
Crear una escuela de formación étnica para preparar a los jóvenes y autoridades indígenas y afro descendientes en los procesos de la administración pública propia.	Estrategia Étnica

Fuente: Autores con Agencia de Renovación de Territorio 2018.

### 9. Conclusiones

El análisis de las principales transformaciones territoriales que se evidencian en la subregión de Montes de María permite afirmar que el conflicto armado profundizó la situación de vulnerabilidad, exclusión y desprotección de la población campesina y coadyuvó a la implantación de un nuevo modelo productivo, que beneficia la producción de productos para uso industrial y exportador. Algunas de las consecuencias de este nuevo modelo productivo sobre la población campesina, que en muchos casos también fue víctima del conflicto armado, es la dificultad de generación de ingresos a partir de la agricultura; la inseguridad alimentaria, la pérdida de la soberanía alimentaria, la apropiación de recursos naturales como la tierra y el agua, el cierre de caminos reales, la contaminación ambiental y del agua y la deforestación.

Queda en evidencia que la estructura actual de tenencia de la tierra en Colombia, no solo ha sido uno de los principales desencadenantes de la violencia escalada en los últimos tiempos, sino que además es una barrera clara (junto con la violencia) al desarrollo humano, sobre todo en el campo colombiano. Prueba de ello son las condiciones en las cuales se encuentran las comunidades rurales del país en general y los Montes de María en particular, en un contexto generalizado de necesidades básicas insatisfechas y desprotección de derechos.

En ese sentido, tanto de la violencia y la configuración inadecuada de la tenencia sobre la tierra, son sin lugar a dudas las barreras que se imponen al desarrollo humano rural. Por tanto, es necesaria la consolidación de un nuevo modelo de desarrollo rural que promueva la coexistencia sostenible y armónica entre las economías campesinas tradicionales y los proyectos agroindustriales y monocultivos, garantizando el progreso y desarrollo para ambas formas de producción, y brindando el apoyo necesario a las comunidades que por tanto tiempo se han visto ignoradas, no solo por los productores vecinos sino también por el Estado que desde sus políticas no los favorece. El proceso de formulación de los PDET y PATR en la subregión de Montes de María, que contó con la participación de más de once mil personas y quince administraciones municipales, se erige como una ventana de oportunidades para saldar la deuda histórica con esta subregión del caribe colombiano, reparar a las víctimas del conflicto y sentar las bases para el desarrollo humano y con esto las garantías de no repetición de los hechos violentos.

### **Fuentes de información**

Agencia de renovación del Territorio. [www.renovacionterritorio.gov.co](http://www.renovacionterritorio.gov.co). Consulta 9 de noviembre de 2018.

Aguilera (2013). Montes de María, Una subregión de economía campesina y empresarial. Documentos de trabajo sobre economía regional. Banco de la República. No. 195.

- Arrieta, R., Marín, K., & Medina, R. (2016) Proyectos agroindustriales y monocultivos en los Montes de María bolivarenses: desafíos para el posconflicto y la territorialización de la paz. *Revista Pluriverso* (7) pp. 95-115
- Bolívar, A.; Botero, A.; Gutiérrez, L. (2017) Restitución de tierras, política de vivienda y proyectos productivos. Ideas para el posacuerdo. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. Bogotá, Colombia. Ediciones Antropos.
- Comisión Nacional de Memoria Histórica. (2013) ¡Basta ya! Colombia memorias de guerra y dignidad. Informe general Grupo de Memoria Histórica. Bogotá, Colombia. Imprenta Nacional.
- Consejo de Redacción. (2018) Los Acuatenientes: Comienza la guerra por el agua en Colombia. Bogotá, Colombia. CosejodeRedacción.org. Recuperado de: <https://goo.gl/3nwxYZ>
- Daniels, A (2016). La transformación de la estructura productiva de los Montes de María: de despensa agrícola a distrito minero-energético. *Revista Memorias*. No.12. 2016
- Junieles, I. (2018). La Suprema y su lucha por el agua. Bogotá, Colombia. De-Justicia.org. Recuperado de: <https://www.dejusticia.org/column/la-suprema-y-su-lucha-por-el-agua/>
- La Parra, D. & Tortosa, J. (2003) Violencia estructural: una ilustración del concepto. *Revista Documentación Social* (131)
- Melo, J. (2017) Historia mínima de Colombia. Bogotá, Colombia. Turner Publicaciones.
- Narváez , B., & Monsalve, M. (2018). *Derecho y lógicas de la justicia: un análisis sociojurídico desde la academia*. Ciudad de México: Anaya.
- PNUD (2003). Informe Nacional de Desarrollo Humano para Colombia. El conflicto callejón con salida. Bogotá
- PNUD. (2010). Los Montes de María: análisis de la conflictividad. Recuperado de: [https://info.undp.org/docs/pdc/Documents/COL/00058220\\_Analisis%20conflictividad%20Montes%20de%20Maria%20PDF.pdf](https://info.undp.org/docs/pdc/Documents/COL/00058220_Analisis%20conflictividad%20Montes%20de%20Maria%20PDF.pdf)

- PNUD. (2011) Colombia rural. Razones para la esperanza. Informe Nacional de Desarrollo Humano 2011. Resumen ejecutivo. Bogotá: INDH-PNUD. sept. Recuperado de [http://www.co.undp.org/content/dam/colombia/docs/DesarrolloHumano/undp-co-resumen\\_ejecutivo\\_indh2011-2011.pdf](http://www.co.undp.org/content/dam/colombia/docs/DesarrolloHumano/undp-co-resumen_ejecutivo_indh2011-2011.pdf)
- Ojeda, D; Quiroga, C et all (2015) « Paisajes del despojo cotidiano: acaparamiento de tierra y agua en Montes de María, Colombia », Revista de Estudios Sociales [En línea], 54 | Octubre 2015, Publicado el 01 octubre 2015, consultado el 12 noviembre 2018. URL : <http://journals.openedition.org/revestudsoc/9499>
- Salas, L. (2016) Conflicto armado y configuración territorial: elementos para la consolidación de la paz en Colombia. Revista Bitácora Urbano Territorial (26) pp. 45-57.
- Victorino, R. (2011) Transformaciones Territoriales A Partir Del Abandono Y Despojo De Tierra Asociado A La Acción De Grupos Armados Caso María La Baja Departamento De Bolívar. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

# LINEAMIENTOS ESTRUCTURALES DE UNA POLÍTICA PÚBLICA MUNICIPAL DE DERECHOS HUMANOS

Antonio Yesid Pedroza Estrada<sup>1</sup>

## Resumen

La investigación tuvo por objetivo proponer lineamientos estructurales para formular una política pública en materia de derechos humanos dirigida a fomentar el respeto y goce de los mismos en las comunidades del municipio de la Jagua de Ibirico, Departamento del Cesar, Colombia.

El estudio fue de tipo documental y proyectivo, realizado bajo un enfoque cualitativo, utilizando la hermenéutica como episteme de interpretación. Como instrumento de recolección de datos se utilizó la ficha y la técnica fue el subrayado de los documentos revisados, tales como Informe de la Organización de las Naciones Unidas (ONU, 200), Convención de Viena (1965), Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos (2009), Leyes de la República de Colombia, entre otros relacionados con el objeto de estudio.

Luego de analizados los hallazgos partiendo de los aportes de los teóricos más la interpretación del investigador, se concluyó que en el municipio de la Jagua de Ibirico, Departamento del Cesar, los frentes de la guerrilla (FARC y ELN) y los grupos de autodefensas realizaron en los últimos 15 años una serie de secuestros, asesinatos, desapariciones, y torturas en contra de los habitantes y de las autoridades locales que manifestaron su desacuerdo frente al proyecto militar de dicha estructura ilegal. Dada esta flagrante violación a los derechos humanos, se plantea una metodología para la formulación de una política pública, que garantice los derechos humanos en el municipio Jagua de Ibirico fundamentada en tres ejes estratégicos: Educación en Derechos Humanos, fortalecimiento institucional y exigibilidad de los Derechos Humanos.

**Palabras Clave:** Política pública, violación, derechos humanos, lineamientos.

---

<sup>1</sup> Doctor en Ciencias Políticas, Administrador de Empresas, Abogado, Especialista en Gestión Pública, Especialista en Administración Pública, Docente Investigador de la Escuela Superior de Administración Pública ESAP, Investigador de la Universidad Popular del Cesar UPC. Email: yesidpedroza@hotmail.com



## Abstract

The objective of the research was to propose structural guidelines to formulate a public policy on human rights aimed at promoting respect and enjoyment of them in the communities of the municipality of Jagua de Ibirico, Department of Cesar, Colombia.

The study was documentary and projective, carried out under a qualitative approach, using hermeneutics as an episteme of interpretation. As an instrument for data collection the file was used and the technique was the underlining of the documents reviewed, such as Report of the United Nations Organization (UN, 200), Vienna Convention (1965), Observatory of the Presidential Program of Rights Humans (2009), Laws of the Republic of Colombia, among others related to the object of study.

After analyzing the findings based on the contributions of the theorists plus the interpretation of the researcher, it was concluded that in the municipality of Jagua de Ibirico, Department of Cesar, the fronts of the guerrilla (FARC and ELN) and the self-defense groups carried out in the last 15 years a series of kidnappings, assassinations, disappearances, and tortures against the inhabitants and local authorities who expressed their disagreement with the military project of this illegal structure. Given this flagrant violation of human rights, a methodology is proposed for the formulation of a public policy that guarantees human rights in the Jagua de Ibirico municipality based on three strategic axes: Education in Human Rights, institutional strengthening and enforceability of Rights Humans

**Keywords:** Public policy, violation, human rights, guidelines.

La nación colombiana ha sido azotada desde hace más de sesenta años por un conflicto interno que ha fragmentado y polarizado su población, a tal punto que en el año 2017 se realizó un plebiscito para que el pueblo colombiano se pronunciara sobre un acuerdo de paz suscrito entre el Estado colombiano y el grupo guerrillero autodenominado Fuerzas Armadas Revolucionaria de Colombia (FARC) y fue votado negativamente por la mayoría de las personas que acudieron a las urnas. En medio de este escenario los Derechos Humanos (DH) han llevado la peor parte; desplazamientos, tortura, secuestros, restricciones a los más básicos derechos fundamentales es lo cotidiano. La sociedad internacional observa el desarrollo de estos acontecimientos y ha contribuido con esfuerzo y recursos para que se llegue al final de este conflicto,

sin embargo, la clase política colombiana, cuyo único interés es perpetuarse en el poder antepone sus beneficios por encima de los de la población colombiana cada día más pobre y llena de necesidades básicas insatisfechas.

El departamento del Cesar, por su importancia geopolítica y geoestratégica ha sido golpeado duramente. Su ubicación geográfica al servir de puente entre los departamentos que tienen acceso al mar, como el Magdalena, Atlántico y Guajira y al interior del país, permite por la sierra nevada de Santa Marta, sacar los productos del narcotráfico que financia y fomenta la guerrilla, así como también, introducir por ahí mismo armas y el dinero producto de la venta ilegal, por lo que se ha convertido parte del territorio en trofeo de guerra.

Por otro lado, el departamento del Cesar es el segundo productor de carbón de exportación del país por lo que en algunos de sus municipios se han asentado grandes empresas multinacionales que explotan este recurso generando una ola económica que atrae a los grupos subversivos y delincuenciales que ven tanto en sus habitantes, como en estas empresas, potenciales víctimas de chantajes, robos y saqueos.

El municipio de la Jagua, en el departamento del Cesar, es que más recursos ha recibido de las regalías producto de la explotación minera; lo que ha conllevado a que muchas personas de otros países y regiones de Colombia, hayan llegado al mismo en búsqueda de nuevos horizontes de vida. Este municipio fue durante mucho tiempo, despensa agrícola del Cesar y de Colombia, producía diversos alimentos así como asentó grandes hatos ganaderos que proveían de carne y leche al departamento. No obstante la explotación carbonífera convirtió sus tierras en objetivo de grandes terratenientes que conocieron de antemano la información sobre los yacimientos de carbón, fue así como de forma tendenciosa se fueron apoderando de las tierras que pertenecían a pequeños campesinos, comprándolas a bajos precios y frente aquellos que no quisieron vender inventaron una estrategia macabra: el aparato paramilitar.

Fue así como con la excusa de expulsar la guerrilla del Ejército de Liberación Nacional (ELN) y de las FARC los paramilitares auspiciados y financiados por los terratenientes de estos municipios, se dieron a la tarea de expulsar, asesinar, torturar y desplazar a los pequeños campesinos

que se aferraban a su pedazo de tierra, su único sustento, como la esperanza de un futuro mejor para ellos y sus hijos. Los derechos humanos no fue más que una ilusión perdida durante mucho tiempo.

La barbarie que ha vivido Colombia se sintió con mayor fuerza en este municipio a finales de los años 80, todo el periodo de los 90, y la primera década del siglo XXI. Los Derechos Humanos se atropellaron de forma masiva e intensa. Esta situación sigue vigente en la actualidad, ahora bajo el accionar de las bandas criminales, de la guerrilla y del Estado mismo, ya que las necesidades del pueblo, a pesar de la inmensa riqueza que ha entrado en sus arcas, siguen vulneradas; el municipio de La Jagua de Ibirico no cuenta con mínimos de servicios públicos como lo es el del agua potable. Grandes inversiones se han hecho en obras de cemento y pavimento, incluso en acueducto y alcantarillado pero la problemática continua, la corrupción campea indolente en este municipio y su población sigue siendo la víctima.

Frente al estado de los acontecimientos anteriormente descritos, la investigación se planteó como objetivo principal, proponer lineamientos estructurales para formular una política pública en materia de derechos humanos dirigida a fomentar el respeto y goce de los mismos en las comunidades del municipio de la Jagua de Ibirico, Cesar, una vez realizado un análisis teórico sobre las características que tiene la relación políticas públicas-derechos humanos y resumida la problemática de la vulneración de los mismos en el Departamento del Cesar y en el Municipio de la Jagua de Ibirico en los últimos 15 años.

## **1. Instrumentos internacionales de los Derechos Humanos**

Los derechos humanos son, como su nombre lo indica, los derechos que se tienen por el hecho de pertenecer a la raza humana. Donde exista un humano abran derechos humanos. Pero los mismos son una construcción social – política, sobre todo de occidente, que se fue constituyendo a través de las diferentes revoluciones económicas, culturales y sociales a lo largo de la historia y que se consolidaron en la revolución francesa con la publicación de los derechos del ciudadano que más tarde, en 1948, serán la base fundamental de la creación de la llamada carta de los dere-

chos del hombre promulgada por la asamblea general de las naciones unidas.

Según informe de la Organización de las Naciones Unidas (ONU, 2009) se han instituido una serie de instrumentos que procuran el respeto por los derechos del hombre como elemento de la raza humana. En un mundo desigual, lleno de abismos diferenciales entre sociedades de diferentes países, se pretende que exista un mínimo de elementos que le permitan al hombre mantener, por lo menos, una dignidad relativa. Entre los instrumentos pactados a nivel mundial en materia de protección a los derechos humanos se encuentran:

- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)

Estos instrumentos están clasificados dentro de los llamados de *Ius cogens*, que hacen referencia a aquellas normas de derecho absoluto o perentorio que son imperativas, esto es, no admiten ni la exclusión ni la alteración de su contenido, de tal modo que cualquier acto que sea contrario al mismo será declarado como nulo. Los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena (1969) sobre el Derecho de los Tratados, declara la nulidad de cualquier tratado contrario a una norma imperativa. La diferencia entre las normas convencionales o contractuales y la costumbre internacional estriba en que las primeras, han requerido del consentimiento de los Estados y permite su alteración mediante tratados. Por otra parte, las normas de derecho imperativo obligan frente a todos los Estados: esto es, generan obligaciones *erga omnes*.

No existe una lista clara de estos derechos, es decir de los denominados *Ius Cogens*, pero algunas instituciones se han pronunciado al respecto. El Comité de derechos Humanos (ONU) afirma expresamente que son

normas de *ius cogens* (en inglés *peremptory norms*) la prohibición de la tortura y de la privación arbitraria de la vida (Observación general N° 24), así como el derecho a unas garantías procesales mínimas, en especial el derecho a la presunción de inocencia. (Centro de información jurídica en línea, s.f.).

El artículo 2.6 de la Carta de San Francisco o Carta de las Naciones Unidas (1945) afirma que la ONU hará que todos los Estados, incluso los que no sean miembros de la Organización, cumplan los principios recogidos en el propio artículo 2, lo que podría entenderse como un principio de imperatividad. Lo mismo se ha afirmado de la noción de crímenes contra la humanidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que varias normas de protección de los derechos fundamentales son de *ius cogens*, como el acceso a la justicia, llamado por esta Corte derecho al derecho.

La doctrina internacionalista también ha argumentado a favor de la inclusión entre los principios *ius cogens* de determinadas normas, entre las que podrían mencionarse: a) La igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos; b) La prohibición del uso de la fuerza y la obligación de arreglar las controversias internacionales por medios pacíficos, c) La igualdad soberana de los Estados y el principio de no intervención, d) Normas muy básicas como el principio de *Pacta sunt servanda* (lo pactado obliga).

## **2. Los derechos humanos y políticas públicas**

Las acciones planificadas y cimentadas en un proyecto político que realiza el Estado frente a los problemas públicos es lo que se denominan políticas públicas (Pedroza y Colina, 2016). Según estos autores para que la acción de un gobernante se identifique como política pública, la misma debe ser el resultado de una respuesta por parte del aparato estatal frente a una construcción política (problema público) de un problema social (carencia objetiva de una población determinada) en la que se identifica un actor que lo lidera (empresario político) se enfrente a otros públicos interesados en abrogarse los recursos públicos y disputarse su entrada a la agenda política del gobernante.

Ahora bien, la relación entre políticas públicas y derechos Humanos se fundamenta en la obligación que adquieren los Estados al ratificar los tratados internacionales de derechos humanos o al ser presionados por la comunidad internacional vigilante de las acciones gubernamentales respecto de sus políticas, estrategias y acciones alrededor de la temática misma. Los Estados, como es el caso del colombiano, una vez ratifican los Tratados Internacionales deben efectuar ajustes en toda su estructura institucional para lograr su plena realización y el medio más efectivo para ello es a través de las políticas públicas. (Pautassi, 2008)

En tal sentido como lo afirma la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) las políticas públicas son lineamientos o cursos de acción que definen las autoridades de los Estados para alcanzar un objetivo determinado, y que contribuyen a crear o a transformar las condiciones en que se desarrollan las actividades de los individuos o grupos que integran la sociedad. Una política pública no puede alcanzarse cabalmente sin una referencia concreta a los derechos humanos. Las políticas públicas tienen como objetivo hacer que estos derechos se concreten en los planos normativo y operativo, así como en las prácticas de las instituciones y los agentes estatales (CIDH, 2009).

### **3. Características principales del enfoque de derechos humanos en las políticas públicas.**

El enfoque de derechos humanos considera el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como el marco conceptual y de acción en el proceso de formulación, implementación y evaluación de las políticas públicas creadas para la protección y promoción de los derechos humanos partiendo de las obligaciones del Estado de mejorar las condiciones de respeto, protección, garantía y promoción de los derechos humanos y del otorgamiento de poder a las personas bajo la jurisdicción del Estado, al reconocerlos como titulares de derechos (Abramovich y Courtis, 2006).

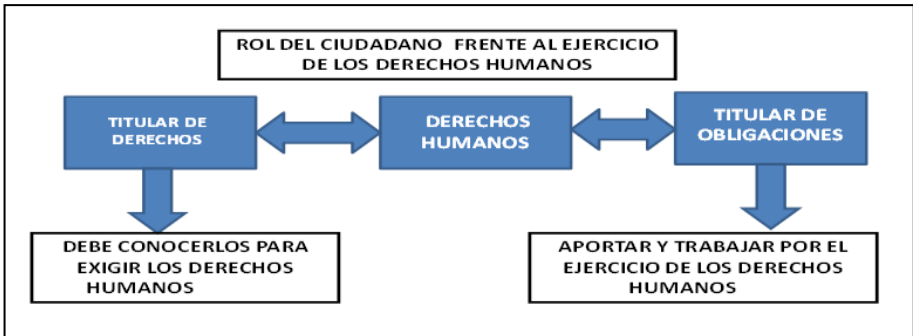
Dentro del enfoque de derechos humanos en las políticas públicas se identifican dos características principales: 1) la primera consiste en que genera las condiciones para el empoderamiento de las personas como sujetos de derechos, y 2) la segunda parte de que la política pública asu-

me de manera integral el cumplimiento de los Estándares Internacionales en materia de Derechos Humanos (OACNUDH, 2004).

El enfoque de DH interpreta que el ciudadano como sujeto y objeto del accionar de la política pública, es decir, como titular de derechos, tiene obligaciones frente a las acciones encaminadas a preservar los instrumentos e instituciones privadas o públicas responsables de la defensa de los derechos humanos.

El ciudadano debe conocer los derechos humanos y sus reglamentaciones nacionales e internacionales para exigir el cumplimiento del goce de los mismos, pero le asiste por otro lado, la obligación de trabajar y aportar todo lo que esté a su alcance para asegurar el ejercicio y disfrute de estos derechos. La defensa del Estado, su institucionalidad y aparato, pero también el seguimiento y control a la actuación de la misma institucionalidad en conexión con sus responsabilidades. (Ver gráfico 1).

**Gráfico 1. Rol del ciudadano ante los DDHH**



Elaboración Propia. Fuente: Pedroza (2018)

#### **4. Antecedentes del fenómeno de vulneración de los derechos humanos en el municipio de la Jagua de Ibirico, Cesar**

De acuerdo con el diagnóstico del municipio de La Jagua de Ibirico, elaborado por el Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH (2009) en La Jagua de Ibirico (Cesar), hacen presencia desde la década de los años ochenta, el frente 41 de las FARC, guerrilla desmovilizada actualmente, y el frente José Manuel Martínez Quiroz del

ELN, en proceso de negociación de acuerdo de paz con el gobierno nacional en Cuba. Ambos frentes se ubicaron en este municipio, debido a su ubicación geoestratégica por ser corredor de movilidad que comunica el nororiente del país con la Costa Atlántica y Venezuela, así como por el desarrollo de las actividades comerciales, ganaderas, agropecuarias y carboníferas. Los grupos guerrilleros en un comienzo, extrajeron sus recursos económicos de la realización de secuestros extorsivos, así como a través de la depredación de las rentas provenientes de la economía municipal.

Por otra parte, las autodefensas ingresaron al territorio a finales de la década de los noventa, a través del frente Juan Andrés Álvarez, perteneciente al bloque Norte, con el objetivo de disputarle a las guerrillas el control sobre el citado corredor de movilidad así como de los recursos económicos lícitos e ilícitos. En este sentido, entre los años 2002 y 2006, la intensidad de la confrontación armada en el municipio giraba en torno a la disputa territorial que se estaba presentando entre los grupos guerrilleros y de autodefensas. (Observatorio Del Programa Presidencial De Derechos Humanos y DIH, 2009)

No obstante de haberse presentado una desmovilización en 2006 de algunos integrantes del bloque Norte de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), se reportó la presencia de nuevas estructuras delincuenciales al servicio del narcotráfico como las *Águilas Negras*, *Los Rastrojos* y *Los de Urabá o Urabeños*; estas estructuras se disputan el dominio territorial del municipio que se constituye en un corredor de movilidad que conecta la serranía del Perijá, con la Costa Atlántica y por su situación fronteriza con la República de Venezuela. (Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH, 2009)

Durante el periodo 2004–2008, según el informe del Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH (2009) los hechos violentos reportados en el municipio de la Jagua de Ibirico fueron los siguientes:

a) Del total de los combates que se reportaron en Cesar (322) el 4%, es decir 12, ocurrieron en La Jagua de Ibirico, mientras que, con respecto a la totalidad de las acciones que se reportaron a nivel departamental (69), 2 se presentaron en este mismo municipio.



b) Los años 2006 y 2007 fueron los años en las cuales se concentró la mayoría de los combates reportados en La Jagua de Ibiríco, con 5 y 6 contactos armados respectivamente. La estructura armada ilegal más combatida entre 2004 y 2008 fue el ELN, contra la cual la Fuerza Pública desarrolló 6 de los 11 combates (50%). No obstante, es importante mencionar que en 2007 se registraron 2 contactos contra estructuras criminales al servicio del narcotráfico.

c) Entre enero y mayo de 2008 y 2009 de la intensidad de la confrontación armada, se observó que en este periodo no se registraron ni acciones de los grupos armados ni combates en el municipio de La Jagua de Ibiríco.

De acuerdo con la información estadística sistematizada por el Observatorio del Programa Presidencial de DH y DIH, de la Vicepresidencia de la República de Colombia (2009), durante el periodo 2004–2008, el municipio de La Jagua de Ibiríco registró una tasa de homicidio decreciente en los dos primeros años del periodo, para posteriormente presentar incrementos sustanciales en 2006 y 2007 con tasas de 54.10 HPCH y 107.79 HPCH. En el 2008, la tasa de homicidio se ubicó en 8.96 HPCH. Los años 2006 y 2007, fueron los más críticos en materia de homicidios ya que la tasa municipal se duplicó y casi triplicó la tasa departamental.

La situación que se registra entre 2006 y 2007 tanto a nivel departamental como municipal, podría estar relacionada con el proceso de transformación y reconfiguración de grupos armados al margen de la ley presentes en la zona, asociado con la aparición de nuevas estructuras ilegales al servicio del narcotráfico denominadas Águilas Negras, Los Rastrojos y Los de Urabá, organizaciones delincuenciales que comenzaron a hacer presencia en la zona, con el objetivo de recuperar y ejercer dominio sobre los corredores de movilidad abandonados por los desmovilizados grupos de autodefensas. (Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH, 2009)

En este sentido, en el informe de riesgo No.59 del 27 de julio de 2004 de la Defensoría del Pueblo, citado en el informe del Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH (2009) sobre la ocurrencia de violaciones a los derechos humanos en el marco de dicha confrontación, los frentes de la guerrilla (FARC y ELN) y los grupos de

autodefensas realizaron una serie de asesinatos, desapariciones, y torturas en contra de los habitantes de la región, por considerarlos como base social y/o de apoyo de la guerrilla, y en contra de las autoridades locales que manifestaron su desacuerdo frente al proyecto militar de dicha estructura ilegal.

Con respecto a la situación de minas antipersonal, el municipio de La Jagua de Ibiríco reportó 9 eventos durante el periodo analizado, de los cuales 5 fueron accidentes y 4 incidentes. Los 5 accidentes por Map y Muse que se registraron en La Jagua de Ibiríco arrojaron un total de 11 víctimas, de las cuales 3 eran civiles y 8 militares. Además, 3 resultaron víctimas fatales, mientras las 8 restantes quedaron heridas. Las víctimas que se reportaron en el municipio representaron el 21% de las registradas en el departamento con un total de 53. (Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH, 2009)

El fenómeno del desplazamiento forzado entre los años 2004 y 2008 en el municipio de Jagua de Ibiríco salieron 3.545 personas en calidad de desplazadas concentrando el 5% del total del desplazamiento registrado a nivel departamental. El primer desplazamiento masivo de este municipio fue en el año 2005, cuando 22 hogares (108 personas) tuvieron que desplazarse al casco urbano del municipio de Morales (Bolívar).

El segundo desplazamiento se presentó en agosto del mismo año, a raíz de amenazas propinadas por las guerrillas de las FARC y el ELN; estos grupos también habían cometido una serie de homicidios selectivos que generaron temor generalizado entre la población. En este evento, 54 hogares (256 personas) se desplazaron del corregimiento de La Victoria, veredas Nueva Granada y el Zumbador. Mientras que en materia de recepción, durante el período analizado 1.091 personas arribaron al municipio de La Jagua de Ibiríco; al igual que la expulsión, el año más crítico fue 2005, cuando llegaron desplazadas 621 personas. (Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH, 2009)

## **5. Resultados y discusión**

La vulneración de los derechos humanos en el departamento del Cesar y particularmente en el municipio de La Jagua de Ibiríco, se debe entender

en un contexto espacio-temporal. No es un hecho aislado, ni puntual, sino, con una historia que merece ser estudiada con el ánimo de aprender de las experiencias pasadas y que el Estado procure en un ejercicio de soberanía y rescate democrático implementar estrategias que permitan erradicar de raíz las causas que las originan.

Los DH son atropellados por actores ilícitos desde todos los espectros de las ideologías políticas que son clasificadas como de izquierda o de derecha. Guerrilleros, paramilitares, delincuencia común, pero aún peor, por agentes del Estado mismo se han convertido en actores principales de los hechos que impiden a los ciudadanos de estos territorios gozar de sus derechos humanos por la razón principal de ser humanos.

## **6. Propuesta de lineamientos para formular una política pública de derechos humanos en el municipio de La Jagua de Ibirico, Cesar, Colombia**

La formulación de la Política Pública de derechos humanos para el municipio de La Jagua de Ibirico, se fundamenta en la teoría del análisis de políticas públicas que tiene como objetivo fundamental hallar la mejor solución posible a un problema, considerado público, o sujeto de acción gubernamental (Pedroza y Colina, 2016) en este caso el problema de vulneración de derechos humanos. Esta orientación disciplinar se fundamenta en la integración del enfoque de derechos humanos que procura el goce efectivo de los derechos humanos de los habitantes de un territorio determinado a partir de la incorporación en la política de los estándares internacionales del DIDH.

A partir de la priorización de los problemas en materia de derechos humanos presentes en el municipio de la Jagua de Ibirico, la política pública de derechos humanos se centrara en tres ejes estratégicos que dinamizaran el goce efectivo de los derechos humanos de los habitantes del Municipio. Tales ejes son: Eje estratégico de Educación en Derechos Humanos, Eje estratégico de fortalecimiento institucional y Eje estratégico de exigibilidad de los Derechos Humanos.

1. Eje estratégico de educación en derechos humanos

Objetivos: Fortalecer y sensibilizar a los funcionarios públicos en el respeto, protección, garantía y promoción de los derechos humanos y Sensibilizar y formar a la comunidad del municipio en competencias para la defensa, protección y exigibilidad de humanos.

2. Eje estratégico fortalecimiento institucional

Objetivo: Fortalecer la capacidad de gestión y oferta de las personas, instituciones y organizaciones sociales defensoras de derechos humanos ante el riesgo y la vulneración e Implementar el enfoque de Derechos Humanos en las acciones de gobierno, Políticas Públicas y los planes de desarrollo.

3. Eje estratégico de exigibilidad de los derechos humanos

Objetivo: Fortalecer y empoderar al ciudadano de la ruta de atención y exigibilidad de las víctimas de vulneraciones de Derechos Humanos.

## **7. Consideraciones para la formulación de la política pública de derechos humanos (DH) en La Jagua de Ibirico.**

Algunas de las consideraciones para implementar una Política Pública en DH en el municipio, *mutatis mutandi*, se plantean analizando las recomendaciones hechas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2018) al Estado colombiano, y que a nuestro juicio, deben ser tenidas en cuenta por el gobierno municipal al momento de formular su política DH:

a) Establecer indicadores para hacer seguimiento de la percepción de la ciudadanía respecto a los cambios reales, midiendo su impacto, en el disfrute efectivo de los derechos humanos mediante un sistema que incluya el nivel veredal.

b) Buscar apoyo en organismos internacionales para establecer mecanismos de control eficientes para garantizar que los recursos asignados para la implementación de la política pública en DH generen impactos medibles, que contribuyan a un mayor disfrute de tales derechos en las comunidades urbanas y rurales del Municipio.

c) Empoderar a los campesinos, comunidades indígenas y afrocolombianas con el propósito de profundizar el reconoci-

miento, fortalecimiento y respaldo a la legitimidad del trabajo de las Juntas de Acción Comunal, los consejos comunitarios afrocolombianos y las autoridades indígenas en las acciones gubernamentales encaminadas a propugnar el goce y disfrute de los DH.

d) Prestar especial atención se a la población infantil y adolescentes con el propósito de garantizar el acceso a la educación, asistencia psicosocial y desarrollo humano, aplicando el principio del interés superior del niño, el enfoque de género y étnico.

e) Vigilar y desarrollar actividades que sensibilicen a la fuerza pública del Estado, para que su accionar se ajuste a los principios del derecho internacional de los derechos humanos, a que el empleo legal de la fuerza esté sujeto a condiciones estrictas, según las normas internacionales relevantes, y a la rendición de cuentas de manera transparente.

## **8. Método de construcción de la política pública de derechos humanos municipal**

Para la construcción de una política pública municipal en derechos humanos, se propone el método de Meny y Thoenig (1992) por incluir los pasos que a seguir para la planificación, seguimiento y evaluación de políticas públicas que cuenten con un proyecto político, es decir, con una ideología que pretenda cambiar la realidad de las cosas. Las fases del método propuesto por Meny y Thoenig (1992) se describen a continuación:

Fase 1: sensibilización, formación y conceptualización.

El gobierno municipal no debe actuar en forma aislada del sentir y necesidades de la comunidad, por lo que es pertinente desarrollar escenarios de socialización y concertación en donde para realizar un diagnóstico lo más cerca a la realidad, procurando ser objetivos, evitando criterios corruptos o de interés político. En esta fase el municipio deberá contar con expertos o con instituciones reconocidas en estos temas como las universidades o los observatorios de políticas públicas u organizaciones trabajadoras en la educación en derechos humanos. Lo ideal es que esta política sea entendida en toda su dimensión y se le dé la importancia que merece por lo que debería contar con un líder con dedicación, tiempo y

conocimientos de la temática. Dentro de las actividades que deben realizarse en esta fase se propone:

- a. Elaborar un marco teórico, conceptual y metodológico de la política pública que integre los estándares internacionales de derechos humanos, las normas internas y el contexto municipal.
- b. Recolectar información de diversas fuentes de primera y segunda mano con objeto de diagnosticar la situación de DH del municipio de La Jagua de Ibirico.
- c. Organizar talleres y foros consultivos con la comunidad, funcionarios gubernamentales y expertos en materia de política pública.
- d. Armonizar la política municipal de derechos humanos con el Plan Nacional y Departamental de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.
- e. Redactar el documento de ajuste de la política pública.

## Fase 2: formulación

Una vez desarrollada la primera fase, el equipo coordinador deberá realizar una sistematización de los datos obtenidos aplicando criterios científicos que brinden validez y confiabilidad a la información que se produzca. Se sugiere utilizar programas especializados así como expertos en sistemas y en estadísticas. En esta fase se deberá obtener como mínimo los siguientes productos:

- a) La conceptualización de la Política Pública: Después de la investigación documental y metodológica, el equipo coordinador propondrá un modelo conceptual de Política Pública de Derechos Humanos que se adapte a la realidad municipal. Aquí se tendrán como líneas estructurales las normas de *iuscogens* en derechos humanos, los tratados internacionales, los estándares internacionales de derechos humanos, la normatividad interna de Colombia en la materia, la propuesta de política integral de derechos humanos

2014-2034 para Colombia, experiencias anteriores de otros municipios en Colombia o en otro país, y el análisis jurisprudencial y doctrinario sobre la temática.

Asimismo, es fundamental tener en cuenta los aportes que presentan los líderes comunitarios, las organizaciones defensoras de derechos humanos que participen en la convocatoria, así como los aportes de la personería municipal y otras instituciones como la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo.

**b)** Diagnóstico de la situación real: En esta parte se deberá implementar una intensa recolección de información por lo que se debe recurrir a técnicas científicas utilizadas en investigaciones cualitativas y cuantitativas. Entre las sugeridas: entrevistas en profundidad, análisis documental, observación no participante e investigación acción participativa, así como la encuesta, el análisis de datos estadísticos, triangulación, entre otras.

El producto de esta etapa deberá contar con la identificación y valoración de variables que contemple por lo menos los siguientes aspectos: a. Identificación del marco legal internacional, nacional y municipal, b. Identificación de las instituciones responsables del respeto, protección, garantía y promoción de los derechos humanos en el municipio, c. Identificación de indicadores sociales, d. Identificación de grupos vulnerables, e. Diagnóstico situacional de derechos humanos.

**c)** Identificación y priorización de problemas Derechos Humanos municipales: Seguidamente del diagnóstico, se deberá realizar un proceso de consulta social en donde se identifiquen cuáles problemas deberán catalogarse como públicos en materia de derechos humanos, por lo que se sugiere la propuesta metodológica de Pedroza y Colina (2016), quienes incluyen los siguientes criterios a tener en cuenta en este momento:

- Interés y relevancia del problema social en los públicos municipales así como en los actores de la gobernanza municipal al respecto del goce pleno de los derechos humanos de los grupos en situación de vulnerabilidad.

- La situación política, social, económica y cultural por la que está atravesando el país, el departamento y el municipio de la Jagua de Ibirico.

- Los recursos legales, políticos y financieros con los que pueda contar el municipio, así como los que tenga la sociedad civil interesada en la problemática de los derechos humanos.

**d)** Estructuración del Plan de Acción y Presupuesto: Una vez definidos la priorización de los problemas se deberá construir un Plan de Acción gubernamental contemplando todas las ventajas que ofrece el modelo de gobernanza, se sugiere la elaboración de un instrumento técnico en lo posible sistematizado.

**e)** Seguimiento y control: El gobierno municipal deberá organizar mecanismos de vigilancia, control y seguimiento, tanto institucional como ciudadano, que permitan ir midiendo la eficacia de las acciones programas, así como su impacto de la política pública de forma tal, que se puedan realizar los cambios pertinentes en tiempo real. También es muy importante involucrar a los organismos de control legal como la Personería municipal, La Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Defensoría del Pueblo y las encargas de vigilar los programas de derechos humanos.

## 9. Conclusión

Como resultado del análisis realizado en relación a la vulneración de los derechos humanos en el Municipio de La Jagua de Ibirico, Cesar, se evidenció que a lo largo del tiempo se profundizó la violencia en el Departamento del Cesar, donde han ocurrido hechos de diversa índole en contra de los derechos humanos.

Hoy otra es la realidad, pero aun no la deseada, si bien es cierto que las violaciones han disminuido y se siguen presentando en menor escala, algunos actores violentos se mantienen, tales como grupos guerrilleros del ELN, mientras que otros han mutado, por ejemplo los paramilitares hoy se han convertidos en bandas criminales, pero siguen realizando las mismas acciones, su principal blanco ahora son los líderes campesinos



que reclaman por las tierras que le fueron arrebatadas en un concurso de linciuencial conformado por los terratenientes de las zonas, las autoridades administrativas como los notarios, las fuerzas armadas e incluso la justicia.

Están, también, las disidencias de las FARC reclamando nueva identidad pero manteniendo las mismas estrategias bélicas, así como la acción de agentes del orden que siguen actuando al lado de grupos violentos, pero ya no como una política gubernamental, las que le dieron origen a actuaciones nefastas como los mal llamados falsos positivos.

Organismos internacionales con sede en Colombia como el Consejo de Derechos Humanos (2018) anualmente presentan informes sobre el estado de los derechos humanos así como sugerencias para el mejoramiento de la situación de vulnerabilidad de algunas poblaciones víctimas. Algunos datos relevantes para el análisis realizado son los siguientes:

**a)** Falta de servicios básicos de salud y de una política pública de salud que sea culturalmente relevante afecta a los pueblos indígenas en riesgo de extinción, falta de acceso a servicios de salud en comunidades campesinas en varias de las antiguas zonas de influencia de las FARC-EP.

**b)** La tasa de mortalidad infantil en la población indígena (20,9 muertos por cada 1.000 nacidos vivos) es cinco puntos más alta que entre la población no indígena (15,9). La tasa de mortalidad materna en mujeres afrocolombianas es de 152,9, mientras que en el resto de la población<sup>12</sup> es de 66,5.

**c)** La corrupción priva a muchas comunidades de inversión social y socava los esfuerzos del Estado por garantizar todos los derechos humanos.

**d)** La OACNUDH documentó 11 casos de supuestas ejecuciones extrajudiciales en 2017, en Arauca, Bolívar, Cesar, Córdoba, Cundinamarca, Norte de Santander y Tolima. Por segundo año consecutivo, se registraron presuntas ejecuciones extrajudiciales cometidas por el ejército en Bolívar, Cesar y Norte de Santander.

- e) Impunidad selectiva en casos de ejecuciones extrajudiciales cometidas por miembros de las fuerzas armadas que involucran a Generales, poniendo en riesgo los derechos de las víctimas a la justicia y a la verdad.
- f) Amenazas a víctimas, testigos y funcionarios judiciales que participan en litigios en casos de ejecuciones extrajudiciales.

Los planteamientos anteriores muestran el panorama de los DH en el departamento del Cesar, que quizás por poseer diferentes fuentes de recursos económicos ha sido muy apetecido por actores violentos, que vulneran y atropellan los habitantes privándolos del goce real, como derecho constitucional y legal, de sus derechos humanos. El caso de los municipios del centro del departamento, como La Jagua de Ibirico, está hoy más vivo que nunca, pues a diferencia de los demás, aún se sigue explotando las minas de carbón que generan ingresos al municipio y sus habitantes motivo para seguir siendo el blanco de la violación flagrante a los derechos humanos consagrados en la constitución colombiana, las leyes nacionales y tratados internacionales.

La formulación de una política pública de derechos humanos para el municipio de La Jagua de Ibirico, se debe basar en una base conceptual y metodológica, cuyo eje fundamental busque adoptar y ejecutar la mejor solución a la problemática de derechos humanos existente, sin modelarla o someterla a los embates de los intereses particulares, o peor aún, a la corrupción que desborda sus niveles en municipios como estos que reciben grandes transferencias de dinero producto de las regalías del carbón que se explota en su territorio.

El enfoque de derechos humanos, como línea estructural en el diseño de la política pública, debe buscar el goce efectivo de los derechos humanos de la población del municipio a partir de la incorporación en la política que se diseñe de los estándares internacionales del DIDH, ya sea porque pertenezcan a los llamados derechos de *iuscogens* o a los que Colombia esté obligado a cumplir por haber suscrito algún tratado internacional bajo el principio de la *pacta sunt servanda*.

También es importante considerar los principios que rigen la nueva gestión pública en Colombia relacionados con la optimización, racionalización y transparencia en la utilización de los recursos disponibles. Lo que está en juego es la esencia humana misma, lo cual no es justificación para el derroche o malversación de las inversiones de los dineros del municipio, que por demás es un ataque directo a los derechos humanos de la ciudadanía que se ve privada de oportunidades de mejorar su calidad de vida.

### Fuentes de información

- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. (2005). Apuntes sobre la Exigibilidad Judicial de los Derechos Sociales. Recuperado de: <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/courtis.htm>.
- Carta de las naciones unidas. (1945). Recuperado de [www.un.org/es/documents/charter/](http://www.un.org/es/documents/charter/).
- Centro de información jurídica en línea. (s.f.). El iuscogens. Recuperado de [file:///C:/Users/Familiar/Downloads/el\\_ius\\_cogens.pdf](file:///C:/Users/Familiar/Downloads/el_ius_cogens.pdf).
- Consejo de Derechos Humanos (ONU). (2018). Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General. Recuperado de <http://www.hchr.org.co/index.php/informes-y-documentos/informes-anales>
- Convención de Viena. (1969). Derecho de los tratados. Recuperado de <https://www.dian.gov.co/normatividad/convenios/ConveniosMultilaterales/M026.pdf>
- CIDH, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Informe de seguridad
- Ciudadana y Derechos Humanos. Recuperado de: <http://www.cidh.org>.
- Hernández, S., R., Fernández, C., C., Baptista, L., P. (2016). Metodología de la investigación. México D.F., México. MCGRAW-HILL
- Hurtado de Barrera, Jacqueline. (2010). El proyecto de investigación. Comprensión holística de la metodología y la investigación. Quirón ediciones. Bogotá, Colombia
- Meny Ives, Thoenig, Jean Claude. (1992). Las Políticas Públicas. Ariel Ciencia Política. España.

- OACNUDH - Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2004). Los Derechos Humanos y la Reducción de la Pobreza: Un marco Conceptual. Nueva York y Ginebra. Recuperado de [www.ohchr.org/Documents/Publications/PovertyStrategiessp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/PovertyStrategiessp.pdf)
- Observatorio Del Programa Presidencial De Derechos Humanos y DIH. (s.f.). Diagnóstico de la situación del municipio habitado por las comunidades afrocolombianas priorizadas por la Honorable Corte Constitucional en el departamento de Cesar (La Jagua de Ibirico).
- Pautassi, L. (2008). La articulación entre políticas públicas y derechos, vínculos difusos. En X.Eraza, V. Abramovich y J. Orbe eds. Políticas públicas para un Estado social de derechos : el paradigma de los derechos universales. Santiago de Chile, LOM Ediciones. 89-116 Página 70
- Pedroza, A. y Colina, D. (2016). Construcción social de problemas públicos. Rol del líder comunitario en el fortalecimiento de la democracia participativa. Maracaibo, Venezuela. Editorial Inver-e-groupvenezuelac.a.



# DERECHO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL MARCO DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO COLOMBIANO

Jorge Armando Valdelamar Montes<sup>1</sup>  
William Ramón López Narváez<sup>2</sup>  
Angie Paola Luna Pineda<sup>3</sup>  
Sonia Milena Álvarez Camargo<sup>4</sup>

## Resumen

El presente artículo muestra los resultados de una investigación, que giró en torno a la figura de la pérdida de competencia consagrada en el Código General del Proceso, su correlación con los principios de intermediación, celeridad, eficiencia y eficacia, y su afectación al derecho a la tutela judicial efectiva. El derecho a la tutela judicial efectiva, es un derecho constitucional que está regulado en la Carta Política de 1991, y que consagra el derecho de todas las personas de acceder a la justicia. Esta norma se aplica en concordancia con el artículo 29 constitucional que consagra el derecho fundamental al debido proceso. De lo anterior se extrae la temática de nuestra investigación, que consiste en analizar el acceso a la justicia sin dilaciones injustificadas a la luz de la nueva

---

<sup>1</sup> Abogado Titulado de la Corporación Universitaria del Caribe – CECAR (2014), Maestrante en Derecho y Negocios Internacionales, Especialista en Derecho Procesal Civil de la Corporación Universitaria del Caribe -CECAR (2015), Conciliador Extrajudicial en Derecho, Diplomado en Docencia Universitaria de la Universidad Autónoma de Colombia (2010), Coordinador General de Áreas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe -CECAR, desde el año (2015), [jorge.valdelamar@cecar.edu.co](mailto:jorge.valdelamar@cecar.edu.co)

<sup>2</sup> Abogado Titulado de la Corporación Universitaria del Caribe – CECAR (2014), estudiante de la especialización en Derecho Procesal Civil de la Corporación Universitaria del Caribe - CECAR (2015), Diplomado Derecho Privado de la Corporación Universitaria del Caribe -CECAR (2013), Sustanciador del Juzgado Promiscuo M/pal de Descongestión de Corozal (Sucre) desde el año (2014), [wlnarvaez@hotmail.com](mailto:wlnarvaez@hotmail.com)

<sup>3</sup> Abogada Titulada de la Corporación Universitaria del Caribe –CECAR (2011), estudiante de la especialización en Derecho Procesal Civil de la Corporación Universitaria del Caribe -CECAR (2015), Diplomada en Docencia Universitaria de la Universidad Autónoma de Colombia (2010), Abogada de Gestión Predial de la Concesión Vial Vías de las Américas desde el año 2015, [angiepalunapi@hotmail.com](mailto:angiepalunapi@hotmail.com)

<sup>4</sup> Abogada Egresada de la Corporación Universitaria del Caribe –CECAR (2013). Contador público de la misma universidad (1996). Especialista en Finanzas (1998) y en Gerencia de la Hacienda Pública (2003) de la Corporación Universitaria del Caribe – CECAR, [soniamilenaalvarez@hotmail.com](mailto:soniamilenaalvarez@hotmail.com)

normativa procedimental introducida por la Ley 1564 de 2012 por la cual se expidió el Código General del Proceso (en adelante CGP).

**Palabras Clave:** Pérdida de competencia, factor de temporalidad, Código General de Proceso, tutela judicial efectiva.

### Abstract

This article shows the results of an investigation, which focused on the loss of jurisdiction enshrined in the General Code of Procedure, its correlation with the principles of immediacy, speed, efficiency and effectiveness, and its impact on the right to effective judicial protection. The right to effective judicial protection is a constitutional right regulated in the 1991 Political Charter, which enshrines the right of everyone to have access to justice. This rule is applied in accordance with article 29 of the Constitution, which enshrines the fundamental right to due process. The subject matter of our investigation is drawn from the above, which consists of analyzing access to justice without unjustified delays in light of the new procedural regulations introduced by Law 1564 of 2012 by which the General Code of Procedure (hereinafter CGP) was issued.

**Keywords:** Loss of competence, temporality factor, General Code of Procedure, effective judicial protection.

La nueva legislación trae innovaciones importantes que buscan imprimirle celeridad y eficiencia a la administración de justicia. Entre las más destacadas se encontró la introducción del sistema oral o por audiencias que adopta la oralidad como regla general del proceso civil, sin abandonar de todo la escrituralidad, pues la conserva para los actos introductorios y otras actuaciones. Se destaca también la unificación de procesos y términos judiciales, la incorporación del proceso monitorio y el régimen de insolvencia de persona natural no comerciante. Pero en cuanto a la mora judicial, quizá el elemento que más aqueja a la justicia colombiana y que es originado por múltiples factores, es la figura de la duración razonada del proceso contenida en el artículo 121 y que consagra la pérdida de competencia por factor de temporalidad, como la hemos denominado, que consiste en la pérdida de competencia de

un juez sobre un proceso de su conocimiento, si pasado un año después de haber sido admitida, no se ha dictado sentencia.

En la exposición de motivos del proyecto de Código General del Proceso (ICDP, s.f.) hecha por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, se indica claramente que la inclusión de esta regla busca hacer la justicia más ágil y que no exista un enorme espacio de tiempo entre la admisión de la demanda y la sentencia judicial. Con esta finalidad, los promotores de la nueva legislación, crearon nuevas reglas de procedimiento que fortalecen el principio de celeridad procesal. Es por ello que se consagran términos perentorios, como el de doce meses para emitir el fallo judicial, y seis para decidir en segunda instancia. Sin embargo, resulta preocupante el exagerado interés por imponer un plazo perentorio para emitir una sentencia, obviando aspectos fundamentales como los principios de inmediación, eficiencia y eficacia, de cara a la recta administración de justicia y a obtener una sentencia justa, no solamente en derecho, que propenda la consecución de la verdad procesal y con ello la satisfacción de los derechos de los justiciables.

Es preciso, entonces, analizar la figura de la pérdida de competencia por el factor de temporalidad contenida en el artículo 121 del CGP, frente a los principios de inmediación, celeridad, eficiencia y eficacia, y su afectación al derecho de tutela judicial consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política de 1991. Para ello es necesario estudiar el derecho de tutela judicial efectiva consagrado en la normativa constitucional, legal, jurisprudencial y en la doctrina colombiana, identificar la figura de la pérdida automática de la competencia por el factor de temporalidad consagrada en el artículo 121 del CGP, establecer la correlación entre los principios de inmediación, celeridad, eficiencia y eficacia, y estudiar la figura de pérdida de competencia por el factor de temporalidad, para luego determinar el grado de afectación del derecho de tutela judicial efectiva en Colombia, de cara a la nueva legislación.

Adicionalmente, se hace necesario dar una mirada a los principios de inmediación, celeridad, eficiencia y eficacia dentro del CGP, ya que éstos tienen relación directa con la figura de la pérdida de la competencia y el derecho a la tutela judicial efectiva.



Sobre este tema, no es mucho lo que se ha disertado, salvo algunas referencias bibliográficas y doctrinales, sin embargo, hay mucho que construir y debatir, pues lo consagrado en el CGP puede constituirse en una verdadera utopía.

Es por ello que la presente investigación giró en torno a la siguiente pregunta problema: ¿La pérdida de competencia por el factor de temporalidad contenido en el artículo 121 del Código General del Proceso, y su correlación con los principios de inmediación, celeridad y eficacia, afectan el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política de 1991?

Esta es una investigación jurídica, con enfoque cualitativo, teórica, cuyo objetivo principal fue determinar el grado de afectación del derecho a la tutela judicial efectiva, a la luz de la figura de la pérdida de competencia consagrada en el artículo 121 del Código General del Proceso. Como método para la recolección de información, se consultaron fuentes secundarias como libros, artículos de revistas, documentos web, revistas electrónicas y bases de datos, con el propósito de construir nuestro marco teórico conceptual.

Con este artículo se busca aportar al debate académico y jurídico sobre la figura de la duración razonable del proceso y a la discusión sobre la concreción de dicha disposición normativa de cara a la materialización del derecho de acceso a la justicia.

Metodológicamente hablando, el orden del artículo es el siguiente: primero analizaremos el derecho de acceso a la justicia como derecho constitucional y su desarrollo en la normativa, la jurisprudencia y la doctrina colombiana. En segundo lugar, se hará un estudio de los principios de inmediación, celeridad, eficiencia y eficacia. Como tercer punto se estudiará la figura de la pérdida de competencia consagrada en el Código General de Proceso; y seguidamente se analizará el grado de afectación de la figura de la pérdida de competencia frente al derecho de tutela judicial efectiva en Colombia. Finalmente plantaremos las conclusiones y propuestas producto de la investigación.

## 1. Derecho a la tutela judicial efectiva

Colombia al ser un *Estado social de derecho* que propende por la dignidad humana y la igualdad entre las personas, consagra dentro de su ordenamiento jurídico un sin número de garantías constitucionales, legales y jurisprudenciales que han permitido en cierta medida lograr la solución pacífica de los conflictos jurídicos que se pueden ocasionar entre particulares y el mismo Estado; es aquí donde hace su aparición el derecho a la tutela judicial efectiva, definido como aquel que tienen todas las personas a acceder al aparato jurisdiccional del Estado, cuando consideren que sus derechos se encuentran quebrantados, ya sea por la acción u omisión de un servidor o autoridad pública o un particular.

Nuestra Constitución Política enmarca este derecho dentro de dos artículos, a saber, el artículo 29 y el artículo 228. El Artículo 29 consagra lo siguiente: El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso (Constitución Política de Colombia, artículo 29). Asimismo, en el artículo 229 “*Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado*” (Constitución Política de Colombia, artículo 229); por lo que se hace evidente que el derecho a la tutela judicial efectiva es el desarrollo de la aplicación de los dos artículos antecesores. Sobre el particular, José Cárdenas Torres (s.f.) considera que (...) mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una con-

cepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos.

Igualmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, ha definido el derecho a la tutela judicial efectiva como “la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes”. Este derecho constituye un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata, que forma parte del núcleo esencial del debido proceso (Sentencia C 279-13, 2013).

Para los doctrinantes, el *derecho a la tutela judicial efectiva* tiene un carácter prestacional que busca que se despliegue, la actividad judicial y se responda a través del proceso a las pretensiones que se formulan, las que deben resolverse con base en el sistema de fuentes establecido por la jurisdicción independiente, imparcial y en un término razonable, mediante una decisión de fondo motivada, salvo que concurran causas legítimas de inadmisión (Oñate, 2011).

Es pertinente resaltar que este derecho no solo se limita a acceder a la justicia con la presentación de la demanda, sino que se compone de todas las actuaciones que debe desplegar el funcionario judicial para lograr la terminación efectiva del conflicto. Es decir, impregnar de legalidad todas las actuaciones judiciales, y dar aplicación a las normas y principios que reglamentan el ordenamiento jurídico procesal.

La tutela judicial efectiva es una garantía procesal que debe estar presente desde el momento en que se accede al aparato jurisdiccional, hasta que se ejecuta de forma definitiva la sentencia dictada en concreto, es decir, que una vez garantizado el acceso a la justicia, cada uno de los demás principios y garantías constitucionales que conforman al proceso,

tales como el debido proceso, la celeridad, la defensa y la gratuidad, deben ser protegidos en el entendido que el menoscabo de alguna de estas garantías estaría al mismo tiempo vulnerando el principio a la tutela judicial efectiva (Gutierrez, 2009). Así mismo, implica una administración de justicia rápida y oportuna, donde el administrado no esté sometido a las demoras que se convierten en negación de justicia, es decir, procesos donde prevalezca la celeridad, eficacia y la economía, en palabras Jean de la Bruyere (1645-1696) “Una cualidad de la Justicia es hacerla pronta y sin dilaciones; hacerla esperar es injusticia”.

La duración razonada del proceso es parte integrante del derecho de tutela judicial efectiva; tiempo que fue reglado por el Código General del Proceso en el artículo 121: (...) Salvo interrupción o suspensión del proceso por causa legal, no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera o única instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada (...). En este sentido, los principios de inmediación, celeridad, eficacia y eficiencia, toman una gran importancia dentro del marco de esta normatividad, toda vez que se busca que el proceso sea más dinámico, flexible y rápido, sin excesivos formalismos que lleven a una negada justicia; sin embargo, consideramos que en algunos casos, la norma antes transcrita puede ser violatoria del principio de inmediación, principalmente en lo que respecta a la pérdida de competencia que sufriría el juez en eventos como el siguiente: a un juez civil municipal se le venció el término que tenía de un año para realizar todas las actuaciones del proceso y dictar sentencia, dicho término se venció una vez culminada la etapa probatoria, y 15 días antes de proferir fallo. Por operar la figura de la pérdida de competencia, ésta pasa a manos de un nuevo juez, quien no ha estado en contacto ni con las partes, ni con el proceso, ni con las pruebas, lo que a nuestro parecer puede constituirse, de cierto modo, en una medida violatoria del principio de inmediación y con ello a una recta administración de justicia, pues ¿qué calidad puede tener una sentencia de un juez que no conoció del proceso y que le llega de afán y tiene que resolver y fallar en un tiempo mucho inferior que el que tuvo el juez original? Pero podríamos ir más allá, desde un punto de vista más filosófico podríamos afirmar que este escenario procesal podría afectar la verdad material o verdadera por buscar una verdad procesal

simplemente atendido a lo que digan los expedientes, desnaturalizándose así el proceso de partes y oral que introduce la nueva legislación.

Éste es el punto de partida para entrar a analizar la afectación del derecho a la tutela judicial efectiva por la pérdida de competencia por el factor de temporalidad.

## **2. Principios de Inmediación, Celeridad, Eficiencia y Eficacia**

El Código General del Proceso, recoge muchos de los principios que estaban consagrados en el Código de Procedimiento Civil, e incorpora algunos otros para revestir de legalidad las innovaciones procesales introducidas en la nueva legislación. Esta regulación la hace en el título preliminar, a partir del artículo 2º hasta el artículo 14, sección en la cual desarrollan los principios rectores u orientadores de la nueva legislación procesal. De ellos, esta investigación se refiere a los principios de inmediación, celeridad, eficiencia y eficacia.

### **2.1. El Principio de Inmediación**

Para entrar a hablar del principio de inmediación miremos el concepto básico de inmediación. Nicolás Cabezudo Rodríguez (2008), sobre la intermediación expresa que “El vocablo intermediación expresa convencionalmente proximidad o contigüidad a algo, cercanía física a un objeto material que es susceptible de convertirse en un método de conocimiento e interacción con el objeto de que se trate.”. Vista desde el punto de vista procesal, en el sistema colombiano actual, uno de los principios más importantes es el de la intermediación, pues este conlleva, al momento de enfrentarse en el litigio las partes, a través de la oralidad, a que el juez tenga una relación directa con los hechos, pruebas, alegatos y pretensiones del proceso, así como también a intervenir, si a bien lo tiene, en cualquier etapa del proceso. De esta forma el juez puede formarse una convicción más real a través del conocimiento directo que recibe, sin ser contaminado por terceros. Tal y como lo manifiesta Liliana Romero (2012), este principio no es exclusivo del proceso oral, tiene probabilidades de ser combinado en cualquier tipo de proceso, sea escrito, oral o mixto, con diferentes consecuencias para cada proceso. Klein (1927),

citado por la misma autora, señala que la oralidad es la compañera necesaria de la inmediación en el procedimiento. En tanto en cuanto el procedimiento sea inmediato, la oralidad no precisa de otra fundamentación. La clave del proceso se halla en la exposición del caso litigioso, en la reconstrucción del supuesto fáctico y en la prueba, ésta asegura el proceso, facilita las aclaraciones y suministra los mejores puntos de vista y las mejores impresiones sobre las personas del juicio.

Por su parte, al referirse a la inmediación, Cabezudo Rodríguez (2008), sostiene, citando a Carnelutti que: “el problema de la estructura del proceso está dominado por el fin de poner lo mejor que sea posible al juez en condiciones de conocer la Litis”.

Al tenor de lo anterior, el principio de inmediación en el CGP, se consagra en el textualmente de la siguiente manera: “Inmediación. El juez deberá practicar personalmente todas las pruebas y las demás actuaciones judiciales que le correspondan. Solo podrá comisionar para la realización de actos procesales cuando expresamente este código se lo autorice (...)” (Ley 1564 de 2012, artículo 6°).

Para Nattan Nisimblat (2013), el principio de inmediación reviste gran importancia en el escenario procesal, ya que éste “obliga al juez a estar en permanente contacto con la prueba, a recaudarla personalmente, a presenciarse, a controlarla”. En palabras de este autor, con esta disposición, se garantizan también los principios de “inmediación y la inmaculación”, lo que le da la posibilidad al operador judicial de “percibir” lo que se muestra en la prueba, y adicionalmente le da la facultad de impedir que lo practicado en la diligencia probatoria “se altere”. Es por ello que, a la luz de la figura de la pérdida de la competencia, resulta preocupante la calidad de la sentencia de un juez que no estuvo en contacto con la prueba y que solo tiene referencias por medio del expediente, ni tuvo contacto directo con el proceso ni con las partes, ya que no se tendría garantía de una sentencia justa, que consiga la verdad material, para poder así administrar una recta justicia.

Ahora bien, en referencia a la figura de la pérdida de competencia por factor de temporalidad, nos cuestionamos sobre la observancia de este principio, toda vez que cuando se traslade la competencia a un juez distinto al que practicó las pruebas y conoció de las mismas, podríamos

estar en un escenario que no solo vulnera este principio, sino que afecta directamente la calidad de la sentencia y con ello los derechos de los justiciables que quedan a expensas de lo que decida un juez que no conoció del proceso. Incidiendo de esta manera en el derecho a la tutela judicial efectiva en referencia a la calidad y contenido de la sentencia.

## 2.2. El principio de Celeridad

El Diccionario Enciclopédico Larousse (2009), define el término de celeridad como “Prontitud o velocidad en la ejecución de un movimiento la celeridad en la realización de un trámite.” Sobre este principio, Carnelutti (2007), citado por Nisimblat (2013), señala lo siguiente: cuando oímos decir que la justicia debe ser rápida, tenemos ahí una forma que se debe tomar con beneficio de inventario; el clisé de los llamados hombres de Estado que prometen a toda discusión del balance de la justicia que ésta tendrá un desenvolvimiento rápido y seguro.

Sin embargo, nada más lejos de la verdad. En el sistema colombiano, el principio de celeridad es integrante esencial y fundamental del debido proceso, y se materializa cuando se cumplen en un tiempo determinado todas y cada una de las etapas previstas para el proceso, las cuales están fijadas por el legislador respetando un orden lógico y las formas propias de cada juicio. Su finalidad consiste en que los procesos judiciales deben ser céleres y pronto, y procurar la ausencia de dilaciones que prolonguen en el tiempo la sentencia judicial de la fecha de iniciación del proceso. No obstante, por garantizar la celeridad en los procesos, éstos no se deben llevar de manera irresponsable, sacrificando por las formas y términos judiciales, la verdad y la solución justa del litigio que se pone en conocimiento del juez.

Mucha discusión se ha suscitado sobre este principio, pero muy poco se ha escrito de él; solamente encontramos referencias ligeras y sucintas que concluyen en que éste debe ser una regla que propenda por el ahorro de tiempo en los procesos. Para materializar este principio, el legislador, en cada sistema procesal, ha diseñado instituciones como la perentoriedad de los términos procesales, para impulsar la rapidez de los procesos, sin embargo, en la praxis jurídica vemos que los términos procesales aplican para los sujetos procesales sin aplicarle al juez. Si bien no está

regulado en un artículo dentro del catálogo del título preliminar del CGP, el principio de celeridad está diseminado en todo el código, pero especialmente en el artículo 121 que consagra la duración razonable del proceso, como un intento de imprimirle celeridad a la justicia civil colombiana.

Sobre el particular, señala Carnelutti (2007): Por desgracia, la justicia, si es segura no es rápida, y si es rápida no es segura. Preciso es tener el valor de decir, en cambio, también del proceso: quien va despacio, va bien y va lejos. Esta verdad trasciende, incluso, de la palabra misma "proceso", la cual alude a un desenvolvimiento gradual en el tiempo: proceder quiere decir, aproximadamente, dar un paso después del otro.

### **2.3. Principios de Eficiencia y Eficacia**

El principio de eficiencia, va acompañado casi siempre del principio de eficacia. Muchos autores, como Nattan Nisimblat (2013), citando al Diccionario de la lengua española, lo definen como la capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado. En su obra, Nisimblat (2013), hace referencia al principio de eficiencia y lo circunscribe al tema de las notificaciones en el proceso civil, y al principio de eficacia lo referencia al tema de notificaciones en el proceso constitucional de tutela.

Sin embargo, para el tema que nos ocupa, consideramos que este principio es mucho más amplio y afecta directamente la tutela efectiva de quienes acuden al aparato jurisdiccional del Estado, la eficiencia no se debe predicar sobre si a las partes las notificaron bien o mal, sino que debe ir ligada a la efectividad de la sentencia judicial y a la concreción de la justicia material de los administrados, ya que con la materialización de estos principios no solamente se persigue que el administrado acceda a la justicia y se cumplan las formas de cada juicio, sino que el operador de justicia solucione el conflicto de manera efectiva, eficiente y eficaz. En tal sentido, no importa el área en que se maneje, son dos adjetivos que denotan unas cualidades, pues a través de ellos buscamos la optimización de los procesos lógicos en los cuales son aplicables.



Algunos autores, como Néstor Correa Henao (2005), citando a Jiménez Asenjo consideran que la eficiencia persigue conseguir el máximo resultado con un mínimo de gastos. Por su parte, Bujosa V. (s.f.), al referirse a estos principios, considera que la eficiencia y la eficacia como principios del CGP, como una de las principales preocupaciones del legislador colombiano que se traslucen en el articulado del nuevo Código es la que plantea la eficiencia de las normas promulgadas y la eficacia de los derechos que deban ser protegidos a través de los procesos regulados por ellas. Aquí es donde adquiere su importancia la instrumentalidad del proceso, y más aún del procedimiento, que tienen su reflejo en el principio de prioridad del derecho sustancial. Así el CGP recoge la innovadora fórmula constitucional del artículo 228 sobre la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones de la rama judicial del poder público.

Sobre este principio, la Corte Constitucional señaló que (...) La efectividad de los derechos se desarrolla con base en dos cualidades, la eficacia y la eficiencia administrativa. La primera relativa al cumplimiento de las determinaciones de la administración y la segunda relacionada con la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos. Es por ello que las dos cualidades permiten la verificación objetiva de la distribución y producción de bienes y servicios del Estado destinados a la consecución de los fines sociales propuestos por el Estado Social de Derecho. Por lo tanto, la administración necesita un apoyo logístico suficiente, una infraestructura adecuada, un personal calificado y la modernización de ciertos sectores que permitan suponer la transformación de un Estado predominantemente legislativo a un Estado administrativo de prestaciones (Sentencia T-068, 1998).

La eficiencia no solamente puede ser predicable para las figuras de notificación en materia civil y constitucional, por el concepto mismo, ya que cuando hablamos de una justicia eficiente no nos referimos a una justicia donde se notifica en debida forma, nos referimos a una justicia que cumple con su cometido, que llega al fin último del proceso, que procura la consecución de la verdad procesal, que propende por la solución de los conflictos que los administrados ponen en su conocimiento. Cuando hablamos de justicia eficiente nos referimos a que el aparato

jurisdiccional del Estado contribuye con el cumplimiento de los fines esenciales del Estado Social de Derecho.

### **3. La duración razonada del proceso y la figura de la pérdida automática de la competencia por el factor de temporalidad consagrada en el artículo 121 del Código General del Proceso**

Congestión y mora judicial, dos obstáculos fundamentales para el derecho de acceso a la administración de justicia. La congestión judicial puede ser definida, en palabras de Mabel Londoño Jaramillo como el volumen de la demanda superior a la capacidad razonable de respuesta de la Rama Judicial, y el atraso endémico de la justicia, entendido como la demora en la definición de la controversia jurídica sometida a consideración del juez, respecto del tiempo normativo establecido para la decisión del mismo (Londoño, 2008). Ésta se presenta “cuando el aparato judicial establecido por la Constitución y la ley, no es capaz de responder oportunamente a las necesidades de las personas” (Torres Calderón, 2002).

Las causas de estos dos fenómenos, se deben a múltiples factores, entre ellos los excesivos ritualismos, la multiplicidad de procesos, el rezago de los funcionarios judiciales, falta de operadores de justicia, infraestructura, etc., que como consecuencia trae la congestión del aparato jurisdiccional del Estado. Para dar solución a este problema, desde siempre se han hecho muchos intentos para descongestionar a la rama judicial e imprimirle un poco de celeridad a la justicia, confiriendo funciones jurisdiccionales a particulares y autoridades administrativas, creando leyes de descongestión, aumentando mínimamente el número de sedes judiciales, pero el problema se niega a desaparecer. El intento más reciente, y quizá el más importante, fue el que adoptó la oralidad en la jurisdicción civil a través de la Ley 1395 de 2010, la más reciente disposición legislativa en materia de descongestión judicial, y antesala de lo que hoy conocemos como Código General del Proceso, con la finalidad de imprimirle celeridad a los procesos judiciales, desjudicializando los conflictos, simplificando los procedimientos y racionalizando el aparato jurisdiccional del Estado. (López Blanco, 2010).

Sin embargo, el intento por mejorar el sistema judicial no ha parado, y con la expedición de la Ley 1564 de 2012, y la unificación de los proce-

sos civiles, se persiguió garantizar la materialización del derecho de tutela judicial efectiva de quienes acuden al aparato jurisdiccional del Estado. Dentro de las innovaciones o modificaciones más importantes que podemos identificar, encontramos la incorporación de la figura de la duración razonada del proceso. La inclusión de esta regla, tiene su fundamento en la materialización de la justicia, evitar las dilaciones procesales y superar la mora judicial en la que está subsumido nuestro sistema judicial. Para la materialización de lo anterior, el CGP implementa una serie de herramientas como la adopción del sistema oral y por audiencias, la incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación, el fortalecimiento de la figura del juez como director del proceso, la desformalización de los procesos, entre otros.

Sin embargo, todas estas herramientas están al servicio del concepto de duración razonable del proceso. Sobre el particular, el artículo 121 del CGP establece claramente lo siguiente: salvo interrupción o suspensión del proceso por causa legal, no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera o única instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada. Del mismo modo, el plazo para resolver la segunda instancia, no podrá ser superior a seis (6) meses, contados a partir de la recepción del expediente en la secretaría del juzgado o tribunal. Pero ¿por qué entrar a poner límites temporales para la materialización de la justicia en los procesos en Colombia? Sin duda alguna, lo anterior supone que si aplicamos el principio de legalidad, un proceso civil, en vigencia del CGP, no debe superar el término de 12 meses entre la incoación de la acción y la sentencia de primera instancia; y en caso de que se acuda la segunda instancia, ésta no debe exceder el término legal de seis meses. ¿Utopía?

En esta norma, se encuentra contenida lo que para muchos se considera una utopía, y para otros una realidad por construir; lo cierto es que quedó consagrada y el operador judicial está en obligación de aplicarla. Pero ¿qué pasa si por cualquier razón, el juzgador no dicta sentencia dentro del año consagrado en el inciso primero del artículo 121 del CGP? La respuesta a este interrogante está contenida en el inciso segundo de la misma norma, que establece que: (...) Vencido el respectivo término

previsto en el inciso anterior sin haberse dictado la providencia correspondiente, el funcionario perderá automáticamente competencia para conocer del proceso, por lo cual, al día siguiente, deberá informarlo a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y remitir el expediente al juez o magistrado que le sigue en turno, quien asumirá competencia y proferirá la providencia dentro del término máximo de seis (6) meses. La remisión del expediente se hará directamente, sin necesidad de reparto ni participación de las oficinas de apoyo judicial. El juez o magistrado que recibe el proceso deberá informar a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sobre la recepción del expediente y la emisión de la sentencia. (Ley 1564, 2012).

Esta figura no es tan simple como que pasa un año y se le transfiere la competencia a otro juez para que este decida. El artículo 121 trae una regla especial que en la realidad se traducirá en una demora en la administración de justicia, pues establece que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, tendrá la posibilidad de “indicar a los jueces de determinados municipios o circuitos judiciales que la remisión de expedientes deba efectuarse al propio Consejo Superior de la Judicatura, o a un juez determinado” (Ley 1564 de 2012, artículo 121). Ahora bien, la misma norma señala que en un lugar no haya otro juez de la misma categoría y especialidad, el proceso pasará al juez que designe la sala de gobierno del tribunal superior respectivo, indistintamente de la naturaleza. Frente a esta disposición judicial nos preguntamos sobre cuál va a ser la calidad del fallo judicial si éste lo profiere un juez distinto al que conoció del proceso, que no tuvo contacto con las pruebas, que nos las practicó, ni las presenció, que sólo conoce de un expediente muerto. Nos preocupa la consecución de la verdad material, no la verdad procesal, la que surge del expediente. Qué sentido tiene consagrar una norma que, en primer lugar, se va a constituir en una utopía procesal, pues faltan muchos años para que Colombia salga del rezago de tener una de los sistemas judiciales más lentos del mundo. Qué sentido tiene adoptar un sistema oral, si cuando opere la pérdida de competencia el juez solamente estará al frente de un expediente, y que por negligencia o por cualquier otro motivo, le toca resolver. Con qué cara dictará sentencia en nombre de la República un juez que es ajeno al proceso. Todos estos interrogantes se suscitan de cara a esta figura procesal.

Ahora bien, el artículo 121 del CGP, abre la posibilidad para que el juez que conoce del proceso, pueda prorrogar hasta por seis meses más la duración del mismo mediante un auto que no es susceptible de recurso alguno. Este es un tema que resulta inquietante, porque si bien es cierto que el inciso que habla sobre el particular, da la posibilidad a que el juez o tribunal de instancia, pueda prorrogar su competencia, se considera esta medida como excepcional, pero a raíz de nuestra realidad jurídico-procesal veremos que se constituirá en la regla general de todos los jueces.

La pérdida de competencia no acarrea ningún tipo de sanción para el juez, ya que según el artículo 121, solamente deberá remitir un informe al Consejo Superior de la Judicatura, exponiendo los motivos por los cuales no le fue posible cumplir con el término perentorio de 12 meses para emitir su fallo, sin que para este no sobrevenga ningún tipo de sanción, solamente se tendrá en cuenta como un criterio de evaluación de desempeño del operador judicial.

Las consecuencias no son para el juez, sino para el proceso, puesto que se consagra una nulidad, ya que el artículo 121 establece claramente que “(...) Será nula de pleno derecho la actuación posterior que realice el juez que haya perdido competencia para emitir la respectiva providencia.” Toda esta discusión va enfocada a un solo punto: el CGP fue ideado y expedido para garantizar el acceso a la justicia, pero consideramos que en su cuerpo normativo se introdujeron algunas disposiciones precipitadas, y aunque se debatieron en el curso normal y legal, seguimos considerando que en la realidad estas ideas como por ejemplo la duración razonable del proceso, aunque buenas, resultarán a la postre, en un elemento más para la dilatar la administración de justicia; y no solo en términos procesales, sino en términos materiales.

#### **4. Nulidad de pleno derecho por pérdida de la competencia por el factor de temporalidad**

Primeramente, es necesario aclarar el concepto de nulidad, para ello la Corte Constitucional en Sentencia C – 394 de 1994. M.P, Becerra Carvonell, ha definido lo siguiente: “Las nulidades consisten en la ineficacia de los actos procesales que se han realizado con violación de los requisi-

tos que la ley ha instituido para la validez de los mismos; y a través de ellas se controla la regularidad de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso”.

De manera que, las nulidades procesales se vislumbran cuando la litis presenta irregularidades o vicios que afectan el derecho al debido proceso que tienen las partes, y para determinar que trasfondo configura ese actuar, la doctrina y la jurisprudencia clasificaron las nulidades en saneables e insaneables, o sea, las que se pueden reparar y la que por el contrario no tienen remedio alguno. Como nulidades insanables el Art. 144, numeral 6, inciso último del Código de Procedimiento Civil, tenía que eran aquellas provenientes de la falta de jurisdicción o de competencia funcional y las 3 y 4 del artículo 140, de ahí que cuando se declaraba alguna de estas, lo actuado por el funcionario judicial no conservaba validez, pero ahora, con el estatuto general del proceso el legislador solamente mantuvo como insaneables el proceder contra providencia ejecutoriada del superior, revivir un proceso legalmente concluido o pretermittir íntegramente la respectiva instancia; quedando parcialmente saneables las nulidades derivadas a la falta de jurisdicción y falta de competencia funcional o subjetivo (Ley 1564 de 2012, artículo 138).

Pero, ¿Qué pasa con la denominada falta de competencia por factor temporal procreada por el juez que dejó vencer el término de duración del proceso?, a esto, según el doctrinante Henry Sanabria Santos, la única forma en que la norma pueda tener operancia real es que se llegue a la conclusión de que se produce una pérdida efectiva de competencia funcional, pues el juez no puede continuar conociendo del proceso ni podrán las partes habilitar de forma alguna el término o consentir expresamente en que el juez continúe con el proceso a su cargo, debido a que estamos en presencia de una causal de nulidad insanable (Santos, 2011).

Por su parte, Henan F. López Blanco, considera que cuando la norma prescribe que “no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera o única instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada”, consagra la obligación perentoria de acatar el plazo, so pena de perder ipso jure, la facultad de sentenciar el respectivo proceso, sin atender a requerimiento alguno que la operancia de

la preclusión consagra porque si el juez decide vencido el término la sentencia estará afectada de nulidad debido a que carecía de competencia para hacerlo en ese específico proceso. (López Blanco, 2010).

Lo anterior, quiere decir que si un juez de la república después de pasado un año, practico pruebas y escucho alegatos finales, lo actuado y conocido por él no conservará validez, pues estará viciado de nulidad de tipo insanable, algo que a todas luces resulta incoherente con el espíritu que el legislador quiso implementar en el nuevo régimen de nulidades del CGP, dado que los errores y la ineptitud de este juez no puede ser contraproducente a las parte, este peso de aniquilar con nulidad la actuaciones no deben ser soportados por los intervinientes de la litis, ya que ellas entran al proceso confiando en que se les respetaran los principios de celeridad y economía procesal; de ahí que, se suprimió esa parte que obligaba a los jueces a dejar de conocer actuaciones que de una u otra manera le imprimían lentitud a los procesos, ahora, la jurisdicción y la competencia pueden ser prorrogables hasta cierto punto, sin que la función pública de administrar justicia se vea truncada por errores procedimentales. Al respecto señala Juan Colomobo Campbell (1997), al considerar que quien considera que “los actos procesales ineficaces pueden llegar a ser eficaces, siempre que no se trate de inexistencia del acto”.

En la vida, actualmente existen enfermedades que, pese a su alta peligrosidad, la ciencia ha encontrado medicinas para ello, entonces, por qué un proceso no puede tener cura para su afección. Cuando el artículo 121 del CGP, habla que será nula de pleno derecho la actuación posterior que realice el juez que haya perdido competencia para emitir la respectiva providencia, nos da a concluir que los operadores judiciales están en el deber de actuar de la manera más oportuna posible, de cara a un debido proceso de duración razonable y sin dilaciones injustificadas, y si luego de producirse la llamada falta de competencia por el factor de temporalidad, las partes no manifiestan nada al respecto, esta se saneara por haberse convalidado y los actos procesales denotaran en eficaces, pues la nulidad es de carácter saneable.

## 5. Conclusiones

Así las cosas, una vez realizada la presente investigación, se concluyó que la tutela judicial efectiva es la garantía procesal por excelencia, se encuentra impregnada dentro de todas las actuaciones judiciales del proceso, por lo que la simple violación o afectación de un principio, regla o norma se constituye en violación a la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el principio de inmediación es aquel por el cual el juez tiene contacto directo con las pruebas y con el proceso, al operar la pérdida de la competencia, el nuevo juez que conozca del proceso, no tendrá contacto directo con las pruebas, se estaría violando este principio, pudiendo afectar con esto el derecho a la tutela judicial efectiva, comprendido éste no solo como el acto procesal de admisión de la demanda, sino de la solución del conflicto jurídico puesto en conocimiento de un juez.

Si el principio de celeridad lo que persigue es que no existan dilaciones en el proceso, porqué introducir una figura que materialmente lo que va a esa dilatar la emisión del fallo judicial, pudiendo, desde un principio, a la luz de nuestra realidad jurídica, haber contemplado un término más prudente y real para que el mismo juez que conoce del proceso, produzca su fallo judicial, para ello se debería ampliar el término y darle las herramientas.

La duración razonable de proceso es una figura interesante y bondadosa. No estamos en desacuerdo con ella, estamos en desacuerdo con el término perentorio de 12 meses y en las consecuencias o efectos que se deriva de no cumplir con el termino establecido para ello.

La nulidad producto de una sentencia que se emita luego de haber operado la pérdida de competencia, consideramos es una nulidad saneable, en el entendido de que si las partes no lo advierten y es aceptada, sólo con el fin de que se emita una sentencia justa y en derecho.

Se propone la unificación del proceso, en primera instancia, a quince meses sin posibilidad de prórroga, ya que esta regla excepcional se convertirá en la regla general y se constituiría en un absurdo jurídico, pues todos los jueces al llegar el mes doce y al enfrentarse al vencimiento de



términos y no haber emitido su sentencia, se desbordarán en la producción de autos de prórrogas.

Se propone que el juez no pierda la competencia, sino que por cada día de mora, pasado los quince meses que proponemos en el ítem anterior, se le imponga una sanción disciplinara, que su mora sea considerada como una causal de mala conducta y se vea reflejada en su hoja de vida; y se le imponga una sanción pecuniaria por cada día de mora judicial en el que incurra, y que este dinero vaya a las arcas del Consejo Superior de la Judicatura o quien haga sus veces.

Se propone que, si la imposibilidad de emitir el fallo judicial es causada por maniobras dilatorias de las partes, existan consecuencias patrimoniales y disciplinarias que involucren tanto a los apoderados como a las partes.

Adicionalmente, se propone que se incremente el presupuesto para el sector justicia para la creación de nuevas sedes judiciales en todo el territorio nacional, la construcción de nuevos palacios de justicia, dotados de todas las tecnologías de la información y la comunicación, para garantizar la implementación de la oralidad en todos los juzgados del país, no de forma gradual sino definitiva.

### Fuentes de Información

- Bujosa V., L. M. (s.f.). *letrujill.com*. Obtenido de Universidad Francisco de Paula Santander: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/11lorenzo-m-bujosa-vadell.pdf>
- Cabezudo Rodríguez, N. (2008). *Universidad de Valencia*. Obtenido de <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp4cab.pdf>
- Carnelutti, F. (2007). *Cómo se hace un proceso*, 3a Edición. En F. Carnelutti, *Cómo se hace un proceso, 3a Edición*. (pág. 14). Bogotá D.C.: Temis.
- Colombia, C. P. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá D.C.
- Colombo Campbel, J. (1997). *Los Actos Procesales - Tomo II*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Corte Constitucional de Colombia, S. C.-1. (2013). *Sentencia C 279-13*. Bogotá.

- Gutierrez, J. (2009). *www.biblioteca2.ucad.edu.ve*. Obtenido de <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR8404.pdf>
- ICDP. (s.f.). <http://www.icdp.org.co/>. Obtenido de Instituto Colombiano de Derecho Procesal: <http://www.icdp.org.co/descargas/cgp/ExposicionMotivos.pdf>
- Larousse S.L. (2009). *Diccionario Enciclopédico Vox. 1*. Barcelona, España: Editorial Larousse.
- Ley 1564, 2. (2012). *Código General del Proceso*. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.
- Londoño, J. M. (2008). La congestión y la mora judicial: el juez, ¿su único responsable? *Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS. Vol. 38, No. 109*, 385-419.
- López Blanco, H. F. (2010). *Reformas al Código de Procedimiento Civil. Análisis comparativo*. Bogotá D.C.: DUPRÉ.
- Néstor Raul, C. H. (2005). *Derecho Procesal de la Acción de Tutela. 2a Edición*. Bogotá D.C.: Pontificia universidad Javeriana.
- Nisimblat, N. (2013). Los principios rectores del proceso. En N. N. Murillo, *Los principios rectores del proceso*. (págs. 124-125). Bogotá D.C.: Doctrina y Ley LTDA.
- Oñate, R. M. (2011). Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. propuesta para fortalecer la justicia administrativ. vision del derecho comparado. *Revista Estudios socio - Jurídicos*.
- Romero, L. (2012). El Proceso Oral. En L. Romero, *El Proceso Oral* (pág. 15 y ss.). Venezuela: Humanidad.
- Santos, H. S. (2011). Nulidades en el Proceso Civil . En H. S. Santos, *Nulidades en el Proceso Civil - segunda edición* (pág. 235). Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia.
- Torres Calderón, L. A. (2002). Congestión judicial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo Colombiana. *Dikaion-Lo justo*, 4.
- TORRES, J. C. (s.f.). *www.monografias.com*. Obtenido de <http://www.monografias.com/trabajos83/debido-proceso-y-tutela-jurisdiccional-efectiva/debido-proceso-y-tutela-jurisdiccional-efectiva.shtml>



# SUBSISTENCIA DIGNA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN COLOMBIA A TRAVÉS DE LA PENSIÓN POR RETIRO DE VEJEZ

Carlos Mario de la Espriella Oyola<sup>1</sup>

## Resumen

Al Estado Social de Derecho, le compete la protección de las personas en situación de vulnerabilidad, entre éstos a los adultos mayores. Sin embargo la situación de estas personas que en el pasado fueron empleados públicos no es nada halagadora, frente a los problemas pensionales que enfrentan. Por ello el presente se planteó como propósito el análisis del derecho a la pensión de retiro por vejez de los empleados públicos en Colombia, a partir del tratamiento jurisprudencial que nuestro sistema jurídico le ha dado desde el año 1991, logrando concluir que los empleados públicos, no perderán el derecho a la pensión de retiro por vejez, por el mero hecho de estar vinculado al sistema pensional con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues la afiliación previa a esa norma no es requisito para ser beneficiario del régimen de transición que ella misma contiene y que por no ser de naturaleza pública, la pensión de vejez que se obtenga con arreglo a la Ley 100 de 1993, no es incompatible con la pensión de retiro por vejez, por lo que jurídicamente es posible que un empleado público disfrute de las dos pensiones.

**Palabras Clave:** Pensión de retiro por vejez, empleados públicos, derechos fundamentales, adultos mayores, carrera administrativa, retiro forzoso.

## Abstract

The Social Rule of Law is responsible for the protection of vulnerable people, including the elderly. However, the situation of these people who in the past were public employees is not at all flattering in the face of the pension problems they face. For this reason, the purpose of this paper is to analyze the right to an old-age retirement pension of public employees in Colombia, based on the jurisprudential treatment that our legal system has given it since 1991, concluding that public employees will not lose the right to an old-age retirement pension simply because they are linked to the pension system

---

<sup>1</sup> Abogado. Especialista en Derecho Administrativo y Derecho Procesal Civil de la Corporación Universitaria del Caribe, CECAR. Magister en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Docente investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe, CECAR. Miembro del grupo de investigación GISCER - CECAR. E mail: [carlos.delaespriella@cecar.edu.co](mailto:carlos.delaespriella@cecar.edu.co)

after the entry into force of Law 100 of 1993, since prior affiliation to that rule is not a condition for being a beneficiary of the transitional regime which it contains and which, because it is not public in nature, the old-age pension obtained under Law 100 of 1993 is not incompatible with the old-age retirement pension, so that it is legally possible for a public employee to enjoy both pensions

**Keywords:** Old age pension, government employees, fundamental rights, seniors, administrative career, forced retirement.

Un problema social y jurídico relacionado directamente con la dignidad de las personas adultos mayores, el derecho laboral y las funciones del Estado, tiene que ver con los funcionarios y empleados públicos que fueron retirados por haber llegado a la edad de retiro forzoso.

Esta población no recibe mesada pensional alguna, pues a la fecha de sus desvinculaciones, no alcanzaron a cotizar el mínimo de semanas exigidas por la ley para adquirir el derecho a la pensión de vejez, por una parte, y por la otra, al tener sus fuerzas de trabajo debilitadas por la edad, no ejercen ningún tipo de actividad laboral y lo poco que recibieron de sus fondos de pensiones por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de vejez, se les agotó, con lo cual entran en un umbral de desprotección que riñe con los postulados del Estado social de Derecho.

Antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, los Decretos 2400 y 3135 de 1968, se convirtieron en la alternativa de subsistencia digna de esta población, al establecer una pensión especial, llamada pensión de retiro por vejez, a favor de aquellos empleados públicos que habiendo cumplido la edad de retiro forzoso no reunían el tiempo mínimo de cotización para tener derecho a la pensión de jubilación o invalidez.

Actualmente, algunos Fondos de Pensiones Estatales, niegan el derecho a la pensión de retiro por vejez a los empleados públicos, argumentando que dicha figura desapareció con el nuevo Sistema de Seguridad Social Integral, por cuanto los Decretos 2400 y 3135 de 1968, fueron tácitamente derogados por el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, que con-

sagró la figura de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez para los afiliados que cumpliendo la edad, sin las semanas mínimas requeridas para adquirir el derecho pensional, declaren su imposibilidad de seguir cotizando al sistema. Esta posición la observamos en los argumentos de defensa alegados por los fondos pensionales estatales resumidos en las sentencias mediante las cuales el Consejo de Estado les ha ordenado reconocer el derecho a la pensión de retiro por vejez.

Contraria a la anterior posición, la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional en los procesos de tutela y el Consejo de Estado Colombiano en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, considera que los Decretos 2400 y 3135 de 1968, no han sido derogados por la Ley 100 de 1993, frente aquellas personas que se encuentren amparados por el régimen de transición.

En ese contexto, este trabajo tiene como objeto analizar si la negación del derecho a la pensión de retiro por vejez por parte de los Fondos de Pensiones Estatales, guarda coherencia con los postulados del Estado Social de Derecho, en el contexto de la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado Colombiano a partir del año 1991.

## **1. Metodología**

Se trata de una investigación jurídica, de tipo analítico, documental, y descriptiva, desarrollada a nivel dogmático, denominada La pensión de retiro por vejez en el ordenamiento jurídico Colombiano y su incidencia en la subsistencia digna de los ex – empleados públicos a partir de la Constitución Política de 1991, la cual busca efectuar un análisis del derecho a la pensión de retiro por vejez de los funcionarios y empleados públicos en Colombia, a partir del tratamiento jurisprudencial que nuestro sistema jurídico le ha dado desde el año 1991, para demostrar que la negación de este derecho por parte de los Fondos de Pensiones Estatales, es jurídicamente inválida frente a los postulados del Estado Social de Derecho.

Las técnicas de recolección de la información, se fundamentan en el análisis documental sobre información de carácter secundario que con-

sisten principalmente en la revisión de sentencias de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado Colombiano, información que se está recolectando a partir de matrices de datos y posteriormente analizada.

Para efectos de este trabajo metodológicamente la exposición se ha organizado de la siguiente manera: 1. Aproximación normativa y conceptual 2. El régimen de transición de la ley 100 de 1993, como fuente de preservación temporal de la pensión de retiro por vejez, 3. La jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional Colombiana y su función reanimadora de la pensión de retiro por vejez, por último se plantearán las conclusiones.

El trabajo girará en torno a la siguiente pregunta problema: ¿Son coherentes frente a los postulados del Estado Social de Derecho, las decisiones de los Fondos de Pensiones Estatales en torno de la negación del derecho a los ex servidores públicos a obtener una pensión de retiro por vejez, respecto a los lineamientos jurisprudenciales que sobre la materia ha sentado el Consejo de Estado y la Corte Constitucional Colombiana desde el año 1991?

## **2. Aproximación normativa y conceptual**

En el derecho administrativo laboral colombiano, dentro de las diversas tipologías de servidores públicos, encontramos a los empleados públicos, “quienes actúan en función subordinada de simple ejecución o cumplimiento en el ejercicio técnico de labores administrativas” (Villegas, 2005, p. 57).

Debe decirse que para admitir que una persona desempeña un empleo público en su condición de empleado público - relación legal y reglamentaria propia del derecho administrativo- y se deriven los derechos que ellos tienen, es necesario la verificación de elementos propios de esta clase de relación como son: 1) La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, porque no es posible desempeñar un cargo que no existe (artículo 122 de la Constitución Política); 2) La determinación de las funciones propias del cargo (artículo 122 de la Constitución Política); y 3) La previsión de los recursos en el

presupuesto para el pago de gastos que demande el empleo; requisitos éstos sin los cuales no es posible hablar en términos de empleado público, a quien se le debe reconocer su salario y sus correspondientes prestaciones sociales. (Consejo de Estado, 2008, Radicación No 23001 23 31 000 2002 00244-01 (2152-06))

Una de las formas de provisión de los empleos públicos en Colombia, es el sistema de carrera administrativa. En esta modalidad existen empleados públicos nombrados en propiedad y en provisionalidad. Los primeros son los que obtienen su vinculación por la superación de un concurso público de méritos; *contrario sensu* los segundos, quienes se vinculan para ocupar estos cargos en forma temporal mientras se proveen en propiedad.

Por lo general, los empleados públicos nombrados en propiedad en cargos de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa que constituye una limitante al poder subordinante del nominador. Aunque no en el mismo nivel de aquellos, quienes ocupan en provisionalidad estos cargos, también son acreedores de algunas prerrogativas mínimas que restringen la discrecionalidad de la administración pública, como la facultad de exigir la motivación de los actos administrativos que declaran la insubsistencia de sus nombramientos. Al respecto, Rincón (2009), expresa que:

Al igual que ocurre en el derecho del trabajo, en el régimen jurídico laboral de los funcionarios públicos se protege el mantenimiento de la relación jurídica; constituyendo la conservación de la misma unos fines principales que se pretende conseguir por medio de la imposición de límites a las facultades unilaterales de desvinculación reconocidas a la autoridad administrativa como empleadora. (p.563).

Por esta razón, las causales de desvinculación del servicio de los empleados públicos en Colombia son taxativas. Dentro de las cuales encontramos el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, la cual se verifica cuando el empleado público haya cumplido setenta años de edad. En



efecto, el Artículo 41, literal G de la Ley 909 de 2004, establece: “causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre y nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...) g) por edad de retiro forzoso (...)”

La edad de retiro forzoso no la define el artículo 1 de la Ley 1821 de 2016, corregido por el artículo 1 del Decreto 321 de 2017, en los siguientes términos: “La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia. (...)”

En el marco de estas normas jurídicas, a algunos empleados públicos que cumplieron la edad de setenta (70) años, sus nominadores los han declarado insubsistente en el nombramiento por haber llegado a la edad de retiro forzoso. Sin embargo, como atrás se anotó, a la fecha de sus desvinculaciones no habían cotizado el periodo mínimo de semanas exigidas para adquirir el derecho a la pensión de vejez.

Antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968, se convirtió en el paliativo de estas personas que fueron empleados públicos, al establecer una pensión especial a favor de aquellos que habiendo cumplido la edad de retiro forzoso no reunían los requisitos necesarios para tener derecho a la pensión de jubilación o invalidez, siempre que carecieran de los recursos necesarios para su congrua subsistencia. El tenor literal de esta norma dice:

Artículo 29. Pensión de Retiro por Vejez. A partir de la vigencia del presente Decreto, el empleado público o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez, tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, pagadera por la respectiva entidad de previsión equivalente al veinte por ciento (20%) de su último sueldo devengado, y un dos por ciento (2%) más por cada año de servicios, siempre que carezca de recursos para su congrua subsistencia. Esta pensión no podrá ser inferior al mínimo legal. (1968).

Esta norma, fue reglamentada por el artículo 81 del Decreto 1848 de 1969, cuyo tenor literal dice:

Artículo 81°.- *Derecho a la pensión.*

1. Todo empleado oficial que conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, sea retirado del servicio por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad, sin contar con el tiempo de servicio necesario para gozar de pensión de jubilación, ni hallarse en situación de invalidez, tiene derecho a pensión de retiro por vejez, siempre que carezca de medios propios para su congrua subsistencia, conforme a su posición social.

2. La falta de medios propios para la congrua subsistencia se demostrará con los siguientes medios probatorios:

a) Con dos declaraciones de testigos sobre la carencia de bienes o rentas propios del interesado para atender a su congrua subsistencia, conforme a su posición social ante un juez del trabajo, o civil, con citación del respectivo agente del ministerio público; y

b) Con la presentación, además, de la copia auténtica de la última declaración de renta y patrimonio del interesado, expedida por la Administración de Hacienda Nacional respectiva.

3. Si con posterioridad al reconocimiento de la pensión se estableciere por cualquier medio que el pensionado poseía bienes o rentas suficientes para su subsistencia en el momento del reconocimiento, la entidad pagadora revocará dicho reconocimiento y podrá repetir por las sumas pagadas indebidamente. (1969).

Bajo estas circunstancias, después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, con fundamento en el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con lo establecido en el artículo 81 del Decreto 1848 de 1969, los ex – empleados públicos cuya situación se encuadra en los supuestos de hecho de dichas normas, han solicitado el reconocimiento y pago de su derecho a la pensión de retiro por vejez, obtenido respuestas

negativas. Pues a juicio de los Fondos de Pensiones Estatales, dicha pensión especial desapareció con la figura de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual se encuentra regulada así:

Artículo 37.- Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado. (Artículo 37 de la Ley 100, 1993)

Estas decisiones de los Fondos de Pensiones Estatales, son incoherentes frente a los principios del Estado Social de Derecho, en especial el de la Dignidad Humana, cuyo objeto ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana en tres dimensiones que se observan claramente en el siguiente extracto de sentencia de tutela:

Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). (Colombia, Corte Constitucional, 2002, Sentencia T – 881).

### **3. El régimen de transición de la Ley 100 de 1993, como fuente de preservación temporal de la pensión de retiro por vejez**

Inspiradas en la seguridad jurídica y la confianza legítima, algunas reformas pensionales contemplan regímenes de transición normativa, que

pretenden proteger la expectativas legítimas de muchas personas frente al ordenamiento jurídico con respecto a los requisitos para adquirir el derecho a la pensión.

En el año 1994, entró a regir la Ley 100 de 1993, mediante la cual, el Estado Colombiano estableció un nuevo Sistema de Seguridad Social Integral. Esta norma estableció un régimen de transición normativa, el cual otorga a sus beneficiarios, la facultad de obtener su derecho a la pensión de vejez, con fundamento en la norma anterior aplicable.

Conforme a lo dispuesto por ésta Ley, en su artículo 36, inciso segundo, el régimen de transición se aplica a quienes al momento de entrar en vigencia el nuevo Sistema General de Pensiones, tuvieran más de 35 años de edad, si es mujer, o 40 años de edad si es hombre, o con quince o más años de servicios:

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley. (...) (Inciso Segundo del Artículo 36 de la Ley 100, 1993).

Luego de varios intentos fallidos del legislador por restringir al régimen de transición objeto de estudio, mediante el Acto Legislativo No 01 de 2005 lo modificó, en la cual:

Se fijó una regla general, conforme a la cual el régimen de transición previsto en la Ley 100 expira o desaparece el 31 de julio de 2010.

Se estableció una excepción a la regla anterior: quienes sean sujetos del régimen de transición y a la fecha de vigencia del Acto Legislativo (julio 29 de 2005) tengan cotizadas 750 sema-

nas o su equivalente en tiempo de servicios, conservan el derecho al régimen de transición hasta el año 2014, es decir, hasta el 31 de diciembre de ese año. (Arenas, 2009, p. 263)

Pero además de los anteriores requisitos, ¿es necesario que antes del primero de abril de 1994, la persona estuviese afiliada al sistema pensional para ser beneficiario del régimen de transición? La respuesta a este interrogante está generada una discusión jurisprudencial entre la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En principio, la Corte Constitucional, en una primera posición dijo:

De lo dicho se desprende que para ser beneficiario del régimen de transición es necesario estar en uno de los siguientes supuestos : Primero : haber tenido 35 o más años, si se es mujer, o 40 o más, si se es hombre, en el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 y haber estado, en ese momento, afiliado a un régimen pensional ; Segundo : tener, en el momento de la entrada en vigencia de la Ley 100, 15 o más años de servicio cotizados, y estar afiliado, también en ese momento, a un régimen pensional. (Colombia, Corte Constitucional, 1997, Sentencia C – 596).

Paradójicamente, el mismo año y frente al mismo tema, el Consejo de Estado planteó una posición diferente, al considerar que no es necesario exigir afiliación previa a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, para conceder los beneficios del régimen de transición:

Estas personas en relación con la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios, o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez será la establecida en el régimen anterior, pero se repite, sin tener en cuenta si laboraban o no a 31 de marzo de 1994, y menos aún bajo la condición de que si no laboraban en esa fecha, tenía que tener cotización al Instituto de los Seguros Sociales. (Consejo de Estado, 1997, Radicación No 12031)

En medio de este “choque de trenes”, surge una posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, controvirtiendo al criterio de la Corte Constitucional:

De manera que le asiste razón al recurrente, pues ciertamente se equivocó el Tribunal al considerar que acogía la doctrina expuesta por la Corte Constitucional en la parte considerativa de la sentencia de constitucionalidad C-596/97, por considerarla obligatoria para la solución del problema, no siendo ello así. (Corte Suprema de Justicia, 2002, Radicación No 19069)

Este pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, se apoyó en otro que había sentado en el año 2001:

(...) para acceder a los beneficios de ese régimen transitorio sólo se requiere tener la edad o el tiempo de servicios consagrados en esa norma, sin que pueda entenderse que existen requisitos adicionales a los que de manera clara se precisan en tal precepto. (Corte Suprema de Justicia, 2001, Radicación No 15279)

Por último, pareciera que la Corte Constitucional Colombiana, en una sentencia de tutela cambiara su posición inicial, cuando dijo:

Con esa interpretación se le da a la ley un alcance que no tiene pues ella no exige, para la viabilidad del régimen de transición, que el peticionario, al momento de entrada en vigencia de la ley se encuentre afiliado a una entidad de seguridad social (...). (Corte Constitucional, 2001, Sentencia, T – 534)

En nuestro criterio, con prescindencia de la época de afiliación, aquellos empleados públicos que acrediten la edad o tiempo de servicios exigidos por el régimen de transición, pueden obtener sus derechos pensionales con arreglo a las normas anteriores, entre ellas, las contenidas en los Decretos 2400 y 3135 de 1968, constitutivas de la fuente formal del derecho a la pensión de retiro por vejez.

Así las cosas, si un ex – empleado público, amparado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, fue desvinculado por haber llegado a

la edad de retiro forzoso, sin haber cotizado el mínimo de semanas exigidas para adquirir el derecho su derecho pensional y sin recursos económicos para su congrua subsistencia, puede encontrar en la pensión de retiro por vejez, una alternativa de subsistencia digna.

#### **4. La jurisprudencia del Consejo de Estado y su función reanimadora de la pensión de retiro por vejez**

Ante la posición de los Fondos de Pensiones Estatales, en negar la pensión de retiro por vejez, fundada en una supuesta desaparición con la Ley 100 de 1993, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional Colombiana han consolidado una línea jurisprudencial que ha reanimado su vigencia, aun en casos difíciles, por haberse presentado en ellos discusiones de diversa índole. Para corroborarlo, a continuación se hará alusión a algunas sentencias mediante las cuales esa Corporación ha ordenado el reconocimiento del derecho a la pensión de retiro por vejez, en situaciones poco comunes.

El primer caso trata de la situación de una ex funcionaria, titular de una pensión de vejez que le había reconocido el Instituto de Seguros Sociales, ISS, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente. En éste asunto, el Consejo de Estado Colombiano, mediante sentencia del 22 de octubre de 2009, ordenó reconocer a su favor, el derecho a la pensión de retiro por vejez, lo curioso de este asunto, es que a partir de ese fallo, la demandante quedó disfrutando dos pensiones.

El primer problema jurídico resuelto en esta providencia se centró en el análisis de una posible incompatibilidad entre la pensión de vejez y la de retiro por vejez, por la prohibición del Artículo 128 de la Constitución Política de recibir más de una asignación proveniente del tesoro público. Al solucionarlo, el fallo en estudio consideró que:

(...) los recursos que administra el ISS, así provengan de las cotizaciones de entes públicos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no gozan de la calidad de públicos, por lo cual, en principio, la percepción de una asignación pagada por el ISS no es incompatible con la de otra asignación

del tesoro público (Consejo de Estado, 2009, Radicado No 050012331000200100423 01 (0262 – 2008))

El segundo problema jurídico que enfrentó la sentencia en estudio, fue que la demandante era pensionada y uno de los requisitos exigidos por el Decreto 3135 de 1968 para otorgar el derecho a la pensión de retiro por vejez es justamente que la persona carezca de lo necesario para congrua subsistencia, lo cual fue resuelto por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Dentro de un Estado Social y Constitucional de Derecho, la congrua subsistencia tiene una relación inescindible con el derecho a la vida digna y al mínimo vital. En este sentido, el parámetro no puede ser meramente cuantitativo, equivalente v. gr. a un salario mínimo legal mensual vigente; su determinación, *contrario sensu*, requiere del análisis de las condiciones de vida decorosas de cada individuo (...) De las pruebas referidas se concluye que efectivamente con el retiro del servicio, las condiciones y calidad de vida de la accionante se vieron deterioradas, no contando en la actualidad con ingreso diferente al proveniente del Instituto de Seguros Sociales equivalente, se reitera, a un salario mínimo legal mensual vigente (...) Por lo anterior, esta Sala considera ajustado a derecho acceder al reconocimiento pensional incoado (...).(Consejo de Estado, 2009, Radicado No 050012331000200100423 01 (0262 – 2008))

En el mismo sentido, el Consejo de Estado Colombiano, ha reconocido el derecho a la pensión de retiro por vejez, a título de sustitución pensional o pensión post – portem a favor de los beneficiarios de los ex – empleados públicos fallecidos. En efecto, en un caso donde la viuda de un ex – empleado reclamaba este derecho, el Consejo de Estado Colombiano dijo:

El empleado oficial, para tener derecho a la pensión de retiro por vejez debe demostrar que superó los 65 años de edad y no reúne los requisitos necesarios para tener derecho a la pensión



de jubilación, como ocurrió en el sub lite. Como el causante a la fecha del retiro del servicio por edad de retiro forzoso no tenía los 20 años de servicio únicamente puede accederse a una pensión pagadera por la respectiva entidad de previsión equivalente al veinte por ciento (20%) de su último sueldo devengado, y un dos por ciento (2%) más por cada año de servicios, la cual no podrá ser inferior al salario mínimo (...). (Consejo de Estado, 2007, Radicado No 7000123310001999217801 (1393 – 02))

Por otra parte, para efectos del análisis que se efectúa y en la misma línea de la pregunta que se busca resolver en éste trabajo, tomaremos un segundo asunto que consiste en un caso donde el demandante, pese no haberla solicitado en vía gubernativa ni en la demanda, el Consejo de Estado Colombiano, oficiosamente reconoció la pensión de retiro por vejez, lo cual justificó así:

(...) se repite, los 19 años y 4 meses de labores que desempeñó en distintas entidades oficiales, incluida la Cámara de Representantes, lo que hoy en día le daría vocación a la indemnización sustitutiva. Empero, como el demandante se encontraba en el régimen de transición, deberán aplicarse las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, si entrar a divagar en el tema de empleados nacionales y territoriales, en razón al principio de igualdad establecido en el artículo 13 de la Carta Política y a las orientaciones del Decreto 1919 de 2002. Por ello, aunque la pensión de retiro por vejez no fue solicitada en vía gubernativa ni en sede judicial, resulta forzoso acudir nuevamente a las directrices trazadas por la Corte Constitucional, en desarrollo del artículo 228 de la Carta y proceder a reconocer el derecho pensional del demandante. (Consejo de Estado, 2012, Radicado No 25000 – 23 – 25 – 000 – 2002 – 13488 – 01 (7318 – 05))

Sin duda, esta decisión refleja un avance significativo en la protección de los derechos fundamentales de las personas, pues observando los principios constitucionales que rigen la seguridad social integral, inaplicó la

regla procesal dispositiva que rige en los procesos contenciosos administrativos.

## 5. Conclusiones

La Constitución Política adoptó la filosofía de un Estado Social de Derecho, soportado entre otros pilares, en el principio de la dignidad humana. Que entre otros componentes implica, la facultad de vivir bien, es decir, de disponer de los elementos materiales mínimos para vivir como lo que son, seres humanos. Sin duda, en el caso de los ex – empleados públicos desvinculados laboralmente por haber llegado a la edad de retiro forzoso que hoy no disfrutan de la pensión de vejez por haber alcanzado cotizar el mínimo de semanas requeridas, la pensión de retiro por vejez se convierte en el único medio de subsistencia digna. En el marco de esta reflexión y con fundamento en lo expuesto, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

1. Algunas entidades de seguridad social en pensiones, niegan la pensión de retiro por vejez, argumentando que dicha figura fue tácitamente derogada por la Ley 100 de 1993, violando de este modo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado Colombiano, quien reconoce ese derecho a favor de los empleados públicos que estén amparados por el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993.

2. A la pensión de retiro por vejez tienen derechos los empleados públicos que al llegar a la edad de retiro forzoso, no cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de vejez o invalidez, carezcan de recursos económicos para su congrua subsistencia y estén amparado por el régimen de transición, siempre que su situación se haya consolidado antes del 31 de julio de 2010.

3. Los empleados públicos amparados por el régimen de transición que a 31 de julio de 2010, no alcanzaron a cumplir los requisitos del derecho a la pensión de retiro por vejez, podrán obtenerlo hasta antes del 31 de diciembre de 2014, siempre que a veintinueve (29) de julio de 2005 tuviesen 750 semanas cotizadas al sistema o el equivalente en tiempo de servicios.

4. Los empleados públicos, no perderán el derecho a la pensión de retiro por vejez, por el mero hecho de estar vinculado al sistema pensional con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues la afiliación previa a esa norma no es requisito para ser beneficiario del régimen de transición que ella misma contiene.

5. Por no ser de naturaleza pública, la pensión de vejez que se obtenga con arreglo a la Ley 100 de 1993, no es incompatible con la pensión de retiro por vejez, por lo que jurídicamente es posible que un empleado público disfrute de las dos pensiones.

6. La pensión de retiro por vejez se puede reconocer a título de sustitución pensional o post – mortem a favor de los beneficiarios de los ex – empleados públicos fallecidos.

7. En cumplimiento de los principios constitucionales y la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, en los asuntos litigiosos pensionales, donde el empleado público no haya reclamado en vía administrativa ni jurisdiccional la pensión de retiro por vejez, si el Juez advierte que se cumplen los requisitos que estructuran el derecho, debe declararlo oficiosamente.

### Fuentes de información

- Arenas, G. (2009). *El derecho colombiano de la seguridad social*. 2ª ed., Bogotá: Legis.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Acción de Simple Nulidad, (C.P. Javier Díaz Bueno; Abril 10 de 1997) Radicado No 12031.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho (C.P. Bertha Lucía Ramírez de Paez; Noviembre 8 de 2007) Expediente No 7000123310001999217801. Radicado No 1393 – 02.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho (C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Marzo 6 de 2008) Expediente No 230012331000200200244-01. Radicación No 2152 – 06.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho (C.P. Ge-

- rardo Arenas Monsalve; Febrero 19 de 2009) Expediente No 25000 – 2325 – 000 – 2005 – 05429 – 02. Radicado No 0720 – 08.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho (C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; Octubre 22 de 2009) Expediente No 050012331000200100423 01. Radicado No 0262 - 2008
- Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho (C.P. Luis Rafael Vergara Quintero; Marzo 1 de 2012) Expediente No 25000 – 23 – 25 – 000 – 2002 – 13488 – 01. Radicado No 7318 – 05.
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C – 596 de 1997. (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; Noviembre 20 de 1997)
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C – 534 de 2001. (M.P. Jaime Córdoba Triviño; Mayo 21 de 2001)
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T – 881 de 2002. (M.P. Eduardo Montealegre Lynett; Octubre 17 de 2002)
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia SU – 189 de 2012. (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Marzo 12 de 2012)
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (M.P. Rafael Méndez Arango; Abril 2 de 2001) Radicación No 15279.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (M.P. Carlos Isaac Nader; Diciembre 4 de 2002) Radicación No 19069. Decreto 2400 de 1968, *Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones*. Septiembre 19 de 1968. (Colombia)
- Decreto 3135 de 1968, *Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales*. Diciembre 26 de 1968. (Colombia)
- Decreto 1848 de 1969, *Por el cual se reglamenta el decreto 3135 de 1968*. Noviembre 4 de 1969. (Colombia)
- Ley 100 de 1993, *Por el cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Diciembre 23 de 1993. (Colombia)
- Ley 909 de 2004, *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*. Septiembre 23 de 2004. (Colombia)

- Ley 1821 de 2016, “*Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas*”. Diciembre 30 de 2016. (Colombia)
- Rincón, J. (2009). *Derecho administrativo laboral. Empleo público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral*. 1ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Villegas J. (2005) *Derecho Administrativo Laboral. Principios, estructura y relaciones individuales*. 7ª ed. Bogotá: Legis Editores.

# LA DEONTOLOGÍA DEL AJUSTADOR DE SEGUROS COMO MECANISMO DE CONSTRUCCIÓN DE PAZ DESDE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS

Angélica Chávez Gutiérrez<sup>1</sup>  
Félix Mendoza de la Espriella<sup>2</sup>

## Resumen

En un mundo que cada día se le suman innumerables desafíos, sólo el pensamiento innovador marca la diferencia, a través de ideas que construyen, ideas que abren puertas, métodos para resolver problemas o simplemente información para entender mejor lo que está pasando en el mundo de la economía, de los negocios y hoy en específico el que nos tiene aquí reunidos: “El Derecho”. A lo largo del ejercicio como instructora en el campo de seguros, aportando los conocimientos en metodología de investigación, comunicación profesional y ciencias forenses se ha podido observar la necesidad que habita en el área de ajuste, de ahí la Acción, la charla “La Deontología del ajustador de seguros como mecanismo de construcción de paz desde la responsabilidad social de las compañías de seguros”, hablar de Deontología es hacer referencia al conjunto de principios y reglas éticas que regulan y guían una actividad profesional, el ajustador de seguros no es la excepción, todo lo contrario, el ajustador de seguros representa los ojos de la institución, los ojos de la compañía de seguros y su intervención primaria es fundamental para la detección oportuna del fraude, dicha intervención debe ser apegada a un catálogo de valores, habilidades, competencias y capacidades, mismas que lo dotaran de las herramientas necesarias y eficaces para la obtención de resultados favorables.

**Palabras Clave:** Deontología, ajustador de seguros, construcción de paz, responsabilidad social y compañías de seguros.

---

<sup>1</sup> Magister en Derecho Penal de la Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, Maestrante en DDHH en la Comisión Nacional de Derechos Humanos México, Abogada. Docente e Investigadora de la UNAM, Universidad La Salle Nezahualcoyotl. Coach educativo de la Universidad Complutense de Madrid. Email: lic.achavezg@hotmail.com

<sup>2</sup> Doctor en Educación Universidad Simón Bolívar. Magister en Derecho Penal. Abogado. Docente Investigador de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Email: felix.mendoza@cecar.edu.co

## Abstract

In a world that every day adds innumerable challenges, only innovative thinking makes the difference, through ideas that build, ideas that open doors, methods to solve problems or simply information to better understand what is happening in the world of economy, business and today specifically the one that has us gathered here: "The Law". Throughout the exercise as an instructor in the field of insurance, providing knowledge in research methodology, professional communication and forensic science has been observed the need that inhabits the area of adjustment, hence the ACTION, the talk "The Deontology of the insurance adjuster as a peacebuilding mechanism from the social responsibility of insurance companies," talking about Deontology is to refer to the set of principles and ethical rules that regulate and guide a professional activity, the insurance adjuster is no exception, quite the contrary, the insurance adjuster represents the eyes of the institution, the eyes of the insurance company and its primary intervention is essential for the timely detection of fraud, such intervention must be attached to a catalog of values, skills, competencies and capabilities, which will provide the necessary and effective tools for obtaining favorable results.

**Keywords:** Deontology, insurance adjuster, peace building, social responsibility and insurance companies.

**H**oy en día la conciencia se convierte en un elemento básico de la garantía del correcto ejercicio profesional, ello se canaliza a través de su reflejo en la deontología, si bien es cierto en las Instituciones de seguros se encuentran establecidos manuales de políticas y procedimientos dirigidos a los ajustadores, dichos manuales concentran su atención en disposiciones de hacer o no hacer, siendo cortos o pasivos en las cuestiones del ser, situación que desde mi propuesta hace patente la necesidad de una reingeniería en dichos manuales, reingeniería que se caracterice por incorporar en su contenido el elemento responsable de la conciencia ética, el auto-conocimiento de la conciencia reflexiva e incorporar, además, la interiorización de los derechos y deberes que se conjugan en el ejercicio de una profesión a través de la cual se adquiere una responsabilidad social.

Uno de los principios deontológicos fundamentales que, no en vano, cobra especial protagonismo hoy día es el de «obrar según ciencia y conciencia». Y es que obrar según ciencia, o lo que es lo mismo, realizar un correcto desempeño de una profesión en base a la adquisición de unos

conocimientos adecuados, consolidados y actualizados constantemente, supone una condición estrictamente necesaria para ejercer como profesional competente. No obstante, dicha condición no es suficiente para garantizar la plena adecuación del profesional a las exigencias sociales actuales (Profesiones.org, 2018) Es por ello por lo que la conciencia profesional resulta imprescindible en este contexto. Tal y como señala el Informe sobre Deontología Profesional, elaborado en el año 2009 por la Unión Profesional Europea, los códigos deontológicos no solo deben prohibir determinadas conductas consideradas como no deseables, sino que deben inspirar, dar coraje y apoyar a los profesionales éticos sentando las bases de modelos deseables de conducta profesional. Convirtiéndose así en verdaderos instrumentos de carácter preventivo, punitivo, didáctico y dinámico, estando siempre abiertos a incluir las notas esenciales de cada profesión y de los diversos entornos en los que se desarrollan las profesiones.

## **1. Deontología**

La Deontología que se propone para el ajustador de seguros es ese eje sólido de valores y herramientas, ética y conocimiento, que en una correcta armonización y en un sentido de coherencia y congruencia permitan primero depositar en la psique del ajustador la trascendencia de la labor que se le ha encomendado, para que este se reconozca como pieza fundamental rompiendo el paradigma social de ser un tomador de datos. Ante una crisis global de incertidumbre en las instituciones de administración y procuración de justicia los usuarios de servicios financieros necesitan sentirse protegidos, requieren sentir que al acceder al servicio que tienen contratado, la primer persona que arribe al auxilio sea una digna representación de la institución de seguros, y más allá, su calidad humana sumada a un adecuado conocimiento técnico permita identificar la importancia que la institución de seguros refrenda.

Atendiendo a la responsabilidad social de las empresas las instituciones de seguros deben trabajar incesantemente por el mejoramiento tanto en lo individual como en lo colectivo de sus operadores, el ajustador de seguros como primer interviniente en caso de siniestro debe actuar como un buen profesional, un profesional integral que contribuya desde su



trinchera a construir paz en la sociedad. Porque la construcción de paz es una responsabilidad depositada en todos y cada uno de los empleados, y cada quien desde su desempeño debe atender siempre a un mismo eje de acción: “trabajar para el pleno desarrollo de la humanidad”.

Ahora bien, la analogía del ajustador de seguros y la figura del primer respondiente, atendiendo al análisis de sus notas esenciales y objetivos depositados en ambos profesionales. El Consejo Nacional de Seguridad Pública de los Estados Unidos Mexicanos trabajando en la incorporación de lo que ha sido una reforma histórica en el sistema de justicia penal a fin de establecer un Sistema acusatorio y oral, entendiéndose ahora la investigación como una actividad conjunta del Policía y del Ministerio Público, como conductor y director en esta actividad, ha establecido en un protocolo nacional de actuación, denominado “Primer Respondiente” las actuaciones que deberá ejecutar el primer interviniente con facultades de seguridad pública al momento en que tenga conocimiento de la existencia de un hecho que la ley señale como delito, la detención de las personas que participaron en el mismo, la preservación del lugar de los hechos, el registro de sus actuaciones, la puesta a disposición de objetos y personas ante el Ministerio Público (Secretariado, protocolo. 2018) Si bien es cierto el ajustador de seguros no tiene facultades propias en materia de seguridad pública, su responsabilidad se acentúa al momento de ser el primer interviniente físico por parte de la institución de seguros, es el contacto directo o más cercano al elemento material probatorio y dicha actuación forzosamente debe estar acompañada de un conocimiento técnico que en su respaldo vaya acompañándolo la deontología.

A continuación se pueden citar de diversas fuentes la definición proporcionada al ejercicio profesional del ajustador de seguros, el objetivo radica en fundamentar la presente propuesta.

**Tabla 1. Definiciones del ajustador de seguros**

Fuente	Definición
Ley de Instituciones de Seguros y fianzas (Fuente Rodríguez, 2007)	Artículo 109.- Para los efectos de esta Ley, se considera que el ajustador de seguros es la persona designada por la Institución de Seguros, a quien ésta encomienda la evaluación en la que

## La deontología del ajustador de seguros como mecanismo de construcción de paz

	se establezcan las causas del siniestro y demás circunstancias que puedan influir en la determinación de la indemnización derivada de un contrato de seguro, con el propósito de que la institución de Seguros cuente con los elementos necesarios para determinar la procedencia del siniestro y la propuesta de indemnización.
Manual de procedimientos de ajuste, AXA Seguros (2018)	Representante nombrado por la compañía aseguradora que al presentarse el siniestro atiende y auxilia al asegurado a fin de determinar o cuantificar los daños originados por el siniestro, analizando los hechos con toda imparcialidad tomando como base la guía de deslinde y reglamentos de tránsito así como el contrato de seguro (condiciones generales o especiales de la póliza).
Manual de Políticas y Procedimientos de Ajustadores de Seguros, AIG Seguros México (2018).	Es aquella persona designada por AIG México, a quien ésta encomienda la evaluación en la que se establezcan las causas del siniestro y demás circunstancias que puedan influir en la determinación de la indemnización derivada de un contrato de seguro, con el propósito de que AIG México cuente con los elementos necesarios para determinar la procedencia del siniestro y la propuesta de indemnización.

Fuente: Autoría propia.

Las tres definiciones en materia de seguros son coincidentes al aportar elementos característicos del desempeño profesional del ajustador, actividad que en lo medular refieren un ejercicio de investigación que proporcione datos de prueba para determinar la procedencia o no del siniestro. Así que, en la materia de estudio que ocupa el ajustador de seguros representa ese primer respondiente, ese experto que dotado de técnica y valores deberá desarrollar una metodología aplicada al lugar de la investigación que le permita obtener datos de prueba, idóneos, suficientes y oportunos para primero corroborar el siniestro y posteriormente sustentado de conclusiones técnicas aplicar las consecuencias de derecho.

El área de conocimiento capaz de satisfacer las necesidades técnicas que el ajustador de seguros requiere para un adecuado desempeño y que

permitirá dotar de certeza y seguridad jurídica la toma de decisiones de la compañía de seguros será proporcionada a través del conocimiento de la criminalística de campo, durante la investigación en el lugar, es necesario aplicar métodos adecuados para garantizar un buen análisis de este, partiendo del método científico, mediante la aplicación de hipótesis y observación, que son muy importantes en el desarrollo de la propia investigación, así pues, los métodos característicos de esta fase son el deductivo y el inductivo, complementados con técnicas de protección del lugar, observación y fijación.

## **2. Protección del lugar**

El lugar de la investigación es la fuente primordial de información sobre las circunstancias y forma en que se suscitan los hechos, es de donde el ajustador de seguros obtendrá información idónea para corroborar o desvirtuar lo manifestado en el aviso de siniestro. Es por tanto relevante considerar que tanto el lugar como los indicios se deben mantener tal cual quedaron después de ocurrir el siniestro. Esto lleva a considerar otro concepto utilizado en el manual del primer respondiente y que debe hacerlo también suyo el ajustador de seguros: “La preservación”, se refiere a que los indicios y el lugar se deben mantener en el mismo estado en que se encontraron, evitando así su contaminación, alteración o reemplazo, mediante métodos y técnicas adecuados, mismos que se irán explicando.

Para lograr esto es necesario iniciar la intervención en el lugar con la protección del mismo. La protección del lugar se refiere a todas las actividades conducentes a mantener el lugar y el conjunto de indicios preservados, evitando cualquier riesgo de que alguien pueda alterarlos o modificarlos ya sea imprudencial o deliberadamente. Hay que considerar también que el hecho de que un indicio haya sido alterado, no necesariamente va a influir en todo el curso de la intervención del ajustador de seguros, ya que esta se realiza en función de todo el conjunto de indicios y del lugar, atendiendo al principio de correspondencia (Moreno Salas, 2015)

### 3. Observación

Éste ejercicio es un paso fundamental en el quehacer encomendado al ajustador de seguros, pues ya que es el momento en el que se obtendrá toda la información posible del siniestro, el problema al que se enfrenta el ajustador es que el lugar lo tendrá a la vista una sola vez, ya que una vez procesado por los elementos de seguridad pública o autoridades correspondientes, este quedará modificado y será más difícil realizar alguna teoría de lo ocurrido en el siniestro, circunstancia que obliga a ser ciertos desde la primera vez para eliminar toda posibilidad de duda, para lograrlo se deben aplicar los métodos y técnicas adecuados en cada momento de la observación, los cuales brindarán claridad y credibilidad en el actuar, evitando así que se pueda objetar alguna conclusión sobre lo observado.

### 4. Fijación

Es plasmar una o varias imágenes en un medio gráfico, lo anterior se logra a través de técnicas adoptadas dentro de la metodología de la criminalística como son:

**Fijación escrita:** El ajustador de seguros narra de forma escrita las características, ubicación, orientación, dimensiones del lugar y de los indicios, para tener siempre a la vista la relación que guardan entre sí, anotando con toda precisión la ubicación de los indicios y el lugar, determinando dicha ubicación con coordenadas, pues esto es primordial para poder conocer cómo se dio el hecho y poder reconstruirlo, Además de lo anterior, se debe cuidar la redacción y la ortografía, ya que de este depende la claridad con que se realice la fijación, lo cual ayudará a las personas que consulten a entenderla con mayor facilidad y precisión.

**Fijación fotográfica:** Partiendo del refrán que una imagen dice más que mil palabras, podemos afirmar que la fotografía es básica para demostrar la existencia del lugar y los indicios, así como fundamentar lo escrito por el ajustador, de tal modo que con la fotografía se tendrá a la vista la imagen del lugar e indicios de manera permanente.

La técnica aplicada es la fotografía forense, que no es otra cosa que la aplicación de las técnicas fotográficas al ámbito legal, siguiendo un mé-

todo de aplicación adecuado atendiendo siempre al objetivo para el cual se desarrolla, pues el juego de fotografías tomadas para un hecho en específico tiene que mostrarnos la relación que guardan los indicios con el lugar y demostrar además la ubicación y características de ellos. Es importante puntualizar que la fotografía forense no solo se emplea en el lugar de intervención, sino también para fijar objetos y documentos que se ponen a la vista del ajustador de seguros, y en cada caso se deberá respetar el método, este es el método deductivo, por lo que las fotografías se deberán tomar de lo general a lo particular, lo cual se logra con tomas generales o panorámicas, vistas medias, acercamientos y grandes acercamientos. Estos cuatro tipos de tomas se deben realizar por fuerza en todos los casos, ya que es la garantía de demostrar la ubicación y características de los indicios y el lugar, mostrando así la relación entre ellos (Moreno Salas, 2015).

Como todos saben la fotografía es básica en la intervención del ajustador, pero esta encomienda debe cumplir con dos premisas que son: Exactitud y Nitidez, si una fotografía no cumple con esos dos requisitos, es difícil que se pueda usar como medio de prueba; por otro lado las secuencias se deben respetar, pues como ya se ha mencionado, es esa la forma en que se demuestra la ubicación y relación del lugar y los indicios.

Dentro del ejercicio encomendado al ajustador de seguros, no es suficiente con hacer lo que se ha mencionado, pues éste debe ser más explícito en la realización de la fijación para que sea lo más clara posible, así como sencilla para quien consulte el juego de fotografías en algún momento de la supervisión del siniestro y así cualquier interviniente pueda darse una idea clara de la ocurrencia del siniestro. Esto se puede lograr con el empleo de señaladores o testigos métricos. Si se realiza una toma fotográfica panorámica en un lugar de hechos por ejemplo, como ya se ha dicho es muy probable que algunos indicios no se vean en la fotografía, problema que el ajustador de seguros con una adecuada instrucción en técnica criminalística sabrá desde el primer momento de su intervención subsanar con el simple hecho de poner una señal a cada indicio, pues aunque no se perciba en una toma panorámica este, sí se va a ver la señal, manifestando que ahí se encuentra un indicio. El otro auxiliar, el testigo métrico, es una reglilla graduada, que puede ser recta o en escua-

La deontología del ajustador de seguros como mecanismo de construcción de paz

dra, esta se pone junto al indicio para dar una visión de las dimensiones reales de este.

La fotografía forense como técnica diaria aplicada al ejercicio del ajustador revela una trascendencia e impacto en su trabajo, pues el trabajo bien hecho justificado en “ciencia y conciencia” se convierte en elemento probatorio válido, listo para poder ser incorporado a los escenarios judiciales.

La criminalística de campo no es una ciencia de reciente aparición, su aporte traza líneas de investigación sustentadas en “ciencia y técnica”, es inminente ya su injerencia en el área de ajuste, para esto se da inicio a la deontología como las bases éticas sobre las cuales el ajustador debe posar el cargo de representación que la institución de seguros le ha conferido, a esta característica debe forzosamente acompañarle la técnica y este conocimiento la criminalística de campo se lo brindará. Al asimilar al justador de seguros con el primer respondiente, pues ambos representan ese primer interviniente, ese primer canal de comunicación que se establece entre un hecho con consecuencias de derecho y que su relevancia permitirá desde un momento oportuno detectar cualquier tipo de conducta que sea nociva para las instituciones de seguros y para la sociedad, pues frenar el fraude es tarea de todos y hasta que no se marque un precedente real y palpable sobre el repudio al mismo las malas prácticas seguirán incorporándose y con la misma velocidad que corre la dinámica social.

Como un elemento de motivación por no emplear la palabra coacción, soy incesante en mis cursos de capacitación dirigidos a los ajustadores, y es que no sólo México sino muchos otros estados, muchas otras sociedades se requieren de profesionales que devuelvan la confianza en todas las instituciones y esto se logra a través de la acreditación de la persona que se ostente en cualquier ejercicio profesional, en el caso mexicano, en el curso de nuestro actual sistema de justicia penal el ajustador de seguros no está lejos de ser requerido por los órganos de administración de justicia a través de la figura del “testigo experto”, y es en ese momento cuando el ajustador de seguros deberá hacer patente sus capacidades, habilidades y conocimientos ante un tribunal que le cuestionará sobre su intervención y éste deberá demostrar porqué la compañía de seguros depositó en sus hombros una parte importante de su representa-

ción y más aún cuando en ese momento que sea requerido su intervención formará parte de la aplicación o no de la ley penal, por lo que un derecho humano como lo es la libertad puede quedar restringido o un delito puede quedar incluso impune.

## 5. Conclusiones

La Deontología del ajustador de seguros como mecanismo de construcción de paz desde la responsabilidad social de las compañías de seguros, es una propuesta que conjugar ciencia y conciencia bajo una responsabilidad de cualquiera que se diga docente, conjugando ciencias forenses, derecho y seguros pero desde una metodología aplicada a la intervención del ajustador de seguros representa ese margen importante de actuación que contribuirá a la responsabilidad social de las empresas. Como un apartado conclusivo de la intervención se resaltaré lo siguiente:

- Hasta que los operadores empiecen a depositar y reconocer un justo valor en las tareas de los demás desencadenaremos una corriente positiva de actitud, lealtad y buenas prácticas.
- Es necesario por parte de las instituciones de seguros establecer los procedimientos necesarios para garantizar la actuación del ajustador de seguros como primer Respondiente, bajo los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos
- La criminalística de campo es una ciencia que debe de dejar de ser auxiliar del área de seguros para convertirse en campo obligatorio de formación de los ajustadores de seguros, ellos al igual que la figura del primer respondiente son ejercicios afines para garantizar la obtención de datos de prueba.
- El trabajo bien hecho no es sólo una responsabilidad “social”, es también una necesidad “emocional”. Cuando uno se limita a cubrir su “trabajo”, es imposible tener un desempeño óptimo, es imposible sentirse realizado. El ser humano está hecho para la belleza, para lo mejor, y cuando no lo da todo, en realidad lo que está dando es nada. La excelencia está indisolublemente unida al compromiso; y el compromiso exige volcarse en los proyectos en

cuerpo y alma, sin escatimar esfuerzos. El compromiso es una de las variables que distingue a las personas de alto rendimiento de las personas que están en la media. Son personas que sobrepasan las fronteras técnicas o formales de un puesto. Personas de éxito, personas comprometidas al cien por cien (Alcaide Hernández, 2016)

### **Fuentes de información**

Alcaide Hernández, F. (2016). Aprendiendo de los mejores. Barcelona: Alienta.

Fuente Rodríguez, J. (2007). Legislación de seguros. México, D.F.: Porrúa.

Moreno Salas, J. (2015). Cadena de custodia y metodología aplicada al lugar del hallazgo o de los hechos. México: Editorial Flores.

<http://www.profesiones.org/var/plain/storege/original/application/b24d9efa0862ca4b8954db556eb323cd.pdf>

<http://www.secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/pdfs/normateca/protocolos/ProtocoloPrimerRespondienteV1.pdf>

<https://axa.mx/documents/16051/355773/Manual-de-procedimientos-del-ajustador-Auto.pdf>

<https://www.aig.com.mx/content/dam/aig/lac/mexico/documents/manualpoliticasprocedimientosajustadoresseguros-brochure.pdf>





# VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y VIDA DIGNA EN LOS PROCESOS DE COBRO DE ENERGÍA CONSUMIDA DEJADA DE FACTURAR. ROL DEL CONSULTORIO JURÍDICO DE CECAR: 2016-2017

Dulfay Monsalve Muñoz<sup>1</sup>

Elida Rosa Parra Castro<sup>2</sup>

## Resumen

El presente artículo está enfocado en determinar el rol del Consultorio Jurídico de CECAR como ente de proyección social ante las posibles vulneraciones al debido proceso y vida digna en los procedimientos de cobro de energía dejada de facturar adelantados por la empresa prestadora del servicio de energía en el municipio de Sincelejo entre los años 2016 y 2017, pues se trata de una situación que generó un gran número de consultas en el mencionado periodo y que ameritó la presentación de reclamaciones y recursos administrativos en protección de los derechos de los usuarios afectados, para lo cual fue necesario identificar el marco normativo del servicio de energía y del procedimiento de cobro enunciado, determinar la vulneración del debido proceso y la vida digna de los usuarios en los mencionados cobros y analizar las estadísticas del Consultorio jurídico de CECAR en los años 2016-2017 respecto a la prestación de la atención jurídica ante la situación planteada. Lo anterior realizado bajo un enfoque cualitativo, constituyendo una investigación Sociojurídica de tipo descriptivo, en la que se emplearon fuentes secundarias de información, como leyes, sentencias, resoluciones, y principalmente los registros del consultorio jurídico. De esta manera se pudo concluir que existe una vulneración a los derechos del debido proceso y derecho de defensa de los usuarios al no existir un procedimiento y metodología a nivel legal o reglamentario que disponga la forma de tasar la energía consumida dejada de facturar y el cobro de la misma, siendo que la empresa prestadora del servicio comunica sorpresivamente la factura con el cobro liquidado. Es aquí donde entra en un rol trascendental el Consultorio jurídico de CECAR, en defensa de los derechos de esos usuarios evitando la afectación de su vida digna.

---

<sup>1</sup> Magister en Derecho y Abogada de la Universidad de Cartagena. Docente investigadora adscrita al Centro de Investigación Socio Jurídica de la Corporación Universitaria del Caribe-CECAR. Email: dulfay.monsalvem@cecar.edu.co.

<sup>2</sup> Abogada Conciliadora de la Corporación Universitaria del Caribe-CECAR, adscrita al Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación e Investigadora del Centro de Investigación Socio Jurídica de CECAR. Email: elida.parra@cecar.edu.co.

**Palabras Clave:** Debido proceso, vida digna, procesos de cobro, energía consumida dejada de facturar, consultorio jurídico universitario.

### Abstract

This article is focused on determining the role of the Consultorio Jurídico of CECAR as an entity of social projection in the face of possible violations of due process and dignified life in the procedures of for the collection of unbilled energy advanced by ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., company providing the energy service in the municipality of Sincelejo between 2016 and 2017, as it is a situation that generated a large number of consultations in the aforementioned period and that merited the submission of complaints and administrative remedies in protection of the rights of affected users, To this end, it was necessary to identify the regulatory framework of the energy service and the collection procedure set forth, to determine the violation of due process and the dignified life of the users in the aforementioned collections and to analyze the statistics of the CECAR Legal Office for 2016-2017 with respect to the provision of legal assistance in the situation that arose. This was done under a qualitative approach, constituting a descriptive socio-legal research, in which secondary sources of information were used, such as laws, judgments, resolutions, and mainly the records of the Consultorio Jurídico. In this way, it was concluded that there is a violation of the rights of due process and the right of defense of the users as there is no legal procedure or methodology that provides a way to assess the energy consumed and the way in which it was not invoiced, and the company providing the service surprisingly communicates the invoice with the liquidated charge. It is here that CECAR's Legal Office plays a transcendental role in defending the rights of these users, avoiding the harm to their dignified lives.

**Keywords:** Due process, dignified life, collection processes, unbilled energy consumption, and Consultorio Jurídico.

Con la Constitución de 1991 se establece como fin del Estado servir a la comunidad y garantizar el goce mínimo y efectivo de todos sus derechos. Con el Estado social de derecho las sociedades fueron adoptando nuevos estilos de vida, con ellos la incursión a una vida más digna en aspectos fundamentales como lo son el tener a disposición servicios que mejoren la calidad de vida de las personas, y que a su vez, estos se consideran indispensables al diario vivir, servicios tales como energía, agua potable, gas, entre otros.

El servicio público domiciliario de energía eléctrica tiene su génesis a finales de siglo XIX, y a lo largo de la historia se implementó comenzado por un uso de alumbrado público y comercio, para luego pasar a comunidades de estratos altos. Con la acogida se generaron empresas en las cuales recaía la labor de distribuir y vigilar este servicio, empresas privadas que se vieron en dificultades para administrarlo. Luego de una serie de debates, el servicio de la energía pasó a ser prestado por el Estado, y este por un tiempo prudencial fue el encargado de administrarla. Pero en los años 90 el diagnóstico a las empresas estatales que prestaban este servicio fue deplorable y de mala calidad, tanto en administración, operación, como financiación, motivos por los cuales en la Constitución de 1991 “se admitió, como principio clave para el logro de la eficiencia en los servicios públicos, la competencia para hacer posible la libre entrada de cualquier agente interesado en prestar los servicios” (Comisión de regulación de energía y gas [CREG], 2013).

Con ello se da en el Estado una nueva forma al Ministerio de Minas y Energía y se crearon unidades administrativas especiales entre ellas la “Comisión de Regulación de Energía (CRE) convertida en 1994 en la actual Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), la Unidad de Información Minero Energética (UIME) y la Comisión de Planeación Minero Energética (UPME)” (CREG, 2013). Desde esta orbita pasa el Estado a ser ente vigilador, controlador, y deja de ser administrador. Es aquí donde diversidad de empresas cumplen la función de prestación de servicios públicos por parte de particulares.

En Colombia la prestación del servicio público de energía funciona con cuatro etapas que son: generación, transmisión, distribución, y comercialización. En esta oportunidad nos centraremos en una de las empresas que distribuye y comercializa en el país, siendo estas las que tienen un contacto directo con el usuario dado a que su actividad se relaciona con la lectura de medidores, facturación de servicio, y que se involucran con todo lo que tenga que ver con reclamos, consultas etc. De otra parte, la modalidad de cobro implementada por estas empresas es la facturación, en la cual, de acuerdo con el consumo del usuario, la empresa prestadora del servicio público le gira una factura con el precio a pagar, teniendo en cuenta además las tarifas que estas tienen preestablecidas.

A todas luces, y de acuerdo con lo expresado por los diversos medios de comunicación, el sector de energía en Colombia atraviesa por un etapa crítica sobre todo en de la región caribe, en la cual las quejas, reclamos, y consultas vienen incrementando y uno de los principales motivos está dado por el cobro de energía consumida dejada de facturar, figura que implementan las empresas distribuidoras y comercializadoras para recibir el pago de aquella energía que por diversas causas se dejó de facturar, atribuyéndole una responsabilidad al usuario del servicio por supuesto fraude por alteración en los medidores de energía, afectando en muchos de los casos los derechos fundamentales al debido proceso y vida digna de los usuarios.

Siendo estos derechos de índole constitucional los que están siendo vulnerado por las empresas cuando estas hacen el cobro de la energía dejada de facturar sin seguir un procedimiento que vele por su protección, la pertinencia y relevancia de esta investigación se materializa en hacer visible esta problemática que está afectando a la población de Sincelajo que acude al Consultorio jurídico de la Corporación Universitaria del Caribe- CECAR, a encontrar atención, asesoría y apoyo ante la situación de cobro exagerado, labor con la cual se hace accesible para esta población emplear los recursos de la antes llamada *vía gubernativa*, y con ello poder contrarrestar un proceso de cobro que viola en algunos casos, los estándares del debido proceso y vida digna. Por tal razón se hace necesaria esta investigación para lograr también la eficiencia en los servicios públicos consagrada en la Constitución política de Colombia, con un respeto tanto a las empresas como a los usuarios.

La calidad de *abogados de pobres* que ostentan los estudiantes de derecho en sus prácticas de consultorio jurídico por mandato del art. 1º. de la Ley 583 de 2000, constituye una especie de vocación social que viene impuesta por el legislador desde hace 40 años, inicialmente por el Decreto 196 de 1971, artículo 30, el cual posteriormente fue reformado por la Ley 583 de 2000, norma esta que hizo aún más explícito el mencionado mandato. Dicha calidad contiene un énfasis social que está en perfecta consonancia con el carácter de servicio y proyección social que en las instituciones universitarias tienen las prácticas.

## Vulneración del debido proceso y vida digna en los procesos de cobro de energía

En razón todo lo anterior, la pregunta problema a resolver es: ¿Cuál es el rol del consultorio jurídico de CECAR frente a la vulneración de los derechos al debido proceso y vida digna en los procesos administrativos de cobro de energía consumida dejada de facturar adelantados por ELETRICARIBE E.S.A E.S.P. en el municipio de Sincelejo durante los años 2016-2017?

Para dar solución a la pregunta problema nos planteamos el siguiente objetivo general: Determinar el rol del consultorio jurídico de CECAR frente a la vulneración de los derechos al debido proceso y vida digna en los procesos administrativos de cobro de energía consumida dejada de facturar adelantados por ELETRICARIBE E.S.A E.S.P. en el municipio de Sincelejo durante los años 2016-2017. Para darle cumplimiento al mencionado objetivo nos hemos trazado los siguientes objetivos específicos: Identificar el marco normativo del servicio público domiciliario de energía y del procedimiento de cobro por consumo de energía dejada de facturada de conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano, determinar la vulneración del debido proceso y la vida digna de los usuarios en los procesos administrativos de cobro de energía consumida dejada de facturar adelantados por ELETRICARIBE E.S.A E.S.P., analizar las estadísticas del consultorio jurídico de CECAR en los años 2016-2017 frente a la problemática de cobro de energía dejada de facturar con relación a la atención jurídica gratuita del consultorio jurídico como centro de proyección social en la protección de los derechos a la vida digna y debido proceso.

### **1. Metodología**

La presente investigación, es de tipo socio jurídico, toda vez que se busca determinar el rol del consultorio jurídico como ente de proyección social en la protección de derechos de índole fundamental como el debido proceso y vida digna, con un enfoque de carácter cualitativo, pretendiendo describir cual es la productividad de la atención asesoría y apoyo que brindan los consultorios jurídicos cuando debido al cobro excesivo e injustificado de energía se vulneran derechos como la vida digna, debido proceso. Las fuentes a través de las cuales se obtuvo la información, fueron fuentes secundarias realizando un rastreo bibliográfico encamina-

do a establecer las garantías mínimas que se le deben respetar a una persona en relación a la prestación de un servicio público domiciliario, analizando las estadísticas del año 2016 y del primer periodo del 2017 emitidas por el consultorio jurídico de CECAR en la modalidad de consulta.

## 2. Marco normativo del servicio público domiciliario de energía y del procedimiento de cobro por consumo de energía dejada de facturada de conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano

En el ordenamiento jurídico colombiano los servicios públicos domiciliarios se han reglamentado de acuerdo a la actividad que realizan cada una de las empresas prestadoras de servicio: generación, transmisión, distribución y comercialización. En la siguiente tabla podrá apreciarse el marco normativo de la prestación de este servicio en todas sus etapas:

**Tabla No. 1. Marco normativo**

Denominación de la Ley	Objeto que regula
Ley 142 de 1994	Describe los parámetros de los servicios públicos domiciliarios y los derechos de los usuarios frente a estos, entre otras disposiciones.
Ley 689 de 2001	Mediante esta se modifica la Ley 142 de 1994, en relación al tema de los contratos de servicios públicos domiciliarios.
Ley 143 de 1994	Esta regula los parámetros que deben tenerse en cuenta al momento de generar interconexión, transmisión, distribución y comercialización de energía en el territorio nacional.
Ley 1151 de 2007	Mediante esta se establece el plan de desarrollo 2006 – 2010.
Resolución 116 de 1998.	<ul style="list-style-type: none"><li>• Reglamenta limitación de suministro de distribuidores y comercializadores.</li></ul>
Decreto 2424 de 2006	A través de este se regula la prestación del servicio de alumbrado público.

## Vulneración del debido proceso y vida digna en los procesos de cobro de energía

<b>Resolución 043 de 1995 Comisión de regulación de energía y gas-CREG.</b>	Regula aspectos generales del suministro y cobro del alumbrado público municipal.
<b>Resolución 043 de 1996 Comisión de regulación de energía y gas-CREG.</b>	Por la cual se dictan normas adicionales para alumbrado público.
<b>Resolución 076 de 1997. Comisión de regulación de energía y gas-CREG.</b>	Normas complementarias para suministro y cobro del alumbrado público.
<b>Resolución 025 de 1995. Comisión de regulación de energía y gas-CREG.</b>	A través de esta resolución se establece el código de redes como parte del reglamento de interconectado nacional
<b>Resolución 070 de 1998</b>	En esta se reglamenta la Distribución de Energía Eléctrica como parte del reglamento de interconectado nacional.
<b>Decreto 3735 de 2003</b>	Por el cual se reglamenta el programa de normalización de redes
<b>Decreto 850 de 2005</b>	Por el cual se modifica el Decreto 3735 de 2003
<b>Resolución 097 de 2008</b>	Metodología de cargos para STR y SDL
<b>Resolución 110 de 2009</b>	Cargos unificados de distribución y comercialización

Fuente creación propia.

Cabe agregar que en Colombia existen cuatro entidades administrativas que se encargan de regulación y vigilancia del servicio de energía, estas son:

- Comisión de Regulación de Energía y Gas
- Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios
- Ministerio de Minas y Energía
- Imprenta Nacional de Colombia

Dándole cumplimiento al primero de los objetivos específicos anteriormente planteados, al realizar el rastreo bibliográfico en el ordenamiento jurídico colombiano frente a la normatividad sobre el servicio público domiciliario de energía, se encontró que este cuenta con una serie de leyes



y de resoluciones emitidas por la Superintendencia de servicios públicos domiciliarios- Superservicios referidas a la circunstancia de cobro por consumo de energía dejada de facturar. Encontramos la Ley 142 de 1994, la cual fija los parámetros del concepto de servicios públicos domiciliarios, también con ella se crean las comisiones de regulación y algunas tarifas. Siendo un poco más específicos, en cuanto al servicio público de energía se crea la Ley 143 de 1994, con esta norma se implementa el sector de energía en Colombia.

Es de importancia resaltar que las comisiones de regulación de energía a través de resoluciones también realizan control y vigilancia de este servicio y han coadyuvado en la regulación del tema, de conformidad con ello se destacan las siguientes resoluciones con fuerza vinculante:

- La Resolución CREG 055 de 1994 reguló la actividad de generación de energía eléctrica en el sistema interconectado nacional.
- La Resolución CREG 056 de 1994 adoptó disposiciones generales sobre el servicio público de energía eléctrica.

En cuanto a la normatividad específica aplicable a la facturación del consumo de energía eléctrica en Colombia se encuentra en la Ley 142 de 1994. Esta nos orienta sobre todo lo referido a la energía eléctrica como servicio público domiciliario en Colombia, y es esta misma ley la que abarca tema específico del cobro por consumo de energía dejada de facturar, eje del presente trabajo, el cual se encuentra regulado en los siguientes artículos:

Artículo 146 de la Ley 142 de 1994 en su inciso 2 que a letra dice:

Cuando, sin acción u omisión de las partes, durante un período no sea posible medir razonablemente con instrumentos los consumos, su valor podrá establecerse, según dispongan los contratos uniformes, con base en consumos promedios de otros períodos del mismo suscriptor o usuario, o con base en los consumos promedios de suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares, o con base en aforos individuales.

Por su parte, el artículo 149 de la mencionada ley establece:

De la revisión previa. Al preparar las facturas, es obligación de las empresas investigar las desviaciones significativas frente a consumos anteriores. Mientras se establece la causa, la factura se hará con base en la de períodos anteriores o en la de suscriptores o usuarios en circunstancias semejantes o mediante aforo individual; y al aclarar la causa de las desviaciones, las diferencias frente a los valores que se cobraron se abonarán o cargarán al suscriptor o usuario, según sea el caso

Adicionalmente, el artículo 150 de esta misma Ley establece:

De los cobros inoportunos. Al cabo de cinco meses de haber entregado las facturas, las empresas no podrán cobrar bienes o servicios que no facturaron por error, omisión, o investigación de desviaciones significativas frente a consumos anteriores. Se exceptúan los casos en que se compruebe dolo del suscriptor o usuario.

Así como lo establecen los textos normativos anteriormente citados, podemos concluir que el legislador le da la facultad a las empresas de energía de realizar los respectivos cobros del consumo de energía que se dejó de facturar por situaciones ajenas a la empresa. Las circunstancias que materializan esta disposición son, por ejemplo, cuando el medidor de energía no funciona correctamente y por tanto no registra los consumos utilizados o cuando se encuentra una desviación ilegal o una conexión del aparato de medida intervenida para aprovechar el servicio sin que éste sea medido (Energía Pirata). Estas razones dan a entender, que las empresas de servicio público están facultadas para cobrar el consumo de lo no facturado siempre y cuando las causas no sean imputables a la empresa (Narvárez, De la Espriella, & Jaimes, 2017). Es necesario aclarar también que esta posibilidad no implica sanción pecuniaria alguna, dado que las empresas no están facultadas para imponer este tipo de sanciones sino por disposición legal.

Cabe anotar que el cobro objeto de estudio es fundamentado jurídicamente por parte de la Superintendencia de servicios públicos domici-

liarios (2015) en los artículos 140 y 141 de la mencionada Ley 142 de 1994, al encuadrarlo dentro de un incumplimiento contractual por parte del usuario, y en desarrollo del deber de investigar cualquier desviación significativa, tal como lo prevé el artículo 149 del mismo cuerpo normativo.

De igual forma, manifiesta la Superservicios (2015), que actualmente no existe una metodología para calcular el porcentaje de cobro por energía consumida dejada de facturar. Este no se encuentra establecido en ninguna normatividad. En efecto, el artículo 54 de la resolución 108 de 1997 expedida por la comisión de regulación de energía y gas- CREG, estableció una metodología para su fijación, no obstante, esta fue declarada nula por el Consejo de Estado expediente 26520 del 30 de julio de 2008, toda vez que en ella, además de establecer el consumo, también se establecieron sanciones pecuniarias, y como se dijo anteriormente, las sanciones solo pueden facultarse a través de la ley.

Sobre este punto no existe con exactitud ninguna metodología que nos indique el consumo de energía dejada de facturar, al terreno quien viene a establecer un poco de orden es la Corte Constitucional a través de la sentencia SU -1010 del 2008, donde establece que la metodología para el cobro podrá fijarla la empresa en los contratos uniformes siempre y cuando se tenga de presente previamente los artículos 146, 149 y 150 de la Ley 142 de 1994. Lo anterior, resulta figura algo controversial si se tiene en cuenta que por el hecho de no existir formula alguna se podría gozar de una posición dominante respecto de las empresas por ser estas la de mayor poder en la relación contractual empresa de servicio- suscriptor y/o usuario.

### **3. Vulneración del debido proceso y la vida digna de los usuarios en los procesos administrativos de cobro de energía consumida dejada de facturar adelantados por ELETRICARIBE E.S.A E.S.P**

El debido proceso, es un principio constitucional según el cual “toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez” (Jaramillo, 2017).

## Vulneración del debido proceso y vida digna en los procesos de cobro de energía

Se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución política de Colombia y en este se contemplan garantías como la irretroactividad de la ley, el principio de favorabilidad, la presunción de inocencia, no ser juzgado dos veces por el mismo hecho o *non bis in idem*, el derecho de defensa, contradicción probatoria y la nulidad de la prueba obtenida sin la observancia del debido proceso. En consecuencia, tanto el Estado como los particulares se encuentran obligados a actuar de conformidad con el mencionado principio.

Por su parte, la vida digna en Colombia implica tres definiciones que han sido desarrolladas por vía jurisprudencial, y que se enmarcan dentro del mínimo de derechos establecidos en un Estado social de derecho. La Corte Constitucional (2002), ha determinado que el derecho a la vida digna y dignidad humana en Colombia ha de concebirse desde los siguientes postulados:

La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera), la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien) y la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

Si alguna institución, persona o entidad impiden que se cumplan estos tres aspectos, la persona puede exigir su protección al Estado. Así las cosas, el cobro excesivo de dinero por energías consumidas dejadas de facturar vulneraría el derecho fundamental a la vida digna, enmarcado en el segundo aspecto de su definición *vivir bien*, debido a que si una persona de escasos recursos económicos, como las atendidas en el consultorio jurídico, algunas veces puede verse en dificultad para cancelar su consumo habitual, una vez le llegue el cobro de la supuesta energía que consumió pero que no se cobró en tiempo se va a ver obligada a la cancelación del servicio de energía afectando su estabilidad económica y su mínimo vital.

En el tema que nos concierne, se habla de una posible vulneración tanto del derecho al debido proceso como a una vida digna con origen

en el cobro de energía eléctrica consumida dejada de facturar por parte de las empresas prestadoras de este servicio público domiciliario, en nuestro caso específico, ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., empresa objeto de numerosas solicitudes, derechos de petición y recursos interpuestos por los usuarios a través del Consultorio jurídico de CECAR en razón de dicho cobro irregular.

Es pertinente recordar que actualmente no existe una metodología para la medición de ese consumo no facturado ni existe un procedimiento legalmente establecido para su cobro. La jurisprudencia de la Corte Constitucional llenó este vacío dando la posibilidad de que proceso fuera estipulado en el contrato de condiciones uniformes. En efecto, en la actualidad, la empresa prestadora del servicio de energía eléctrica en Sincelejo, fundamenta su actuar en la cláusula 46 del *Contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica*, el cual menciona en su tenor literal:

Cláusula 46ª.- irregularidad técnica y determinación de energía dejada de facturar: Si como resultado de la visita de verificación, revisión técnica y del análisis de toda la información valorada o recaudada por la Empresa, se determina la configuración de una anomalía o irregularidad técnica que afecta la medida por un hecho ajeno a la empresa o por acción u omisión del usuario, la Empresa podrá proceder a la determinación y cobro de los consumos dejados de facturar al usuario. Igualmente, habrá lugar a la determinación, liquidación y cobro de los consumos respecto de usuarios no clientes que se detecten conectados directamente a la red de la empresa.

Del análisis de la anterior cláusula se deriva que la empresa es quien participa de manera activa en la labor de identificar los usuarios que consuman el servicio bajo anomalías o irregularidades técnicas por su acción u omisión, lo que se traduce en usuarios fraudulentos. Lo anterior en consonancia con el deber de investigar desviaciones significativas consignado en el artículo 149 de la ley 142 de 1994. La empresa es quien recauda las pruebas, quien analiza la información recaudada y quien determina la existencia de anomalías, además, es quien determina el valor y procede

con el cobro al usuario. El problema radica en precisar un procedimiento especial para la identificación y normalización de este tipo de situaciones, procedimiento que garantice la participación del usuario y respete su derecho al debido proceso y que por consiguiente no afecte sus condiciones de vida digna.

De la lectura de la sentencia T- 565 de 2009, en la que la Corte constitucional estudia la posible violación del debido proceso en un procedimiento por energía consumida dejada de facturar se pudo extraer cual fue el procedimiento que actualmente sigue ELECTRICARIBE para el descubrimiento y cobro de la misma.

Este inicia con una visita de inspección al inmueble por parte de técnicos de la mencionada empresa en la cual se revisa el contador y se verifica si existe algún tipo de anomalías. Con esta primera actuación ya se podría hablar de una posible violación al debido proceso, pues esta visita técnica se realiza sin previo aviso, no contando en algunas veces con la presencia del responsable del inmueble. En consecuencia, cabe afirmar que ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. en aras de garantizar el debido proceso debe anunciar la realización de la visita de inspección técnica para que el usuario del servicio y responsable del inmueble, sea el propietario, poseedor o tenedor, se encuentre presente al momento de la realización de esta, de tal forma que pueda observar el procedimiento a realizar y firmar el acta en la cual se consignan los posibles hallazgos, con mucha más razón, si a través de esta visita se empiezan a constituir las pruebas que posteriormente harán parte del procedimiento administrativo que la empresa adelanta en caso de hallazgos.

Al respecto cabe afirmar que, es posible que el factor sorpresa de esta visita sea deliberado para evitar predisponer a los posibles infractores o que realicen maniobras de encubrimiento, no obstante, se recalca que en nuestro Estado Constitucional se presume la buena fe de todos los ciudadanos, por ello en respeto al derecho fundamental al debido proceso, la visita técnica de inspección debe ser anunciada con antelación y así garantizar que el responsable pueda estar presente. Además, entiéndase que la manipulación de un contador de energía, el haber cambiado su posición y/o alterado su sello de seguridad, resulta una acción difícil de encubrir para el usuario y fácil de descubrir para los técnicos expertos,

por lo que no debe existir esfuerzo por parte de la empresa para que la inspección sea sorpresiva afectando derechos del usuario.

Como resultado de la mencionada inspección, al haber hallazgos se retira el contador para enviarlo al laboratorio de calibración de medidores, situación a la cual no puede oponerse el usuario, y laboratorio que dicho sea de paso, es seleccionado por la empresa prestadora de servicios públicos. Este laboratorio rinde un informe y a partir de sus resultados se inicia procedimiento administrativo a través de pliego de cargos para establecer el estado de cumplimiento del contrato de condiciones uniformes. A través de la comunicación de la apertura del mencionado procedimiento se le informa al usuario que cuenta con 5 días para “presentar descargos y aportar o solicitar las pruebas que considerara pertinentes” (Corte Constitucional de Colombia, 2009)

Ahora bien, corresponde preguntarnos qué posibilidad material tiene el usuario de controvertir tanto los hallazgos de la visita de inspección como los resultados del informe sobre un contador que la empresa retiró. Será posible para el usuario solicitar que el contador retirado sea analizado por un laboratorio que este escoja, o que este sea asignado por una autoridad, que en este caso podría constituirse por la Superintendencia de servicios públicos domiciliarios.

Luego, puede que a pesar de otorgar 5 días para presentar descargos, no exista posibilidad para el usuario de controvertir materialmente las pruebas y señalamientos en su contra, en un procedimiento donde la empresa prestadora del servicio público se constituye como juez y parte.

Finalizada esta etapa, la empresa de energía emite una decisión, la cual puede ser controvertida a través de los recursos de la antiguamente llamada *vía gubernativa*, siendo el recurso de reposición revisado por la misma entidad y el de apelación por la Superservicios tal como lo prevé el artículo 154 de la Ley 142 DE 1994.

Con todo, es en esta decisión y después de surtidos los pasos anteriormente mencionados, cuando ha de realizarse el cobro por la energía eléctrica consumida dejada de facturar. Se aclara que este cobro no tiene carácter de sanción:

## Vulneración del debido proceso y vida digna en los procesos de cobro de energía

El cobro de servicios prestados y no facturados no se trata de una sanción al usuario, sino del derecho que tiene la empresa a recuperar unas sumas de dinero por concepto de unos consumos obtenidos de manera irregular y que afectan de manera negativa su patrimonio económico (Superintendencia de servicios públicos domiciliarios, 2015).

Cabe resaltar en este aparte el caso concreto de la sentencia T-565 del 2009 de la Corte Constitucional de Colombia, en la que no se tuteló el derecho al debido proceso del accionante por considerar que a pesar de que el actor no estuvo presente en la diligencia de inspección que ELECTRICARIBE realizó al medidor de su vivienda, con posterioridad tuvo la oportunidad de plantear su defensa mediante la presentación de descargos, la participación en el periodo probatorio y a juicio de la Corte, al haber sido citado para la notificación de la decisión en donde se le anunciaron los recursos procedentes.

Así las cosas, para la Corte Constitucional colombiana, la protección del debido proceso de los usuarios en los procedimientos de cobro de energía consumida dejada de facturar, consiste en la vinculación al procedimiento y la existencia de oportunidades de defensa. No obstante, la Corte al inicio de su razonamiento, deja entrever que el hecho consistente en la no presencia del propietario en el procedimiento de inspección vulnera su debido proceso, y que este fue compensado con las demás actuaciones procesales en las que se le dio participación. Así pues, no se centró la Corte en exigir el respeto del debido proceso en desde el inicio del procedimiento, permitiendo la presencia del propietario o responsable del inmueble, e incluso, estando dentro de sus posibilidades, asesorarse y/o acompañarse de personal idóneo para la observación del procedimiento a ejecutar por los técnicos, equilibrando así, la posición pasiva y desigual de los usuarios respecto de la empresa prestadora del servicio público de energía eléctrica.

Por su parte, para la Superservicios (2015) la protección del debido proceso del usuario en este tipo de casos, consiste en la garantía de su derecho de defensa desde antes de emitir la factura con el valor liquidado al determinar la causa que impidió la medición de los consumos:



(...) el debido proceso se garantiza cuando se le indica al usuario, en el caso de servicios públicos domiciliarios, los medios de prueba que proceden en cada actuación; cuando se determinan los plazos y términos dentro de los cuales podrá actuar el usuario para ejercer su defensa; cuando se motivan todos los actos que afecten a particulares; cuando se le da a conocer el usuario la metodología de determinación del consumo dejado de facturar; y, cuando se precisan las formas de notificación con indicación de los recursos.

[...] No puede entonces entenderse garantizado el debido proceso, defensa y contradicción, con la sola expedición de una factura por consumos dejados de facturar y la posibilidad de que el usuario haga uso de los recursos de vía gubernativa y posteriormente acuda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que previo a esto el usuario debe tener el derecho de interactuar frente a cada uno de los elementos probatorios y de conocer las razones tanto fácticas, como técnicas y jurídicas por las que se le imputa el pago de unos consumos dejados de facturar.

Cabe anotar que en los casos atendidos en el Consultorio jurídico de CECAR la preponderante vulneración consistió en la comunicación del cobro de la energía consumida dejada de facturar, sin la vinculación a ningún tipo de procedimiento. También en la realización de inspecciones técnicas sin la presencia del responsable del inmueble precisamente porque en la práctica, dicha visita no es anunciada. Luego, los usuarios recibían de manera sorpresiva la factura contentiva del cobro por la supuesta energía consumida dejada de facturar sin haber tenido oportunidad de controvertir pruebas o plantear su defensa de manera previa a la emisión de dicha factura.

A esta situación se suma el hecho que, precisamente en razón de la función otorgada por la ley de abogado de pobres a la labor de los estudiantes de Consultorio Jurídico, las personas que acudieron solicitando asesoría, son personas de escasos recursos, lo que se manifiesta en dos situaciones de vulneración de derechos como consecuencia de la situación inconstitucional en que se coloca al usuario en los procesos de co-

bro de energía consumida no facturada. La primera de ellas se manifiesta, como ya se mencionó, cuando el usuario, precisamente por ser de escasos recursos, se vea abocado a pagar una suma de dinero superior a sus capacidades económicas, lo que afectaría su vida digna. La segunda situación se da pues, los usuarios del consultorio jurídico, por lo general, son desconocedores de información técnica que en comparación con la empresa prestadora del servicio, genera una situación de desigualdad.

Para finalizar, cabe resaltar que al permitir al usuario ejercer su derecho de defensa, este podría manifestar situaciones sobrevinientes que se traducen en una disminución considerable del consumo de energía, situaciones como la disminución del número de habitantes en el inmueble, o la toma de medidas por parte de los usuarios para el ahorro de energía al mantener luces apagadas, evitar uso de electrodomésticos por tiempo prolongado, entre otras.

#### **4. Rol del Consultorio jurídico de CECAR en los años 2016-2017 frente a la problemática de cobro de energía dejada de facturar con relación a la atención jurídica gratuita del Consultorio jurídico como centro de proyección social en la protección de los derechos a la vida digna y debido proceso**

Con el propósito de dar solución a nuestro tercer objetivo se realizó una revisión y conteo de la monitoria de consulta para el año 2016 y el primer periodo de 2017, de cuyo ejercicio pudo extraerse que durante el año 2016, de las consultas atendidas en el Consultorio Jurídico de CECAR por situaciones con relación a la prestación del servicio de energía eléctrica en Sincelejo, el 59,35% de los casos fue por motivo de la vulneración del debido proceso y vida digna en razón del cobro de energía consumida dejada de facturar. En efecto se atendieron 38 casos por este único motivo, mientras que el 40.65% de las consultas restantes en contra de ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. fue por diversidad de motivos, entre ellos, solicitud de reajuste por cobro excesivo, solicitud de reubicación de poste de energía, cobro de contador en garantía y cuestiones atribuibles a convenios de pago de deudas anteriores, etc.

Respecto al año 2017, se cuenta con información del primer periodo, de la cual se pudo calcular que el 36% de los casos atendidos en el con-

sultorio relacionados con la mencionada empresa de energía tuvieron como única causa la vulneración del debido proceso y vida digna de los usuarios frente al cobro de energía consumida dejada de facturar (Corporación Universitaria del Caribe CECAR, 2018).

La existencia de una vulneración del debido proceso y vida digna se evidencia en los porcentajes de usuarios de estratos uno y dos atendidos en Consultorio jurídico producto de anomalías derivadas de la prestación del servicio de energía por parte de ELECTRICARIBE, más específicamente el cobro de energía consumida dejada de facturar.

En efecto, la Superintendencia de servicios públicos domiciliarios (2014) ha ratificado a través de sus conceptos y resoluciones que de los más de 13.000 recursos de apelación por concepto de reclamaciones en contra de consumos cobrados por energía dejada de facturar en los últimos años, cerca del 87% ha sido fallado a favor del usuario. Ante los diferentes incumplimientos normativos presentados por la empresa ELECTRICARIBE S.A. E. S. P., la Superservicios ha sancionado a esta prestadora en los últimos 5 años con multas por valor de más de dos mil seiscientos setenta millones de pesos, y actualmente se encuentran en trámite 12 procesos de investigación contra la misma empresa.

Atendiendo a lo anterior y a lo analizado en base a las estadísticas y a la experiencia en el área de consulta se pudo establecer que las principales causas que genera la vulneración de derechos fundamentales de los usuarios atendidos en el Consultorio jurídico de CECAR, frente a la situación de cobro de energía consumida dejada de facturar son las siguientes:

**Tabla N° 2: Causas que genera la vulneración de derechos fundamentales de los usuarios atendidos en el Consultorio jurídico de CECAR**

<b>PRINCIPALES CAUSAS QUE GENERAN VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONSUMO DE ENERGÍA DEJADA DE FACTURAR.</b>
<b>Manipulación de los medidores sin testigos en ocasiones, sin la presencia del propietario del inmueble o arrendatario o en su defecto el poseedor.</b>
<b>En el mantenimiento de medidores llevados a los laboratorios de las empresas, en la cual sorpresivamente aparecen irregularidades en los cual no se</b>

<b>facturo la energía pero si se consumió.</b>
<b>Al realizar los diagnósticos de los medidores, los empleados no dejan copias a los usuario de la labor realizada por parte de estos.</b>
<b>La empresa prestadora no permite que el usuario realice una revisión con un técnico diferente al de confianza de la empresa.</b>
<b>El usuario recibe de manera sorpresiva la factura con el cobro por energía consumida dejada de facturar sin haber sido vinculado a un procedimiento previo a la liquidación de dicho valor.</b>

Fuente creación propia.

Finalmente y de acuerdo al análisis de estos resultados podemos establecer que uno de los principales derechos que se vulneran al transgredir el debido proceso es el derecho de controvertir los resultados de investigaciones, diagnósticos y similares. En estos casos manifiestan los usuarios que después de la investigación, la empresa solo procede a realizar el cobro en las siguientes facturas, razón principal que genera inconformidad en los usuarios y por la cual acuden a las diferentes entidades para buscar solución alguna ante la vulneración de su derecho al debido proceso. Así mismo se vulnera el derecho a la vida digna debido a que, si una persona de escasos recursos económicos que habita en un sector estrato uno, dos, y algunas veces tres, en ocasiones presenta dificultades económicas para cancelar un consumo de 30 a 40 mil pesos mensuales, cuando se generen cobros excesivos e injustificados que tripliquen el consumo habitual, y ante la imposibilidad de realizar el pago, se verá obligada a la suspensión definitiva del servicio aun cuando exista a la necesidad de tenerlo, lo que afectaría de forma evidente el derecho fundamental a la vida digna debido a lo esencial del servicio de energía para las necesidades básicas.

Así las cosas, al establecer el rol del consultorio jurídico de CECAR en la protección de derechos fundamentales, de vida digna y debido proceso, es de gran importancia resaltar que este en su labor social realiza un acompañamiento integral al usuario afectado de la siguiente manera:

1. El usuario se dirige a las instalaciones, manifiesta la decisión de la empresa ELECTRICARIBE de realizar suspensión

del servicio por el no pago de valor de una factura por concepto de energía dejada de facturar.

2. Se realiza el documento de reclamación directamente ante la empresa.

3. Si con la reclamación directa no es suficiente y la problemática persiste se interponen los recursos que por ley proceden: recurso de reposición ante la empresa y de apelación ante la Superintendencia de servicios públicos domiciliarios.

4. Mientras se está a la espera de la decisión el usuario solo debe cancelar el consumo básico, el valor en litigio por concepto de energía consumida dejada de facturar no debe pagarse hasta tanto la Superintendencia no decida.

Con lo anterior se deja de manifiesto, que el usuario que se dirige a invocar asesoría en el consultorio jurídico, lo hace con una factura que ya viene con el cobro liquidado. No se acercan con un boleto de notificación de visita, pues la empresa no informa sobre la fecha de realización de la inspección técnica, y tampoco los usuarios que se han acercado al consultorio jurídico lo hacen para solicitar acompañamiento al haberse vinculado a un procedimiento previo a la liquidación del valor de la energía consumida dejada de facturar, tal como el descrito en aparte anterior del presente escrito, de lo que se puede concluir que en Sincelejo este no es el proceder de la empresa de energía. Esta, se insiste, únicamente entrega la factura con el valor de la energía consumida dejada de facturar ya liquidado, con cuya actuación no queda duda, se transgrede el debido proceso y vida digna de los usuarios de los estratos más vulnerables.

## **5. Conclusiones**

A través del presente trabajo se logró determinar el rol del Consultorio Jurídico de CECAR frente a la vulneración de los derechos al debido proceso y vida digna en los cobros de energía consumida dejada de facturar adelantados por ELETRICARIBE E.S.A E.S.P. en el municipio de Sincelejo durante los años 2016-2017. Este se evidencia al realizar la asesoría y acompañamiento jurídico a los usuarios, presentando en su nom-

bre una reclamación directamente ante la empresa invocando la afectación de los derechos fundamentales al debido proceso y vida digna y los correspondientes recursos de vía gubernativa ante la continuación de la vulneración.

Se trata de usuarios que pueden ser categorizados en el aspecto socio económico en los estratos 1 y 2, que no tienen conocimientos técnicos, contractuales ni jurídicos y que al recibir un cobro sorpresivo por una presunta energía consumida dejada de facturar, se ven desamparados y violentados en sus derechos fundamentales al debido proceso y vida digna, pues estos cobros exagerados afectan ese mínimo vital que las personas de escasos recursos difícilmente obtienen, personas que así mismo, no cuentan con los medios económicos para solventar la asesoría de un abogado de confianza. Luego, el rol del Consultorio jurídico al apoyar a estos usuarios afectados en la defensa de sus derechos, se convierte en una labor social altruista, trascendental y necesaria para estas personas.

Es evidente que existe una falencia en este tipo de cobros, comenzado por la metodología empleada para su liquidación y facturación, puesto que no existe una establecida legalmente. Se cuenta con un pronunciamiento jurisprudencial de la Corte Constitucional que da vía libre a que las empresas a través de los contratos uniformes establezcan los parámetros para ello, solución que, como se mencionó anteriormente, es controversial al darle esa disposición a una entidad que tiene una mayor fuerza contractual. Este es un problema que merece tener una solución legal, en razón a las vulneraciones al debido proceso en este tipo de cobro de energía dejada de facturar principalmente por la imposibilidad de ejercer derecho tales con el de defensa y contradicción.

Otra de las vulneraciones que se derivan del cobro injustificado se origina en el actuar de las empresas por lo general es irregular, al realizar diagnósticos, investigaciones sin testigos, muchas veces sin la presencia del propietario del inmueble o en su defecto del arrendatario o tenedor, y donde se vulnera el debido proceso al no permitirle el derecho de defensa y/o contradicción al cual tienen derechos los suscriptores o usuarios. En vista de lo anterior, el problema se torna de interés nacional y es donde el Estado siendo garante debe procurar por la eficiencia de los servicios públicos, especialmente el de energía que es esencial y que se

debe velar por que este servicio sea bien brindado a los habitantes, sobre todo en la región caribe en donde se han suscitado una serie de problemas tanto en el cobro por el consumo de energía dejada de facturar y como por la calidad del servicio. Este es un diagnóstico que deja una sensación de ineficacia del servicio de energía eléctrica, sobre todo la prestada en la región del caribe, por lo cual se debe procurar por dar soluciones para permitir darle a la sociedad la estabilidad en cuanto este servicio fundamental tal como lo ha establecido la Constitución Política de 1991.

### Fuentes de información

- Comisión de regulación de energía y gas [CREG]. (23 de Octubre de 2013). *Energía eléctrica*. Obtenido de Historia en Colombia: <http://www.creg.gov.co/index.php/noticias/92-energia?start=10>
- Congreso de la república de Colombia, Ley 142 (11 de julio de 1994).
- Congreso de la república de Colombia, Ley 583 (12 de Junio de 2000).
- ELECTRICARIBE S.A. E. S. P. *Contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica*. S. F. Obtenido de <http://www.electricaribe.co/contrato-de-condiciones-uniformes/>
- Corte Constitucional de Colombia, T- 881 (17 de Octubre de 2002).
- Corte Constitucional de Colombia, T- 565 (6 de Agosto de 2009).
- Jaramillo, C. (2017). *2a diquisición sobre la verdad, la justicia, la libertad y los derechos humanos*. Bloomington: Palibrio.
- Sentencia de unificación, exp 1234567 (Consejo de Estado 18 de Junio de 2010).
- Superintendencia de servicios públicos domiciliarios. (3 de Septiembre de 2014). *Respuesta a radicado SSPD No. 20145290476012 del 28 de agosto de 2014*. Obtenido de <http://www.camara.gov.co/sites/default/files/2017-07/rtas%20Proposici%C3%B3n%208%20Comsion%20Sexta%20superservicios%20serv%20publicos%20Electricaribe-firmado.pdf>
- Superintendencia de servicios públicos domiciliarios. (15 de Septiembre de 2015). *Concepto 617*. Obtenido de <http://www.legisaldia.com/BancoMedios/Archivos/cpto-617sdsp-15.pdf>

# LA DONACIÓN DE ÓRGANOS EN COLOMBIA EN EL MARCO DE LA LEY 1805 DE 2016. ESTUDIO DE CASO: COMUNIDAD MÉDICA DE SINCELEJO, SUCRE

Katia Palencia Sánchez<sup>1</sup>

Gabriel Andrés Orozco Ochoa<sup>2</sup>

Eva Sandrith Villa Acosta<sup>3</sup>

## Resumen

El objetivo del presente trabajo consistió en contextualizar la donación de órganos en Colombia en el marco de la Ley 1805 del 2016 y su impacto en la comunidad médica de Sincelejo, Sucre, Años 2017 y 2018. Para lo cual en primer lugar se realizó una aproximación conceptual de la donación de órganos. En un segundo lugar se revisó la legislación actual sobre el tema, es decir, la Ley 1805 de 2016, y finalmente se midió el impacto de la donación de órganos en Colombia en el marco de la ley 1805 del 2016 y su impacto en la comunidad médica de Sincelejo, Sucre. Años 2017 y 2018.

Reiteramos que la donación de órganos es uno de las técnicas más valiosas de la medicina, porque permite salvar vidas, de forma desinteresada y es considerado un acto humanitario fundado en la solidaridad. Identificamos que si bien la legislación en materia de donación es amplia, es hoy día la ley 1805 de 2016 la que consagra la presunción legal de la donación y contextualizándonos en la ciudad de Sincelejo logramos determinar que la comunidad médica tiene poco conocimiento del marco legal y del procedimiento que debe realizar una persona que desea ser donante, sin embargo mostraron su aceptación de la donación, por lo que debemos promover una cultura pro vida en cumplimiento de los preceptos constitucionales de nuestro estado social de derecho colombiano.

**Palabras Clave:** Donación, órganos, médicos, trasplante, presunción legal.

---

<sup>1</sup> Doctorante en Ciencias políticas y de la Administración y Relaciones Internacionales, Magister en gobierno y Administración Pública, Especialista en Derecho Público. Abogada. Adscrita al Centro de investigación Sociojurídicas de la Corporación Universitaria del Caribe GISCEER. Email: [Katia.palencia@cecar.edu.co](mailto:Katia.palencia@cecar.edu.co)

<sup>2</sup> Abogado Corporación Universitaria del Caribe-CECAR. Email: [Gabriel.orozco@cecar.edu.co](mailto:Gabriel.orozco@cecar.edu.co)

<sup>3</sup> Abogado Corporación Universitaria del Caribe-CECAR. Email: [eva.villa@cecar.edu.co](mailto:eva.villa@cecar.edu.co)



## Abstract

The objective of this paper was to contextualize organ donation in Colombia within the framework of Law 1805 of 2016 and its impact on the medical community of Sincelejo, Sucre, Years 2017 and 2018. To this end, a conceptual approach to organ donation was first developed. Secondly, the current legislation on the subject was reviewed, i.e. Law 1805 of 2016, and finally the impact of organ donation in Colombia was measured within the framework of Law 1805 of 2016 and its impact on the medical community of Sincelejo, Sucre. Years 2017 and 2018.

We reiterate that organ donation is one of the most valuable techniques in medicine, because it saves lives, selflessly and is considered a humanitarian act based on solidarity. We identified that although the legislation on donation is broad, it is now Law 1805 of 2016 that enshrines the legal presumption of donation and by contextualizing us in the city of Sincelejo we were able to determine that the medical community has little knowledge of the legal framework and the procedure that a person who wishes to be a donor must follow, however they showed their acceptance of donation, so we must promote a pro-life culture in compliance with the constitutional precepts of our social state of Colombian law.

**Keywords:** Donation, organs, doctors, transplant, legal presumption.

La donación de órganos es un tema que si bien es cierto que tiene un gran impacto en el mundo de la medicina o la bioética, también es cierto que, encuentra eco en el mundo del derecho, toda vez, que es este quien regula la forma en que ha de darse. La donación de órganos actualmente es una necesidad y una problemática social. Una necesidad porque las personas necesitan de órganos sanos para salvar sus vidas y tener una vida con calidad y una problemática porque no todas las personas toman la decisión de donar sus órganos, por no existir una cultura de donación., lo que demuestra que en Colombia esta actividad es deficiente (Carreño, Restrepo & Becerra, 2016, p. 55).

La donación es considerado un acto de solidaridad, que permite que una persona con afección en su salud, pueda mejorarla obteniendo el órgano de otra persona, después que esta fallezca o cuando de forma voluntaria una persona en vida decide donar un órgano que no afecte su calidad de vida, como un riñón (Guerra & Vega, 2012, p.105). Como se

observa la donación de órganos no es un tema fácil de abordar, puesto que, hay muchos intereses en el marco de este, pero es un tema de interés nacional, toda vez, que la lista de espera de órganos de los colombianos es interminable y las personas en cualquier momento podrían requerir de un trasplante de órgano que le permita preservar su vida.

En el año de 2016, se expidió la Ley 1805, a través de la cual se regula lo relacionado con la donación de órganos en Colombia, con la cual se busca clarificar aspectos relevantes en el tema, como el consentimiento, la finalidad de la donación, los efectos que produce la misma, la administración de la lista de espera de donantes (LED), entre otros aspectos propios de este. En el Departamento de Sucre, en la ciudad de Sincelejo en específico, existe la necesidad de que se empiece a crear la cultura de donación, de ahí que teniendo en cuenta lo regulado en la Ley antes mencionada es que en el marco de este trabajo se pretende dar respuesta al siguiente interrogante: ¿Cuál es el impacto de la donación de órganos en la comunidad médica de Sincelejo, Sucre durante el año 2017 y 2018, a partir de la regulación en la Ley 1805 de 2016?

Para poder dar respuesta a la pregunta problema, este trabajo se dividirá en tres partes. En la primera de ellas se intentará conceptualizar la donación de órganos. En una segunda parte se tiene por objetivo caracterizar la donación de órganos en el ordenamiento jurídico colombiano, en el marco de la Ley 1805 de 2016 y por último, se intenta medir el impacto de la donación en la comunidad médica de Sincelejo, Sucre durante los años 2017-2018. Y Finalmente, se llegaran a unas conclusiones sobre el tema objeto de estudio.

La problemática de la donación de órganos en Colombia tiene una crecientes, debido a la falta de información que existe sobre el tema y por los múltiples trámites administrativos que muchas veces se deben surtir para ello. Lo anterior ha generado en que aumente la lista de personas que necesitan de un trasplante de órganos y disminuya la lista de quienes deciden realizar ese acto de solidaridad (Guerra & Vega, 2012, p.107). Esa falta de concientización quizás se daba a la falta de conciencia que existe sobre el tema y el desconocimiento de que este es un verdadero problema de salud pública, que debe ser atendido con urgencia.

Lo anterior, evidencia es que es un tema que aún se encuentra débil en Colombia, puesto que, la demanda de órganos es muy alta frente a la oferta que existe. Según el Instituto Nacional de Salud (2015) citado por Carreño, Restrepo & Becerra (2016), evidencia la demanda que existió sobre este tema en el año 2015.

Las listas de pacientes en espera de un donante y que a diciembre de 2015, reportan necesidades de trasplante de riñón de 2.015, de hígado 82, de corazón 20, de pulmón 14, páncreas 6, riñón-páncreas 11, intestino 3, corazón-riñón 1, riñón hígado 9, hígado riñón-páncreas 1, para un total de 2162 (p. 57).

Como se evidencia la demanda de solicitud de órganos es altísima, situación que a la fecha (año 2018) va en aumento, según el mismo Instituto Nacional de Salud, toda vez, que las personas cada vez se enferman más y necesitan de órganos sanos para poder preservar su vida.

Como esta situación es a nivel nacional, el departamento de Sucre, en la ciudad de Sincelejo no es la excepción, toda vez, que de acuerdo a lo establecido por el Periódico el Meridiana de Sucre (2015) deja ver que la Red de Donación y Trasplante en Sucre ha fallado, toda vez, que se evidenció que a la fecha del comunicado existían 34.906 pacientes con problemas renales que necesitaban de un trasplante de órganos y no todos se encuentran en la lista de espera, frente a ello hace hincapié que la demanda es alta, pero las cifras de personas inscritas para donar sus órganos es mínima y no se tiene conocimiento si dichas personas están en capacidad de donar sus órganos.

Ante esta situación que sucedió al año de 2015, es necesario contextualizar en este trabajo como si la situación de donación de órganos en el Departamento de Sucre, específicamente en la ciudad de Sincelejo, avanza o aumenta durante el año 2017 y lo corrido del año 2018.

## **1. Metodología**

El presente trabajo corresponde a una investigación socio jurídico, de carácter descriptivo, en la que el enfoque utilizado fue cualitativo, aunque también se utilizaron datos cuantitativos, esta se dividió en tres fases:

Primera fase: Comprendió el objetivo específico primero y segundo y se desarrolló a través de a) Lectura y análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional (2007-2016), con relación a la donación de órganos., con lo cual se determinó como ha sido el tratamiento que le ha dado esta corporación. B) Once (11) artículos que hacen referencia a la donación de órganos, con el fin de realizar una aproximación conceptual de los elementos más importantes de esta. C) De la Ley 1805 de 2016, con lo cual se pudo determinar cómo se encuentra regulado actualmente el tema de la donación de órganos.

Segunda fase: Comprende el objetivo específico tercero, para lo cual se aplicaron veinte (20) encuestas, al personal médicos de varias instituciones médicas en la ciudad de Sincelejo, como Fresenius, con el fin de poder medir el impacto de la donación de órganos en ellos.

Tercera Fase: Finalmente contrastaremos la información obtenida en la primera fase, con lo aplicado en la segunda fase, a través de la comparación y análisis, llegando así a las conclusiones y a la respuesta de la pregunta de investigación.

## **2. Población**

La población objeto de estudio está constituida por 20 médicos que laboran en la ciudad de Sincelejo, Sucre en las distintas entidades de salud que hay en la ciudad, como son la Clínica las Peñitas, Secretaria de Salud Municipal y Departamental, Clinic Renal –Fresenius, Clínica Salud Social, etc. Quienes prestaron su consentimiento para aportar información a este trabajo.

## **3. Muestra**

Se tomó una muestra representativa, es decir, el número total de la población escogida, es decir, 20 médicos que laboran en la ciudad de Sincelejo, Sucre, toda vez, que el total de la población no es muy grande y se podía abarcar toda. Para la selección de estas personas se tomó criterio el lugar de trabajo, es decir, necesariamente tendría que trabajar en una clínica.

nica u hospital de la ciudad o en una entidad que tuviera relación con el tema de la salud, como es el caso de la Secretaria de Salud.

#### **4. Instrumentos de recolección de información**

Para el presente estudio, se utilizaron los siguientes instrumentos de recolección de información: Encuestas semi estructurada, la cual constaba de seis preguntas. 1. ¿Está de acuerdo usted con la donación de órganos? Si o No, 2. ¿Donaría usted un órgano si sabe que puede salvar una vida? Si o No, 3. ¿En la entidad se incentiva la donación de órganos en pacientes y familiares? Si o No, 4. ¿Tiene conocimiento sobre la ley 1805 de 2016? Si o No ¿en qué consiste?, 5. ¿Sabe usted de algún caso de donación en Sincelejo, Sucre? Si o No, 6. ¿Conoce el procedimiento si una persona quiere ser donante? Si o No ¿Cuál?,

Así mismo, se diseñó una ficha lectura, con la que se pudo simplificar la información de todos y cada uno de los documentos que se utilizaron para nutrir esta investigación, recogiendo los aspectos más importantes y que brindarán algún tipo de utilidad a este trabajo.

#### **5. Resultados y análisis de la información**

El análisis de la información se hizo teniendo en cuenta los instrumentos para la recolección de los mismos previamente diseñados como lo son: Guías de observación, encuestas y entrevistas semi estructuradas. En este orden de ideas y luego de la aplicación de diferentes instrumentos para la recolección de la información, se procedió a la tabulación y traficación de los resultados, lo que permitió dar respuesta a cada uno de los objetivos propuestos

#### **6. La Donación de Órganos**

En esta primera parte, se tiene por objetivo conceptualizar la donación de órganos, con el fin de comprender sus elementos más importantes. A partir de lo anterior, en primer lugar se trae la definición dada por Rachen (2012) quien entiende a la donación como “la remoción de órganos o tejidos del cuerpo de una persona que ha muerto recientemente o de

un donante vivo, con el propósito de realizar un trasplante. Los órganos o tejidos son extraídos en procedimientos similares a la cirugía” (p.9).

De la definición antes expuesta se pueden extraer varias cosas importantes. La primera de ellas es que la donación se puede dar entre vivos o cuando una persona fallece y sus órganos se encuentran en un estado que permiten que puedan ser donados. Lo segundo que se logra extraer es que la técnica médica que se utiliza en este caso es el trasplante de órganos, que se considera como uno de los mayores avances en la medicina, por los múltiples beneficios que reporta a la salud y a la conservación de la vida de las personas y por último que ese trasplante se realiza a través de procedimientos similares a una cirugía.

En concordancia con lo anterior, la donación tiene un carácter de ser un acto humanitario, donde las personas de forma voluntaria deciden donar unos de sus órganos o tejidos para salvar la vida de otros, o en su defecto cuando fallecen, es un acto voluntario y altruista de los familiares de este (Carreño, Restrepo, & Becerra, 2016, p.56). Resulta la donación ser un acto altruista, porque en Colombia no es permitido recibir dinero en razón de la donación de un órgano o un tejido, toda vez, que este se basa en la solidaridad y el deseo de hacerle el bien al otro, de ahí que este tipo de prácticas sean tenidas como un gesto de bondad y amor por el otro.

La donación tiene una finalidad en sí misma, la cual no es más que procurar salvaguardar la vida de las personas y el bienestar de todos.

Este tema es tan importante por la trascendencia que tiene, tanto en el campo jurídico, social y médico, toda vez, que en la actualidad todo apunta a la necesidad de crear culturas de donación, puesto que, cada vez más la demanda de órganos aumenta. En la mayoría de los países la donación es el único medio válido para extraer órganos de una persona y trasplantarlo a otra (as).

Sin duda alguna, la donación es una forma de salvar vidas, de quienes ya no cuentan con órganos funcionales, pero además de ello, también es una forma de mejorar la calidad de vida.

Esta técnica, no ha podido reportar los efectos e impactos esperados en la sociedad, debido a la falta de órganos en el mundo, y en Colombia

en específico, la falta de órganos es alarmante, toda vez, que las personas se están enfermando cada vez más y están necesitando de órganos para poder salvar sus vida, existiendo un desequilibrio entre la demanda y la oferta (Ramírez, 2016, p.118).

La falta de órganos ha estado precedida por varias razones. La primera de ellas ha sido la negativa de los familiares a querer donar los órganos de sus familiares por diversas razones y es que no se les puede desconocer a estos el derecho que tienen a disponer del cadáver de su familiar fallecido. La segunda razón que también ha intervenido en la escasez de órganos es el hecho de la influencia que tienen algunas religiones, quienes de acuerdo a su interpretación de la biblia consideran que no es de Dios hacer este tipo de prácticas médicas y se respeta por el derecho a la libertad de conciencia y de culto (Chaparro, 2017, p.81). Así mismo, otro obstáculo lo constituye la información deficiente que brindan los equipos médicos a los familiares sobre el estado de salud del paciente y de la posibilidad de donar los órganos de este, si fallece (Guerra & Márquez, 2011, p.48). Los equipos médicos son un elemento crucial a la hora de concientizar a las personas de la necesidad de donar, por tal razón estos deben tener claridad sobre los aspectos básicos de la donación, con lo cual puedan empezar a promover la cultura de donación (Tuesca, Navarro, Elles, Espinosa, Herrera & Macías, 2003, p.10).

En vista de lo anterior, existe una clara necesidad de concientizar a las personas de la importancia de donar, puesto que, la problemática va en aumento y esto es un verdadero problema de salud pública, que debe ser atendido con urgencia, porque las personas se están muriendo en espera de recibir un órgano que les ayude a mejorar su salud. La lista de espera es interminable y cada día entran a ella más personas con la intención de obtener un órgano o tejido sano (Moreno, 2013, p.75). Siendo así todos los actores deben confluir a la hora de lograr crea la cultura de donación, indistintamente quien sean, las iglesias, médicos, etc. (Cruz, Herrera & Isunza, 2016, p.1).

Frente al tema se ha pensado la posibilidad de valorar, la necesidad de que la donación no se altruista, sino que por el contrario esta reporte algún incentivo para quien donen sus órganos o de los familiares muertos, toda vez, que quizás esta puede ser la razón del porque se niegan a

donar. Cabe anotar que actualmente no se permite la entrega de dinero, el único dinero que se permite entregar es aquel que sea destinado a cubrir los gastos que se generen de la conservación del órgano o para los gastos médicos que genere la recuperación del donante (Guerra & Márquez, 2011, p.57). Sin embargo, se corre el riesgo de que aumente la judicialización de la conducta punible del tráfico de órganos, siendo casi imposible su control de aprobarse esa posibilidad.

De lo anterior, se desprende uno de los elementos esenciales de la donación, que es el consentimiento, es decir, que las personas deben decidir si donan o no, o si sus familiares deciden que así sea cuando fallecen. El consentimiento en la medicina es la piedra angular, este debe relucir en todos los procedimientos que se realicen al paciente, toda vez, que este da muestra que al paciente conoce todos los riesgos e implicaciones que pueden generarse de practicarse la donación, sobre todo en el caso de que esta sea entre vivos y el reconocimiento de este consentimiento no es más que un elemento del derecho a la autodeterminación de las personas (Guerra (2011) citado por Guerra y Márquez, 2011, p.48).

Frente al consentimiento la Corte Constitucional ha hecho referencia a este en los siguientes términos.

En caso de que la persona no haya manifestado expresamente su voluntad en vida respecto del tema de la donación de órganos después de su muerte, el Estado y la ley presume la voluntad tácita o implícita de la persona para que pueda efectuarse la donación, dando prioridad al interés público o a la función social del cadáver, condicionando la configuración de la presunción legal de donación o del consentimiento presunto a la autorización expresa de los familiares o por lo menos a la no oposición o silencio por parte de éstos (Corte Constitucional. (8 de noviembre de 2007). Sentencia C 933 de 2007. [Mph. Jaime Araujo Rentería]).

En esta sentencia, la Corte Constitucional hace claridad respecto al consentimiento y empieza hablar de la presunción de este, situación que quedó establecida en la Ley 1805 de 2016, que se revisará más adelante.



Esta misma corporación en el año de 2016 hace referencia a que no se vulnera el derecho a la igualdad de los extranjeros cuando se les niega la inscripción en la lista de espera, puesto que, en Colombia tendrá prevalencia los colombianos inscritos en la lista de espera, con la observancia de los criterios de asignación que existen en el país (Corte Constitucional. (16 de Diciembre de 2016). Sentencia T 728 de 2016. [Mp. Alejandro Linares Cantillo]).

## **7. Principios que rigen la donación de órganos.**

Frente al tema de los principios que deben regir la donación de órganos en el mundo, la Organización Mundial de la Salud (OMS), en el año de 1991, ha establecido principios que se deben tener en cuenta en el marco de cualquier política pública que se adelante en los países. Los principios se mencionaran de forma enunciativa. El primero de ellos hace referencia a que hay lugar a la donación que se traduce en la extracción de órganos o tejidos de una persona y se trasplantan a otra, es necesario que se tenga el consentimiento de esta o de haber fallecido es necesario determinar que está en vida no se negaba a ello. Este principio resulta ser la columna vertebral de la donación en el mundo entero, partiendo que son las personas de forma voluntaria o sus familiares deben decidir si acceden o no a ello.

Como se mencionó esto ha sido una de las mayores trabas a la hora de obtener los órganos, toda vez, que las personas en vida no tienen la cultura de donarlos o de donar tejidos. La donación entre vivos se evidencia con mayor frecuencia cuando son parientes, que tienen el deseo de salvarle la vida y hacen el gesto de amor que es la donación.

El segundo principio es de carácter restrictivo, toda vez, que este establece que el médico que declara la muerte de un paciente, no puede ser el mismo médico que va intervenir en el trasplante de órganos o tejidos, en aras de evitar un posible conflicto de intereses. Este tipo de restricciones son normales cuando se quiere asegurar que el médico realice todo lo que este en sus manos para salvar la vida de quien se encuentra en grave estado de salud.

El tercer principio hace referencia a que la donación entre vivos, es necesario además de obtener el consentimiento de este, informarle de todos los riesgos que genera el hecho de extraer un órgano o un tejido, verificándose que estos son capaces de acuerdo a los requisitos legales. El trasplante de órganos tendrá un fin terapéutico principalmente. Este principio no indica otra cosa que los requisitos de la donación entre vivos. Cabe anotar que aquí también se debe revisar la selección del donante, que en especial se debe revisar si tiene algún parentesco y la necesidad de salvaguardar la vida y salud de quien decide donar.

El cuarto principio busca proteger a los menores de edad, es decir, que la donación de estos solo se permitirá en los casos en que la misma Ley lo disponga. Generalmente cuando son menores de edad, los padres pueden autorizar la donación y esto suele suceder cuando se trata de gemelos o hijos de los mismos padres.

El quinto principio también comporta un carácter restrictivo, toda vez, que queda prohibido que se entregue cualquier suma de dinero aunque sea insignificante a quién dona un órgano, puesto que, estos puede volverse una problemática, toda vez, que se prevé el aumento del delito de tráfico de órganos. Aunque como se mencionó en la primera parte de este documento, se ha valorado la posibilidad de que la donación sea onerosa con el fin de verificar si se aumenta el nivel de la oferta de donación ante la creciente demanda de órganos que día a día aumenta. De igual forma, esto se prohíbe esto con el fin de no desnaturalizar la naturaleza de la donación, que es un acto generoso, humanitario, voluntario y solidario.

Aunque se prohíbe la compensación, se ha permitido que se entregue dinero, única y exclusivamente para el caso de conservar el órgano o tejidos y de los gastos que genere la recuperación del paciente donante.

El sexto principio, hace énfasis en la necesidad de promover la donación. En todos los países del mundo se está trabajando para que las personas se concienticen del hecho de que la escasez de órganos es un verdadero problema de salud pública, del que hay que empezar a concientizarse y crear una cultura de donación. De lo anterior, se indica que tanto los médicos, la academia, las religiones, entre otros actores deben incidir en que ello se logre.

El séptimo principio también prohíbe el hecho de que se practiquen por parte del personal sanitario y médicos trasplantes o de practicarlos cuando se le ha pagado al donante por ello. Se debe dejar claridad de que la donación es un acto altruista, que no admite ninguna entrega de dinero.

El octavo principio deja ver que los profesionales de la salud que realicen la extracción de los órganos o tejidos o realicen el trasplante no podrán recibir dinero mayor al de sus honorarios. Con ello se busca evitar que estos se lucren de forma exagerada por apoyar una causa humanitaria.

El principio número nueve hace referencia a que la asignación de órganos deberá hacerse de forma equitativa, respetando las normas jurídicas que se hayan establecido o en lo que dictamine la entidad encargada de ello, que en Colombia es la Red Nacional de Donación y Trasplante de órganos y Tejidos.

Finalmente, los procedimientos de trasplante de órganos deben ser de alta calidad y deben optimizarse de forma constante.

Cada uno de estos principios deja ver la importancia de la donación y de los elementos mínimos que se deben tener en cuenta por quienes participan en un procedimiento de esta naturaleza.

## **8. Histórico Normativo de la Donación de órganos en Colombia.**

En Colombia el desarrollo legislativo de la donación y el trasplante de órganos se encuentra disperso en diferentes normas jurídicas, reflejándose en Leyes, Decretos, Resoluciones y Acuerdos de diferentes años, pero que han procurado porque se regulen los aspectos principales del tema, en aras, de que esta no se utilice de forma indiscriminada, sino que por el contrario cuente con elementos que dirijan el accionar de todos los que se ven involucrado en este tipo de procedimientos médicos.

Ahora se pasará a revisar los aspectos más relevantes que se han regulado sobre la donación en las normas jurídicas principales sobre la materia.

La primera Ley es la 09 de 1979, por medio de la cual se expide el Código Sanitario en Colombia, en la cual se reglamenta la donación de

órganos y tejidos, dejando ver que tal cosa se debe hacer con fines terapéuticos (Art.515). De igual forma, se establece que para la donación entre vivos, es necesario que se certifique que el acto no representa mayores peligros que los normales de un procedimiento médico (Art.543).

La segunda norma jurídica, es la Ley 73 de 1988, mediante la cual se establece la necesidad de quien dona o de sus familiares manifiesten de forma expresa el consentimiento para que pueda haber lugar a la extracción de los órganos y se incorpora lo relacionado con la presunción de la donación (Art. 1). Este último tema se configura cuando la persona quién fallece en vida no se haya negado a donar sus órganos o cuando dentro de las 6 horas después de la muerte cerebral o de que se deba practicar la autopsia, los familiares no se opongan se procederá a la extracción de los órganos (Art. 2). En esta norma también se reitera la gratuidad de la donación, prohibiéndose la entrega de dinero por tan bondadoso acto (Art. 7) y finalmente se impone la obligación al Estado de reglamentar la materia (Art. 8).

En el 2004, mediante la Ley 919, se proscribe la comercialización de órganos y se tipifica la conducta punible de tráfico de órganos, resaltándose que esta debe hacerse bajo la concepción que es un acto humanitario y que en este tipo de actos no cabe el hecho de que se entregue dinero por ello, es decir, este acto es totalmente gratuito (Art.1). En otras palabras, se prohíbe que las personas que donan sus órganos o tejidos obtengan algún provecho económico.

Mediante el Decreto Reglamentario 1546 de 1998, se define qué es lo que se debe entender por donante “Es la persona a la que durante su vida o después de su muerte, por su expresa voluntad o por la de sus deudos, se le extraen componentes anatómicos con el fin de utilizarlos para trasplante en otra persona, con objetivos terapéuticos (...)” (Art. 1).

Aparte de esta Resolución uno de los Decretos más trascendentales en el tema de donación es el 2493 de 2004, en el que se reafirman aspectos como la presunción de la donación, la definición de donante, la prohibición de obtener provecho. Así mismo, se regulan aspectos como la red de donación y trasplante, sus funciones, los requisitos para la realización de trasplantes, la promoción de la donación, entre otros aspectos propios de esta.

Se dieron otras Resoluciones como la 3199 de 1998, 0214 de 2005, 1043 de 2006, 1441 de 2013 y el Acuerdo al que se hizo referencia es el 140 de 2005. Todas y cada una de ellas regula lo manifestado hasta aquí de la donación de órganos y tejidos.

La Corte Constitucional también ha hecho referencia a la temática en Sentencias como la T 1088 de 2000, C 933 de 2007, C 32 de 2008, C 529 de 2010, en las que ha dejado ver que “la problemática de la donación es compleja cuando se trata de la realidad postmortem, toda vez, que el consentimiento se puede ver afectado, porque se debe respetar la voluntad de los familiares de quien fallece”.

## **9. Caracterización de la donación de órganos en el ordenamiento jurídico colombiano, en el marco de Ley 1805 del 2016.**

Mediante la Ley 1805 de 2016, se refuerza la presunción legal de la donación en Colombia, lo que se debe a que en el país la situación va empeorando, debido a que no hay una aceptación cultural de la donación y las personas se están muriendo.

La escasez de órganos es un problema al que se le debe prestar atención debido a las consecuencias sociales que representa ello. Colombia enfrenta esta problemática por la creciente demanda de órganos que existe y no se cuenta con los medios para dar respuesta a las solicitudes que se hacen.

Por esta razón es que desde el campo del derecho, en el país se ha tenido un vasto desarrollo legislativo sobre la materia, en aras de empezar a crear esa cultura de donación y promover este acto humanitario, puesto que, es un problema de salud pública que se debe afrontar.

Con esta nueva ley, modifica toda la legislación que se expuso en el acápite anterior, con el fin de ratificar el modelo lo relacionado con la presunción de la donación. Esta nueva regulación fue más fuerte y clara, con el fin de que se garantice la implementación de las donaciones en el país porque se necesita.

Esta nueva norma jurídica tiene por objeto “La presente ley tiene por objeto ampliar la presunción legal de donación de componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos” (Ley 1805,

2016, Art. 1). Esta finalidad enmarca la búsqueda de soluciones, la creación de esa cultura de donación que se quiere formar y sobre todo evitar los obstáculos que han limitado que esto sea una realidad y que la donación como técnica médica produzca los impactos para la que fue diseñada.

La presunción legal se rompe cuando se verifica que la persona antes de fallecer manifestó su voluntad de no ser donante, lo cual se materializa con la radicación de un documento escrito ante el Instituto Nacional de Salud, donde conste su decisión. O en su defecto puede hacerlo ante su Empresa promotora de Salud, quien debe informar a dicho Instituto.

Aunado a lo anterior, en esta norma jurídica se establecen dos formas para llevar a cabo la extracción de órganos o tejidos, es decir, esto tendrá lugar cuando la persona de forma voluntaria, sin ningún tipo de coacción manifiesta su deseo de donar o cuando se pueda implementar la presunción legal de donación (Ley 1805, 2016, Art. 2). En esta norma persiste el consentimiento, puesto que, este hace parte del núcleo esencial del derecho a la autodeterminación de las personas. De forma seguida se establece la prohibición que sean utilizados tejidos de niños no nacidos o abortados para realizar trasplantes, toda vez, que en este caso no se configura ninguna de las circunstancias en las que se permite la donación, es decir, entre personas vivas y cuando la otra fallece

Asimismo en el marco de esta Ley, se establece la posibilidad de promocionar la donación, de ahí que se implemente todo tipo de estrategias que permitan informar a las personas de la presunción legal de donación y de las implicaciones de donar. Esta actividad se encuentra en cabeza del Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud y Protección Social (Ley 1805, 2016, Art. 5).

De forma consecuente establece una serie de obligaciones, entre la más relevante se encuentra la siguiente “El Registro Nacional de Donantes estará a cargo del Instituto Nacional de Salud (INS), que deberá mantenerlo actualizado y abierto a la consulta de todas las instituciones médicas de manera instantánea para constatar la calidad de donante de la persona” (Ley 1805, 2016, Art. 16).

Y finalmente, reafirma el delito de tráfico de órganos, bajo en siguiente supuesto “trafique, compre, venda o comercialice componentes anatómicos humanos” (Ley 1805, 2016, Art.17).

La Ley 1805 de 2016, no es una norma jurídica extensa, toda vez, que esta se compone de 22 artículos en total, pero recoge los aspectos más importantes de todas las normas jurídicas que han regulado la donación en Colombia. A la fecha está en dos años aproximadamente que lleva en vigencia no ha producido los efectos llamados a realizar, pero resulta ser un gran avance ante la oposición constante o la negativa de donar los órganos.

Las personas de no querer que sus órganos sean donados deben manifestar su voluntad en los términos antes mencionado.

## **10. Estudio de caso: comunidad médica de Sincelejo, Sucre años 2017 y 2018**

Como se ha dejado ver a lo largo de este documento, la realidad en Colombia da muestra que no hay interés por la donación de órganos o tejidos, por diversas razones que ya se han mencionado, pero la realidad nacional no dista de la realidad del Departamento de Sucre y en específico en la ciudad de Sincelejo.

Pero antes de entrar a valorar el impacto que ha tenido la donación en este territorio, es importante traer de presente que en un estudio realizado en la ciudad de Barranquilla, en el que se concluyó en primer lugar, que los médicos generales tienen menor conocimiento sobre donación que los médicos especialistas. En segundo lugar se estableció que los médicos en general tienen desconocimiento del marco legal de la donación en Colombia. De igual forma, los médicos coincidieron en afirmar que los programas de donación benefician a quienes sus órganos ya no funcionan y que sus religiones aceptan que se practiquen este tipo de procedimientos, en razón de lo anterior, se recomendó promocionar los programas de donación e incentivar la creación de estos (Tuescan Navarro, Elles, Espinosa, Herrera & Macías, 2003, p.10).

Para el desarrollo de este acápite se implementaron veinte (20) encuestas semiestructurada a varios médicos de la ciudad, que se encuen-

tran vinculados a instituciones como la Secretaría de Salud, Clínica de las Peñitas, Clínica Renal- Fresenius.

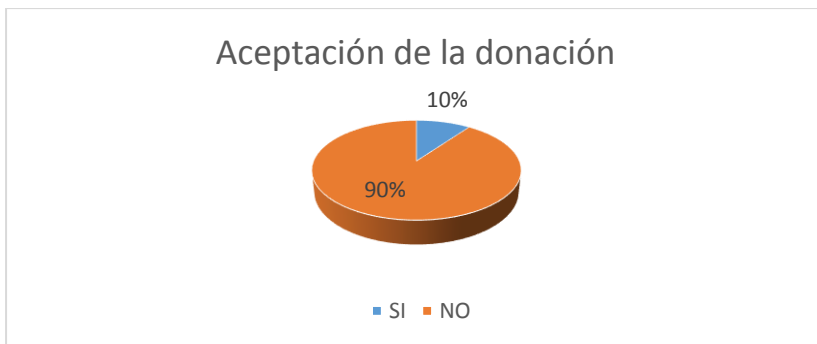
De la aplicación de esta encuesta se arrojó como resultado que los médicos en la ciudad de Sincelejo, Sucre, tienen conciencia de que la donación tiene por finalidad salvar vida, pero la mayoría de estos no conocen el marco legal que regula la materia, desconociendo por ende el procedimiento que debe cursar una persona para acceder a este tipo de prácticas médicas.

A continuación se evidencian los resultados arrojados por la encuesta.

1. Respecto a la pregunta ¿Está de acuerdo usted con la donación?

De los médicos encuestados, en términos porcentuales el 100% manifestó su aceptación por la donación.

**Gráfico No. 1. Aceptación de la donación**



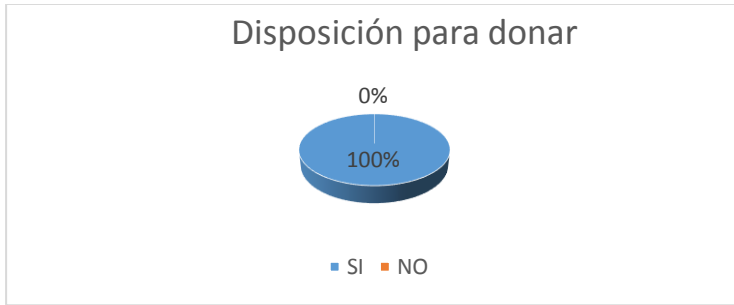
Fuente: equipo de investigadores

2. Respecto de la segunda pregunta ¿Donaría usted un órgano si sabe que puede salvar una vida?

De los médicos encuestados el 100% de ellos manifestaron su disposición de donar órganos si con ello pueden salvar una vida.



### Gráfico No. 2. Disposición para donar



Fuente: equipo de investigadores

3. Respecto de la tercera pregunta ¿En la entidad se incentiva la donación de órganos en pacientes y familiares?

De las personas encuestadas, se pudo establecer que solo en 5 entidades promocionan la donación, lo que corresponde al 25% y 15 de las entidades no la promocionan, es decir el 75 %

### Gráfico No. 3: Promoción de la donación



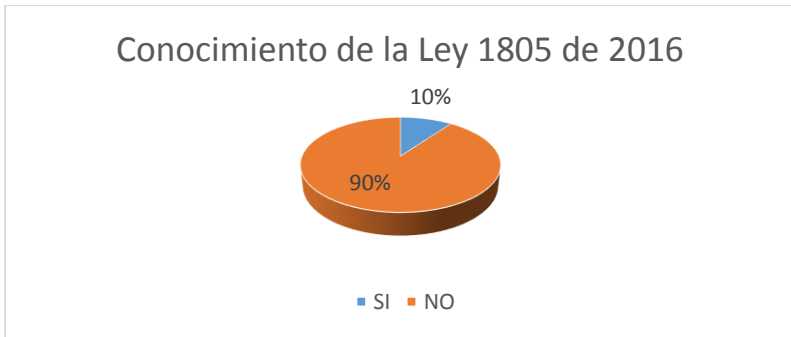
Fuente: equipo de investigadores

4. Respecto a la cuarta pregunta ¿Tiene conocimiento sobre la Ley 1805 de 2016? ¿En qué consiste?

De las personas encuestadas, el 90% de ellas respondió no tener conocimiento de la Ley 1805 de 2016 y solo el 10% manifestó conocerla indicando “Es la ley que se expidió para atender la demanda de órganos

que necesitan muchos pacientes, en especial los renales”, “Con base en esa ley todas las personas se consideran donantes presuntos y sus órganos pueden ser usados en caso de fallecer y la familia no se puede negar y si la persona no desea donar sus órganos debe manifestarlo en vida”

**Gráfico No. 4. Conocimiento de la Ley 1805 de 2016**

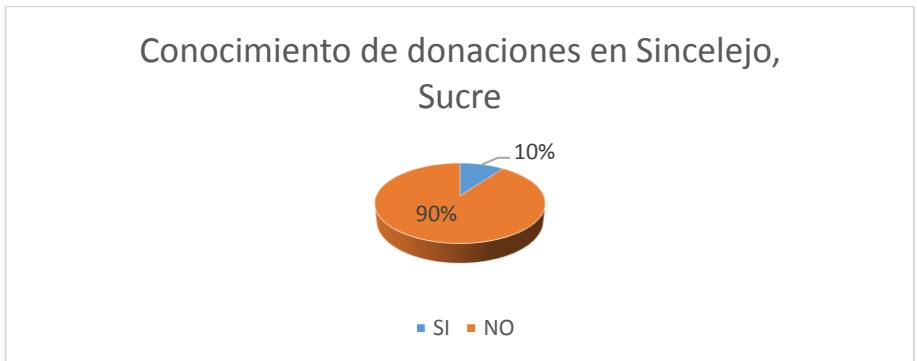


Fuente: Equipo de investigadores

5. Respecto a la quinta pregunta ¿Sabe usted de algún caso de donación en Sincelejo o en Sucre?

De las personas encuestadas el 35% de ellas si tiene conocimiento de casos de donación en Sincelejo y el 65% no tiene conocimiento de ello.

**Gráfico No. 5. Conocimiento de donaciones en Sincelejo, Sucre**

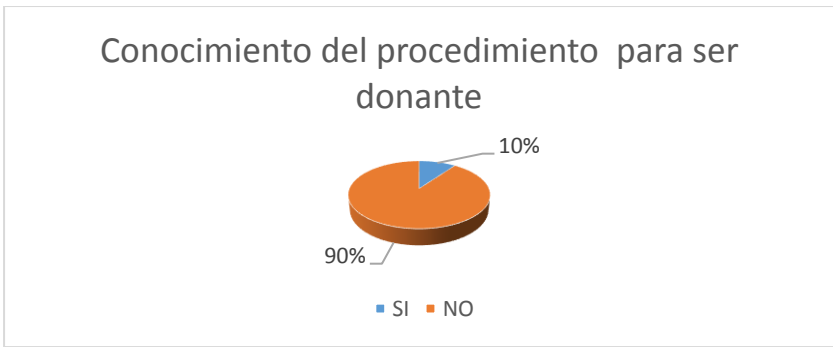


Fuente: Equipo de investigadores

6. Respecto a la sexta pregunta ¿Conoce el procedimiento si una persona quiere ser donante?

El 90% de las personas encuestadas manifiestan no tener conocimiento del procedimiento que debe agotar una persona para ser donante y el 10% de ellas manifiesta si conocerlo indicando “Dirigirse hacia la entidad prestadora de servicios especializados donde se reciben donaciones y legalizarla”, “Todos somos donantes según la Ley nueva”.

**Gráfico No. 6. Conocimiento del procedimiento para ser donante**



Fuente: Equipo de investigadores

## 11. Conclusiones

Con esta investigación hemos logrado concluir que la donación es un tema de interés público que nos compete a todos en general, por los impactos sociales que este genera y más aún cuando la demanda de órganos y tejidos va en aumento cada día, de ahí que muchos de los documentos que se revisaron hayan concordado en la necesidad de promocionar la donación, desde todos los estadios, como es la medicina, la religión y en especial la academia.

Así mismo, se concluye que la legislación en materia de donación es un poco dispersa pero abundante, sin embargo, en el año 2016 mediante la Ley 1805, se modifican las leyes anteriores, con el fin de reforzar la presunción legal de donación, en razón de la cual todos los Colombianos

somos potenciales donantes, a excepción de que en vida se haya manifestado lo contrario y haya quedado inscrita tal voluntad en el Instituto Nacional de Salud o en su defecto que los familiares dentro del término de seis (6) horas después de declarada la muerte encefálica o antes de que se realice la autopsia médico-legal no manifiesten su oposición.

La ley antes mencionada es producto de la necesidad sentida de que se cree una verdadera cultura de donación, producto de la cual se mejore la oferta de los órganos y se logre por ende salvar vidas y no se siga presentando el hecho de que muchas personas muere esperando que alguien de forma voluntaria done sus órganos o tejidos.

En respuesta al objetivo general de este trabajo, se concluye que en la ciudad de Sincelejo, por parte de la comunidad médica existe aceptación de la donación y están en la disposición de donar en caso de que con ello puedan salvar vidas. Así mismo se concluye que hay un conocimiento deficiente sobre el marco legal tanto anterior, como el actual que regula la donación, toda vez, que solo dos (2) personas de las encuestadas tenían conocimiento de esta ley y del procedimiento que se debía surtir por ser donantes.

Finalmente, se concluye que en este momento histórico la promoción de la donación debe hacer parte de la agenda pública en el país.

### Fuentes de información

- Carreño, Restrepo & Becerra. (2016). Bioética y Docencia: Aspectos Socio Jurídicos De La Donación Y Trasplante De Órganos En Colombia. Recuperado de: [https://www.researchgate.net/profile/Juan\\_Bedoya\\_Chavarriaga/publication/321336329\\_Bioetica\\_y\\_Docencia\\_2a\\_diagramacion/links/5a1d8b150f7e9b2a531766fb/Bioetica-y-Docencia-2a-diagramacion.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Juan_Bedoya_Chavarriaga/publication/321336329_Bioetica_y_Docencia_2a_diagramacion/links/5a1d8b150f7e9b2a531766fb/Bioetica-y-Docencia-2a-diagramacion.pdf)
- Chaparro, G. R. (2017). La presunción de órganos en Colombia: reflexiones para el debate. *Revista Latinoamericana de Bioética* [P.92-106]. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/rlb/v17n2/1657-4702-rlb-17-02-00092.pdf>
- Corte Constitucional. (8 de noviembre de 2007). Sentencia C 933 de 2007. [Mp. Jaime Araujo Rentería]

- Corte Constitucional. (16 de Diciembre de 2016). Sentencia T 728 de 2016. [Mp. Alejandro Linares Cantillo]
- Guerra & Márquez. (2011). BIOÉTICA, TRASPLANTE DE ÓRGANOS Y DERECHO PENAL EN COLOMBIA. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XIV, núm. 28, [pp. 45-59]. Recuperado de: <http://www.umng.edu.co/documents/63968/71197/Articulo+2+-28.pdf>
- Guerra & Vega. (2012). El impacto social de la donación de órganos en Colombia. *Revista Tendré*, vol. 17, No 1 [P.105-114]. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4929390.pdf>
- Moreno, L. (2013). Bioderecho y trasplante de órganos, muerte cerebral. *Revista IUSTA*, N. ° 38, [pp. 57-80]. Recuperado de: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:IV9zd-PWBY8j:revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/download/1089/1324+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co>
- Organización Mundial de la Salud. (2010). PRINCIPIOS RECTORES DE LA OMS SOBRE TRASPLANTE DE CÉLULAS, TEJIDOS Y ÓRGANOS HUMANOS. Recuperado de: <http://www.who.int/transplantation/TxGP%2008-sp.pdf>
- Rachen, N. (2012). HISTORIA Y DEFINICION DE CONCEPTOS SOBRE TRASPLANTE, DONACION Y TRAFICO DE ORGANOS. Recuperado de: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/9394/1/RachenCelyNohemi2012.pdf>
- Ramírez, J. (2016). LA PROBLEMÁTICA DE LA OBTENCIÓN DE ÓRGANOS DE CADÁVERES. Recuperado de: <http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/7363669/117-138.pdf/0a8d61cc-0487-4f28-b590-fc2136887cc3>
- Tuesca, Navarro, Elles, Espinosa, Herrera & Macías. (2003). Conocimientos y actitudes de los médicos de instituciones hospitalarias en Barranquilla sobre donación y trasplante de órganos. Recuperado de: <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/salud/article/viewArticle/4164/5612>
- Vélez, Restrepo & Cortés. (2010). “ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN NORMATIVA, DOCTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL DE LOS TRASPLANTES A PACIENTES EXTRANJEROS” Recuperado de:

[https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/486/Juliana\\_VelezChavarriaga\\_2010.pdf?sequence=1](https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/486/Juliana_VelezChavarriaga_2010.pdf?sequence=1)

Ley 09 de 1979. Por la cual se dictan Medidas Sanitarias. Enero 24 de 1979. D.O.N. 35193.5.

Ley 73 de 1988. Por la cual se adiciona la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos. Diciembre 20 de 1988. D.O.N.38623.

Ley 919 de 2004. Por medio de la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico. Diciembre 22 de 2004. D.O.N. 45771.

Ley 1805 de 2016. Por medio de la se modifican la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en materia de donación de Componentes Anatómicos y se dictan otras disposiciones. Agosto 4 de 2016. D.O.N. 49955.

Decreto 2493 de 2005. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9<sup>a</sup> de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos. Agosto 4 de 2004. D.O.N. 45631.

Resolución 1546 de 1998. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9<sup>a</sup> de 1979, y 73 de 1988, en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos, y se adoptan las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares. Agosto 4 de 1998. D.O.N. 43357.



# EL ANÁLISIS CULTURAL DEL DERECHO. RÉDITOS PARA UNA INVESTIGACIÓN JURÍDICA EN COLOMBIA PARA EDUCAR EN Y PARA LA DEMOCRACIA EN TIEMPOS DE GOBIERNO ABIERTO

Orlando Cadena<sup>1</sup>

David R. Pinzón<sup>2</sup>

Eduardo Menco González<sup>3</sup>

## Resumen

La creciente concepción sobre la falta de utilidad de la investigación jurídica ha llevado a replantear las formas en las que esta se realiza en la academia universitaria, favorecida además por la visión que tienen los operadores y técnicos de la justicia sobre el ordenamiento jurídico y su práctica. El análisis cultural del derecho como herramienta de desmitificación de la dependencia respecto a la cultura y la supuesta autonomía normativa de las relaciones políticas y sociales alimenta un nuevo paradigma de investigación que concibe al derecho y sus prácticas como uno de los fundamentos de lo cultural y lo subjetivo.

Este documento da cuenta de esta perspectiva además de algunos apuntes sobre la importancia de su estudio en la escena latinoamericana, especialmente en Colombia y un análisis sobre la importancia de la educación política en los procesos de formación integral de los estudiantes a la luz de la filosofía del Gobierno Abierto, toda vez que la educación debe propender por el ofrecimiento de los elementos pertinentes con miras a hacer del formando un verdadero ciudadano: capaz de participar, de exigir derechos y promover la colaboración dentro y fuera de los espacios escolares. Formar a las actuales y futuras generaciones en la democracia implica un cambio paradigmático en la manera de comprender la política y su ejercicio, además de la forma cómo los ciudadanos pueden verse involucrados en las dinámicas propias de los asuntos públicos. El Gobierno Abierto es, de hecho, una herramienta que permite el acercamiento del mun-

---

<sup>1</sup> Magíster en Desarrollo Humano de la Universidad Libre de Valencia España. Magíster en Creación Literaria de la Universidad Central de Colombia. Estudios en Derecho de la Universidad Central de Colombia. Licenciado en Filosofía Uniminuto. Licenciado en Teología de la Pontificia Universidad Javeriana. Email: ocadenad@ucentral.edu.co

<sup>2</sup> Magíster en Ciencias Políticas de la Università degli studi di Salerno. Abogado y Filósofo de la Universidad Libre de Colombia. Profesor Investigador del Departamento de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Central. Email: dpinzonc2@ucentral.edu.co

<sup>3</sup> Licenciado en Filosofía. Maestrante en Educación, UPB – Medellín. Docente Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Corporación Universitaria del Caribe – CECAR. Email: Eduardo.menco@cecar.edu.co



do político a la ciudadanía y, al mismo tiempo, garantiza el involucramiento de las personas en aquellos aspectos que les son comunes y de su total incumbencia.

**Palabras Clave:** Análisis cultural del derecho, prácticas y significados jurídicos, teoría jurídica, eficacia simbólica, educación política, democracia y Gobierno Abierto.

### Abstract

The growing conception of the lack of usefulness of legal research has led to a rethinking of the ways in which legal research is carried out in the university academy, which is also favoured by the vision that the operators and technicians of justice have of the legal system and its practice. The cultural analysis of law as a tool for demystifying dependence on culture and the supposed normative autonomy of political and social relations feeds a new research paradigm that conceives law and its practices as one of the foundations of the cultural and subjective.

This document gives an account of this perspective in addition to some notes on the importance of its study in the Latin American scene, especially in Colombia, and an analysis of the importance of political education in the processes of integral formation of students in the light of the philosophy of the Open Government, since education should tend to offer the pertinent elements with a view to forming a true citizen: capable of participating, demanding rights and promoting collaboration inside and outside school spaces. Training current and future generations in democracy implies a paradigmatic change in the way of understanding politics and its exercise, as well as the way in which citizens can be involved in the dynamics of public affairs. Open Government is, in fact, a tool that brings the political world closer to the citizenry and, at the same time, guarantees the involvement of people in those aspects that are common to them and of their total concern.

**Keywords:** Cultural analysis of law, legal practices and meanings, legal theory, symbolic effectiveness, political education, democracy and Open Government.

El presente documento pretende realizar un esbozo de los aportes metodológicos y conceptuales del *Análisis cultural del derecho* (ACD) a la ciencia del derecho y sus esfuerzos en el escenario latinoamericano; esto a partir de las disertaciones hechas por su principal expositor, el profesor Paul W. Kahn, quien actualmente se desempeña como docente asociado de la facultad de derecho de la Universidad de

Yale y uno de los impulsores de los estudios culturales como metodología para el análisis del derecho. Es importante aclarar que el autor ha explorado esta metodología en los Estados Unidos y que esta ha sido poco debatida en América Latina. (Bonilla Maldonado, 2016)

Esta postura metodológica parte a su vez de posiciones diversas a la tradicional investigación jurídica y establece mecanismos que facilitan la estructuración de un corpus teórico que se posiciona en un argumento filosófico sobre la naturaleza de la experiencia en todas sus formas e instancias. Así mismo, busca determinar la posición de un sujeto que da cuenta del significado de esta experiencia en el campo del derecho y de los estudios jurídicos. Esta aproximación a la investigación jurídica tiene como objetivo fundamental establecer un corpus de análisis de las estructuras simbólicas que constituyen la imaginación jurídica de las sociedades; precisando, busca entender cómo el derecho construye el sujeto que participa de un tiempo—espacio determinado y que da sentido a la construcción propia del ‘yo’ (identidad individual) e interpreta la realidad, a partir de una concepción del derecho en la cual este, junto con el mito, la ciencia y la estética, actúa como una forma autónoma de comprensión de lo social.

Retrocediendo un poco, la cultura suele concebirse como la base de las asociaciones humanas, a la cual están vinculadas la memoria, la historia y las identidades constituyentes de esas mismas asociaciones. Por lo tanto, la cultura es ese elemento integrador y de estabilidad que determina significados y prácticas siempre vinculadas a relaciones de poder específicas (Foucault, 2006). Actualmente, el derecho es visto como una estructura dependiente de la mencionada relación: poder – significados – prácticas.

Mis creencias deben hacer posible llevar a cabo las funciones que definen mis posiciones en la sociedad; tienen que darle sentido al lugar que ocupo en el mundo. Si no lo hacen, si las ideas y las prácticas son disonantes, debe haber algún factor externo que mantenga estable esta función [El derecho] (Kahn P. , 2012, pág. 98)

Dicha dependencia, sostiene Kahn (2014) y debido al colapso de la distinción entre el sujeto que investiga y la práctica jurídica, favorece que “los estudios jurídicos tienden a dividirse en un número específico de subcampos, cada uno definido por materia: contratos, derecho público, procedimiento” (p. 31). Por cuanto, la propuesta del ACD consiste en suspender cualquier pretensión de verdad sobre el derecho, y más bien entender cómo los significados culturales, mediados por las experiencias y prácticas de la historia comunitaria, son construidos por la misma existencia del derecho, revirtiendo así la relación de dependencia de la cultural hacia el derecho. Como consecuencia de esa inversión, el ACD permite pensar cómo la imaginación jurídica determina alternativas futuras posibles. Esta perspectiva, sostiene Kahn (2017), se fundamenta en dos presupuestos: (i) entender que hacer el derecho y explicar el derecho son dos elementos de la misma práctica, y (ii) que el imaginario jurídico puede ser examinado fructíferamente como un campo narrativo autónomo.

En relación con el primero se puede argumentar que el derecho es una empresa deliberativa y autoconsciente. La teoría del derecho nace e interactúa con los actos de creación y aplicación del derecho; esta conexión de teoría y práctica es evidente en la decisión judicial, pues el juez decide, pero también explica por qué entiende el derecho de la forma en que lo hace. Lo mismo sucede con los que escriben una constitución, redactan leyes o argumentan en un proceso judicial (Kahn P. W., 2017). No hay derecho fuera de la narrativa del derecho, que es solo otra forma de decir que todo acto jurídico puede dar cuenta de sí mismo; entonces, el acto jurídico es tanto una práctica argumentativa, como una decisión, y su desarrollo es impulsado por la tensión entre estos dos aspectos.

El segundo presupuesto da cuenta de la posibilidad de explicar endógenamente los cambios de la teoría jurídica. En la práctica jurídica actual se puede decir que el estado de derecho se reproduce y crea a sí mismo, sin deterioro de la postura tradicional en la que el derecho en su creación responde a los desarrollos culturales y sociales que se dan por fuera de la disciplina. El derecho no se autoconstruye y auto reproduce sin dar cuenta de los factores que le dan origen: la cultura, las identidades, los sujetos y sus prácticas.

Sin embargo, estos dos presupuestos no son autónomos, pues el desarrollo de unas categorías endógenas no puede darse por fuera de la comprensión de que hacer y explicar el derecho constituyen una misma práctica. En otras palabras, desde el punto de vista de lo endógeno, no existe una categoría por fuera de la regulación del derecho. Pensar, entonces, el derecho como una forma autónoma de estudiar las experiencias sociales no significa que este sea un conjunto de estudios aislado sino, más bien, una forma de imaginar como tal el estado de derecho.

El análisis cultural del derecho es, por ende, una empresa crítica tanto en el sentido kantiano como en el sentido contemporáneo de hacer explícitos los predicados ideológicos de una práctica. (Khan, 2017, p. 65).

Así pues, el objeto de la investigación crítica no es incrementar el conocimiento o reinventar las normas morales de experiencia, sino "(...) de manera concordante, la pregunta que define una disciplina cultural del derecho es ¿Cuáles son las condiciones conceptuales que hacen posible la práctica que comprendemos como el estado de derecho?" (Kahn P. W., 2014, pág. 91). Pero esto no es posible indagarlo con la creencia en que el derecho es un *a priori* universal. Como se sabe, si no, el conocimiento es producto de prácticas sociales diversas y viceversa.

De este modo, se reconoce la necesidad de elaborar, por un lado, una lectura de las estructuras de significación construidas históricamente (aporte que se sintetiza en la persona de Michel Foucault) y, por otro lado, un análisis de las prácticas sociales en las que han desembocado estas estructuras históricas. Estas estructuras son visibles en la forma de las experiencias constituidas por los significados mediante los cuales se comprenden los acontecimientos. Las prácticas sociales entendidas como históricamente específicas requieren una comprensión genealógica que narre los cambios de significado de los contenidos y las prácticas. La comprensión de esas prácticas debe ser abordada por medio de la descripción densa de ellas mismas. Cuando el autor habla de investigación crítica y descriptiva hace referencia a las dimensiones de la investigación. Esto es, la dimensión vertical y horizontal del estudio: La primera escudriña la historia de los conceptos y la segunda dibuja la estructura actual

de las creencias. Kahn retoma a Foucault en su compromiso particular con lo histórico para llamar a lo primero genealogía y al segundo arquitectura.

Para esta importante empresa, el autor empieza por explorar los modos en los que lo subjetivo constituye modos de acceso a lo que denomina la humanidad, ésta es únicamente viable por medio del reconocimiento de la contingencia e historicidad de la misma y no como un sustantivo abstracto y esencial: “El único mundo que tenemos es el que aparece en nuestras narrativas de quiénes somos, qué estamos haciendo, qué hemos experimentado y qué podemos esperar” (Kahn P. W., 2014, pág. 23).

Enseñar es una labor que se realiza para el futuro, como plantar árboles, construir edificios o planificar obras que no siempre se verá en su esplendor. Cuando se educa, se comienza un esfuerzo cuyos frutos se darán, quizás, cuando ya no esté con los educandos. Aun así, se sigue confiando en la necesidad de educar y guiar hacia el porvenir. Se está de acuerdo en que se suele identificar la expresión "*una persona educada*" o "*con estudios*" con la posesión de algún tipo de certificación académica. Los títulos obtenidos en los distintos niveles educativos se identifican, generalmente, con el grado de preparación de quien los ha obtenido. Pero la educación obligatoria pretende algo más que una simple certificación de nivel de estudios, pretende la formación de la persona en un sentido más amplio.

Para el estudiantado no queda del todo claro que sus estudios constituyan un proceso de formación, de adquisición de capacidades o conocimientos. Si se le preguntara a cualquier estudiante por su meta en los estudios, tal vez no la identifique como el desarrollo personal e intelectual, sino con superar los cursos académicos con buenas notas o cuando menos con aprobarlos. Para los estudiantes, el objetivo es la valoración positiva de sus exámenes.

Esto no es tanto un problema de asignaturas concretas como una concepción de los estudios que se realizan, ya que el sistema de evaluación determina en muchas ocasiones la visión que se tiene del proceso educativo. No se quiere decir con esto que los exámenes sean inútiles. No obstante, se ha de tener en cuenta que cuando los exámenes se convierten en un fin en sí mismo, por encima de cualquier otro pará-

metro, las clases llegan a ser una suerte de adiestramiento que consiste, prioritariamente, en aprender a sortear el examen con éxito. No se aprende Historia, sino que se aprende a pasar el examen de Historia (todos los datos se olviden a las pocas horas de haber realizado el examen). No se aprende Filosofía, sino a reproducir los enunciados que más posibilidades tienen de salir en el examen, a veces de forma puramente memorística, etc. Lo más triste de todo, es que muchas veces ésta es también la meta para el profesorado.

Existen diferencias entre la mera instrucción en materias que requieren habilidades y memoria, y una educación que desarrolle personas reflexivas capaces de pensar por sí mismas, tomar decisiones, saber buscar informaciones relevantes cuando las necesite y cómo hacerlo, relacionarse socialmente de forma adecuada con los demás y cooperar con ellos para alcanzar metas comunes. Se olvida con regularidad que no puede haber instrucción sin educación. La escuela no solo ha de ofrecer una cualificación técnica que permita desarrollar un futuro empleo, sino que ha de mejorar las capacidades éticas y cívicas de los individuos. Es más, si no lo hiciera, no podría evitar ser el medio portador de una visión social y política a la par que un sistema reduccionista de la formación de los futuros ciudadanos

## **1. La Reforma y el Estado de derecho**

El punto de partida de esta reflexión se afina en la tendencia reiterada de la investigación jurídica a la búsqueda de la reforma. Comúnmente, el estudio del derecho ha identificado una problemática en la que el investigador se ubica en el marco legal en que se va a mover, centrándose particularmente en sus fallas para proponer cambios posteriores, e incluso modificar el funcionamiento del Estado, si es necesario; de esta manera, asume el investigador un compromiso ineludible con la reforma legal, fusionando así la práctica jurídica con la investigación.

Entonces la investigación opera como una práctica jurídica que legitima la estructura de auto reproducción del derecho, pues su mirada es reparadora del aparato discursivo del ordenamiento jurídico y no de la relación de este con lo político, lo social y lo cultural. Esto solo surge a partir de la búsqueda de seguridad, la necesidad de orden en una con-

ciencia jurídica cultural, En la propuesta de se puede encontrar una serie de liberaciones posibles desde la práctica cultural, para que los ciudadanos eleven su comprensión jurídica a la vez que modifican también la comprensión cultural que valora el ser humano.

Ahora bien, esta intención de reforma recae sobre la preconcepción del estado de derecho como una unidad orgánica de normativa inquebrantable y apartada de cualquier condición de subjetividad moral o cultural, es por ello que surge la necesidad de determinar una noción de estado de derecho que contemple diferentes posibilidades de sujeto y de práctica individual. En palabras del autor: "vivir bajo el estado de derecho funda un conjunto de creencias sobre el yo y la comunidad, el tiempo y el espacio, la autoridad y la representación" (Kahn P. W., 2014, pág. 57) que, en suma, fundamentan una versión del estado de derecho como un cuerpo cultural total.

Lo anterior puede parecer poco innovador desde el punto de vista de un antropólogo, siempre que, y con el auge de los estudios culturales, todo parece reducible a un problema cultural. Sin embargo, la perspectiva del ACD no deja de ser una mirada ausente en los estudios jurídicos fundados en el positivismo reinante, por el contrario, resulta ser una lectura externa del derecho desde el punto de vista de otra disciplina. Otro de los problemas que se pueden aunar es que la propuesta metodológica tiene por objeto el estudio del estado de derecho estadounidense y no del latinoamericano, a lo que se puede responder que, entre los valores más importantes que comparten los "herederos" de la colonización occidental está la creencia en el estado de derecho, atada a la creencia en el poder del derecho que se localiza precisamente en la primera convicción, y en las ideas y prácticas que lo constituyen como una experiencia de acción y significado.

Si se apropia al estado de derecho como la construcción que resulta de la imaginación de una visión del mundo, es necesario determinar para su estudio aquellas técnicas que toman como su objeto la experiencia del significado. La investigación tiene que empezar con una descripción densa del acto jurídico tal y como le aparece a un sujeto, ya preparado para reconocer la autoridad del derecho; este sujeto se acerca a ese acto con una comprensión única del tiempo, el espacio, la comunidad y la autori-

dad (Kahn P. W., 2014, pág. 64). Tal estudio no sólo sería útil para el campo del derecho y su estudio del estado de derecho, sino además para pensar otros entramados de significados presentes en la sociedad contemporánea.

La forma de vivir inmersos en una comunidad política implica siempre unas prácticas determinadas, pero es necesario revisar la distancia que existe entre la investigación y la práctica para acortar la distancia entre el sujeto que conoce y el objeto de conocimiento; esto obligaría a suspender la práctica jurídica mientras acontece la investigación, siendo intrascendente, pues cada sujeto tiene la capacidad de determinar cada contexto y por su puesto revisar las creencias que enmarcan cada actividad.

La metodología del ACD propone estudiar con rigor científico, sistematizar y explicar las formas en las que el derecho constituye el contenido cultural. La cultura es un todo integrado que se expresa en las prácticas específicas de los sujetos, conductas que obedecen a significados de carácter histórico, contingente y espacial. Estos elementos solo pueden ser analizados a partir de metodologías cercanas a los estudios culturales o genealógicos.

Desde una mirada positivista, el derecho no deja ser algo inalcanzable por su carácter hegemónico, cuando debería involucrarse en las culturas, adaptándose a ellas, privilegiando siempre al ser humano más allá de simples prejuicios y no de intereses ideológicos o políticos. Un estudio cultural del derecho no está despojado de ideología o de una posición política, por el contrario, la hace explícita, se reconoce a sí mismo dentro de una ética determinada, no por fuera de ella, no tiene pretensiones de objetividad; por eso se distancia de la mirada positivista. La distinción entre un estudio cultural del derecho y la teoría jurídica debe asegurar una mirada crítica sobre las prácticas que eliminan potencialidades y posibilidades de construcción de los sujetos.

Como lo propone Kahn (2014) “Una disciplina académica que estudia las formas culturales se aproxima a estas proposiciones no desde la perspectiva de su validez, sino desde la perspectiva del significado que estas tienen para el individuo que participa de la comunidad de creencias” (P. 31). Una disciplina crítica del derecho necesita basarse en el trabajo de la



antropología y la teoría cultural, dado que la noción de verdad no es independiente al sujeto que la formula y sus prácticas, sino que esta tiene sus propias reglas de comportamiento, que por su puesto están vinculadas a la historia de la comunidad.

Es importante en este estudio comprender conceptos propios de derecho y de la cultura, puesto que algunas veces son polisémicos y se apoyan en variables epistémicas y metodológicas, cuyo significado depende del uso disciplinar en determinado contexto. Así, por ejemplo, en minorías étnicas, religiosas, lingüísticas o de género, las personas fluyen sobre sus propios imaginarios culturales, sobre sus propios constructos de lo verdadero, lo justo y el bien, por cuanto el análisis depende de esta comprensión simbólica y particular.

En una sociedad que cada vez más actúa como red, la pregunta por la identidad cultural tiene un lugar de absoluta relevancia, por cuanto está ligada a la búsqueda de una pluralidad que contenga una eficacia simbólica y material par que de esta forma reivindique los derechos fundamentales y la posibilidad de que el derecho surja a partir del “otro”.

Ahora bien, el autor genera dos claridades entorno a la formulación de la propuesta metodológica, situación que, si bien es cierto, amplía la concepción de la forma en la cual se aborda el Análisis Cultural del Derecho. Estas aclaraciones son: (i) la noción de neutralidad del ACD y (ii) la puesta en contexto. En este punto es importante señalar que este escrito no abordará este segundo punto, pues su interés de es puntualizar la noción de neutralidad, en relación con la noción de libertad.

## **2. La neutralidad en la investigación jurídica**

La noción de neutralidad señala la dicotomía planteada en el estudio e investigación académica del derecho en Estados Unidos, en cuanto a la falta utilidad de la investigación en la práctica jurídica versus su intención de reformar el derecho; pues al parecer la investigación es desvalorada por su supuesta poca utilidad en la práctica jurídica, una situación no muy alejada de las facultades y departamentos de derecho en Colombia, incluso los estudiantes de los programas de derecho descalifican la utilidad y practicidad de la investigación en el ejercicio profesional, obser-

vando ésta como un mero instrumento de certificación del conocimiento adquirido en el pregrado (tesis de grado) y no un escenario propicio para problematizar y participar en la noción de derecho como consecuencia de la cultura y constructor de sujetos, inclusive en la mera práctica del litigio. Este desvalor origina que se categorice a la investigación y en particular al ACD como “estudiar el derecho en el campo, es decir, las actitudes y creencias de aquellos cuyas interacciones con el derecho se dan desde la perspectiva de las víctimas o de quienes no tienen poder” (Kahn P. W., 2014, pág. 9).

Es por ello, que se toma mano de las metodologías que fundamentan los estudios culturales y en las que se relaciona poder-cultural-singularidad. El estudio genealógico del estado de derecho se centra en los cambios de significado; la arquitectura, en la comprensión de las normas internas y las relaciones entre sí que afectan y diseñan las prácticas y los significados de los remanentes históricos presentes en la actualidad. Así pues, Kahn (2014) sugiere que es necesario aproximarse al acontecimiento como se presenta, describir su estado ordinario en el mundo del estado de derecho y luego ofrecer una interpretación de la estructura conceptual de imaginarios de ese mundo: “La ambición es lograr una representación de los significados en juego en esta práctica social” (Kahn P. W., 2014, pág. 87). Esta posición es, fundamentalmente, una posición desde un punto de vista interno, que frente al problema del punto de vista etnográfico, no plantea necesariamente la participación en la práctica. Es justo aquí donde la filosofía y la antropología se entrecruzan.

Finalmente, este estudio busca unos ciertos significados de identidad en lo cultural que legitime causas políticas de transformación de estructuras sociales. Es precisamente en esta línea que el autor señala que la neutralidad del ACD es fundamento de sí mismo. Sin embargo, puede surgir la inquietud desde una postura posmoderna, debido al enunciado que señala que los llamados a la neutralidad sirven de máscara para cubrir posiciones ideológicas que no se definen explícitamente.

El llamado a la neutralidad expuesto por el autor entiende el proyecto del derecho como un producto contingente de la imaginación social, pues el derecho tiene una historia y continúa cargando con remanente de

esa historia, una neutralidad fundamentada en la libertad, entendida como la aceptación del propio momento y lugar histórico:

El sujeto libre debe aceptar su propia contingencia. No puede empezar de nuevo; no puede salirse de sí mismo. No hay fundamentos cartesianos disponibles para nosotros. La libertad, consecuentemente, no es un estado que alcanzamos, sino una actividad en la que nos involucramos. Requiere que tomemos responsabilidad por un yo que reconocemos como contingente. Hacemos esto no a través de una aceptación pasiva de nuestro destino en la vida, sino al abrir nuestras creencias y prácticas al examen crítico. Este es precisamente el punto de análisis cultural del derecho. (Kahn P. W., 2014, pág. 19)

Es precisamente este el asunto planteado por el autor; con la reforma, toda posición investigativa que se fundamente en la intención de llegar a la verdad tendrá que describir un deber ser de las cosas, limitando las posibilidades del ser del derecho. Todo académico que pretenda encontrar una verdad en el derecho y se encuentre con su falsación, tendrá que, como consecuencia, proponer un deber ser de la norma, una reforma para que éste – el derecho - llegue a ser lo verdadero.

Todo el que tome la reforma del derecho como el límite de sus objetivos se mantiene atado a una concepción política de la libertad. No podemos escapar a la carga de tratar de reformar el derecho pero no debemos confundir ese objetivo con una descripción completa de la libertad. La investigación crítica es una práctica filosófica que corresponde a la idea de un yo libre que nunca se agota dentro de las condiciones de la experiencia. (Kahn P. W. 2014, p. 20)

Una disciplina jurídica que estudia las formas culturales se aproxima a estas proposiciones no desde la perspectiva de su validez, sino desde la perspectiva del significado que estas tienen para el individuo que participa de la comunidad de creencias, un significado contingente e histórico

El análisis cultural del derecho. Réditos para una investigación jurídica en Colombia

que constituye un conjunto infinito de posibilidades de ser para el sujeto, que configura su libertad y la autonomía del académico investigador.

### **3. Réditos para la investigación jurídica en Colombia**

Según la prologuista de la tesis doctoral de los años 80's del entonces joven investigador Mauricio García Villegas, "Surgió como respuesta a una pregunta local: ¿Por qué en Colombia hay tanto derecho, y tanto derecho que no se cumple? ¿Por qué se sigue produciendo con avidez y proclamando con bombos?" Preguntas que aún siguen siendo vigentes y pertinentes, pues la producción jurídica no ha cesado ni su estrategia legitimadora. (Lemaitre, 2014, pág. 19) estas preguntas solo tienen sentido, cuando confluyen un conjunto de aspectos interesantes (i) una sobrevaloración al derecho considerado como un lenguaje vernáculo que sostiene religiosamente lo social y (ii) un cambio en la forma en la que la academia jurídica enseña y practica el Derecho.

Respecto del primer aspecto, es indudable que los textos jurídicos, como todo lenguaje, producen representaciones en las personas a las cuales van dirigidos esos textos, sin embargo, pareciera que en sociedades latinoamericanas y especialmente en una como la colombiana, estos textos jurídicos representarían un aparato retórico poco abordado en el terreno de la crítica y de la deconstrucción. Tomado entonces como un dispositivo perenne, a histórico y dogmático; esto incluso es evidenciable en la forma en la que opera la investigación y la enseñanza tradicional del derecho, entiéndase esta última ordenada entorno a la reproducción de fórmulas memorísticas de la práctica jurídica, una combinación entre cambios retóricos y permanencias materiales (García Villegas, 2016)

Esta consideración olvida que el derecho es finalmente una formulación de la práctica de lo social, en donde no solo produce efectos a nivel de reglamentación de la conducta individual sino políticos, las representaciones de estos efectos políticos son tan importantes como los otros efectos, los directos y consagrados por el derecho mismo. "Estos efectos políticos del lenguaje jurídico convierten la dimensión simbólica, o comunicativa de las normas jurídicas en un campo de luchas entre actores sociales que intentan fijar el sentido de los textos jurídicos en el punto que más conviene a sus intereses y a sus visiones del mundo" (García

Villegas, 2016, pág. 28). En esas luchas, los actores sociales que tienen poder político o económico, así como el estado, llevan las de ganar, aunque eso no significa que los subordinados que utilizan el derecho en sus causas políticas carezcan de todo poder y no puedan obtener victorias en esas luchas.

El segundo aspecto - un cambio en la forma en la que la academia jurídica enseña y practica el Derecho – es importantes pues la profesionalización y escisión de la academia universitaria obedeció a una presión de estudiosos del derecho que, aunque no están interesados en la práctica del mismo, si lo están en la posibilidad de construir una crítica que de fundamento a la forma en la que el ordenamiento jurídico y el estado de derecho es. Esto solo es un pretexto de contrarrestar los efectos de años de colonización y sus los réditos a la investigación académica, estos es: operar un derecho proveniente de occidente, cargado de un significado tácito: una mirada del mundo instalada en el fundamento de progreso y civilización que nada decía de nuestra propia cultura.

Creo que en Latinoamérica nos hace falta dudar más (de nosotros mismos, para empezar), sospechar más, retractarnos más, descalificar más a los profetas espurios que se visten de científicos sociales, ser más humildes ante la complejidad de los hechos y perfeccionar más nuestros modelos de investigación. (García, 2016. P.45)

Esta presión académica fundamentó una sospecha permanente sobre la ley, juzgándola por perpetuar una eficacia simbólica en detrimento de una eficacia material, de una “verdadera realidad”, es una forma de bloquear el acceso a la dimensión antropológica y cultural del derecho. (García Arboleda, 2017).

Y esta es precisamente, desde el punto de vista de los autores, la importancia de una formulación metodológica como el ACD pues se moviliza entorno a la convicción de que hay mucho de lo local en la construcción de lo teórico y mucho de lo teórico en la visión que se tiene de lo local, en el Derecho no solo hay que ver una razón que actúa sobre sí misma, se elabora y hace sus propios progresos, sino también un fenó-

meno de poder complejo, a partir del cual se puede explicar parte de las transformaciones políticas de una sociedad.

#### **4. Cambio de paradigma**

La meta de la educación no es solo producir técnicos eficientes conocedores de su materia, sino también *ciudadanos responsables*. Una de las principales tareas de la enseñanza siempre ha sido la de proponer modelos de comportamiento y de excelencia que sirvan de apoyo a la formación de los individuos para un determinado tipo de sociedad. Si estos modelos no se dan en la escuela con valores democráticos y comunes, es posible que otros grupos menos generosos rellenen esa falta de valores con egoísmo, fanatismo, intolerancia o cualquier otra expresión ideológica susceptible de ser asumida como el boom del momento o la moda que se debe seguir.

La educación en valores es, pues, como el árbol del que se habló al inicio; ese que planta el buen agricultor con la esperanza de que algún día se recolecten sus frutos, quizás, en un futuro lejano. Nadie garantiza el resultado y puede que no se alcance a ver, pero la educación en valores democráticos, como ocurre con la propia democracia, no es un sistema infalible y perfecto, pero sí la opción menos mala entre las posibles.

Como ejemplo de la diferencia entre instrucción memorística y formación valga el ejemplo siguiente. Siempre resulta sorprendente cuando al preguntar a los estudiantes por el sistema político del país, se descubre la falta de información de que hacen gala. Son más capaces de reconocer las limitaciones del voto en la época de Pericles que de explicar con palabras sencillas cómo es la democracia en la que viven o su papel dentro de ella, los derechos que les ofrece o las exigencias que les impone.

#### **5. Hacia una educación en valores democráticos**

Para poder reflexionar sobre el tema de la democracia en la que viven hace falta conocer un vocabulario previo. No podemos pensar aquellos conceptos que desconocemos, pues la manera de reducir una realidad y la posibilidad de pensar sobre ella comienza por reducir los conceptos

que somos capaces de conocer y nombrar (Orwell, 1949). Por eso, es necesario explicar una serie de conceptos fundamentales como pluralismo o Estado de derecho entre otros. Pero cuando se trata de valores, tan importante como los conceptos es la coherencia con la que se hace lo que se dice correcto o la diferencia entre “predicar y dar trigo”, entre sermonear sobre lo que es bueno para todos y hacer lo contrario cuando toca a mis intereses. Es decir, que no exista una especie de esquizofrenia entre lo que se considera valioso y lo que se realiza a la hora de vivir. Hay que ser capaz de reflexionar sobre valores y de concluir que dichos valores son papel mojado si no se llevan a cabo en la práctica.

Tenemos el deber educativo de facilitar a los alumnos las herramientas básicas que les permitan desarrollarse en nuestra sociedad. Estas herramientas comienzan por conocer las estructuras políticas fundamentales del gobierno bajo el que viven; también por explicarles qué significa la democracia frente a otros sistemas de gobierno o evitar que se confunda una democracia con la dictadura de una mayoría.

La contestación común del estudiante cuando le preguntamos por la democracia suele ser que la democracia es el gobierno de la mayoría. No obstante, esta respuesta se queda incompleta y poco clarificada si no se explica que el poder de mayoría, debe estar limitado, ya que puede adoptar posturas dictatoriales e intentar saltarse el Estado de derecho. Esto sería lo contrario a la democracia.

Si este país llegara al punto en que cualquier hombre o grupo de hombres por la fuerza o la amenaza de la fuerza pudieran desafiar sobradamente los mandamientos de nuestra Corte y nuestra Constitución, entonces ninguna ley estaría libre de duda, ningún juez estaría seguro de su mandato, y ningún ciudadano estaría a salvo de sus vecinos. (Kennedy. 1962)

Hay que mostrar que la libertad y los derechos se disfrutan con el mandato de la mayoría solo si existe un entorno legal y con respeto de las leyes. Que esas mismas libertades serían imposibles en soledad o al margen de las normas democráticas. En definitiva, que la democracia es una manera de hacer, no una manera de ser. No hay que apelar a esencias, ideas o fines que justifiquen la acción porque las acciones deben justificarse.

carse en sí mismas de acuerdo con las normas. Hay que alertar de que si se cambian las normas básicas del juego, entonces, se está empezando a jugar a un juego distinto. En democracia, las formas son el fondo.

No solo la voluntad de las mayorías sino fundamentalmente el respeto a los derechos de los individuos y a los derechos de las minorías es lo que conforma el pilar fundamental de la democracia. Pero dichos principios deben encontrarse expuestos en una Constitución democrática que configure el marco legal que no se puede traspasar y que salvaguarde los derechos de los ciudadanos. Esto no quiere decir que las constituciones sean inalterables. En una democracia todo puede discutirse y cambiarse, también las constituciones o partes de ellas, pero siempre con amplios consensos y dentro de la legalidad, no por imposiciones dictatoriales, ni vulnerando los derechos de las minorías. Además de esto, la democracia se sustenta en la división de poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Esta separación salvaguarda de un poder absoluto al individuo y es la única forma posible de impedir el empoderamiento del Estado o de una parte de él contra el individuo.

Los ciudadanos de una democracia no han de ser solo obedientes de la ley, tienen derechos y obligaciones frente a un sistema que sólo se mantiene si son a la vez copartícipes de la gobernación. No han de ser meros acatadores de normas, sino ciudadanos que deciden mediante elección libre y consciente las normas que obedecen. Para ello, se requiere una educación que convierta a los ciudadanos en seres racionales y responsables, capaces de intervenir en los asuntos públicos y de tomar sus propias decisiones.

La educación es la manera efectiva de formar a los futuros ciudadanos y gobernantes, con la esperanza de que esa mayoría nos lleve a buen puerto.

La democracia se basa en una paradoja que resulta evidente a poco que se reflexione sobre el asunto: todos conoce más personas ignorantes que sabias y más personas malas que buenas (...). Luego es lógico suponer que la decisión de la mayoría tendrá más de ignorancia y de maldad que de lo contrario. (Savater, 1992. p. 8)



Los enemigos de la democracia siempre han expresado estas dudas sobre el poder de la mayoría, aunque la historia enseña que cuando el gobierno ha estado en manos de aquellos que supuestamente son los “mejores”, o los sabios o los sacerdotes, o de dictaduras de partidos supuestamente bienintencionados o dictadores a secas, los resultados no han sido buenos, sino más bien todo lo contrario.

Desde las aulas se debe hacer ver a los estudiantes que la democracia es el sistema menos malo de gobierno, que presenta dificultades, que nadie garantiza que siempre las decisiones que se tomen sean las correctas, pero que es un sistema político que tiene capacidad de rectificación. Ni personas, ni ideas, ni leyes son eternas ni inalterables; en la democracia nada es insustituible, salvo que todos y todo debe estar sujeto a ley como garantía de convivencia.

En una democracia todos los gobernantes son sustituibles y los gobernados son un grupo cambiante, pero las reglas y la lealtad a las Instituciones deberían permanecer como un presupuesto necesario que clarifica las reglas del juego, por encima de las individualidades y de las facciones. La democracia es ante todo un Estado de derecho en el que nadie está por encima de la ley. A su vez, el Estado de derecho es un requisito de las sociedades avanzadas, y éstas al mismo tiempo tienen como fin salvaguardar los derechos e intentar conseguir el bienestar de los ciudadanos.

Los estadounidenses son libres, en resumen, de estar en desacuerdo con la ley, pero no de desobedecerla. Pues en un gobierno de leyes y no de hombres, ningún hombre, por muy prominente o poderoso que sea, y ninguna turba por más rebelde o turbulenta que sea, tiene derecho a desafiar a un tribunal de justicia. (Kennedy, 1962)

Según dice Savater (2003): “las democracias siempre se han enfrentado (en el siglo XXI todavía se enfrentan) a dos grandes enemigos: la ignorancia y la miseria”. La miseria, que impide el bienestar mínimo de los ciudadanos y que imposibilitaría la igualdad de oportunidades ante la ley, así como el desarrollo personal, que requiere siempre de un mínimo de condiciones materiales. Por otro lado, la ignorancia. La ignorancia no

entendida como la incapacidad para la lectura o la escritura que imposibilitaba a los atenienses el poder inscribirse en una tablilla y participar en la cosa pública, sino una nueva ignorancia que no sabe que lo es porque puede estar recubierta de datos pero que, en su confusión y extremismos que relega los derechos individuales en pos de derechos o identidades colectivas.

Se trata de conceder la primacía a lo genealógico, lo lingüístico, lo religioso o a las ideologías tradicionalistas sobre la igualdad constitucional de derechos. Esta conculcación de derechos individuales de la ciudadanía se plantea en nombre de unos supuestos “derechos colectivos” aún más fundamentales y superiores, los cuales deben prevalecer sobre ellos, según los etnomaniacos que los reivindican, en caso de incompatibilidad entre uno de ellos. (Savater, 2002. p.4)

Este mismo argumento puede ampliarse a populismos y fanatismos ideológicos o religiosos o de cualquier otro tipo. La nueva ignorancia, más peligrosa que no tener título o una formación acreditada, viene de la mano del radicalismo, del fanatismo y de la demagogia que se imponen sin razones o con razones falsas, que manipulan a los individuos en vez de servirlos.

Hoy día no hay ningún sistema político que amenace a la democracia, como el comunismo, pero “en contrapartida, la democracia genera por sí misma fuerzas que la amenazan, y la novedad de nuestro tiempo es que esas fuerzas son superiores a las que la atacan desde fuera. Luchar contra ellas y neutralizarlas resulta mucho más difícil, puesto que también ellas reivindican el espíritu democrático, y por lo tanto parecen legítimas. (Todorov, 2016. p.10)

Vender sueños imposibles y dominar los medios de comunicación está hoy al alcance de la mano de algunos demagogos que pueden manipular la opinión pública, a través de televisiones, periódicos y redes sociales. El camino más fácil para la demagogia comienza por demonizar al contra-

rio, al que piensa distinto. Es la falacia conocida como del “hombre de paja”. Para ello nada más útil que achacar vilezas sin cuento a los contrarios, matar al mensajero que pueda mostrar tus defectos, en lugar de rebatir sus críticas como a las de un igual. Por tanto, la democracia ha de proteger las reglas de juego y el respeto a la diversidad. No se entienda aquí diversidad como individuos diversos, sino diversidad ideológica.

Por eso la mejor defensa de la democracia consiste en estar dispuestos a defender el valor de disentir de aquellos que no compartan las ideas. Por ejemplo, aquellos que consideran que su raza, credo, lengua, clase social, procedencia o costumbres son una opción buena en sí misma, un valor irremplazable y sin límites, tienen que aceptar que entre la diversidad de ciudadanos de una sociedad democrática haya quien no esté de acuerdo con ellas ya sea por cuestión de credo, raza, procedencia o costumbres. Porque no es lo mismo aceptar el derecho a la diversidad, base del pluralismo democrático, que la diversidad de derechos que lo aniquila. Aceptar la diversidad no es reverenciar como un dogma los diferentes puntos de vista sobre la convivencia, sino aceptar que puede conciliarse con otros las formas de convivencia, siempre que se respeten las reglas del juego común democrático.

Por eso, es imprescindible establecer y hacer respetar las reglas de juego comunes teniendo en cuenta que lo importante no es el punto de llegada, la verdad que cada cual puede creer tener, sino el camino por el que se accede a ella y aceptar que se ha de debatir con los otros que tienen derecho a no estar de acuerdo. Porque, la mayoría de las veces, aquellos que se creen poseedores de la verdad no necesitan ser tolerantes con quien ellos creen que se equivocan. En definitiva, la mayor defensa de la democracia podría ser: *“Estoy en desacuerdo con lo que dices, pero defenderé hasta la muerte tu derecho a decirlo”*. Frase atribuida a Voltaire, aunque tal vez no fuera suya.

Por ello, la defensa fundamental de la democracia ha de partir de la educación de los ciudadanos. Primero, para que los ciudadanos conozcan su Constitución, y las leyes e Instituciones políticas que están a su servicio. En segundo lugar, pero no menos importante, para que sean conscientes de la necesidad de convivir con los diferentes.

Por otra parte, cuando se pasea por las calles de las ciudades se puede percatar de que el mundo de la infancia ha cambiado. Solo falta recordar la sorpresa que causaban ciertas cosas: la llegada de un vecino, el escuchar a otro en un tono de voz diferente, el regalo recibido de parte de alguien que visitaba de afuera, etc. Hoy ningún niño se sorprende ya de esto, se viven en sociedades multiculturales. *Pasear por las calles de cualquier ciudad es hacer un pequeño recorrido por todo el mundo.* En nuestros colegios, hay aulas en que se pueden encontrar alumnos de nacionalidades y regiones diferentes; sucede mucho, por ejemplo, en escuelas de Europa. Esto porque en las sociedades democráticas actuales se reúnen para convivir personas de orígenes, razas, países, idiomas y valores diferentes.

La nueva convivencia, cada vez más compleja, supone nuevos retos. Esto no quiere decir que no hayan existido con anterioridad momentos o lugares en la historia en que distintas razas, religiones y etnias vivieran en las mismas ciudades. *Lo novedoso de la situación actual es su inclusión de todos bajo unas mismas leyes.* Aquello en lo que consiste el reto actual de las democracias es en la igualdad de derechos de ciudadanía y la convivencia de los que no comparten ni Dios, ni origen, ni costumbres.

No obstante, hay personas y posiblemente siempre habrá personas que se creen en posesión de la única verdad, ya sea entre los que estaban antes o entre los que llegaron después, y por esto mismo no necesitan ser tolerantes. No necesitan opiniones ni críticas porque identifican su postura como el único camino recto. Cualquier desviación de estas verdades debería ser para ellos rechazada y castigada. Y no solo en su persona sino en la sociedad en su conjunto. *“Quien no esparce conmigo, desparcra”,* dice la Biblia.

Se sabe que es muy difícil combatir la intolerancia y el fanatismo en cualquier individuo por medio de razonamientos. Da igual que se trate de ideologías sociales, religiones o del pensamiento de moda y perfectamente correcto políticamente del momento. No es fácil, pero tal vez si hay una manera de atenuar el fanatismo, tal vez ésta sea evitar la demonización de los contrarios mediante la convivencia pacífica con lo diferente y el debate de las ideas. Porque las ideas no son intocables; lo intocable, lo que no se debe dañar, son los derechos de las personas: *El derecho a las propias creencias solo puede convivir con la aceptación de que hay personas que tienen el*

*derecho a disentir de lo queyo creo.*

Esto parece en principio simple, pero no lo es. Cuando las mentes son jóvenes es el momento de intentar evitar que el mal del fanatismo, del radicalismo, del nacionalismo y del odio ideológico se extienda. Se debe echar mano de la educación como herramienta para intentar paliar estos excesos. La educación ha de propiciar ciudadanos que posean una razón capaz de exponer con argumentos sus puntos de vista; sobre todo que sean capaces de reconocer la razón en los argumentos de los otros. Individuos que no utilicen las ideas como insignias distintivas de grupo, sino que sean capaces de comprender y rectificar si llegan a otra convicción. *Individuos que sean capaces de defender lo que nos une como sociedad más que de acomodarse en la incomprensión o el radicalismo que nos separa.* Desde la educación, defender los emblemas comunes de la convivencia es un antídoto contra radicalismos y manipulaciones.

Por todo ello, resulta necesario fortalecer la convivencia y los símbolos que nos son comunes. Resulta necesario evitar que el espacio público sea tomado por los peor intencionados. Para ello, la política y la administración pública deben ser accesibles al ciudadano, quien debe conocer esa cercanía y su derecho a intervenir en su funcionamiento como parte de la sociedad civil. Lo contrario sería una postura pesimista que engendra inactividad y pasividad: no sería ésta una actitud de tolerancia sino de desidia. Además, el pesimismo indiscriminado y la falta de confianza suelen tener peligros añadidos como el fatalismo: *considerar que el individuo es arrastrado más allá de su voluntad por designios inescrutables; que sus esfuerzos son inútiles y que, por tanto, no merece la pena actuar de ninguna manera.*

A pesar de que las nuevas condiciones sociales hacen más necesaria que nunca la cooperación y la implicación, resulta obvio en nuestros días el alejamiento de la política y el desentendimiento de los jóvenes. Decir política para ellos es hablar de cuestiones en las que no se sienten implicados y en las que creen que no pueden intervenir. Podría decirse que para ellos es una cuestión tediosa de gente poco fiable que busca más sus intereses que el bien común. En definitiva, algo ajeno. Como si no les afectaran en la práctica las decisiones políticas por el hecho de no reconocerlas ni preocuparse de ellas.

Cualquier esfuerzo educativo en términos de formación política, tie-

ne por meta mostrar a los alumnos que ellos serán los futuros ciudadanos y que *la democracia es un sistema político que necesita de su implicación para subsistir, de su responsabilidad para mantenerse y de su colaboración para mejorar*. Se trata de una formación no solo teórica, sino que muestra en su misma forma de enseñarse la práctica de cómo llevarla a cabo.

Esta formación debe llevarse a cabo por medio de una educación en valores democráticos y un desarrollo no meramente teórico en el que el estudiantado se vea incluido en el tema que se está tratando. No se puede llevar al aula la transparencia y la participación como una mera teoría, sino que se debe mostrar en la práctica los valores que implican mediante la colaboración de los estudiantes y su participación para la mejora de la convivencia.

## **6. Educar en tiempos de gobierno abierto**

Educar para la participación. Dentro de una clase, el alumno pertenece a un determinado grupo que le es adjudicado de manera burocrática. Su mera pertenencia implica la asunción de unos deberes con el grupo y el resto de compañeros. De la misma manera se pertenece a una familia o al Estado, pero dentro de una democracia no solo se pertenece a un grupo que es adjudicado sino que para que la democracia subsista se requiere de la participación ciudadana. Cuando un individuo pertenece a un grupo que es diferente de otros grupos aunque en ocasiones solo sea por una letra que los designa Grupo X frente a Grupo Y, se genera una dialéctica de enfrentamiento que lleva a justificar hasta las más injustas de las decisiones arbitrales siempre que beneficien a las personas o se niegan simplemente a ver la realidad que no es la de su grupo o intereses. No se anuncia la desigualdad de los otros de manera abierta, pero se ejerce de hecho al no compartir o dialogar con otras realidades.

Dentro de una democracia no se exige la pertenencia a un grupo político, étnico, económico o religioso, en los cuales cualquiera puede estar o no incluido. *La democracia lo que pide es la participación de todos sus miembros, que solo puede ser un hecho deliberado y voluntario*. Un ciudadano puede decidir cuáles son sus intereses y dónde tomar parte. Incluso el participar en las elecciones para elegir a quien le va a dirigir son voluntarias. Porque el individuo participa en un grupo cuando quiere y como quiere; puede

cambiar de opinión política o rectificar las decisiones tomadas. No se tiene que sentir obligado a conservar la lealtad, siempre tiene la posibilidad de decidir si le convencen o no las decisiones y adscripciones previamente aceptadas. En la pertenencia a un grupo lo que cuenta es ser del grupo, sentirse arropado e identificado con él; en la participación lo importante son los objetivos que se pretende lograr por medio de la incorporación al grupo: si no se consigue, se deja.

Dentro de una clase no se trata de adoptar posturas sectarias, por el mero hecho de pertenecer a un grupo, sino que se ha dialogado y colaborado, sin anular a los diferentes. En una democracia madura los ciudadanos deben someter a crítica sus ideas ante los otros y ser capaces de defender sus creencias con argumentos. Esto no quiere decir que no se puedan defender todas las posturas incluso algunas que repelen a la razón. También es cierto que siempre se encontrará gente dispuesta a colmulgar con ruedas de molino. Pero una vez que las ideas se exponen y se debaten dejan de ser ídolos intocables para convertirse en materia de discusión. Aunque resulte impensable para quien profesa una ideología, se ponen en cuestión ideas tan familiares y entrañables que parecían innegables hasta que los otros las ponen en duda.

Esto no quiere decir que haya necesariamente que llegar a unanimidad de verdades, a una lógica única y a un listado de ideas inalterables que en último término todos estén obligados a admitir. Pero sí que es necesaria cierta flexibilidad en los ciudadanos, que no sólo sean capaces de exponer sus opiniones sino de sopesar las de los otros, de reconocer lo positivo de otras formas de ver el mundo, ampliar los horizontes de lo pensado y, si llega el caso, cambiar de postura por la fuerza de los argumentos. *Ser razonable además de racional.* Aun si no se llega a cambiar la propia postura, siempre se pueden conocer al menos las críticas a los puntos de vista con objeto de mejorarlos. Es necesario obligar a mirar en las zonas oscuras de los presupuestos y a reconocer algunas deficiencias.

Este esfuerzo de participación y debate en el entorno del aula es una buena iniciación para la tolerancia adulta de lo diferente. Tal vez la tarea fundamental del profesor sería mostrar que las figuras tienen siempre distintas caras, que los intereses median en cada una de ellas y que somos responsables de nuestras elecciones.

En segundo lugar, esa participación voluntaria debe verse respaldada por la *confianza del entorno de la clase*. De la misma manera que el ciudadano participa en la sociedad democrática no por miedo sino por la confianza en que las instituciones que le gobiernan respetarán sus derechos fundamentales y que en el caso de que crea que dicho respeto no se ha llevado a cabo, tiene siempre la posibilidad de defender sus derechos ante la Justicia.

Cuando en una clase se tiene el derecho de disentir y expresar la opinión siempre que sea de acuerdo con las normas de convivencia, se abre paso a la colaboración de todas las posturas para llegar a acuerdos comunes. Un ejemplo en el ámbito escolar puede ser el debate de algunas normas de convivencia o del reparto de asientos en el aula, si este resultara problemático, dentro de un entorno participativo que permita llegar a acuerdos consensuados. *Los estudiantes siempre están más dispuestos a acatar las normas que acuerdan y se imponen a sí mismos que aquellas otras que les son impuestas desde otras instancias*. Otro ejemplo que puede resultar bastante exitoso en las instituciones educativas, lo tienen en los Grupos de Mediación de Conflictos, en el que los estudiantes forman parte de equipos de mediadores ante los que se exponen las distintas posturas de un conflicto y se intenta llegar a acuerdos que restablezca la convivencia dentro del entorno educativo.

En tercer lugar, la transparencia. Para que se produzca esta confianza citada anteriormente es necesaria la transparencia.

No hace muchos años que en Colombia, como en otros países, se vivía instalados en una serie de papeleos tediosos de dudosa utilidad que parecían estar diseñados para disuadir de cualquier acción. Algunas veces los ciudadanos tenían la impresión de seguir todavía allí, como si de una maldición administrativa se tratara, la cual caía sobre el ciudadano a la hora de iniciar cualquier trámite. Papeles que se perdían en sus estantes, malas tramitaciones que se eternizaban. Muestras de una administración obsoleta que no tenía en cuenta el público al que estaba destinada a servir y a la que no se pedían responsabilidades, ni plazos cercanos, ni claridad.

Todavía quedan restos (no pocos) de este pasado en el lento funcionamiento del sistema de Justicia del país, por ejemplo. La opacidad de la



administración permite que no existan responsabilidades ni culpables. Siempre es otro el que perdió el expediente, el que olvidó tramitarlo o el que lo resolvió de manera defectuosa. De una ventanilla a la siguiente en una peregrinación inútil como en *El proceso* de Kafka. Como ningún funcionario concreto se siente responsable del sistema general, la oscuridad de la trama administrativa ayuda a que algunos desmanes queden en la impunidad. Pero gracias a la revolución tecnológica y la informatización de datos administrativos se hace más ágil la tramitación y más fácil rastrear los expedientes administrativos y ponerles nombres a los responsables de su tramitación.

Gracias al acceso a la información, los ciudadanos pueden supervisar las tramitaciones de sus asuntos y plantar quejas sin difíciles entramados de impresos y visitas burocráticas. Los medios técnicos, internet, redes sociales y tramitaciones electrónicas, ayudan en información y confianza a los ciudadanos. Esta nueva realidad tecnológica obliga al desarrollo de la transparencia en las sociedades democráticas. Las responsabilidades se podrán descubrir gracias a los nuevos medios con mayor facilidad y con graves consecuencias para las instituciones. No tiene sentido ocultar la información, la meta es encontrar la mejor manera de mostrarla.

Se entiende por transparencia como el acceso a la información pública por parte de la sociedad civil y de los ciudadanos. En las sociedades democráticas todos están expuestos a la observación de los demás sin los privilegios de las castas o las diferencias de derechos. Además, los ciudadanos tienen el derecho de vigilar más detenidamente a los que les gobiernan, que al resto de las personas. Por ejemplo, pueden conocer las posesiones e incrementos de patrimonio de los servidores públicos, no las de otros ciudadanos, cuyos datos están sujetos a normas de privacidad y, por tanto, no son accesibles.

En el ámbito educativo, el principio de transparencia no exige que todos los datos sean siempre expuestos de manera obligatoria e indiscriminada. Esto conllevaría graves perjuicios para la privacidad de alumnado y profesorado. No obstante, las programaciones, los criterios de evaluación y promoción son de obligada comunicación. Generalmente, en la página web de la institución y con un resumen de los criterios de evaluación y programación, para facilitar la consulta. Los exámenes y sus resul-

tados pueden ser consultados en plazo y reclamados si el alumno o sus acudientes lo consideran pertinente. Se pueden conocer los resultados estadísticos por clases y asignaturas. Las páginas web de los colegios y escuelas permiten (deberían) un acceso a la información y las consultas más habituales.

El avance en la transparencia es imparable, cuando el ciudadano comprende su derecho a la información. Y no lo hará solo en el ámbito académico, sino que es una presuposición que se extiende al conjunto de instituciones sociales.

## 7. Conclusiones

El derecho es una parte de la cultura, no su consecuencia. El derecho hace parte del horizonte de perspectivas dentro del cual se está inmerso. Este horizonte es un mundo de significados que a la vez se hereda y se construye: ya existe cuando se llega al mundo y no deja de existir cuando se desaparece. De hecho, cuando se nace ya se está constituidos por este horizonte de significados: se describen y se interactúan con el mundo mediante sus categorías. El derecho construye formas de sujeto particulares que habitan en geografías e historias determinadas, las categorías que conforman el mundo jurídico son, para el ACD, redes conceptuales que constituyen la base de las narraciones con las que se construye las identidades individuales y colectivas. Estas identidades no existen con anterioridad a las categorías y redes que entretejen; no existen como unidades aisladas: construyen y dan sentido a la realidad que habitan los seres humanos mediante su entrecruzamiento; mediante la construcción de narraciones que busca persuadir al otro. (Bonilla Maldonado, 2017)

En consecuencia, el ACD describe y examina no solo las categorías más generales que construye el derecho – sujeto, tiempo y espacio -: también describe y analiza categorías jurídicas que, como la persuasión y la interpretación, atraviesan las instituciones los principios y las reglas jurídicas particulares. La erudición, como yo la entiendo, se refiere solo a una técnica de persuasión. Que un experto en derecho pueda argumentar haciendo uso de múltiples casos no lo pone en una posición similar a la de un científico que conoce los resultados de múltiples experimentos. (Kahn P. , 2017, pág. 32)

Se hace necesario llevar a cabo ejercicios de educación en valores para la convivencia y en mostrar a los alumnos la accesibilidad a la información dentro de las administraciones. A partir de aquí, mostrar las posibilidades que les permiten las nuevas tecnologías de información sobre campañas que les competen, como becas o salidas, o más específicas como la Ventanilla Única para procesos administrativos o políticas sobre mujer y juventud, por citar un ejemplo particular. Para ello se podría adoptar, como está sucediendo en varios países, la sabia postura de llevar, por ejemplo, un curso de “Educación en gobierno abierto” y de transparencia a las instituciones educativas de nuestro país. Un programa “Educación en Gobierno Abierto” que tenga por objetivo mostrar a los alumnos como futuros ciudadanos que la democracia es un sistema que podemos observar, que necesita de su implicación para subsistir, de su responsabilidad para mantenerse y de su colaboración para mejorar.

### Fuentes de información

- Bonilla Maldonado, D. (20 de Abril de 2016). *El análisis cultural del derecho. Entrevista a Paul Kahn*. Recuperado el 01 de 2018, de <http://www.redalyc.org/>: <http://www.redalyc.org/pdf/3636/363652130006.pdf>
- Bonilla Maldonado, D. (2017). Introducción. Análisis Cultural del Derecho y Jueces en Perspectiva Comparada. En P. Kahn, *Construir el caso, el arte de la jurisprudencia* (págs. 11-43). Bogotá: Siglo de Hombre Editores - Universidad de los Andes.
- Foucault, M. (2006). *Defender la Sociedad*. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Economica.
- García Arboleda, J. (2017). Psicoanálisis y Derecho para los tiempos difíciles. En P. Legendre, & P. Goodrich, *Psicoanálisis y derecho* (págs. 9-64). Bogotá: Siglo de Hombre Editores, Universidad de los Andes.
- García Villegas, M. (2016). *La Eficacia Simbolica del Derecho Sociología política del campo jurídico en America Latina* (Segunda Edición ed.). (IEPRI, Ed.) bogotá: Penguin random Houses Grupo Editorial.
- Geertz, C. (2012). *Conocimiento local. Ensayo sobre la interpretación de las culturas*. Barcelona: Paidós .

- Kahn , P. W. (2014). *El análisis cultural del derecho - Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. (D. Bonilla Maldonado, Trad.) Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Kahn, P. (2012). *Teología Política: Cuatro nuevos capítulos sobre el concepto de soberanía* . Bogotá : Siglo de hombre editores - Universidad de los Andes.
- Kahn, P. (2017). *Construir el caso, el arte de la jurisprudencia*. (D. Bonilla Maldonado, Trad.) Bogotá: Siglo de Hombre Editores.
- Kahn, P. W. (2017). *The Cultural Analysis of Law*. (D. B. Maldonado, Entrevistador) Ciudad de Mexico : Isonomía # 46.
- Lemaitre, J. (2014). Prólogo a la segunda edición. En M. Garcia Villegas, *La Eficacia Simbolica del Derecho* (pág. 300). Bogotá: Penguin Random House .
- Orwell, G. (1949). *1984*. Reino Unido: Secker and Warburg.
- Oszlak, O. (2013). *Gobierno abierto: hacia un nuevo paradigma de gestión pública*. Buenos Aires: Red GEALC.
- Savater, F. (1992). *Política para Amador*. Madrid: Ariel.
- Savater, F. (1997). *El valor de educar*. Madrid: Ariel.
- Savater, F. (1995). *Diccionario de Filosofía*. Madrid: Planeta.
- Savater, F. (1999). *La preguntas de la Vida*. Madrid: Ariel.
- Savater, F. (2002). *Elegir la política*. En: Letras Libres - Madrid.
- Todorov, T. (2016). *Los enemigos íntimos de la democracia*. Barcelona: Galaxia.
- Weber, M. (2007). *La política como profesión*. Madrid: Biblioteca Nueva.

La presente edición de *Los desafíos sociales y el derecho como herramienta de transformación en Colombia y México*, publicada por Anaya Editores, Corporación Universitaria del Caribe y Universidad Autónoma de Tlaxcala, se terminó de imprimir en diciembre de 2018, en los talleres de 5 de febrero No. 357, Col. Obrera, Alcaldía de Cuauhtémoc, C.P. 06820, Ciudad de México.

La palabra *derecho* encierra en sí misma una fuerza apremiante. Decir derecho es decir palabra-poder-conocimiento-ejercicio. Es el resultado de un proceso histórico, como parte de la decisión política de los gobiernos, y una herramienta para el cambio.

En el presente documento, se compilan una serie de ensayos de autores colombianos y mexicanos, en un esfuerzo singular que logra conjuntarse por los afanes de la Corporación Universitaria del Caribe a través de su Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, y la Universidad Autónoma de Tlaxcala, por medio de su Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Criminología, en una comunión de intereses que sin duda, redundará en una interpretación pertinente de la ciencia jurídica en la construcción de la cultura de paz que tanto requieren ambas naciones.



ISBN 968-453-505-8