

YA UN MES, hace que se aprobó la famosa Ley de Justicia y Paz, por medio de la cual el Gobierno, pretende juzgar a los paramilitares que se encuentran penalizados por delitos atroces.

La entidad encomendada a la no fácil labor, es la Fiscalía General de la Nación, que tendrá bajo su responsabilidad las respectivas investigaciones, con base en dos puntos de suma importancia, como la investigación y aclarar los centros de reclusión.

Lo importante es que entre más tiempo pase, para que empiece a funcionar, ese mismo tiempo se debe tener en cuenta para la condena, por lo tanto entre mas tiempo transcurra, mejor para los inculpatos.

Pero nos debemos centrar, dentro del campo jurídico, en el sentido de pensar solamente el siguiente paso, que es el desmorte.

Cabe preguntarnos si la Fiscalía y el Consejo Superior de la Judicatura, dentro de su eficacia, ya tienen integradas u organizadas sus unidades especiales, para llevar a efecto la aplicación de tan mencionada ley, la angustia es que el tiempo corre, y hay que ver resultados.

Para llegar a un final feliz, que es la idea de la nueva Ley, se deben tener a satisfacción varias necesidades, que a la luz pública surgen, como por ejemplo: sitio de reclusión, las personas condenadas, deben cumplirla en el sitio que el gobierno designe para ello, pero puede ser aceptable, que los enjuiciados no permitan un sitio común y silvestre, sino por el contrario uno especial, que les brinde mayor seguridad. Por otro lado, tanto la Fiscalía debe nombrar a los funcionarios pertinentes, debidamente capacitados, para que formen parte de una unidad especial, y por otra parte el Consejo de la Judicatura, a su vez debe de igual forma en la Sala Administrativa, seleccionar abogados para que ejerzan los cargos de magistrados.

Es el deseo de todos los colombianos, que vivimos constantemente en esta incertidumbre de violencia, que por este medio aunque sea se mitigue la inseguridad, y que lo más pronto posible se pueda dar marcha a lo deseado, pero ojo, falta el fallo de la Corte Constitucional, que puede declarar inexequible la Ley de Justicia y Paz, para risa de unos y tristeza de otros, pero lo importante es buscar por todos los medios posibles, la buena convivencia social, que tanto los colombianos estamos esperando, para lograr que nuestro país por fin salga de esta violencia, y se pueda respirar respeto y amor a nuestros semejantes. Es el futuro deseado para nuestros hijos.

J. Álvaro Polanco Sánchez

¡¡Derechos humanos:
ideales comunes para la convivencia!!
"La democracia vive si se vive"

ISSN 1692-3936



Edificando futuro

Revista Sociojurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

Derecho y Realidad

Vol. 1. No. 2. II semestre 2003

Derecho y Realidad

Vol. 1. No. 2. II semestre 2003



Uptc

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales



Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Derecho y Realidad

Revista Sociojurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

Vol. 1 • No. 2 • II Semestre de 2003

Derecho y Realidad

Derecho y Realidad es una publicación semestral editada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, UPTC

ISSN: 1692-3936

Rector
Carlos Augusto Salamanca Roa

Vicerrector Académico
Esaú Ricardo Páez Guzmán

Director Investigaciones
Enrique Vera López

Decano Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
J. Álvaro Polanco Sánchez

Director Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – CIEDE
Edgar Fernando Cervantes Díaz

Director Editor
Luis Carlos Peña Farieta

Comité Editorial

Dr. J. Álvaro Polanco Sánchez
Dr. Gonzalo Olarte Cely
Dr. Leonel Vega Pérez
Dr. Pedro Alonso Sanabria Buitrago
Dr. Ricardo Bernal Camargo
Dra. Mireya Mendieta Pineda

Corrección de Estilo:
Luis Enrique Clavijo M.

Director Imprenta y Publicaciones
Pablo Alejandro Sánchez Pereira

Diagramación:
Eunice Bacca de Torres

Impresión:
Imprenta y Publicaciones UPTC, Tunja

Informes

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Avenida Central del Norte
Telefax: (8) 7404933 – Tunja

Centro de Investigación
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
E-mail: ciederecho@tunja.uptc.edu.co
Teléfono: 7422175 Ext.: 1812
Tunja, Boyacá, Colombia

Las opiniones expresadas en los artículos firmados son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no comprometen a la publicación.

Contenido

Editorial.....	5
Del concurso aparente entre el secuestro simple y el hurto calificado en el apoderamiento de vehículos Rafael Arroyave Díaz	11
Jurisprudencia constitucional y orientación sexual (1998-2001) Mauricio Ariel Albarracín Caballero	25
Vivir y con-vivir en la ciudad: los supuestos actuales de la convivencia Luis I. Sandoval M.	33
La reforma política de 2003 Pedro Alonso Sanabria Buitrago	45
Globalización y sistemas jurídico-políticos en América Latina Luis Bernardo Díaz Gamboa	59
La reforma a la tutela: ¿Ajuste o desmonte? Mauricio García Villegas Rodrigo Uprimny Yepes	83
Instrucciones para los autores	119

Editorial

Con grandes esfuerzos se pone a consideración el número 2 de la Revista *Derecho y Realidad*, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UPTC.

Como el propósito es que en el futuro sea una publicación indexada, desde ya se están tratando de cumplir con los requerimientos del caso, como son, entre otros, el someter los escritos a evaluación de pares académicos, que correspondan a informes de investigación, etc., procesos que hasta el momento no han resultado tan rápidos y expeditos como se requiere.

Se está promoviendo la actividad investigativa en el interior de la Facultad, con el ánimo de consolidar líneas de investigación y sus correspondientes proyectos. Igualmente, se está capacitando en ese campo a un grupo interesado de estudiantes y profesores, para que puedan adelantar sus pesquisas con mayor propiedad y rigor.

En esta oportunidad se cuenta con un grupo de articulistas que se orientaron mayoritariamente hacia los temas constitucionales, de cuyas disertaciones se hace enseguida referencia.

El profesor Díaz Gamboa trae a colación un tema de actualidad que tituló "Globalización y sistemas jurídico-políticos en América Latina", para debate amplio por su significación a nivel jurídico, económico, político, etc. La globalización es una realidad que implica un cambio en todos los roles que el hombre vive dentro de la sociedad.

Pueden existir desigualdades entre las naciones, pero de igual forma entre las regiones, ya que se van desplazando a aquellas que

ofrezcan menor participación dentro del ámbito económico y jurídico.

Globalización puede tener varios significados, dependiendo de la óptica con que se mire. Por ejemplo, se puede decir que no tiene un contenido preciso, que se puede asumir para todo y que es un cambio constante dentro de una comunidad. De igual forma también encaja en lo que dice el profesor Díaz Gamboa, referente al tema: "Lo que impone la globalización es la privatización, que significa la socialización de las pérdidas y la individualización de las ganancias para los monopolios, nacionales o transnacionales. La juridicidad se pone, dentro de la internacionalización, al servicio del gran capital y de la *lex mercatoria*". Otros analistas subrayan: "...que los estados desempeñan funciones clave en múltiples campos, desde las subvenciones a actividades estratégicas hasta el sustento a las investigaciones en ciencia y desarrollo, sin olvidar los gastos en salud y educación". Por lo tanto, siempre el aspecto jurídico estará intrínseco en cualquier acto de globalización, aunque como lo dice el autor, y estoy totalmente de acuerdo, es una palabra sin contenido preciso, que se presta para todo.

En fin, la importancia del tema no deja espera para continuar debatiéndolo y analizándolo en forma continua, por ser tan cercano a nosotros, puesto que de cualquier forma nos toca directa o indirectamente.

Otro tema de igual interés jurídico-social es la Acción de Tutela, que sin duda alguna transformó la justicia colombiana al insertarse en la reforma constitucional de 1991 con el fin de descongestionar los Despachos Judiciales y hacer una justicia más democrática, en el sentido de que cualquier ciudadano pudiera por medio de esta acción, y sin abogado, solicitar el derecho, entre otros los fundamentales. Indiscutiblemente se puede llamar una conquista social y jurídica poder ser escuchados hasta en los altos Tribunales, y es lo menos que un Estado Social y Democrático puede brindarles a sus ciudadanos: esa objetividad y agilidad en la justicia.

Los doctores García Villegas y Uprimny Yepes defienden esta acción judicial y dicen que los jueces han debido pronunciarse sobre diferentes temas, entre otros: personas detenidas, quejas de estudiantes, tragedia de los desplazados, peticiones de

salud y pensión, derechos de los trabajadores, alcance de la libertad de información, etc.

Es indiscutible que la acción de tutela tiene muchas bondades y sería injusto desconocerlas, pero no ha corrido con suerte en cuanto a su comprensión, contenido y alcances. Se habla de choques de Cortes, y como dice EL TIEMPO en su Columna de Opinión: "Si la Corte Suprema de Justicia acepta revisar sus fallos (como ya lo aceptó el Consejo de Estado) por mandato de la Corte Constitucional cuando a ello haya lugar en el trámite final de la Tutela, entonces será cierto el dicho popular: Corte no mata Cortes, si cada una de esas corporaciones actúa dentro del marco de sus competencias, y no se rebela contra la ley".

En conclusión, se debe reformar la acción de tutela, haciéndola más clara tanto para las altas Cortes como para los jueces, pero por el momento no se puede pensar en eliminarla.

Continuando con los temas constitucionales, la Carta Política Colombiana experimentó importantes cambios a partir de su reforma en el año de 1991, pero con el transcurrir del tiempo, como cualquier institución, ha de reformarse, como lo plantea el doctor Sanabria Buitrago en su artículo "La Reforma Política en 2003". Este es uno de los temas que genera mayores expectativas y confrontaciones, por ser la Constitución Política la columna vertebral del Estado colombiano.

Por eso nos ilustra sobre la reforma política incorporada mediante el Acto Legislativo 1 de 2003, con la cual se inicia en forma novedosa el escrutinio para las elecciones plurinominales.

En un sistema participativo como el nuestro, existen vacíos o vacíos frente a las elecciones, y defensores de unos u otros, de acuerdo con sus posiciones, dicen tener la verdad, y el contrario la equivocación, como suele suceder con los políticos y los mismos electores.

El autor se refiere a la Reforma Constitucional así: "Tal pareciera que la Reforma Constitucional contenida en el Acto Legislativo No. 1 de 2003 quisiera irrumpir al interior del sistema democrático, para dar un vuelco total a la manera como deben los ciudadanos organizarse y a los procedimientos a que deben someterse para el logro de

lo que quieren quienes participan en la vida democrática, esto es, el acceso al poder".

Y todo por el PODER, una condición de los seres humanos. Para conseguirlo se han librado cualquier cantidad de batallas, generado envidias y mucha actividad humana dentro del conglomerado social, desarrollando comportamientos y abstracciones que necesitan de medios para manifestarse físicamente. El poder es un símbolo, que representa su objeto, y que no es otro que el dominio de una persona a otra o de un sector social a otro, sin importar sus consecuencias.

Este tema es inquietante y para reflexionar.

Ahora bien, "Jurisprudencia Constitucional y Orientación Sexual", analizada en forma seria, exigible para este tema tan delicado no solamente dentro del aspecto jurídico sino social, es el artículo presentado por el estudiante de la UIS Mauricio Ariel Albarracín Caballero.

Es bien sabido que la Iglesia se opone a cualquier unión homosexual, llámese como se llame. Por ejemplo, en el año 2003 el Vaticano condenó las uniones legales de homosexuales, calificándolas como desviaciones y una grave amenaza para la sociedad, reprobando de igual forma la adopción de niños. Llama especial atención lo siguiente: "los hombres y mujeres con tendencias homosexuales deben ser tratados con respeto, compasión y delicadeza" y afirma que "tales personas están llamadas, como los demás cristianos, a vivir la castidad". Añade además: "La iglesia enseña que el respeto hacia las personas homosexuales no puede en modo alguno llevar a la aprobación del comportamiento homosexual ni a la legalización de las uniones homosexuales".

La legalización de los derechos de personas del mismo sexo, como por ejemplo el matrimonio, se ha intensificado en América del Norte, desde que Canadá adoptó medidas en ese sentido y la Corte Suprema de Estados Unidos anuló las leyes estatales sobre sodomía, que declaraban un delito las relaciones sexuales consentidas entre homosexuales en lugares privados. Cientos de parejas del mismo sexo han celebrado uniones en Ontario y la Columbia Británica. El matrimonio homosexual está prohibido en Estados Unidos, aunque un

estado, Vermont, permite las uniones civiles de personas del mismo sexo y el alto Tribunal de Massachussets tiene previsto regular esta cuestión. Holanda aprobó en diciembre de 2000 leyes que permiten a parejas del mismo sexo casarse y adoptar niños, bajo un control de registro de parejas homosexuales, camino que siguió Bélgica.

Para finalizar, e interpretando la Iglesia Católica, se dice que la homosexualidad está lejos de fundamentarse en una analogía, pues no es el designio de Dios sobre el matrimonio y la familia. El problema jurídico pasa a un segundo plano y toma relevancia lo cultural y social. ¿Está Colombia preparada para aceptar estas igualdades?

En el campo del Derecho Penal, el doctor Rafael Arroyave Díaz trae el tema "Del concursó aparente entre el secuestro simple y el hurto calificado en el apoderamiento de vehículos", lo complementa con la sentencia casada el 12 de diciembre de 2002 proferida por la Honorable Corte Suprema de Justicia (Sala Penal, Magistrado Ponente Yesid Ramírez Bastidas).

El caso indica que unos individuos retuvieron por un corto tiempo a varias personas que se movilizaban en un camión, con el fin de robarles unos bienes muebles. La intención era ganar ese espacio para que sus cómplices logaran escabullirse con el botín; su idea era el robo y no el secuestro.

Tanto en primera como en segunda instancia, el procesado fue condenado por secuestro simple y hurto calificado agravado. Llegó a casación el defensor del encausado, esgrimiendo dentro de la defensa que la retención de las personas obedecía a la exclusiva finalidad de asegurar el producto del ilícito y consecuentemente la impunidad de los copartícipes, pero nunca un secuestro.

La Corte en su fallo diferencia el secuestro simple del extorsivo, hablando dentro de las circunstancias del hurto calificado y agravado, habida cuenta de que existen bandas delincuenciales que llegan hasta la extorsión.

No siempre esta clase de delito de hurto calificado y agravado lleva implícito el secuestro, a pesar de la retención de personas; en unos es aparente y en otros es real. Basta entonces analizar dentro del aspecto probatorio la intención de los delincuentes.

Por último en cuanto a artículos, el investigador social Luis Sandoval titula el suyo "Vivir y con-vivir en la ciudad". Este escrito trata sobre Bogotá D. C., llamada la Atenas Suramericana, que como capital de Colombia es una ciudad con grandes avances tecnológicos, culturales, etc., pero que al igual que cualquier metrópolis del mundo, tiene sus beneficios y dificultades. Aprovechando que formó parte del equipo de trabajo del Gobierno de la Alcaldía, plantea su principal inquietud, cual es la convivencia, que se encuentra íntimamente relacionada con la tolerancia. En Bogotá/Historias, Internet, hay un artículo titulado "Bogotá cada vez más segura", donde se pueden apreciar los proyectos políticos y sociales que el actual alcalde se propone llevar a cabo, para lograr responderle no solamente al autor de este importante escrito, sino a la ciudadanía en general, ya sea que habite o vaya de paso. Es ineludible e importante a nivel nacional e internacional encontrar una ciudad donde fácilmente las personas puedan convivir en paz, teniendo el ingrediente de la tolerancia, y hacer de Bogotá D. C. un buen vivero (Ver www.Bogotá.gov.co).

Para terminar, se extiende una cordial invitación a todos aquellos que deseen colaborar con esta publicación, teniendo en cuenta lo dicho al principio: apunta a la indexación. Al final de este número se incluyen las instrucciones para los autores.

Son bienvenidos los comentarios, sugerencias y observaciones que contribuyan a una mayor calidad de esta Revista.

J. ÁLVARO POLANCO SÁNCHEZ
Decano
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Derecho y Realidad
Vol. 1 • No. 2 • II Semestre de 2003
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC
ISSN: 1692-3936

Del concurso aparente entre el secuestro simple y el hurto calificado en el apoderamiento de vehículos

Rafael Arroyave Díaz*

Resumen

En una célebre sentencia, la Corte Suprema de Justicia-Sala Penal acogió la tesis del autor sobre el concurso aparente entre el secuestro simple y el hurto calificado en el apoderamiento de vehículos. No puede imputarse el reato del secuestro a quien retuvo a los pasajeros para sustraer la mercancía, pues no era ese su móvil.

Palabras clave: Hurto, secuestro, concurso aparente, casación penal.

Abstract

In a famous sentence, the Supreme Court of Justice, Penal Room accepted the author's thesis on the apparent concurrence between the simple kidnapping and the qualified theft in vehicles' seizing. It cannot be imputed the act of kidnapping, to whom retained passengers to steal merchandises, because they were not his motive.

Key words: Theft, kidnapping, apparent concurrence, penal cassation.

* Abogado. Vicepresidente Acadeum. Defensor Público. Casacionista.

1. Introducción

En reciente sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la alta Corporación se pronuncia en favor del concurso aparente entre los reatos de secuestro simple y hurto calificado agravado, en asuntos en los que se presenta retención de personas con la finalidad clara de asegurar el producto del ilícito o la impunidad de los copartícipes. En esta ocasión, el máximo tribunal de justicia penal en nuestro país corrigió un gravísimo yerro en el cual incurrieron, de una parte, la Fiscalía (tanto de primera como de segunda instancia) y, de otra, los juzgadores *a quo y ad quem*, cuando en el año de 1997 fue acusado y luego condenado un humilde vendedor de frutas, a quien se le atribuyó un inexistente concurso real de delitos cuando erróneamente se le dedujo una sanción por un supuesto atentado contra la libertad individual (secuestro simple) en concurso con un ilícito contra el patrimonio económico (hurto calificado-agravado).

Del fallo, que data del 12 de diciembre de 2002, merecen destacarse algunos aspectos, que en forma sucinta me permito presentar a continuación.

2. De los aspectos más relevantes del fallo

2.1 Comienza la parte considerativa (motiva) de la sentencia por desechar el *petitum* del entonces Procurador Segundo Delegado en lo Penal cuando, en su concepto previo, solicitaba desechar la petición del suscrito casacionista y acudir a la casación oficiosa, dando aplicación a la parte final del art. 228 del derogado Código Procesal Penal (hoy parte final del art. 216 del nuevo estatuto), posición descartada por la Sala

de Casación por cuanto estima que su aplicación -de la forma oficiosa- es muy discutible en tratándose de subsanar problemas atinentes con la violación de garantías fundamentales desde la óptica de la errónea valoración probatoria, los que, como se dice en el fallo de casación, tampoco el señor Procurador demuestra de conformidad con la reglas de técnica que la Corporación ha venido fijando como pautas, vale decir, que para pedir la casación oficiosa de la sentencia del *ad quem*, la Procuraduría no demostró que en el mismo se hubiese incurrido en errores de hecho (por falso juicio de existencia material -en sus modalidades de omisión material o suposición material- o por falso juicio de identidad -en sus modalidades de omisión parcial o distorsión- o por falso raciocinio -violación de las reglas de la sana crítica-), o en errores de derecho (por falso juicio de legalidad o falso juicio de convicción). Descarta pues, la Corte, la solución del problema acudiendo al expediente de la casación oficiosa, en lo referente al asunto planteado del concurso aparente entre el secuestro simple y el hurto calificado-agravado.

2.2 Un segundo aspecto que aborda la Corte es el relacionado con el elemento culpabilidad (y concretamente en este caso, *culpabilidad dolosa*). Ello en razón de que la Procuraduría entendió ver en la demanda una alusión a las pruebas para cuestionar el dolo de secuestrar deducido en el fallo de segunda instancia. Sobre el particular se advierte en la sentencia de la Corte que aunque el dolo se conoce a través de las manifestaciones externas del sujeto agente, de las cuales se deduce hacia dónde van encaminados su querer y su voluntad en el recorrido del *iter criminis*, los cuales sólo pueden saberse luego del análisis de las pruebas recopiladas, en el asunto examinado el actor no acudió al cuestionamiento de los medios de convicción arrancados a

la encuesta, sino que, aceptando los hechos tal cual los evaluaron los juzgadores de instancia, lo que se atacó fue la deducción de un dolo de secuestrar allí donde todo indicaba que la conducta de los justiciables se encaminaba exclusivamente a retener por corto tiempo a los ofendidos con el propósito de poner a buen recaudo el producto del hurto.

En el caso concreto, tanto la Fiscalía como los juzgadores de instancia destacaron que la retención de unas personas que se movilizaban en un camión, para apoderarse de una mercancía que en él se transportaba, constituía un secuestro simple, conducta que hicieron concurrir con el ilícito contra el patrimonio económico, posición jurídica que fue la que se cuestionó en la demanda de casación y que terminó con el final pronunciamiento de la Corte. El dolo se discutió en la demanda, pero no desde el ángulo probatorio -como erróneamente lo entendió el señor Procurador Delegado- sino como un problema eminentemente jurídico, puesto que los hechos fueron aceptados por el suscrito casacionista tal como los narró el Tribunal, y las pruebas también fueron aceptadas en su valoración, como igualmente lo hizo el *ad quem* (requisito indispensable cuando se ataca una sentencia por la vía directa como en el caso de autos).

2.3 Con esas premisas la Corte nos otorga la razón, considerando que en el caso juzgado no se daba un concurso real de secuestro simple con hurto calificado-agravado, sino un concurso aparente de tipos, habida cuenta de que esa retención de las personas es un elemento integrante del mismo reato de hurto calificado; concretamente se trataba de una violencia posterior encaminada a procurar el aseguramiento del producto del atentado patrimonial, ubicable en el inciso 20 del numeral 4 del

art. 350 del Código Penal derogado (inciso 30 del numeral 4 del art. 240 del nuevo Código Penal). No había, pues, en el sublite, por parte del procesado, una conciencia y voluntad encaminadas a transgredir el bien jurídico de la libertad individual, y de ahí que, al considerarlo así, el Tribunal incurrió en una violación directa de una norma de derecho sustancial, en este caso por aplicación indebida del tipo penal que consagraba para entonces el delito de secuestro simple, es decir, el artículo 211 de la ley 40 de 1993, que había modificado el art. 269 del Código Penal entonces en vigor.

De tiempo atrás, la doctrina se ha ocupado de este fenómeno jurídico del concurso aparente de tipos, también denominado "concurso ideal impropio" o "concurso de leyes" o "unidad de leyes", que se define como aquel supuesto en que solo aparentemente dos tipos penales concurren para encuadrar un comportamiento sancionado penalmente, cuando en realidad solo se da uno de esos tipos con exclusión del otro u otros. La dogmática penal ha acudido a algunos principios como el de la *especialidad*, el de la *subsidiariedad* y el de la *consunción* para solucionar los problemas que se presentan frente a concursos aparentes de tipos penales. Tal procedimiento consiste en analizar si uno de los tipos contiene materialmente al otro, es decir, lo consume, como es el caso que aquí nos ocupa. Otros doctrinantes de muy connotado renombre, como Maurach y Gössel, también han estudiado el tema (aunque dándole la denominación de concurso de leyes) y han escrito que se presenta

...cuando una acción pueda ser enjuiciada según diversos tipos penales, bastando empero uno de los tipos por sí solo para agotar el pleno contenido de ilícito del hecho [...] En efecto, en

contraposición con el concurso ideal, en aquel no existe un verdadero "concurso", una convergencia de diversos tipos con sus correspondientes aportes (parciales) a la valoración global del hecho [...] Por el contrario -al menos en teoría- la esencia del concurso de leyes radicaría en que el hecho sólo puede ser enjuiciado de acuerdo con un tipo, de manera tal que los demás tipos carecen de relevancia para el pronunciamiento del juicio de culpabilidad y también para la fijación de la pena.

Bastaría agregar que en Alemania se conoce esta figura como *unidad de leyes*. Concretamente, frente al hurto con violencia posterior (art. 252 del STGB), los citados autores consideran que en este caso se da un ilícito de hurto seguido de una coacción, constituyendo en consecuencia un concurso aparente de tipos penales, y en esta eventualidad sería esa figura la que se aplicaría (la del art. 252 del STGB) y no los artículos 240 y 242, reguladores en el estatuto alemán de las figuras de la coacción calificada (o constreñimiento) y el hurto simple, respectivamente. Por eso es que sobre la misma temática expone Jakobs que

importa averiguar si se han realizado varios delitos o bien no existe concurso porque se trata del mismo delito que está formulado de diversos modos. Este último es el caso en el ámbito del concurso de leyes (también llamado concurso aparente o unidad de leyes): Varias formulaciones de delitos (leyes) concurren en la determinación del injusto: una de esas formulaciones agota la determinación del delito. Ejemplo: El robo (art. 249 STGB) es una formulación reiterada de un supuesto cualificado de coacciones (art. 240 STGB) y de hurto (art. 242 STGB), determinando por completo el delito en caso de coacciones calificadas para el apoderamiento con ánimo de apropiación.

La jurisprudencia colombiana también se ha ocupado del tema, y cabe recordar cómo en pretérita ocasión, con ponencia del Dr. Edgar Saavedra Rojas, la Sala de Casación Penal había expresado:

El fenómeno de la consunción como una solución a la problemática del concurso aparente de tipos se puede dar entre tipos autónomos que tutelan bienes jurídicos diversos, cuando existe una evidente relación de causa a efecto, de medio a fin, o cuando uno de los tipos es calificado por una circunstancia modal, que por sí misma integra la conducta descrita en el tipo y es el caso que se analiza, porque es evidente que al colocar en indefensión a la víctima como actividad comportamental del delito de hurto (numeral 2º art. 350) esta circunstancia calificatoria, por sí misma, integra la conducta descrita en el delito de secuestro simple, puesto que es una clara e injusta privación de la libertad y en este caso concreto es lógico concluir que la segunda conducta es subsumida por la primera, porque al presentarse un concurso ideal de delitos, se estaría violando la prohibición que impide que una circunstancia sea tenida en cuenta varias veces para hacer más gravosa la situación del procesado.

Está perfectamente establecido que la inmovilización a que fueron sometidas las víctimas del delito contra el patrimonio económico era circunstancia modal del delito de hurto calificado, absolutamente necesaria, para garantizar no solo el éxito de la actividad delictiva, sino para asegurar la impunidad, a través de una fuga sin persecutores que pudiesen llegar a ser avisados por las propias víctimas si no se las colocaba en la situación de indefensión a que fueron sometidas.

Establecidos los hechos y razones anteriores ha de concluirse que efectiva-

mente se presentó una violación a la ley sustancial, por aplicación indebida del art. 269 del C.P que tipifica el delito de secuestro simple y que se origina precisamente en el error del fallador con relación a la norma seleccionada para ser aplicada en el caso concreto, es decir, un defecto en el proceso de adecuación típica, que lo lleva a considerar un elemento fáctico de los hechos investigados y que hace parte de la estructura típica del delito contra el patrimonio, para aplicarlo indebidamente a otro tipo penal, que es excluyente del primeramente enunciado, y que por su propia naturaleza son incompatibles para ser aplicados simultáneamente como ya se demostró.

La reciente decisión adquiere, pues, significativa importancia, así sea que en ocasiones se haya pronunciado la Corte en sentido distinto, unas veces considerando que el concurso es real entre secuestro simple y hurto calificado-agravado, e incluso en otras se ha llevado hasta a tipificar la conducta de privación de la libertad de locomoción bajo el rubro de secuestro extorsivo (C.S.J., auto de 27-05-1996, M.P. Dr. Carlos Mejía E.).

2.4 Otro aspecto importante del fallo en comentario lo constituye el hecho de que se haya tasado la pena para el delito de hurto de conformidad con el art. 61 del Código Penal derogado (ultractividad de la ley sustantiva) y no por el art. 61 del nuevo Código Penal. Vale decir que no se recurrió al sistema de los cuartos que contempla el citado art. 61 del estatuto penal de 2000, dando aplicación así al principio de favorabilidad. Sobre este tópico se había pronunciado la Corte, entre otros, en fallo del 3 de septiembre de 2001:

Ahora bien, en relación con las reglas de determinación de la punibilidad, también se muestran más restrictivas

las de la nueva codificación sustantiva como se verá a continuación:

Las reglas de determinación de la pena constituyen un método general y abstracto de cuantificación y cualificación de la consecuencia jurídico-penal, dirigido a cualquier individuo que infrinja la ley y cualquiera sea la conducta delictiva particular que cometa. De esta manera, como institución autosuficientemente regulada y que agota su propio ámbito, si puede aplicarse a conductas delictivas de regulación coexistente de distinta naturaleza y pena, también puede hacerse en relación con comportamientos de la misma índole pero de diferente pena por razón de un tránsito legislativo.

Así pues, mediante la activación de las reglas de punibilidad previstas en el código penal de 1980, por ser las preexistentes a la conducta investigada y adicionalmente más favorables, se concretará la pena privativa de la libertad dispuesta en el art. 144 del mismo estatuto, porque globalmente examinadas las consecuencias previstas en esta última disposición también resultan más benignas al procesado.

Y también, teniendo en cuenta el mismo principio de favorabilidad, la Corte desechó la agravante de la cuantía consagrada en el art. 371-1 del Código Penal derogado (art. 267-1 del nuevo C.P.), pues actualmente esa circunstancia de agravación opera para bienes cuyo valor sea superior a 100 salarios mínimos legales mensuales; se adujo que como para el año de 1996 el salario mínimo era de 172.005,00, en términos de hoy equivaldría a 17.200.500,00, y en el caso a estudio los bienes hurtados tuvieron un valor total de \$9.000.000,00, ello conduce a descartar dicha agravante, a no formular reproche en relación con la misma y, desde luego, a no tomarla en cuenta para efectos de la dosimetría penal.

2.5 Por último, en forma oficiosa la Corte casa parcialmente la sentencia de segundo grado en cuanto no le reconoció al señor Barrera Zapata la diminuyente por resarcimiento de los perjuicios a los damnificados, que consagraba el art. 374 del derogado Código Penal, pues el Tribunal, siguiendo la misma línea de la Fiscalía y del juez de primer grado, había negado tal beneficio por razones no consagradas en la ley, como aquello de que el sindicado no había mostrado arrepentimiento, exigencia que no estaba contemplada en ese estatuto punitivo, ni tampoco en el actual. Sobre el particular se hizo en el fallo esta concluyente manifestación:

La Sala en el pronunciamiento referido señaló que esa clase de argumentos de exigir del procesado que la indemnización integral sea un acto de contricción y con propósito de enmienda, son requisitos de contenido moral, propios de ciertas prácticas religiosas, pero sin efectos frente a la redacción del texto legal, que consagra un supuesto de hecho puramente objetivo que verificado impone la concesión de la reducción punitiva.

En la demanda de casación no se había tocado este aspecto, pues como la pena se había tasado tomando como delito más grave el secuestro simple y haciendo el incremento por el delito de hurto calificado-agravado, vistas así las cosas no valía la pena discutir en casación una rebaja que en esas condiciones habría sido de seis meses. Pero con la decisión de la Corte de absolver a León Darío por el secuestro simple y condenarlo solamente por el hurto calificado-agravado, el asunto de la rebaja de pena por indemnización integral toma inusitada importancia, pues siendo ya un solo delito (el reato contra el patrimonio económico), la diminuyente punitiva de la mitad del monto de pena calculado por la Corte

en 37 meses de prisión se reduce a 18 meses y 15 días, sanción que ya el sentenciado había purgado.

3. La providencia

A continuación transcribimos la providencia:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente: Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS. Aprobado Acta No. 158 Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil dos (2002).

VISTOS:

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado LEÓN DARÍO BARRERA ZAPATA contra el fallo proferido el 13 de junio de 1997 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito judicial de Medellín (Antioquia), que confirmó el del juzgado 24 Penal del Circuito de la misma ciudad que el 29 de abril del mismo año lo condenó a la pena principal de 48 meses de prisión y multa por valor de 50 salarios mínimos mensuales legales como responsable de los delitos de secuestro simple y hurto calificado y agravado.

HECHOS:

Fueron reconstruidos así por el Tribunal: A eso de las 11:40 de la mañana del día 22 de julio de 1996, el señor Ramón Antonio Pulgarín salió de la plaza mayorista conduciendo el vehículo de placas LLJ-564, transportando en él y con destino al barrio Robledo de esta ciudad, un cargamento de abarrotos de propiedad del señor Ramón Antonio Giraldo Yepes.

"En la parte de atrás del referido automotor viajaba como ayudante el señor José de Jesús Bustamante Marín, mientras que en la cabina y en compañía del conductor lo hacía el propietario de la mercancía.

"Todo era normal hasta la altura de la diagonal 51 con la carrera 69, donde fueron interceptados por dos individuos que se desplazaban en una motocicleta. Allí, quien hacía de parrillero se introdujo al lado derecho de la cabina y mediante la intimidación de emplear el arma de fuego que portaba, obligó al conductor a continuar la marcha por la calle 56 de la nomenclatura de esta urbe, hasta llegar a una cancha de fútbol habida en frente del barrio Carlos E. Restrepo, donde después de hacer bajar al conductor y al propietario de la mercancía, los llevó hasta ese campo deportivo y los tuvo vigilados por espacio de diez minutos, mientras que el ayudante era llevado a lugar distinto donde permaneció igualmente vigilado por algún tiempo.

"Los dos primeros rehenes fueron dejados en libertad cuando advinó a pasar cerca un agente motorizado de la policía, pues al llamar uno de ellos la atención del uniformado, de inmediato salió huyendo quien les vigilaba. Fue entonces cuando se desplazaron hasta donde se encontraba el camión, sitio en el cual con la ayuda de otro uniformado que prestaba sus servicios de vigilancia en el movilizada [sic]. Estos personajes respondieron a los nombres de LEÓN DARÍO BARRERA ZAPATA y MÍLLER LEISEN ATEHORTÚA SUÁREZ".

ACTUACIÓN PROCESAL:

1. El 22 de julio de 1996 se rindió informe de aprehensión de dos personas por parte de la Policía Nacional al sorprendérselas descargando mercancías de un vehículo hurtado. El 24 de julio siguiente se ordenó

apertura de instrucción por parte de la Fiscalía 77 Delegada de la Unidad 5a Seccional de Patrimonio de Medellín, al otro día se les recibió indagatoria y el 30 del mismo mes y año se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva como responsables de los delitos de secuestro simple y hurto calificado y agravado, negándoseles el beneficio de la libertad provisional.

2. El 23 de octubre de 1996 el sindicado Míller Leisen Atehortúa Suárez y su defensor solicitaron acogerse a sentencia anticipada, generándose la ruptura de la instrucción que se clausuró parcialmente el 24 y se calificó el 15 de noviembre de 1996 con resolución de acusación en contra del procesado LEÓN DARÍO BARRERA ZAPATA como presunto responsable de los delitos de secuestro simple y hurto calificado y agravado, providencia que fue recurrida, resolviéndose la impugnación por un Fiscal de la Unidad Delegada ante los Tribunales Superiores de los Distritos judiciales de Medellín y Antioquia, mediante la suya del 15 de enero de 1997 que la confirmó.

3. Al Juzgado 24 Penal del Circuito de Medellín le correspondió la tramitación de la fase del juicio que culminó el 29 de abril de 1997 con el proferimiento de la sentencia por medio de la cual condenó al acusado a la pena principal de 48 meses de prisión como autor responsable de los delitos de secuestro simple y hurto calificado y agravado. En la dosificación de la sanción, se afirmó que se partía de 36 meses como pena mínima del secuestro, que se incrementaba en 12 por razón de la conducta punible contra el patrimonio económico, advirtiendo que no obstante la indemnización del artículo 374 del Código Penal, no se tenía en cuenta para la reducción de la pena porque "(.) no se con-

signó como señal de arrepentimiento y manifiesto deseo de resarcir el daño, sino con el exclusivo propósito de obtener la libertad provisional que en su oportunidad negó la Fiscalía”.

4. Esa sentencia fue apelada por el defensor del sentenciado, desatándose el recurso por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito judicial de Medellín, mediante fallo del 13 de junio de 1997 confirmando la sentencia de primera instancia. Y,

5. Contra esta providencia se interpuso recurso de casación por parte del encausado, cuya definición ocupa la atención de la Sala.

LA DEMANDA

Violación directa.

Al desarrollar el cargo, especifica el error en que una misma conducta, con unicidad de propósitos (la intencionalidad del apoderamiento de unos bienes inmuebles) que es el elemento esencial del dolo en el delito contra el patrimonio económico, se sanciona doblemente, como hurto y como secuestro, vulnerándose el principio universal de derecho del non bis in idem que consagran el artículo 9 y el 15 del Código Penal y de Procedimiento Penal, respectivamente.

Trae la definición de un tratadista nacional sobre el Principio atrás referido y extractos jurisprudenciales de la Corte, de 1948 y 1982, para ilustrar el concepto de «violencia» como fuerza moral o física para obtener los bienes o para despojar de ellos a sus dueños; así como otras dos providencias -de 1986- sobre el principio de la consunción como fórmula doctrinal de solución del problema jurídico del concurso aparente de tipos y sobre la voluntad final como configurativa del acontecer exterior.

Agrega que el Tribunal reconoció que el procesado LEÓN DARÍO BARRERA ZAPATA no fue quien se apoderó del automotor, ni quien mantuvo vigilados a sus ocupantes mientras otros descargaban las mercancías, sino que fue sorprendido bajando los abarrotados del automotor, sin embargo, afirmó el ad quem, ello no se opone a que tenga que responder como partícipe del apoderamiento y de la privación de la libertad, pues, aunque su conducta aislada no permita la subsunción en el tipo o tipos, su participación permite atribuirle la calidad de autores, ya que todos están unidos por un mismo designio criminal y actúan con conocimiento y voluntad para la obtención de un mismo resultado querido o aceptado como probable.

Desde esas perspectivas jurídicas y fácticas, el censor hace la siguiente conclusión:

“La breve retención de las personas, inmediatamente siguiente a la violencia ejercida para domeñar la voluntad de las víctimas y que duró escasos minutos, no puede tenerse entonces como un hecho punible autónomo, sino que ella encaja dentro del mismo tipo penal del art. 350 del estatuto punitivo, y más concretamente en el inciso 2° del numeral 4° de dicha norma. Su conciencia y voluntad estaban dirigidas únicamente al apoderamiento del camión con la mercancía, y no contra la libertad de locomoción de los ofendidos. Por eso su comportamiento ha de tenerse como una violencia posterior al hurto, subsumible en ese segundo inciso del ordinal 4 del pluricitado art. 350 del C. P.”.

La violencia ejercida es entonces –continúa el censor– para asegurar el producto o la impunidad, por haberlo sido inmediatamente después del apoderamiento, aserto que se apoya en la opinión de dos tratadistas nacionales y en un pronuncia-

miento que data de 1995 del Tribunal Superior de Medellín, de donde surge que:

“(…) fácil resulta colegir que cuando el fallo condenatorio de segunda instancia divide un solo fenómeno delictivo –Hurto Calificado Agravado– lo que está es sancionando un concurso aparente de tipos penales, deducidos de una misma acción con una sola finalidad criminosa (el apoderamiento de bienes muebles ajenos que lesiona el interés jurídico denominado patrimonio económicos sin que por parte alguna aparezca el dolo específico de SECUESTRAR, violando flagrantemente el principio”.

Por esas razones solicita casar parcialmente la sentencia impugnada, absolviendo del cargo de secuestro simple, manteniendo únicamente el de hurto calificado y agravado y, en el evento de darse los requisitos, conceder la condena de ejecución condicional.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 2° Delegado en lo Penal estima que el fallo debe casarse, pero oficiosamente, por las razones expresadas en la demanda, habida cuenta de las protuberantes fallas de técnicas que advierte en su construcción.

Precisa que la principal falencia es la confusión del censor entre los dos motivos de censura que contempla la causal primera de casación, pues si alegó la violación directa, era requisito imprescindible respetar los hechos y las pruebas en los mismos términos del juzgador.

Esa condición la omite el demandante al indicar que la actuación –el dolo– no estuvo encaminada a la finalidad de secues-

trar, sino a la de asegurar lo hurtado, es decir: «que los hechos no son un secuestro simple sino que son un hurto agravado sobre la persona para asegurar la cosa hurtada». De esa manera –advierte el Procurador– «niega los hechos en la forma como los entendió el juzgador; niega los fines de los actores; niega que ellos hayan querido secuestrar y sostiene que lo que ellos quisieron fue asegurar lo hurtado», discusión que, así planteada, no es normativa, sino probatoria, pues el debate invita a la revisión de las pruebas para detenerse a verificar el sentido de la ilicitud.

No obstante lo anterior –continúa el concepto– la revisión del material probatorio presente en el expediente informa que, al parecer, “los facinerosos” tuvieron por único fin asegurar el producto de lo hurtado y que en verdad no había ningún interés en atentar contra la libertad personal, para concluir lo cual, trae extensa citas de las declaraciones de las víctimas, relevando, entre otras cosas, sus manifestaciones acerca de haberse sentido “atracados” y nunca “secuestrados”.

“(…) los antecedentes dan cuenta no de un tipo penal de secuestro sino del afán por asegurar el producto hurtado –el carro o los abarrotados–, mas no de secuestrarlos, entre otras cosas porque tales propósitos ni siquiera fueron averiguados, indagados por la Fiscalía”.

Así las cosas, se trata entonces –sigue el Procurador– de una discusión que desborda los linderos de la violación directa, porque se discute es el dolo –si se tuvo o no el propósito de secuestrar–, disparidad de naturaleza probatoria que torna la vulneración en indirecta. En este caso concreto se trató de un error in iudicando, consistente en la tergiversación de la prueba, porque a la misma se le dio un sentido di-

verso del que se deriva de su contexto, al inferir de ellas el propósito de secuestrar, conclusión que no se ajusta al contenido de las declaraciones de las víctimas que indican exclusivamente que les querían robar el carro y las mercancías, pero no secuestrarlos.

Un fallo así atenta contra garantías fundamentales, pues no puede desconocerse que la existencia del hecho punible como típico, antijurídico y culpable es con legalidad y respeto del debido proceso.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El error puesto de presente por el defensor del acusado LEÓN DARÍO BARRERA ZAPATA existe y tiene tal trascendencia que se impone casar el fallo recurrido y dictar el de sustitución conforme lo dispone el numeral 1° del artículo 217 del Código de Procedimiento Penal.
2. La Corte no aprecia en la demanda los supuestos fallos técnicos que la Delegada destaca, o, por lo menos, no los encuentra tan determinantes como para que se imponga su prescindencia y se opte, entonces, por resolver oficiosamente el problema jurídico con apoyo en el inciso final del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal (228 derogado), vía que es, al menos, discutible, cuando se trata de sustentar la violación de una garantía fundamental desde la base de una equivocada estimación probatoria que, tampoco el Procurador demuestra conforme a las reglas de la casación.
3. No se discute que el dolo como manifestación del fuero interno del sujeto activo de la conducta punible, no puede conocerse de otra manera que a través de las

manifestaciones externas que esa voluntad encaminada a la consecución de un determinado propósito va concretando en hechos a medida que va recorriendo el camino criminal. El Estado, así mismo, los va estimando como punibles en sus diferentes fases, desde aquellos primigenios, pero ya dañosos, que considera tentados, a los consumativos, a los que agotan la conducta, a los que la agravan o la atenúan, según sean las manifestaciones posteriores, o los hace concursar con otros tipos penales al exteriorizarse en comportamientos que superan en mucho los naturalísticamente implícitos en una determinada tipología.

Esos hechos no pueden fijarse de otra manera que probatoriamente, a través de los diferentes medios que la ley procesal acepta como tales y que estimados por el juzgador en una exposición racional y razonable en el texto de la sentencia del mérito que le asigne a cada uno, constituyen su fundamento fáctico y jurídico.

En este caso concreto los fallos del juez y del Tribunal valoraron que la retención de los ocupantes del camión por espacio de 10 minutos en sitio público —una cancha de fútbol, donde se encontraban practicando ese deporte— constituyó un delito diferente —el de secuestro simple y no parte de la violencia para asegurar el producto— como lo considera el censor.

4. Es cierto —como lo señala el Delegado— que el demandante discute el dolo, pero no desde la perspectiva probatoria que entiende la Procuraduría y que le hace sugerir la desestimación de la demanda, sino desde una óptica puramente jurídica. El defensor acepta que los hechos son los reconstruidos por el Tribunal y que las pruebas tienen la precisión y alcance que les dieron.

No hay duda que la discusión sobre el dolo es, en la mayor de las veces, un problema puramente probatorio, pero en ocasiones también puede ser una divergencia de puro derecho, en tanto la subsunción de un hecho en determinada norma jurídica a partir de aquello que el juzgador declaró probado como exteriorización fáctica de la voluntad del sujeto activo del ilícito puede terminar resolviéndose exclusivamente como problema nominativo, como aquí pasa.

5. Y razón le asiste al demandante al considerar que del íter criminis reconstruido por el Tribunal no podía deducirse la existencia del ilícito de secuestro simple. La Corte ha transcrito los hechos que el ad quem declaró probados y ha revisado los fundamentos jurídicos de las sentencias que en la unidad jurídica inescindible atacada, de donde surge claro que la retención de los ocupantes del camión fue única y exclusivamente mientras bajaban la carga del mismo, evento que impedía que esa exteriorización de la voluntad fuera estimada como otro delito autónomo.

Esa caracterización fáctica que el Tribunal hizo de ella, la mostraba compatible con una manifestación violenta destinada a la consumación del hurto y no como voluntad manifiesta de atentar contra la libertad individual de cada uno de los ocupantes del vehículo; se mantenía la conexidad, que algunos autores llaman teleológica, dentro de la cual una retención por 10 minutos en una cancha de fútbol frente a quienes allí jugaban y con libertad de movimiento —el mismo que permitió llamar la atención del policía—, era parte del medio —violencia— para obtener el fin —hurto—, sin que los hechos, en la forma y términos como los estimó el Tribunal, tampoco muestren alguna ruptura cronológica que permitiera la calificación de otra conducta

punible distinta a la de atentar contra el patrimonio.

Esa conclusión se refuerza al ser fácilmente advertible, desde los hechos declarados probados en la sentencia, una relación causal entre la huída de quien vigilaba a los despojados del camión y el sorprendimiento del procesado cuidando el descargue de las mercancías de ese automotor.

6. La decisión que aquí se tomará sigue la línea de jurisprudencia trazada por la Corte, a través de la cual —sin establecer reglas generales— ha venido analizando puntualmente cada uno de los casos que las demandas de casación en forma o los conflictos de competencia han traído a su conocimiento, encontrando en algunos eventos que el concurso de los tipos penales de hurto calificado y agravado y secuestro simple es apenas aparente, y, en otros, que es real e incluso, en ocasiones, los hechos han demostrado que se avanza por parte de ciertas bandas delinuenciales hasta el secuestro extorsivo. Al efecto y sobre el primer tópico, baste relacionar, entre otras, las decisiones del 4 de junio de 1986 y de 30 de mayo de 2001 y, sobre el segundo, del 4 de junio y 26 de noviembre de 2002.

7. La razón que le asiste al defensor, impone la casación parcial de la sentencia por resultar indebidamente aplicado el artículo 269 del Código Penal de la época, modificado por la Ley 40 de 1993, debiéndose redosificar la pena conforme a la adecuación típica que corresponde.

7.1 Los cargos de la resolución de acusación contra LEÓN DARÍO BARRERA ZAPATA fueron apresados así: "coautor en su libro segundo, Título XIV, Delitos contra el Patrimonio Económico, Capítulo Primero, del Hurto, Artículo 349 en armonía

con el artículo 150, hurto calificado, agravado por las circunstancias previstas en los numerales 6º y 10º del artículo 351 y 1º del artículo 372".

7.2 Al dosificar pena para el hurto calificado, de acuerdo a los parámetros del artículo 61 del Código Penal derogado, se parte de treinta (30) meses de prisión teniendo en cuenta la gravedad y modalidad del hecho que da cuenta de un grupo de 4 personas que usando armas de fuego se apoderaron del automotor y de sus mercancías.

Se incrementó por las dos causales de agravación deducidas en la acusación, en 7 meses, para una parcial de treinta y siete (37) meses de prisión. La Corte, en aplicación del principio de favorabilidad, no hará el incremento de la cuantía que contemplaba el artículo 372, numeral 1 del Código Penal de 1980 y que se consagra en el mismo numeral del actual artículo 267, porque fijada actualmente en 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes y establecido que en aquel año -1996- el salario mínimo mensual estaba fijado en \$172.005, tal guarismo sería de 17'200.500 que frente a lo señalado como cuantía del hurto, de \$7'000.000 por el camión y \$2'000.000 por las mercancías, hace inaplicable tal incremento.

8. **Casación Oficiosa:** conforme lo ha establecido el antecedente jurisprudencial del 23 de noviembre de 1984, se debe reducir la pena impuesta por razón de la indemnización integral que aquí ocurrió, pero que el juzgador se negó a reconocer como factor diminuyente por razones ajenas al texto de la ley, que expresó en los siguientes términos:

"Se le condenará (...) en concreto al pago de los perjuicios ocasionados con los

punibles en favor de los señores (...), en la cantidad que cada uno los valoró juratoriamente, esto es, \$40.000, \$100.000 y \$18.000, respectivamente, dinero que ya fue consignado en el Banco Popular según consta a tomos 69 y ss; pero que de ninguna manera se tendrá como indemnización que merezca la reducción de pena prevista en el artículo 474 (sic) del C. Penal, ya que no se consignó como señal de arrepentimiento y manifiesto deseo de resarcir el daño sino con el exclusivo propósito de pretender obtener la libertad provisional que en su oportunidad negó la Fiscalía. A tal conclusión llega el Despacho porque si BARRERA ZAPATA jamás ha reconocido su participación en las conductas delictivas, pues es natural que mucho menos iba a pagar cuota de indemnización por estar arrepentido de lo que hizo y querer minorar las consecuencias del daño, y estos son los propósitos que en realidad merecen la disminución de pena consagrada en el artículo 474 del C. Penal".

La Sala en el pronunciamiento referido señaló que esa clase de argumentos de exigir del procesado que la indemnización integral sea un acto de contrición y con propósito de enmienda, son requisitos de contenido integral, propios de ciertas prácticas religiosas, pero sin efectos frente a la redacción de texto legal, que consagra un supuesto de **hecho puramente** objetivo que verificado impone la concesión de la reducción punitiva. En consecuencia procede la Corte.

Atrás se indicó que la pena dosificada quedaba en 37 meses de prisión, guarismo que puede reducirse, según el artículo 374 del Código Penal de 1980 (269 del actual), de la mitad a las tres cuartas partes por razón de la indemnización integral, que la Corte aplicará en la mitad, recordando los parámetros del artículo 61 del Código Pe-

nal, ya referidos, dejando una pena definitiva de 18 meses y 15 días de prisión.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CASAR la sentencia impugnada.

SEGUNDO: CONDENAR al procesado LEÓN DARÍO BARRERA ZAPATA a la pena principal de dieciocho (18) meses y quince (15) días de prisión, lapso en el que queda fijada la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas. Y,

TERCERO: ABSOLVERLO del delito de secuestro simple atenuado. Se revoca la multa impuesta por esa conducta punible. En lo restante se mantiene el fallo impugnado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN
FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
HERMAN GALÁN CASTELLANOS
JORGE GÓMEZ GALLEGÓ
MARINA PULIDO DE BARÓN
JORGE CÓRDOBA POVEDA
CARLOS GALVES ARGOTE
ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO
YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

Derecho y Realidad
Vol. 1 • No. 2 • II Semestre de 2003
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC
ISSN: 1692-3936

Jurisprudencia constitucional y orientación sexual (1998-2001)

*Mauricio Ariel Albarracín Caballero**

Resumen

El autor, integrante del Colectivo Planeta Paz de gays, lesbianas y transgeneristas, ofrece un recorrido por la jurisprudencia nacional sobre los vaivenes en torno al tratamiento de la libre opción sexual.

Palabras clave: homosexualidad, diferencia sexual, opción sexual, matrimonio homosexual.

Abstract

As a member of the Planeta Paz's group of gays, lesbians and transgenderists, the author offers a route through out the national jurisprudence on the swings around the treatment of the free sexual option. (Planeta Paz is a well recognized colombian NGO, that works on peace matters).

Key word: homosexuality, sexual difference, sexual option, homosexual marriage.

* Estudiante de derecho y filosofía de la Universidad Industrial de Santander.
mauricioalbarracin@hotmail.com o maalca@express.net.co

"Reconocer la diferencia es, por lo menos, tolerar a los diferentes sin imponerles cargas o marginarlos del amparo jurídico. En la Carta de 1991 reconocer la diferencia implica ir más allá de la tolerancia: comprende proteger a los que son distintos, garantizarles sus derechos, tratarlos con igual dignidad y consideración" (Salvamento de voto a la sentencia SU-623 de 2001).

Desde los inicios del movimiento de liberación homosexual en Alemania, a finales de la década de 1860, los sistemas jurídicos han sido uno de los más importantes campos de lucha de gays y lesbianas. La despenalización, la lucha contra la discriminación, el reconocimiento de las parejas de homosexuales, el matrimonio gay, la adopción de niños, entre otros, han sido los debates en los cuales el movimiento de gays y lesbianas ha centrado gran parte de sus fuerzas.

La batalla, sin duda, no es fácil, frente a unas constituciones y una legislación permeadas por una herencia judeocristiana profundamente sexofóbica y patriarcal, que ve en la homosexualidad un peligro para los valores tradicionales y una fuente de "malas costumbres".

En Colombia, por ejemplo, apenas en 1981, con la reforma del código penal, se despenalizaron las relaciones homosexuales entre adultos y aún no se le ha podido dar paso a la legitimidad de las uniones homosexuales. Con la Constitución de 1991 se abrieron nuevos caminos y nuevas estrategias de lucha; la acción de tutela, la carta de derechos (especialmente el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad) y la acción pública de inconstitucionalidad, así como la nueva interpretación constitucional fueron (y siguen siendo) instrumentos en el reconoci-

miento de la plenitud de derechos de gays y lesbianas.

Durante los últimos diez años la discusión sobre la orientación sexual no ha pasado inadvertida en el debate político y jurídico nacional. Alrededor de trece sentencias de la Corte Constitucional se han referido al tema, oscilando entre la negación y el reconocimiento de los derechos homosexuales. Existirían al menos dos grupos de sentencias diferenciables (obviamente con matices importantes): uno, que corresponde a los años de 1994 a 1996, caracterizado por un alto conservadurismo (encubierto en la exégesis), y otro, correspondiente a los años 1997 y siguientes, que refleja una interpretación liberal meramente simbólica, sospechosamente neutral y muy tímida. Las sentencias del primer período son: T-97/94, T-539/94, T-569/94, T-37/95, T-290/95, T-277/96 y la C-98/96; esta etapa de la Corte, sostiene Claudia Motta, "parece sugerir un frágil compromiso de la Corte Constitucional con la libre opción sexual" (1997:290). Igualmente, respecto de las sentencias de los magistrados identificados como liberales sostiene que: "las imprecisiones conceptuales, la ausencia de coherencia argumentativa y la aplicación de criterios excesivamente estrictos para valorar la constitucionalidad de determinados hechos, son los rasgos que definen la jurisprudencia en materia de homosexualismo" (299).

Este artículo tiene como fin exponer los nuevos elementos de análisis de las sentencias producidas entre 1998 hasta la fecha. Las sentencias de nuestro análisis son T-101, de 1998; C-481, de 1998; C-507, de 1999; T-268, de 2000, y la SU-623, de 2001. Pretendo demostrar que la Corte maduró sus sentencias y que poco a poco ha adquirido un compromiso con la libertad de orientación sexual, aunque esta tesis se ve

posiblemente revisada con la decisión de la nueva Corte, que recientemente negó la afiliación al Seguro Social del compañero permanente de un homosexual, con lo que según Germán Humberto Rincón, defensor de los derechos de gays y lesbianas, la Corte "dio un paso atrás".

Las jurisprudencias de 1998 a 2001, tendencias y criterios de análisis

Sin duda, la Corte consolida su interpretación sobre la libertad sexual en estos últimos años, fortaleciéndose dos tendencias muy progresistas: la que considera que la sexualidad es algo íntimo y personalísimo, y que el Estado no debe interferir en ella, y la que afirma que tanto la homosexualidad como la heterosexualidad son opciones vitales legítimas y, por tanto, acreedoras de la protección del Estado. La posición conservadora en los años 1998 a 2000 estuvo reducida a un solo magistrado (José Gregorio Hernández), que se empeñó en creer que la homosexualidad constituía una enfermedad y un pecado; son muy desafortunados y vergonzantes para la Corte Constitucional sus salvamentos y aclaraciones de voto¹.

De esta manera la Corte inaugura una etapa de análisis de la orientación sexual, basada en cinco criterios que a mi modo de ver son realmente innovadores en la jurisprudencia colombiana:

1. Establece que la homosexualidad es una opción legítima y personal; descarta las concepciones de la homosexualidad como un pecado, una enfermedad o un delito,

ya que serían contrarias al Estado Social de Derecho (Sentencia C-481 de 1998, fundamentos 11 y 12).

2. Consagra lo que la Corte llamó en la sentencia C-481 de 1998 la doble protección constitucional de la homosexualidad. Existe un debate sobre el origen de la homosexualidad entre los "esencialistas" (quienes piensan que el origen de la homosexualidad es por determinación biológica o genética) y los "constructivistas" (quienes piensan que es el producto de una decisión, que está imbuida en unas características sociales específicas); la Corte analiza las dos posibilidades y determina:

el anterior examen muestra que las personas homosexuales gozan de una doble protección constitucional. Así si la orientación sexual se encuentra biológicamente determinada, como lo sostienen algunas investigaciones, entonces la marginación de los homosexuales es discriminatoria y violatoria de la igualdad y equivale a una segregación por razón de sexo (C.P. art. 13). Por el contrario, si la preferencia sexual es asumida libremente por la persona, como sostienen otros enfoques, entonces la escogencia se encuentra protegida como un elemento esencial de su autonomía, su intimidad y, en particular, de su derecho al libre desarrollo de la personalidad (C.P. art. 16). Por cualquiera de las dos vías que se analice, el resultado es entonces idéntico, por cuanto implica que todo trato diferente fundamentado en la homosexualidad de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometido a un control constitucional estricto (Sentencia C-481, fundamento 24) (Negrilla mías).

¹ Véase especialmente el salvamento a la sentencia C-481 de 1998 (Mag. Ponente: Alejandro Martínez Caballero), donde el magistrado Hernández trata a todos los homosexuales como pedófilos.

3. Se establecen dos conceptos básicos para este análisis: el pluralismo sexual y la diversidad sexual.

Al respecto, el Grupo de Apoyo y Estudio sobre la Diversidad Sexual de la Universidad Nacional (GAEDS-UN) señala que: "Entendiendo que la sexualidad en sí misma es diversa y mutable, hablar de diversidad en la sexualidad sería redundante; sin embargo, es un énfasis relevante puesto que tradicionalmente la sexualidad ha sido restringida a ciertas prácticas que recibirían el certificado moral de 'socialmente aceptadas', quedando excluidas las demás prácticas que también hacen parte de la sexualidad y su diversidad inherente" (Escobar y otros). En la sentencia T-268 de 2000 (Mag. Ponente Alejandro Martínez Caballero), la Corte estableció: "la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución, precisamente porque la Carta, sin duda alguna, aspira a ser un marco jurídico en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida humana". De esta manera la Corte fundamenta y refuerza el argumento de la legitimidad de la homosexualidad como forma de vivir la sexualidad, recordando que las sociedades no son monolíticas (Sentencia C-507 de 1999, fundamento 5.6)².

La Corte, en reiterada sentencia, aceptó e integró el pluralismo sexual, basado en los artículos 6 y 16 de la Carta. En el entendido de que "el pluralismo constituye, pues, uno de los valores capitales y principios básicos de nuestra legislación, y él debe informar la legislación, las actuaciones administrativas, y las providencias judiciales. Todos los actos del Estado colombiano han de inspirarse en el reconocimiento, la aceptación y el respeto del carácter múltiple que

en una sociedad libre ostentan las formas de pensar y de sentir, las opiniones, las actitudes y los comportamientos" (Madrid-Malo).

4. Reitera que los homosexuales tienen los mismos derechos que las personas heterosexuales y prohíbe la discriminación en razón de la orientación sexual.

5. Estableció que la libre opción sexual es un derecho fundamental jurídicamente protegido.

Estos son los argumentos que caracterizaron las decisiones de la Corte Constitucional entre los años 1998 y 2000. Sobre la sentencia SU-623, de 2001, que 'dio al traste' con estos progresistas avances, me referiré más adelante. Además de la importante argumentación constitucional, la Corte protegió efectivamente en sus decisiones los derechos de los homosexuales, en contraposición a su primera etapa, donde las sentencias tenían un gran valor conceptual, pero eran negadas (situación que se está volviendo a vivir con la actual Corte).

Sentencias C-481 de 1998 y C-507 de 1999, maestros y fuerza militares

En estas sentencias la Corte declara inexecutable del derecho disciplinario la homosexualidad en el área docente y en las fuerzas militares. La Corte le apostó a la igualdad real, y empieza a establecer medidas que la consagren. La sentencia C-481 de 1998 se convierte en la carta de navegación en la lucha por la libertad sexual. Primero, para la audiencia pública fueron citados movimientos de gays y lesbianas, la

² Mag. Ponente: Vladimiro Naranjo. Ver además las sentencias C-98 de 1996 y la C-481 de 1998.

academia y los organismos educativos (Fecode, Ministerio de Educación), entre otros. Con ello, la Corte pudo ver la realidad de los y las homosexuales, y sin duda comprendió que esta era una batalla por la dignidad y el reconocimiento. De igual manera, en la sentencia, el ponente se apoyó en argumentos científicos, de derecho internacional y de la más avanzada interpretación constitucional, esto llevo a concluir que **la homosexualidad no es falta en el ejercicio docente**.

Un año más tarde se analizó el decreto 85 de 1989, relativo al reglamento disciplinario de los miembros de la fuerza pública; la Corte estableció que gays y lesbianas podían pertenecer a las fuerza militares, sin practicar actos sexuales dentro de las instalaciones militares o en servicio (igual parámetro se puso a los y las heterosexuales). Este asunto ha sido resuelto en pocos lugares; en Estados Unidos, por ejemplo, la administración Clinton, que le prometió al movimiento gay durante su campaña eliminar la mencionada prohibición, pretendió salir del problema con el hipócrita lema "no preguntes, no lo digas". La ampolla que levantó esta sentencia de la Corte en los establecimientos castrenses colombianos fue altísima, y aunque la norma fue eliminada, gays y lesbianas que pertenecen a las fuerzas armadas siguen siendo discriminados/as, ridiculizados/as y sacados/as del servicio con base en otras faltas disciplinarias.

Sentencia T-268 de 2000 y la visibilidad

La sexualidad se vive en el espacio de lo privado, pero, sin duda, también en el de

lo público. En el año 2000, el alcalde de Neiva negó un desfile de homosexuales; un representante de la comunidad gay interpuso una tutela, que fue negada en razón de que no era titular del derecho; pero a pesar de ser negada se estableció que no podían prohibirse este tipo de actos y además se agregó:

la Corte estima que la mera trascendencia social de la condición "gay" en sus diferentes manifestaciones, no puede ser considerada a priori como una razón válida para establecer mecanismos de discriminación e impedir con ello la expresión pública de la condición homosexual. En efecto, si bien se ha reconocido que la diversidad sexual involucra aspectos que pertenecen al fuero íntimo de las personas, ello en modo alguno indica que el único foro posible para la afirmación y manifestación de esa diversidad está restringido o limitado a un ámbito exclusivamente personal. Un discurso en ese sentido nos llevaría al absurdo de concluir que la protección constitucional al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad que consagra la Carta se circunscribe a espacios restringidos o ghettos, y que por fuera de ellos existen unos criterios institucionalizados, morales y de comportamiento, impuestos por el Estado, que no pueden ser rebasados por los ciudadanos, ni aun como expresión de su identidad e individualidad (Sentencia T-268 de 2000).

Algunos doctrinantes y magistrados afirmaron, durante la primera etapa de la Corte, que se podía ser homosexual, pero no manifestarlo públicamente; ¡vaya estupidez!, que esta sentencia afortunadamente aclaró.

³ Mag. Ponente Alejandro Martínez Caballero.

Sentencias SU-623 de 2001, la unión de parejas homosexuales

Al hablar del tema de las uniones de las parejas homosexuales, su protección y reconocimiento, la Corte se olvidó de todos los criterios que había usado antes para resolver otros asuntos. La nueva Corte, que ha abandonado su posición garantista, en una sentencia altamente homofóbica y desconocedora del derecho a la igualdad, del pluralismo sexual y la diversidad sexual, negó a un homosexual la afiliación al Seguro Social de su compañero permanente; la exégesis, el acomodamiento de sentencias y el inexistente análisis de los derechos violados hacen sospechar de estos argumentos; ¿caso revivió la posición conservadora en la Corte? Lamentablemente, yo creo que sí. Para la Corte una pareja de homosexuales no constituye familia, ni tampoco se equipara a las uniones maritales de hecho heterosexuales; para la Corte, "una pareja homosexual tiene más parecido a dos tías abuelas viviendo juntas que a una pareja heterosexual" (salvamento de voto de la sentencia SU-623 de 2001). La decisión constituye un grave retroceso, pero el salvamento de voto es realmente una muestra de que existe una posición muy progresista en la Corte. Jaime Araujo, Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre les dicen en su salvamento de voto (que fue en su momento ponencia del caso) a Alfredo Beltrán, Rodrigo Escobar, Álvaro Tafur Galvis, Gerardo Monroy Cabra y a Clara Inés Vargas Hernández, ¡Homofóbicos! A estos magistrados se les olvidó que los gay y lesbianas son hombres y mujeres que han sido perseguidos/as y segregados/as duran-

te muchos años, y que seguir negándoles sus derechos reales y efectivos en razón de su orientación sexual es contrario a la Constitución política y no construye la Colombia diversa, democrática y pluralista que todos queremos.

Otra disposición referida al tema la emitió la Corte Suprema de Justicia a inicios de octubre, al permitir la visita conyugal de la compañera de una lesbiana encarcelada⁴; sí, la tan conservadora Corte Suprema (como ha sido señalada) actuó en equidad y reconoció la grave injusticia que se estaba cometiendo⁵.

Proyecto de ley sobre unión de parejas homosexuales, breve reflexión sobre política sexual

La sexualidad es hoy otro campo de la política. El debate entre placeres privados y políticas públicas en Colombia, respecto de los homosexuales, nos remite en materia legislativa a dos proyectos de ley: el primero, presentado por Margarita Londoño en el año de 1998 y 'hundido' en el Congreso por una legión de cruzados encabezada por Carlos Corsi, y el segundo, el presentado por Piedad Córdoba, que seguramente será hundido por el gobierno nacional (nuevamente la derecha homofóbica) encabezada por el cruzado Rómulo González (ex Ministro de Justicia), quien manifestó que el proyecto era "inconstitucional e inconveniente".

El país no puede ser ajeno a los cambios culturales y políticos; en Francia (1998), Dinamarca (1989), Holanda (1998) y Noruega (2003) recientemente se aprobó la adop-

⁴ La Corte Constitucional tuvo la oportunidad de revisar una sentencia particular años atrás y se negó a escogerla, hoy está en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso 11.656.

⁵ Al momento de escribir este artículo no se tuvo acceso a la sentencia.

ción de niños/as). En España (en Cataluña y Asturias)⁶, ya se aprobó una ley que reconoce la unión de las parejas del mismo sexo. En estos casos han sido los conservadores quienes se han opuesto, sin dar el debate de fondo y manifestando razones como las del ministro de justicia. Igualmente, en América Latina se realizan esfuerzos para sacar adelante este tipo de leyes (Argentina y Uruguay). En el marco electoral colombiano, uno de los pocos líderes de renombre, además de Piedad Córdoba, que ha hablado abiertamente del tema gay es Luis Eduardo Garzón; sería útil preguntarles a Noemí Sanín y a Álvaro Uribe qué piensan al respecto, o es que ahora la política es pura imagen y guerra... En el caso de Serpa, quien se ha manifestado muy cercano a la Internacional Socialista, habría que preguntarle si seguirá la directiva establecida en las asambleas generales de esta organización (Nueva York, 1996, y París, 1998) sobre los derechos de gays y lesbianas.

La inexistencia de un movimiento de gays y lesbianas, el débil debate político sobre lo fundamental y el fuerte conservadurismo de origen cristiano de la mayoría de políticos ha llevado a que no se tomen decisiones legislativas respecto de las reivindicaciones del movimiento homosexual. La lucha es larga y dura, es una batalla diaria por la dignidad, pero sin duda algunos pronunciamientos de la Corte, las posiciones de algunos políticos y la militancia diaria por la libertad harán que en Colombia se pueda vivir (o al menos algo cercano) el postulado de la auténtica pluralidad planteado por Hanah Arendt "diferentes formas de vida pueden ser buenas e igualmente buenas. Pero un estilo de vida bueno para una persona no puede ser bueno para otra. La auténtica pluralidad de las formas de vida es la condición bajo la cual puede ser buena la vida de todos y de cada uno. En el mejor mundo sociopolítico posible, la vida buena depende exclusivamente de la decisión existencial y de las elecciones fundamentales del individuo".

Bibliografía

CORTE CONSTITUCIONAL, 1994-2001, *Sentencias*.

ESCOBAR, Hernando y otros, *Diversidad en la Sexualidad, conflicto y paz*, ponencia elaborada con base en el discurso de Gaeds-UN para el Encuentro Género y Sexualidad: otras perspectivas de la paz y el conflicto. www.geocities.com/gaedsun
GRUPO DE ESTUDIO Y APOYO A LA DIVERSIDAD SEXUAL, Universidad Nacional: www.geocities.com/gaedsun

INTERNATIONAL GAY AND LESBIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION: <http://iglhrc.org>

INTERNATIONAL LESBIAN GAY ASSOCIATION: www.ilga.org

MADRID-MALO, Mario, *Breves reflexiones sobre el ejercicio de los derechos fundamentales por personas con orientación homosexual*, documento sin editar. S.F.

MOTTA, Claudia, 1997, "La Corte Constitucional y los derechos de los homosexuales", en *Observatorio Constitucional*. Siglo del Hombre editores Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. Bogotá, pp. 290-299.

WEEKS, Jeffrey, 1998, *Sexualidad*, Ciudad de México, Editorial PAIDOS - UNAM - PUEG.

⁶ Estos años corresponden a la fecha de adopción de la ley.

Vivir y con-vivir en la ciudad: los supuestos actuales de la convivencia

*Luis I. Sandoval M.**

Resumen

Como integrante del equipo de Gobierno del Alcalde de Bogotá, el autor propone una ciudad que ofrezca un diseño incluyente y no excluyente, valiéndose de mecanismos claves como la planeación participativa. Se propone como paradigma el derecho de las personas a acceder a los bienes social y económicamente relevantes.

Palabras clave: equidad, inclusión, planeación participativa, exclusión, ciudad, convivencia, sujeto político.

Abstract

As a member of the Bogota Mayor Government's team, the author proposes a city that offers an including and nonexcluding design, using key mechanisms such as participative planning. As a paradigm It is proposed the people's right to have access to the relevant economical and social goods.

Key word: fairness, inclusion, participative planning, exclusion, city, coexistence, political subject.

* Investigador Social, Instituto María Cano ISMAC - Unidad de Paz y Democracia. Artículo recibido el 25 de noviembre de 2003.

"La humanidad contemporánea hace descansar una enorme esperanza en la edificación cualificada de las urbes: se espera que con ellas se alcance un mundo más estable y equitativo, libre de injusticias y conflictos y se contribuya a la construcción de una paz amplia y duradera" (Art. 25 del Programa del Hábitat, Cumbre de las Naciones Unidas sobre la Ciudad, Estambul, Turquía, junio de 1996).

"Cuando alguien nos quiere, la ciudad es bella. Cuando alguien nos ayuda, la ciudad es amable. Cuando alguien nos ofende, la ciudad es odiosa. La ciudad carga con nuestros afectos y desamores y ningún acto nuestro, por anónimo que sea, deja de influir en el resto de quienes la habitan. Cada uno de nosotros la representa en cada uno de sus actos" (*Carta de Ciudadad - Las reglas de juego*, Alcaldía Mayor de Bogotá, 1997).

"La convivencia ciudadana en el Distrito Capital de Bogotá contará con bases más sólidas si se fundamenta en la convicción de cada persona sobre la necesidad de aplicar las reglas que garantizarán una mejor calidad de vida y en el control sobre su cumplimiento social y cultural por parte de la comunidad, más que en la amenaza de castigos contenida en las normas represivas. Por ello la cultura ciudadana y democrática es el elemento esencial para construirla" (Nuevo Código de Policía de Bogotá D.C., Acuerdo 79, enero 20 de 2003, Artículo 244).

"El Desarrollo de la Comunidad tiene los siguientes fundamentos: fomentar la construcción de comunidad como factor de respeto, tolerancia, convivencia y solidaridad para el logro de la paz, para lo que se requiere el reacomodo de las prácticas estatales y la formación ciudadana... Construir y preservar la armonía en las relaciones

interpersonales y colectivas, dentro de la comunidad, a partir del reconocimiento y respeto de la diversidad..." (Ley de Acción Comunal No. 743 de junio 5 de 2002, Arts. 4 y 19).

Convivencia. Convivencia es la utopía del habitar urbano. La *Carta de Ciudadad de Bogotá* expresa: "Convivencia es la cualidad que tiene el conjunto de relaciones cotidianas que se dan entre los miembros de una sociedad cuando se han armonizado los intereses individuales con los colectivos y, por lo tanto, los conflictos se desenvuelven de manera constructiva" (1997: 9). Y en otro lugar presenta así el paisaje humano de la ciudad, en el cual se dan las relaciones cotidianas y se tejen las relaciones sociales: "Los seres desconocidos que llenan las calles, viajan en los buses, cruzan los parques y hacen fila con nosotros frente a las ventanillas, son parte de nuestras vidas. Pueden ser amigos o agresores, aliados u oponentes, o simplemente otros. Tengámoslos en cuenta a la hora de obrar para que algún día podamos volver a caminar sin miedo por las calles, mirar sin sospecha a quien se nos acerca y ser solidarios sin que nos paralice el temor a las consecuencias de haberle tendido la mano a un necesitado".

La convivencia... "hay que construirla -pues ella no brota espontáneamente de la sola realidad de la ciudad- como una obra colectiva y duradera, enfrentando las dificultades de que en un espacio relativamente reducido viva una enorme cantidad de personas que van tendiendo relaciones extraordinariamente complejas; hombres y mujeres de todas las edades que son muy diversos por su ocupación, por creencias y hábitos, por valores e intereses, por necesidades y deseos. Entre millones de personas desconocidas entre sí los encuentros tienden a ser fugaces, superficiales y frag-

mentarios; a pesar de ello, es indispensable que todos compartamos unas reglas de juego comunes que permitan a cada uno sentir que la ciudad es suya y de todos". La convivencia exige la civilidad, que es la forma que adopta la convivencia en la ciudad, expresada particularmente en reglas autogeneradas y compartidas, en normas jurídicas que se acatan y en una autoridad reconocida por todos.

El primer supuesto de la convivencia es la apertura a la diversidad y el reconocimiento del conflicto. No basta la tolerancia. Esta constituye el mínimo histórico y el mínimo cultural. Aguantar al otro, mientras se alimenta un sustrato de rechazo hacia él, no crea las condiciones para el intercambio proactivo y la relación estética entre sujetos. La apertura a la diversidad implica de entrada el derecho a la diferencia y la valoración clara de la pluralidad de visiones y opciones de vida. "Es necesario, por tanto, superar la idea de tolerancia como pasividad para eludir conflictos; no hay que ser indiferentes frente a quienes supelementalmente toleramos y mucho menos tenemos que aparentar estar de acuerdo con todo o darles la razón a todos. Justamente porque no podemos vivir sin los otros, ellos no nos pueden ser indiferentes, y más que tolerancia se requiere respeto y reconocimiento para el encuentro con ellos, encuentro en el que siempre y a cada paso hay retos, competencia y riesgos" (Gutiérrez 2003: 69). El conflicto o conflictos como expresión de los distintos órdenes de oposición, incluido el conflicto entre clases, constituye la materia prima de la construcción democrática de la sociedad y de la ciudad; ese mundo conflictual pletórico de diferencias, intereses, iniciativas, proyectos, es el que se expresa, mediatiza y florece en el juego democrático que tiene lugar desde la comunidad local hasta las instancias más altas del gobierno de la ciudad.

Hay convivencia cuando la democracia se ejerce en un marco de real y dinámica pluralidad.

El segundo supuesto de la convivencia es la intolerancia con la exclusión. La expresión es deliberadamente fuerte. No es convivente la comunidad o la sociedad que calla, esconde o se conforma con situaciones de flagrante desigualdad y negación de derechos y posibilidades a personas, grupos o sectores dentro de ella. En otras palabras, la creación de condiciones favorables a la convivencia implica crear y mantener la tensión por hacer realidad todos los derechos para todos y todas. Tal es el camino para reducir y eliminar la exclusión. Hondas y lejanas son las raíces de la relación entre convivencia, paz y derechos humanos. Es un nexo clara y explícitamente establecido a la hora de las grandes declaraciones (Derechos del Hombre y el Ciudadano, 1789; Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948), que a su vez está consagrado en la Constitución colombiana de 1991, Arts. 95 y 218: "El primero dedicado a enumerar deberes y obligaciones, establece que *toda persona está obligada a defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica*; y el segundo precisa que la función de la policía nacional es la de *asegurar las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz*. Se configura así un *círculo virtuoso* entre derechos humanos y paz, para salir del torbellino infernal y vicioso de la violencia: así como la paz es la condición de posibilidad para el goce de los derechos, el respeto de estos últimos puede transformarse a su vez en condición de posibilidad para la paz" (Papacchini, 1997: 372 y 392). La viabilidad de la convivencia en la ciudad se reduce con la multiplicidad de estratos y la ampliación de la brecha entre ellos. No pue-

de imponerse por la fuerza la estética del espacio público sobre la ética de la vida y del trabajo.

El tercer supuesto de la convivencia es apostarle a mejorar comunitariamente la calidad de vida. La Cumbre de Ciudad de 1996 en Estambul nos puso en la vía de disfrutar la ciudad, en lugar de estar condenados a sufrirla. La calidad de vida, más allá del horizonte limitado de la satisfacción de las necesidades mínimas o "básicas", consagra el disfrute material, intelectual y espiritual como el marco de la vida en sociedad, como referente utópico de la vida y el quehacer de las comunidades en la urbe. Bogotá es una ciudad inacabada, por fortuna.

El *buen vivir* que coloquialmente decimos querer, más que ciudad competitiva, ha de ser una ciudad a escala humana, convivente, con los cuatro pilares que Max Neef considera que la ciudad de hoy debe ofrecer a sus moradores con la cooperación de ellos mismos: bienestar, sociabilidad, cultura y seguridad (en Acero y otros, 2002: 121). La construcción de relaciones de convivencia desde la comunidad barrial y local requiere este imaginario ambicioso de ciudad. La convivencia como utopía del habitar urbano está llamada a generar una tensión creadora frente a las protuberantes falencias del presente. William Ospina, en *La Ciudad Extraviada*, llama la atención sobre "lo que son capaces de hacer el entusiasmo, la pasión y la alegría de los pueblos cuando una idea verdadera, cuando un propósito generoso, cuando un sueño humano enciende su imaginación" (1999: 13).

El cuarto supuesto de la convivencia es generalizar y afinar el arte de superar creativamente los conflictos. No se logra la convivencia mediante un manual de

buenas maneras, un recetario o una ingeniería social. Se construye convivencia asumiendo realidades sociales sustantivas, sobre todo, asumiendo las realidades de la multiplicidad de conflictos existentes en la comunidad local y en la ciudad.

La ciudad en conjunto y cada comunidad en particular es un producto histórico social complejo que carga con las tensiones de las que ha surgido. Bogotá es la resultante de repetidas oleadas de migración campo-ciudad, originadas en traumáticos procesos de violencia rural. Hoy mismo es receptora de desplazados que por centenares y aun miles llegan a diario en busca de una oportunidad para vivir. Y es también el producto de dinámicas económicas correspondientes a la vía y modelo de desarrollo dependiente, periférico y expoliativo en que se inscribe el país. El poblamiento, la estratificación, el desplazamiento forzado a la ciudad, el uso del espacio público, el transporte o movilidad urbana, las posibilidades de empresa y de trabajo, las ventas estacionarias y ambulantes, los servicios sociales y los servicios domiciliarios, el papel del policía, las políticas de seguridad, el porte de armas, el tránsito de peatones y vehículos, los rellenos sanitarios, las rondas de los ríos y los humedales, los bosques en los cerros circunvecinos, las posibilidades que demandan jóvenes, mujeres y tercera edad, la cultura, el esparcimiento y el ocio... todas son facetas que, ligadas a los factores descritos, es preciso tomar en cuenta al momento de plantear las condiciones en que es posible construir convivencia. Esos son los campos en que concurren múltiples visiones e intereses que generan competencia y conflicto. Se trataría de romper la cadena agresora que va desde el maltrato hasta la guerra, para evitar que los eslabones se retroalimenten y la ciudad se torne invivible. Por ello en su referente más

general, la convivencia, como procesamiento de la diferencia y la diversidad y como superación creativa del conflicto, o conflictos, tiene que ver con el empleo de la palabra, con el diálogo, la comunicación, pasando por las formas de conciliación, mediación, negociación, concertación, hasta la forma de hacer la política, los caminos de acceso al poder, las instituciones necesarias para gobernar la ciudad, la generación y distribución de los bienes públicos, los imaginarios y capacidades de ciudadanos y ciudadanas, el papel de las comunidades organizadas... Hay instancias micro y cotidianas para la construcción de convivencia, hay instancias de nivel macro institucional para la convivencia, hay instancias formales e informales para la convivencia... De unas y otras es preciso ocuparnos en su momento, por ahora baste resaltar algunas conclusiones rectoras que permiten abordar la construcción de convivencia superando fórmulas facilistas inconducentes.¹

1. El conflicto es inherente a todo proceso societario, por lo tanto, el problema no es disolverlo o reprimirlo sino superarlo adecuadamente; la adecuada recomposición de los conflictos estimula el desarrollo civilizador de las sociedades.
2. Los conflictos que son reprimidos, con frecuencia vuelven a agravarse; los acuerdos que no tratan los aspectos fundamentales de los cuales surgió el conflicto o que son injustos para una de las partes, demuestran ser insostenibles.
3. El conflicto surge de las distintas incompatibilidades, consiste en el desacuerdo

sobre la distribución de recursos materiales o simbólicos, por tanto es diversificable y graduable, observable y tratable; de su examen y manejo depende su expresión violenta o no violenta.

4. La superación o transformación de conflictos es un enfoque que reconoce injusticias, necesidades y problemas y trata de alterar esa realidad estructural a fin de que en lugar de degenerar en fuerza destructiva el conflicto sea fuerza constructiva de cambio social.

5. Normalmente la institucionalidad democrática (gobernantes, legisladores, jueces, negociadores, árbitros, policías, normas, señales...) debe ofrecer la forma de superar justa y equitativamente los conflictos propios de la vida social en los distintos niveles en que ellos se presentan; cuando esto no ocurre o el sistema es deficitario se apela a las Técnicas Alternativas de Resolución de Conflictos, dentro de las cuales están las diferentes formas de justicia comunitaria; estas técnicas tienen un alcance muy limitado mientras problemas estructurales de la ciudad, la sociedad y el país permanezcan inalterados; sin embargo, no es despreciable su valor experiencial y pedagógico.

A partir de los presupuestos anteriores puede abordarse el análisis del papel de la organización comunitaria en la construcción de relaciones de convivencia y como agente de ampliación y cualificación de formas democráticas de superación de conflictos. Este tema es tratado con propiedad por Fernando Sarmiento Santander en la

¹ Consultas útiles al respecto pueden hacerse en Bermúdez, Susy, Editora, "Estrategias y Experiencias para la Construcción de la Paz", Bogotá, U. Andes, 1996; International Alert, Doucet, Ian, Editor, "Buscando la Paz del Mundo: Manual de recursos para la transformación del conflicto", Bogotá, 1998; Grabe, Vera, Coordinadora, Observatorio para la Paz, "Aportes a una Pedagogía para la Paz", Bogotá, 2001.

parte cuarta de su texto guía: "La organización comunitaria como espacio para el tratamiento y la resolución de conflictos". Aspectos prácticos complementarios referidos directamente a las JAC pueden verse en: DAAC, 2002, *Manual de Capacitación: Conciliadores y Conciliadoras de las Juntas de Acción Comunal*, Bogotá.

El quinto supuesto de la convivencia es el apego a las reglas de juego para vivir la ciudad. La humanidad ha acumulado una larga experiencia en la construcción de reglas para la convivencia en las sociedades y entre las sociedades. Tal experiencia, con sorprendente frecuencia, ha sido trágica, en el sentido de que es un *proceso de ensayo y error* en el que las reglas han surgido de agudas y sangrientas confrontaciones o en cuanto después de tener identificadas y asumidas ciertas reglas éstas no se han respetado y han vuelto a presentarse las confrontaciones destructivas y las situaciones indeseables que les dieron origen. El hombre, los grupos, las comunidades, en diferentes dimensiones y niveles -local, urbano, nacional, global- construye normas porque además de instinto tiene imaginación. Como lo señala Castoriadis, "La imaginación en lo viviente es funcional y con productos fijos, en lo humano es desfuncionalizada y con productos no determinados... Los hombres y las mujeres son seres síquicos, seres histórico-sociales" (1997). Las reglas persiguen el doble fin de servir de guía en el proceso de conservación y de perfeccionamiento tanto de la dimensión individual como de la colecti-

va, asociativa y comunitaria de la existencia humana. Distintas concepciones han presidido e inspirado históricamente el proceso de construcción de reglas: nacemos malos y la sociedad nos corrige (el *lobo bipedo*), nacemos buenos y la sociedad nos corrompe (el *buen salvaje*), no nacemos ni buenos ni malos sino con potencialidades que pueden tomar uno u otro camino. Cualquiera sea la concepción que se abraza, siempre se llega a la conclusión de que las reglas son necesarias o para reprimir la maldad innata o para liberar la bondad innata o para darle desarrollo y plenitud a las posibilidades innatas. Los diez mandamientos en la antigüedad, las declaraciones de derechos humanos en la modernidad, las leyes, las constituciones, los códigos, y en el trasfondo de ellos, la moral, la cultura, la educación en el mundo contemporáneo representan diferentes manifestaciones y progresos en el esfuerzo por construir reglas para la convivencia humana². Se trata a través de ellos de ser más libres, de disponer de las posibilidades y los bienes que cada uno, cada una, y todos en conjunto, necesitamos para el cultivo y expansión de las propias facultades y capacidades; en últimas, se trata de crear y mantener las condiciones materiales e institucionales y los imaginarios movilizados que dejan abierto el camino a la realización y a la felicidad de cada persona y de cada comunidad. Proyecto individual, cooperación y solidaridad son el ámbito de una *relación estética* a la manera como la esbozó el Conde de Shaftesbury

² Al respecto se puede consultar: Piaget, Jean, "Estudios Sociológicos", Editorial Ariel, Barcelona, 1944; De Sebastián, Luis, "Los Diez Mandamientos: Una versión Secular", Ariel, Barcelona, 1998; Cynthia, Hewitt y Minujin, Alberto (Editores), DERECHOS @ GLOB.NET: GLOBALIZACIÓN Y DERECHOS HUMANOS, Unrisd-Unicef-Santillana-Cuadernos de Debate, Bogotá, 1999; Peña Díaz, Héctor, "Juguete de Poderes Extraños", Magna Terra Editores, Guatemala, 2003; Giner, Salvador (Coord.), "La Cultura de la Democracia: el Futuro", Ariel, Bogotá, 2000.

en su *Carta sobre el Entusiasmo* (1708)³. Una persona, una comunidad, una ciudad, una nación, puede adoptar determinadas reglas o porque a ella alguien se las impone desde fuera o porque ella misma autónomamente las crea y asume: "Soy autónomo en una sociedad si tengo la posibilidad real, y no solo formal, de participar, junto con los demás, en un plano de igualdad efectiva, en la formación de la ley, en las decisiones acerca de ella, su aplicación al gobierno y a todas las acciones de nuestra existencia" (Castoriadis: 53). La ciudad de Bogotá tiene un acumulado de importancia en la construcción de reglas de convivencia, que se ha acentuado en los últimos años con el concepto y las acciones de *cultura ciudadana*, con la realización de *semilleros de convivencia* y la subsiguiente adopción de una *Carta de Civilidad* en 1997, con la reciente adopción (julio 2003) del *Código de Policía*, con las iniciativas institucionales de *resistencia civil* y la instauración en la ciudad de los *jueces de paz*. Estas y otras manifestaciones ciudadanas y prácticas de justicia comunitaria es preciso someterlas a valoración y crítica a partir de clarificar y enriquecer el concepto de reglas para vivir la ciudad.

El sexto supuesto de la convivencia es vivir la democracia como un proceso de expansión de la ciudadanía. La democracia ciertamente consiste en un *método o reglas de juego* que permiten determinar periódicamente mediante elecciones libres los go-

bernantes a todo nivel (Bobbio, 1994: 9), pero la democracia es también *condición social* en cuanto conquista y avanza en el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales, en condiciones de igualdad y calidad de vida de ciudadanos y ciudadanas (Sandoval, 1998: 102). Democracia política sin democratización social es una realidad incompleta que puede alejar o aun hacer inviable la convivencia. Ya mencionamos que uno de los supuestos de esta es la *intolerancia con la exclusión*. Se producen avances en materia de democratización cuando se asume la democracia como un principio universal y expansivo que se traduce en formas concretas de expansión de ciudadanía⁴. Es la única vía para construir sociedades incluyentes que puedan ser, a su vez, sociedades convivientes. Siguiendo la distinción ya clásica de Thomas Marshall (1992: 8), la ciudadanía ha de ser a la vez civil, política y social, esto es, que en la realidad de la vida social cada persona tenga posibilidad real de ejercer los derechos correspondientes a estos tres conceptos. Derechos sociales son los que emancipan a las personas de las necesidades materiales más apremiantes y les permiten acceder a la "civilidad" de los derechos civiles y políticos, o sea, la ciudadanía social es la ciudadanía habitante de la civil y la política. Según Eduardo Bustello y Alberto Minujin (1997), consultores de UNICEF para América Latina, una dinámica expansiva de ciudadanía ha de incluir puntos significativos como los siguientes:

³ "La sustancia de la naturaleza humana es la afición natural y fundamental por los otros. El análisis más obvio de la naturaleza, anatómica y fisiológicamente, incluye la referencia al otro, a los otros, en la forma de familia, vecindad, amistad, humanidad. El famoso "amor propio" es un amor que incluye necesariamente al otro, incluso por delante de la preservación de la vida individual, pues "el propio bien" incluye al otro según la propiedad de la naturaleza humana". Agustín Andreu en el Estudio Introductorio a "Carta sobre el Entusiasmo" Anthony Ashley Cooper, tercer Conde de SHAFTESBURY (1671-1713), Crítica-Grijalbo-Mondadori, Barcelona, 1997, p. 51.

⁴ Colombia, Corte Constitucional, en Sentencia C-180/94 - Revisión constitucional de la Ley 134 de 1994 sobre Mecanismos de Participación Ciudadana.

a) "La centralidad de las preocupaciones por construir mayores niveles de *igualdad social*: no solamente luchar contra la pobreza sino establecer cómo lograr mayores niveles de inclusión social cerrando las brechas de ingresos y riqueza entre pobres y ricos.

b) La concepción de que la inclusión social vinculante con la economía se da a través de la generación de *empleo productivo*.

c) La idea de responsabilidad *pública* por los derechos sociales comerciando con la garantía de un piso mínimo de ciudadanía.

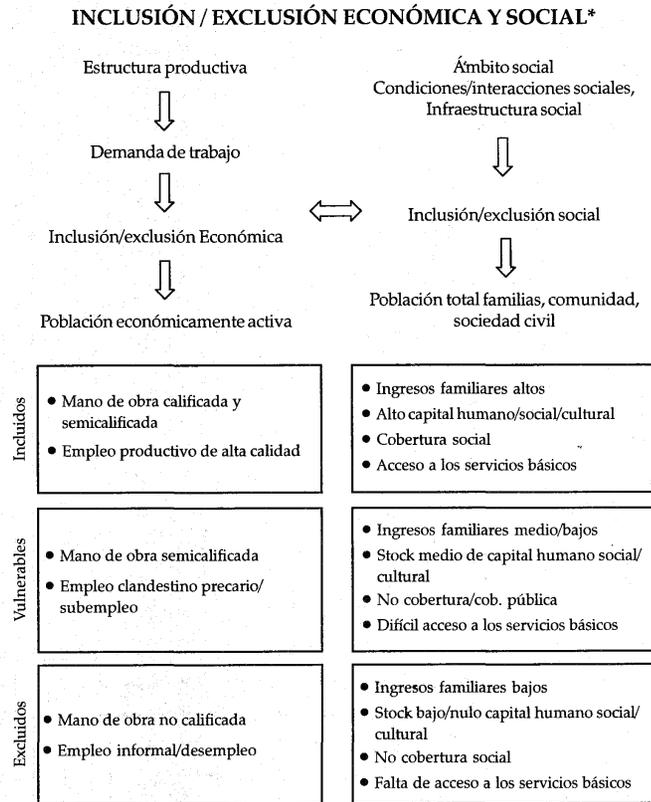
d) Como corolario de los puntos anteriores, la constitución de actores sociales titulares de *derechos habilitantes para la expansión de la ciudadanía*".

Es corriente hoy, con fines de diseñar e implementar políticas públicas, clasificar a los habitantes de la ciudad como *incluidos, excluidos o vulnerables*, desde el punto de vista económico y social. A ello se sobrepone la clasificación de estratos y la realidad de la organización comunitaria que predomina en los estratos bajos y medios y tiene escasa o ninguna presencia en los estratos altos. El Gráfico **Inclusión / Exclusión Económica y Social** permite identificar el contenido de estas distinciones y la dinámica social en que se inscriben. Las comunidades y grandes barriadas empobrecidas en Colombia y América Latina exigen políticas públicas que permitan acceder a la *ciudadanía habilitante* y que le den a esta una dinámica universal y expansiva. Hasta ahora las administraciones en las grandes ciudades han reducido sus acciones a diferentes formas de *ciudadanía asistida*, sin permitir que se abran camino modalidades de *ciudadanía emancipada*. El modelo de ciudadanía asistida es el que corresponde "a la concepción hegemónica asociada a los ajustes económicos y modelos de apertura económica predominantes

hoy en América Latina, particularmente relacionados con el llamado "Consenso de Washington". Se parte de una concepción atomística de la sociedad en la que se reconocen sólo individuos con intereses como el principio básico organizador de toda sociedad humana. El arquetipo de modelo es el "hombre económico", que maximizando su beneficio personal, automáticamente beneficia al conjunto social... El modelo de *ciudadanía emancipada* reconoce otra tradición conceptual desde los tempranos pensadores utópicos, incluyendo a los socialistas y que culmina en el desarrollo del llamado "Estado de Bienestar" ...Para esta tradición el tema principal lo constituye la igualdad social como valor central, entendida fundamentalmente como el derecho de las personas -en tanto que miembros/socios de un esquema de cooperación social común- a tener iguales oportunidades para acceder a los bienes social y económicamente relevantes. Igualdad implica equidad -proporcionalidad en el acceso a los beneficios y costos del desarrollo- y también justicia redistributiva basada en la solidaridad colectiva" (Bustelo, 1998: 245 y 249). Otras connotaciones pueden verse en el cuadro **MODELOS DE CIUDADANÍA**.

Uno de los escenarios que ofrecen mayores posibilidades para una ciudadanía expansiva y un ejercicio de la participación con poder de decisión es la planeación participativa. No que el mecanismo esté diseñado con capacidad decisoria, sino que su utilización intensiva por comunidades y organizaciones de sociedad civil debidamente equipadas con información pertinente, con propuestas de política debidamente diseñadas y dotadas de una clara voluntad de encontrarle camino al ejercicio de derechos fundamentales mediante el afianzamiento de un proyecto común tiene reales posibilidades de incidencia en la gestión de la ciudad para hacerla más moderna y humana.

Gráfico No. 1



* Gráfico tomado de Minujin, Alberto, "Vulnerabilidad y Exclusión en América Latina" en TODOS ENTRAN: PROPUESTA PARA SOCIEDADES INCLUYENTES, Unicef-Colección Cuadernos de Debate-Santillana, Bogotá, 1998.

MODELOS DE CIUDADANÍA*

	ASISTIDA	EMANCIPADA
CIUDADANÍA	Fuerte estratificación social. La desigualdad social es "natural". Políticas gubernamentales distributivamente neutras.	Objetivo importante. Todo se analiza por su impacto distributivo. Las políticas públicas orientan el proceso de acumulación.
IGUALDAD	Dentro de cada estrato social. Alta competitividad. Individualismo posesivo. Para los pobres: asistencia.	Solidaridad social no competitiva. Cooperación, reciprocidad y simetría social. Altruismo.
SOLIDARIDAD	Competencia: los mejores triunfan. Los individuos "ascienden" por canales de movilidad "reconocidos", por ejemplo el sistema educativo.	Fuerte. Igualdad de oportunidades en educación, salud ante la ley, etc. Habilitación a los conocimientos y "códigos" para ascender socialmente.
MOVIMIENTO SOCIAL	Atomizada. Prioridad al interés individual y particular. Sociedad reducida a "relaciones Sociales".	Sociedad como "nosotros". Fuerte esfera pública. Comportamiento sistémico: complementariedades y reciprocidad.
SOCIEDAD	A través del mercado. Participación restringida: sólo para resolver problemas específicos. Los excluidos como "ciudadanía subsidiada".	Fundamental. A través del trabajo productivo. Participación amplia: social, política y económica. Ciudadanía emancipada. Democracia activa.
INCLUSIÓN	Pobres "objeto" de intervención de políticas gubernamentales. Focalización de programas para pobres.	Constitución de sujetos sociales autónomos. Prioridad sobre la distribución del ingreso y la riqueza: pobres/ricos.
POBREZA	En estratos altos, incorporación de la mujer al modelo del varón. En estratos bajos, mujer en situación de precariedad.	Equidad de género. Mujer con ciudadanía plena.
GÉNERO	Reconocimiento de los derechos civiles y de los políticos. Los derechos sociales no son "demandables".	Ciudadanía amplia. Unidad de los derechos políticos, económicos y sociales. Prioridad de los derechos sociales.
DERECHOS SOCIALES	Estado mínimo y marginal. Mercado asignador de los recursos. El mercado determina lo social y político. "El mercado" manda. Libertades negativas.	Estado activo democrático. Fuerte "esfera pública". Mercado instrumento y no un fin. Mercado y eficiencia compatibles con regulación democrática. Libertades positivas.
ESTADO Y MERCADO	Política económica prioritaria y hegemónica. Política social marginal y posterior a la política económica. La economía es un fin en sí mismo. Concepción tutelar o de "ciudadanía asistida".	Unidad de la política social y la económica. Política económica es instrumental y no un fin y está sujeta a la regulación democrática. Construcción de la economía a partir de la sociedad. Desarrollo de ciudadanía "social".
POLÍTICA SOCIAL Y POLÍTICA ECONÓMICA		

* Cuadro tomado de Bustelo, Eduardo, "Expansión de Ciudadanía y Construcción Democrática" en TODOS ENTRAN: PROPUESTA PARA SOCIEDADES INCLUYENTES, Unicef-Colección Cuadernos de Debate-Santillana, Bogotá, 1998.

Bibliografía

- ACERO, Hugo y otros, 2002, *Bogotá, una experiencia innovadora de gobernabilidad local*, Documento de Trabajo-Versión Preliminar, Bogotá.
- ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ, 1997, *Carta de Civilidad - Las reglas de juego*.
- BOBBIO, Norberto, 1994, *El futuro de la democracia*, FCE, Bogotá.
- BUSTELO, Eduardo, 1998, "Expansión de ciudadanía y construcción democrática", en: *Todos entran: propuesta para sociedades incluyentes*, Unicef-Colección Cuadernos de Debate-Santillana, Bogotá.
- CASTORIADIS, Cornelius, 1997, "Ontología de la Creación", *Ensayo y Error*, Pensamiento Crítico Contemporáneo, Bogotá, Colombia.
- CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-180/94 - Revisión constitucional de la Ley 134 de 1994 sobre Mecanismos de Participación Ciudadana*, Colombia.
- GUTIÉRREZ B., Carlos, 2003, "Cultura de conflictos en vez de tolerancia", *Revista de Estudios Sociales*, No. 14, U. Andes - Fundación Social, febrero.
- MARSHALL, T. H., 1992, *Citizenship and Social Class*, Pluto Perspectives, London.
- OREJUELA DÍAZ, Libardo, 2000, "Aproximación a teorías interpretativas del conflicto", en: *Diccionario de la Paz y del Conflicto*, Colección Notitia Criminis, Cali.
- OSPINA, William, 1999, "La Ciudad Extraviada", en: *Bogotá Años 40 - Fotografías de Sady González*, Revista Número - Alcaldía Mayor, Bogotá.
- PAPACCHINI, Angelo, 1997, "Los Derechos Humanos y la Paz", en: *Los Derechos Humanos un Desafío a la Violencia*, Altamir Ediciones, Bogotá.
- SANDOVAL, Luis, 1998, "Necesidad de acuerdos para recrear la democracia en Colombia", en Paz: *"Recrear la Democracia desde la Sociedad Civil"*, Fica-Ismac, Bogotá.
- VIVIESCAS, Fernando, 2000, "La Biblioteca Pública, la lectura y la ciudad", *Ensayo y Error* No. 7, abril.

La reforma política de 2003

*Pedro Alonso Sanabria Buitrago**

Resumen

Ilustra sobre la nueva Reforma Política, incorporada mediante el Acto Legislativo 1 de 2003, que adopta un nuevo sistema de escrutinio para las elecciones plurinominales. Señala, igualmente, la importancia de los partidos políticos, que deberán operar mediante el sistema de bancadas.

Palabras clave: Fórmula D'Hondt, cifra repartidora, umbral, partidos políticos, personería jurídica, voto preferente, financiación de campañas, derechos de las minorías, Consejo Nacional Electoral, Registraduría.

Abstrac

The article deals about the new Political Reform approved by the Legislative Act 1 of 2003, which adopts a new vote counting system for the plurinominal elections. It also indicates the importance of political parties, which will have to operate by the bench system.

Key word: D'Hondt formula, distributing number, threshold, political parties, legal functioning permits, preferred vote, election campaigns' financing, minorities' rights, National Electoral Council, Citizenship Registering State Office.

* Abogado de la Universidad Libre de Bogotá; Especialista en Derecho Público de la Universidad Nacional de Colombia-UPTC; Máster en Derecho Público de las Universidades de Bologna (Italia), Salamanca y Carlos III de Madrid (España), y Externado (Colombia); Actualmente cursa segundo año de estudios doctorales en las universidades de Stanford (E.U.), Milán (Italia), Autónoma de Madrid (España) y Externado (Colombia). Ha realizado diversos estudios de posgrado y diplomados. Profesor de la Facultad de Derecho de la UPTC y de la Universidad Santo Tomás, y conferencista sobre temas de régimen político departamental, municipal y regional en la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP).

Introducción

Desde hace varios años se debate en el país la necesidad urgente de erradicar los vicios que caracterizan la *cultura política* colombiana. Para unos son los políticos los causantes de dichos vicios; para otros, los mismos electores; otros más buscan las causas en la entraña del sistema democrático que nos rige.

Tal pareciera que la Reforma Constitucional contenida en el Acto Legislativo No. 1 de 2003 quisiera irrumpir en el interior del sistema democrático, para dar un vuelco total a la manera como deben los ciudadanos organizarse y a los procedimientos a que deben someterse para el logro de lo que quieren quienes participan en la vida democrática, esto es, el acceso al poder.

Este texto, producto de mi apasionamiento por los temas democráticos, de la cotidianidad del mundo académico en que vivo y del contacto permanente con líderes de todas las tendencias, que buscan adentrarse en el campo de la política, pretende servir de orientación a quienes quieren escudriñar los cambios en el sistema democrático de Colombia, contemplados en la Reforma Política contenida en el Acto Legislativo No. 1 de 2003.

He querido analizar, en primer lugar, el cambio sustancial al sistema de escrutinio, verificado por la adopción de la denominada *cifra repartidora*, que corresponde al sistema D'hondt, utilizado en otros países, y observar sus incidencias en la democracia colombiana, en la que venía operando el sistema de representación proporcional o *cuociente electoral*. Luego, efectuamos un análisis a las organizaciones políticas que, según la reforma, vienen a ser las verdaderas protagonistas de la vida democrática, habida consideración de que son los me-

dios, o vehículos, a través de los cuales se canaliza todo el sistema democrático colombiano.

No podríamos dejar de lado el análisis de otros aspectos importantes contenidos en el referido Acto Legislativo, que contribuyen a complementar temas o instituciones plasmadas en la Reforma, y sin los cuales esta quedaría incompleta o simplemente se haría inviable.

Quiero advertir que lo plasmado en el Acto Legislativo es tan sólo la base estructural sobre la cual se va a mover en adelante la democracia en Colombia; falta mucho camino por recorrer, por ejemplo, reglamentar los partidos, el caso de los reemplazos ante la falta absoluta de un elegido cuando hay varias listas y cuando hay una sola, qué va a pasar con el referendo si es aprobado o si no lo es, entre otros.

Esta, como todas las reformas políticas, no solo requiere del conocimiento general de la ciudadanía, sino de una información fidedigna, coherente con el espíritu de la ley, para que el elector primario, verdadero dueño de la soberanía, participe en forma conciente, libre e inteligente, para que el pueblo mismo ejerza la soberanía y vote por quienes realmente representen los mejores intereses populares y patrióticos, en aras de un mejor gobierno; para que aquella frase de Juan Jacobo Rousseau: "la voz del pueblo, es la voz de Dios", se haga realidad, en momentos en que la apatía, expresada en un alto porcentaje de abstencionismo, pareciera adueñarse de la opinión.

Brindando esta información pretendemos que toda la ciudadanía asuma, en su real saber y entender, la verdadera participación que se requiere en el ejercicio de las funciones democráticas, para evitar yerros

insuperables en la posteridad, esto es, para que valoren inteligente, lógica y racionalmente quiénes pueden ser titulares de su representación en las corporaciones públicas: Concejos Municipales, Asambleas Departamentales, Congreso de la República, o instituciones ejecutivas: Alcaldías y Gobernaciones.

1. Democracia y reforma política

Una de las condiciones fundamentales del régimen democrático es que los ciudadanos puedan escoger libremente a sus representantes, a través de la elección popular. La elección es el instrumento angular de las democracias, por oposición a la herencia, a la cooptación o a la toma del poder por la fuerza física, que son los métodos empleados en los sistemas autocráticos. La democracia representativa es, pues, el sistema político en el cual los gobernantes son elegidos por los ciudadanos y considerados por estos como sus representantes.

En términos generales, los ciudadanos pueden intervenir en la vida política de diversas maneras: mediante el sistema de la democracia directa, en la que es al mismo ciudadano a quien corresponde tomar las decisiones que conciernen a la comunidad. Este sistema apareció en la Grecia Antigua, en donde en el *ágora* (especie de plaza pública) se reunían todos los que tenían capacidad de decisión, para trazar el gobierno de la polis (Gonzalo, 1996:180) o ciudad; en la actualidad, sólo en algunos pequeños cantones suizos se lleva a cabo esta forma pura de democracia. Otra manera es a través de la democracia representativa que acabo de anotar. En Colombia, a partir de la Constitución de 1991, se combinan los dos sistemas, configurando lo

que algunos tratadistas de derecho constitucional denominan democracia semidirecta. Es decir, que el pueblo puede gobernar, bien a través de sus representantes, o bien directamente, tal como lo dispone el Artículo 3, en concordancia con el 103 de la Constitución Política, haciendo uso de los mecanismos de participación del pueblo.

Hechas las anteriores consideraciones básicas, la reforma política plasmada en el Acto Legislativo del 2003 consagra fundamentales variaciones al sistema democrático colombiano. En efecto, dichas reformas tienen que ver con los canales de expresión de la opinión, como son los partidos políticos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, y con el sistema de escrutinio electoral, que es el que determina las modalidades por utilizar para la repartición de los cargos de elección, según el número de sufragios emitidos por los electores.

2. Sistemas de escrutinio electoral

Por considerarlo útil para la comprensión de la reforma a los partidos y movimientos, pretendo abordar primero el tema del escrutinio electoral, que es el que más dudas ofrece al lector interesado. No se podrían observar a grandes rasgos las ventajas o desventajas de la reforma en esta materia, si no se hace referencia, así sea brevemente, al derecho comparado, para analizar cuál sistema es benéfico para las mayorías, cuál para las minorías o cuál representaría la forma más justa para una determinada democracia. Como la letra puede resultar insuficiente, ilustraré cada caso con algunos ejemplos prácticos. En el mundo existen diversos sistemas electorales. Los más importantes con relación al caso en análisis son:

2.1 Sistema mayoritario: utilizado en países como Inglaterra, E.U. y Francia. Según este, el candidato o partido que obtiene la mayoría de votos dentro de una circunscripción electoral resulta elegido. En los casos en los que dentro de una determinada circunscripción sea necesario ocupar varias curules, todas serán para el partido que ganó, así sea por un solo voto, y los demás no tendrán derecho a ningún escaño. En el caso de una sola circunscripción este sistema es totalmente desfavorable a las minorías. Un ejemplo que ilustra sería el del estado de la Florida, que tiene derecho a elegir cinco Representantes a la Cámara de los E.U., como allí ganó el Partido Demócrata, todos los cinco escaños serán

Circunscripción A	Circunscripción B	Circunscripción C
(Elige 10 Representantes) Partido A: 70.000 votos Partido B: 60.000 votos	(Elige 5 Representantes) Partido A: 20.000 votos Partido B: 45.000 votos	(Elige 3 Representantes) Partido A: 30.000 votos Partido B: 27.000 votos

Según este ejemplo, y mediante este sistema, el Partido A se lleva 13 representantes, con 120.000 votos, y el Partido B tan sólo obtiene 5 representantes, con un total de 132.000 votos. Aquí el partido mayoritario a escala nacional obtiene menor número de escaños.

2.2 Sistema de representación proporcional: denominado también como de *cuociente electoral*; busca asegurar la representación de cada partido o candidato dentro de cada circunscripción, en proporción exacta al número de votos obtenidos. Es un sistema muy favorable a las minorías. Es el que establecía el Art. 263 de la Constitución Nacional, modificado con la reforma. Este sistema consiste en dividir el total de votos válidos por el número de curules por proveer; esta operación matemática da un cuociente.

ocupados por este. Como dentro del país existen varias circunscripciones, es posible que el Partido Republicano, que perdió en la Florida, gane los escaños de otros estados, y entonces no quedaría del todo sin representación en la Cámara. Pero con este sistema puede darse, aun, el caso de que un partido que en número de votos fue vencedor en todo el país resulte derrotado en la Cámara respectiva. Recordemos que en las pasadas elecciones presidenciales de E.U., aunque el Partido Demócrata obtuvo el mayor número de votos, los Republicanos ganaron más escaños en el Colegio Electoral que eligió al actual mandatario norteamericano. El siguiente ejemplo aclara esta información:

Para adjudicar las curules dentro de una determinada circunscripción, se toma cada lista y se le adjudican tantas curules cuantas veces quepa el respectivo cuociente en los votos de dicha lista. Si adjudicadas las curules de acuerdo a los cuocientes quedaren algunas vacantes, se otorgarán a los mayores residuos, en orden descendente. El siguiente ejemplo ilustra mejor la situación: se trata de elegir nueve concejales y se presentan cinco listas, así:

Lista A: 798 votos
Lista B: 791 votos
Lista C: 490 votos
Lista D: 429 votos
Lista E: 192 votos
Total votos válidos: (excluidos votos nulos y tarjetas no marcadas) 2.700
Total escaños: 9

Cuociente electoral: Total votos válidos: 2.700 dividido en 9 = 300

Los 9 escaños para concejales se adjudicarán así:

Lista A: 798 dividido en 300 = 2 concejales, y queda un residuo de 198 votos.

Lista B: 791 dividido en 300 = 2 concejales y queda un residuo de 191 votos.

Lista C: 490 dividido en 300 = 1 concejal y queda un residuo de 190 votos.

Lista D: 429 dividido en 300 = 1 concejal y queda un residuo de 129 votos.

Lista E: 192 dividido en 300 = 0 concejal y queda un residuo de 192 votos.

Como vemos, las listas A, B, C y D obtienen un total de 6 Concejales por cuociente y quedan 3 curules por proveer, que se adjudicarán a las listas que tengan los mayores residuos, en orden descendente. Esto es, Lista A (198): 1, Lista E (192): 1 y Lista B (191): 1. Puede observarse cómo la lista E, minoritaria, con tan sólo 192 votos obtiene un concejal, igual a la lista C, que también obtiene un concejal con 490 votos.

2.3 Fórmula D'Hondt o cifra repartidora: sistema ideado por el matemático belga Vicent D'Hondt. Es un mecanismo electoral utilizado en países como Bélgica, España, Países Bajos y Portugal; emplea como divisores la serie de los números naturales (1, 2, 3, 4, 5, 6...) (Hernández, 1997: 383), de acuerdo con el número de escaños que se va a adjudicar. Su aplicación se concreta en dividir el número de votos obtenidos por cada candidatura en cada uno de los divisores empezando por el 1 y en forma sucesiva hasta el número que corresponda al total de escaños por proveer (ejemplo:

sin son 9 los escaños en el Concejo Municipal, entonces se toma el número de votos de cada lista y se divide por 1, 2, ..., 9). Después de efectuada cada división se toman los resultados y se ordenan de mayor a menor hasta llegar al puesto nueve. Se adjudican a cada lista tantos escaños cuantas veces tenga resultados de la división superiores al último resultado ubicado en el puesto que corresponda al número de escaños por adjudicar. Este último resultado se convierte, para nuestro sistema electoral adoptado en la reforma política, en la *cifra repartidora*, es decir, la cifra que determina cuántos escaños le corresponden a cada lista, de acuerdo con cuántas veces quepa dicha cifra repartidora en el total de votos. En caso de igualdad de dos cuocientes, tiene preferencia la lista que haya obtenido el mayor número de votos.

En definitiva, y en relación con los dos anteriores sistemas (mayoritario y de representación proporcional), se trata de un sistema electoral que nos proporciona el *valor medio* (expresado en número de votos), que para cada candidatura tiene cada escaño.

Vamos a ilustrar este sistema con el mismo ejemplo tomado para el de representación proporcional o cuociente electoral:

Elecciones para Concejo Municipal

Numero de escaños: 9
Total de votos válidos: 2.700
Votos obtenidos por cada lista:
Lista A: 798 votos
Lista B: 791 votos
Lista C: 490 votos
Lista D: 429 votos
Lista E: 192 votos

Aplicación de la cifra repartidora para efectos de la adjudicación de curules en el Concejo Municipal:

Listas	Votos	/1	/2	/3	/4	/5	/6	/7	/8	/9*
A	798	798	399	266	199	159	133	114	100	88
B	791	791	395	264	198	158	132	113	99	87
C	490	490	245	163	122	98	82	70	61	54
D	429	429	214	143	107	86	71	61	54	47
E	192	192	96	64	48	38	32	27	24	21

* Corresponde al número de escaños por proveer. En el ejemplo son 9 escaños en el Concejo; en consecuencia, cada lista se divide desde 1 hasta 9.

En negrilla aparecen los resultados más altos de las divisiones efectuadas en cada lista, tomadas de mayor a menor, hasta el puesto noveno, que corresponde a igual número de escaños por adjudicar en dicho Concejo Municipal. Como podemos observar, el resultado 245 ocupa el noveno lugar y se convierte en la *cifra repartidora*. Es de anotar que en la fórmula D'Hondt pura, los nueve escaños del Concejo se adjudicarían en esta forma directa de mayor a menor resultados de las divisiones.

En la reforma política se agrega una operación matemática más, pero que de ningu-

na manera afecta el resultado. A cada lista se le adjudican tantos escaños cuantas veces quepa la cifra repartidora en el total de votos de dicha lista. Veamos:

LISTA A: $798/245 = 3$ curules

LISTA B: $791/245 = 3$ curules

LISTA C: $490/245 = 2$ curules

LISTA D: $429/245 = 1$ curul

La lista E en esta fórmula no obtuvo curul, por lo cual este sistema es desfavorable a las minorías.

Análisis comparativo

Lista	Votos	Cuociente Electoral	Fórmula D'hondt
A	798	3 curules	3 curules
B	791	3 curules	3 curules
C	490	1 curul	2 curules
D	429	1 curul	1 curul
E	192	1 curul	0 curul

A manera de información, cabe anotar que en otros países se aplica este sistema, pero con algunas variaciones en los divisores.

Fórmulas	Países	Series de divisores
D'Hondt	España, Bélgica, Países Bajos	1-2-3-4-5-6-7-8...
Imperiali	Italia	2-3-5-6-7-8...
Sainte-Laguë pura	Antigua de Dinamarca	1-3-5-7-9-11-13-15...
Sainte-Laguë rectif.	Noruega, Suecia y Dinamarca	1,4-3-5-7-9-11-13-15...
Nórdica	Desuso	1-4-7-10-13-16-19-22...

3. El umbral o cifra mínima

Es el número de votos requerido en el artículo 11° de la reforma política para efectos de aplicación de la cifra repartidora. Solamente las listas de partidos, movimientos o grupos significativos de ciudadanos cuya votación supere esta cifra entran a la repartición de escaños mediante el sistema de cifra repartidora o fórmula D'Hondt.

Para Senado de la República el umbral que se debe superar es del 2% (Acto legislativo No. 1 de 2003). Si, por ejemplo, el historial electoral en Colombia nos demuestra que para Senado de la República votan aproximadamente doce millones de ciudadanos, quiere decir que solo entran al sistema de repartición las listas que superen el 2%, es decir, más de 240.000 votos.

Para las demás corporaciones, como Cámara de Representantes, Asambleas Departamentales, Concejos Distritales y Municipales y Juntas Administradoras Locales, el número de votos mínimos requeridos o umbral es del 50% del cuociente electoral. Un ejemplo nos ilustra este umbral: si son 9 los escaños por adjudicar en el Concejo Municipal y el total de votos válidos en el respectivo municipio es de 2.700 sufragios, entonces el 50% del cuociente electoral al que equivale el umbral sería:

2.700 (total votos válidos) dividido en 9 (escaños por proveer) = 300, que sería el Cuociente electoral. 50% de $300 = 150$, que equivale al umbral. Todas las listas de partidos, movimientos o grupos significativos de ciudadanos que superen esta cifra (150), entran a la repartición de escaños mediante el sistema D'Hondt.

La reforma prevé el caso en el que ninguna de las listas supere el umbral, circunstancia en la cual la repartición se hará mediante el sistema anotado, pero sin tener en cuenta el umbral. También establece la reforma política que en los comicios que se realicen para la elección de dos curules se aplicará el sistema de cuociente electoral, pero con la condición de que se supere un umbral del 30% de ese cuociente electoral.

4. Repetición de elecciones

El Art. 10° de la reforma política, que modifica al Artículo 258 de la Constitución Nacional, establece un parágrafo en el que obliga a repetir por una sola vez la votación para elegir miembros de las Corporaciones Públicas (Senado, Cámara, Asambleas, Concejos y Juntas Administradoras Locales), gobernador, alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales, cuando los votos en blanco constituyan mayoría absoluta, esto es, la mitad más uno, en relación con los votos válidos (se exclu-

yen los votos nulos y las tarjetas no marcadas). Cuando se trate de elecciones unipersonales (alcalde, gobernador o presidente), no podrán presentarse a la nueva votación los mismos candidatos. Cuando se trate de elecciones de Corporaciones Públicas, no se podrán presentar a las nuevas elecciones las listas que no hayan alcanzado el umbral.

En lo demás, el mencionado Artículo 10° consagra casi los mismos términos de la Carta Política en cuanto se refiere al voto como derecho y deber ciudadano, y da vía libre a la implementación de medios electrónicos.

5. Organizaciones políticas

Una de las principales manifestaciones del sistema democrático es la conformación de partidos políticos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, que son el vehículo a través del cual se canaliza y dinamiza la actividad democrática, constituyéndose en un punto trascendental de la política contemporánea. Cabe advertir que en desarrollo del derecho fundamental consagrado en el Artículo 40 de la Constitución Nacional, según el cual todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, cobran mayor importancia estas organizaciones políticas. Es necesario definir las para entender la importancia de su regulación:

5.1 Partidos políticos: se han definido conforme a diferentes puntos de vista: ideológicos, estratégicos, sociales, económicos y estructurales (Naranjo, 2000: 469-490).

La concepción democrática considera los partidos políticos como grupos ideológicos; es el caso de la teoría del partido-doctrina,

en la cual Hans Kelsen los define como «formaciones que agrupan hombres que tienen las mismas opiniones para asegurarles una verdadera influencia en la gestión de los negocios públicos». La concepción marxista del partido-clase se basa en la composición social de los partidos, entendiendo que a él pertenecen personas de un mismo estrato socioeconómico con una misma doctrina política. La concepción estructuralista del partido-organización los define de acuerdo con la naturaleza de su organización, pues cada partido tiene una estructura particular que se convierte en su elemento esencial, aunque no puede dejarse de lado la doctrina o la base social.

En Colombia no se acoge de manera absoluta ninguna de las acepciones señaladas; solo se toman en cuenta algunos elementos de cada una de ellas; así, la Ley Estatutaria No. 130 de 1994, en el Artículo 2°, define los partidos políticos como «instituciones permanentes que reflejan el pluralismo político, promueven y encauzan la participación de los ciudadanos y contribuyen a la formación y manifestación de la voluntad popular, con el objeto de acceder al poder, a los cargos de elección popular y de influir en las decisiones políticas y democráticas de la Nación». Aunque esta definición legal establece el sistema pluripartidista, en oposición al bipartidismo, más adelante observaremos cómo con la reforma política se retorna a fortalecer el bipartidismo en nuestro sistema.

De igual forma, la ley señala la función de los partidos, que es la de promover y encauzar la participación ciudadana y contribuir a la formación y manifestación de la voluntad popular; y su objeto es acceder al poder, a los cargos de elección popular e influir en las decisiones políticas y democráticas de la Nación.

5.2 Movimientos políticos: el inciso 2° del Artículo 1° de la Ley 130 de 1994 define los movimientos políticos como «asociaciones de ciudadanos constituidas libremente para influir en la formación de la voluntad política o para participar en las elecciones». Estos movimientos también pueden tener como objeto acceder al poder y a los cargos de elección popular, además, sus miembros comparten una misma doctrina política.

La diferencia entre partido y movimiento político es el carácter permanente del primero, y temporal del segundo; además, que los movimientos no siempre tienen como objeto acceder al poder, pues se pueden crear para influir en la formación de la voluntad política o para participar en unas elecciones o ser expresiones de disidencia de los partidos. Son organizaciones coyunturales, en las cuales no necesariamente existe, aunque puede haberla, una identidad ideológica entre sus miembros, sino que los une fundamentalmente la búsqueda de unos objetivos comunes, generalmente de tipo electoral. Dichos movimientos están conformados generalmente por personas provenientes de diversos sectores de opinión, incluso no políticas. Los unen intereses circunstanciales, como lograr escaños en las corporaciones o posiciones de tipo administrativo o gubernamental en unas elecciones. Otras veces, aunque provienen de los partidos, los une una candidatura y una vez logrados sus objetivos pueden desaparecer o reincorporarse a los partidos. Aquí la nota predominante es que son organizaciones transitorias y caracterizadas por el pluralismo ideológico, cívico, religioso, etc.

5.3 Grupos significativos de ciudadanos: existen otras organizaciones conocidas como agrupaciones políticas, que no tienen pretensión de permanencia, sólo buscan influir en la formación de la voluntad

política y obtener algunas ventajas electorales. Normalmente son células inconformes, pero componentes de los partidos o movimientos políticos. Son organizaciones de individuos que persiguen fines particulares, que influyen sobre las decisiones de los órganos del Estado con el propósito de lograr los fines que los identifican. De igual manera se reconoce a las organizaciones sociales el derecho a manifestarse y a participar en eventos políticos.

6. Organizaciones políticas y reforma

El Artículo 107 de la Constitución Nacional garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, otorgando libertad para afiliarse a ellos o retirarse sin condicionamientos especiales.

La reforma política agrega la prohibición de pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica; siendo dicha concepción política proveniente de países como Inglaterra, con los partidos Laborista y Conservador, y España, con el Partido Popular y el Socialista (PSOE). Estos partidos cuentan con una rigurosa reglamentación interna, que nosotros no hemos aún implementado, en la forma y medida en que se requiere, pues nuestras colectividades políticas no cuentan con censo electoral partidista o carnetización de los afiliados, para impedir la participación de un ciudadano en una colectividad o agrupación diferente al movimiento o partido político al cual pertenece.

En cuanto a su funcionamiento, la reforma establece que se organizarán de forma democrática, señalando la posibilidad de tomar sus decisiones o escoger sus candida-

tos a través de consultas internas, que pueden coincidir o no con las elecciones a corporaciones públicas, de acuerdo con lo previsto en sus estatutos. Prohíbe, además, que quien se postule en las consultas internas de un partido o movimiento político para escogencia de candidatos se pueda inscribir como candidato por otro movimiento o partido político en el mismo proceso electoral.

La reforma política deroga, tácitamente, el Artículo 185 de la Constitución Política, que consagra la inviolabilidad parlamentaria; esto es, la garantía constitucional otorgada a los congresistas por las opiniones o votos emitidos en ejercicio de su cargo, que son inviolables. En adelante, esta garantía se restringe, ya que los parlamentarios deben votar conforme a las decisiones previamente adoptadas por el partido o movimiento. Los miembros de las corporaciones públicas deben votar en las plenarios y en las comisiones respectivas ya no individual y personalmente, sino por bancadas, esto es, por partidos o movimientos políticos, so pena de ser sancionado quien no cumple esta obligación política con la expulsión del partido o movimiento político, o restringiéndole el voto en la corporación respectiva por el resto del periodo. Esta también es una práctica tomada del sistema inglés y del español (Montero, 1997: 391). En estos países, a aquellos que votan contrariamente a la posición de su partido, se les estigmatiza con la conocida expresión de "tránsugas".

De igual forma, se mantiene vigente el derecho de las organizaciones sociales para manifestarse y participar en eventos políticos.

6.1 Obtención y pérdida de la personería jurídica: el Artículo 108 establece que el Consejo Nacional Electoral otorgará personería jurídica a los partidos, movimientos políti-

cos y grupos significativos de ciudadanos que obtengan una votación no inferior al dos por ciento de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en elecciones de Cámara de Representantes o Senado de la República; sin embargo, no se someterán a esta condición las circunscripciones de minorías, que sólo necesitan haber obtenido representación en el Congreso.

Este mismo artículo señala que un número plural de senadores o representantes a la Cámara, cuya sumatoria de votos en las pasadas elecciones de Congreso haya sido de más del dos por ciento de los votos válidos emitidos en el territorio nacional pueden obtener personería jurídica de partido o movimiento político.

Antes de esta reforma se exigía comprobar la existencia de partidos o movimientos políticos con un número de firmas no inferior a cincuenta mil, o cuando en las elecciones anteriores hubiesen obtenido por lo menos la misma cifra de votos o alcanzado representación en el Congreso de la República, reglamentación que facilitaba el acceso de grupos minoritarios a la vida política del país.

Este sistema que exige un porcentaje mínimo de votos durante las elecciones, para poder obtener personería jurídica, conlleva a retomar el bipartidismo, pues exige un alto número de votos que no conseguirá fácilmente un partido o movimiento diferente a los partidos tradicionales, que por su trayectoria tienen la fuerza suficiente para alcanzarlos. Con esta exigencia están llamados a desaparecer, en las próximas elecciones para Congreso de Colombia, casi la totalidad de movimientos de carácter departamental.

6.2 Listas únicas y voto preferente: la reforma establece que para todos los proce-

esos de elección popular los partidos políticos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos presenten listas y candidatos únicos, cuyo número de integrantes no podrá exceder el de curules o cargos por proveer en la respectiva elección. Ejemplo, si el número de concejales en un municipio es de nueve, entonces los partidos o movimientos políticos únicamente pueden inscribir una lista de máximo nueve integrantes. Si se trata de alcalde o gobernador, cada partido o movimiento político o grupo significativo de ciudadanos, con personería jurídica, puede inscribir o avalar solamente a un candidato. No pueden existir dos listas o dos candidatos avalados por un mismo partido. Las organizaciones políticas reglamentarán el procedimiento para la selección o escogencia de sus listas y candidatos únicos.

Las organizaciones políticas pueden optar por el sistema del voto por lista o voto preferente. En el caso de lista única, el elector vota por la lista sin que tenga la opción de manifestar su intención por alguno de sus integrantes, y los votos se asignarán a la respectiva lista para efectos de la distribución de escaños mediante el sistema de cifra repartidora. Si la lista sobrepasa el umbral respectivo, la distribución de escaños se hará en orden descendente, de acuerdo con la ubicación en la respectiva lista.

En cuanto al sistema del voto preferente, la reforma permite que este mecanismo sea utilizado de forma opcional por las organizaciones políticas; si es empleado, el elector puede votar marcando el candidato de su preferencia entre los nombres de la lista de la organización a la que pertenece, que aparece en la tarjeta electoral. De acuerdo con la cantidad de votos obtenidos por cada uno de los candidatos se reordenará la lista y se asignarán las curules entre los miembros de la lista en orden descendente, es decir, em-

pezando por el candidato que haya obtenido el mayor número de votos. Además, los votos que no hayan sido atribuidos a ningún candidato en particular se contabilizarán a favor de la respectiva lista para efectos de la aplicación de las normas sobre el umbral y la cifra repartidora, pero no se aplican para reordenar la lista.

6.3 Financiación de campañas, publicidad y derechos de la oposición: el Artículo 3° de la reforma política, modificatorio del Artículo 109 de la Constitución, consagra una serie de derechos y obligaciones para las organizaciones políticas en cuanto a financiación de campañas y medios de comunicación. A los partidos políticos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos que postulen candidatos, el Estado les financiará las campañas mediante el sistema de reposición por votos depositados. Se le defiere a la ley la fijación del porcentaje de votación mínimo que deben obtener las organizaciones políticas para tener derecho a dicha reposición, así como los topes máximos de gastos de las campañas y el máximo de aportes privados que puedan recibir las organizaciones políticas, para tal efecto. La violación de topes máximos, debidamente comprobada, será sancionada con pérdida de la investidura o cargo respectivo.

Respecto de elecciones presidenciales, a los candidatos de partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, que cumplan con los requisitos mínimos de seriedad establecidos por la ley, el Estado les garantiza el acceso a medios publicitarios y espacios institucionales en radio y televisión.

De igual manera, el Art. 4° de la reforma, que modifica el Art. 111 de la Carta Política, les otorga a los partidos políticos y movimientos políticos con personería jurídica

ca el derecho a utilizar, en todo tiempo, los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, en la forma y con las condiciones que determine la ley.

Los partidos y movimientos políticos que se declaren en oposición al gobierno tendrán, como lo dispone el Artículo 5° de la reforma, que modifica al Art. 112 de la Constitución, el derecho a ejercer la función crítica y plantear alternativas políticas. Para tal efecto se les asegura el derecho al acceso a la información y documentación oficial, excepto la que se considere como reserva legal; el uso de los medios de comunicación social del Estado, de acuerdo con la representación obtenida para Congreso en las elecciones inmediatamente anteriores, y la réplica en los mismos medios de comunicación.

6.4 Derechos de las minorías: a las minorías políticas se les otorga una serie de derechos. En primer lugar, la reforma política, en su Art. 2°, dispone que la ley deberá establecer un régimen excepcional para la obtención y mantenimiento de las personerías jurídicas de las minorías, y para tal efecto sólo bastará que obtengan representación en el Congreso, así no alcancen el umbral exigido para las demás organizaciones políticas. Por otro lado, el Art. 5° de la reforma, modificadorio del Art. 112 de la Constitución Nacional, reitera a los partidos y movimientos políticos minoritarios con personería jurídica la garantía para participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados.

7. Otros aspectos de la reforma política

La reforma política toca otros temas relacionados con el sistema democrático colombiano, como son:

7.1 Institucionalización de períodos: a partir de la reforma política, para todo cargo de elección, los períodos establecidos en la Constitución o en la ley tienen el carácter de institucionales; es decir, que quien sea elegido en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo será por el resto del período para el cual fue elegido quien dejó la vacante, y no por otro período total. Con este artículo se acaba con el desorden que se daba en todo el territorio nacional, en donde ya prácticamente todos los domingos se celebraban elecciones en algún municipio para designar alcalde, por las sucesivas vacancias que se iban produciendo. Así, por ejemplo, y teniendo en cuenta que el nuevo período de alcaldes es de cuatro años, si al año y medio de estar en ejercicio del cargo fallece el alcalde, quien salga elegido para sucederlo estará en el cargo sólo dos años y medio, y no cuatro, como sucedía antes de la reforma.

7.2 Inhabilidad por cruce de períodos: el artículo 9° de la reforma política modifica el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Nacional. En esencia se trata de la misma redacción de la citada norma constitucional, sólo agrega la frase: «La renuncia a alguno de ellos no elimina la inhabilidad». El artículo 179, numeral 8, de la Constitución decía: «No podrán ser Congresistas: [...] 8. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente».

A pesar de la claridad de la inhabilidad contenida en la norma del art. 179 de la Carta Política, la Ley Orgánica 5ª de 1992, que se refiere al reglamento interno del Congreso, reprodujo la inhabilidad referida en el artículo 280, numeral 8, pero agregó: «salvo que medie renuncia aceptada antes de la elección correspondiente». Esta

modificación a la norma original contenida en la Constitución fue demandada ante la Corte Constitucional por considerarse que violaba el Art. 179, Numeral 8, de la Carta Magna, y el Máximo Tribunal Constitucional declaró exequible dicha frase, mediante sentencia C-093 de 1994, con lo cual hizo posible que muchos elegidos renunciaran a sus cargos de elección antes del vencimiento del período para el cual fueron elegidos, para aspirar a ser elegidos en otros cargos de elección y cuyos períodos se cruzaban en el tiempo así fuera parcialmente. Con la reforma, si los períodos se cruzan, así sea parcialmente, se genera la inhabilidad, sin que la renuncia al cargo la elimine.

7.3 Consejo Nacional Electoral y Registraduría: el artículo 13° de la reforma modifica el art. 264 de la Constitución y le asigna al Congreso en pleno (anteriormente era atribución del Consejo de Estado) la función de elegir a los magistrados del Consejo Nacional Electoral, nueve en total, mediante el sistema de cifra repartidora, para períodos de cuatro años, previa postulación de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica o por coaliciones entre ellos. A estos magistrados se les cataloga como servidores públicos, y tendrán las mismas calidades, inhabilidades, incompatibilidades y prerrogativas existentes para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, pudiendo ser reelegidos por una sola vez.

En cuanto a la acción de nulidad electoral, no pasó a competencia del Consejo Nacional Electoral, como se venía planteando, sino que sigue en manos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a la que se le fija un plazo máximo de un año para decidirla, sin que en ninguna de sus dos instancias el trámite pueda exceder de seis meses.

En lo que respecta a la Registraduría, el art. 14° de la reforma establece que el Registrador Nacional del Estado Civil será escogido por los presidentes de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado para un período de cuatro años (antes era elegido por el Consejo Nacional Electoral para períodos de cinco años), pudiendo ser reelegido por una sola vez, y deberá reunir las mismas calidades que se exigen para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia, y no debe haber ejercido cargos directivos en partidos o movimientos políticos dentro del año anterior a la elección. Con la reforma se sustrae el carácter político del nombramiento que hacía el Consejo Nacional Electoral, ya que a los presidentes de las altas cortes se les obliga a que lo hagan mediante concurso de méritos. A esta entidad se le asigna la dirección y organización de las elecciones, el registro civil e identificación de las personas. Se tecnifica, además, este organismo, ya que sus funcionarios son servidores públicos de carrera administrativa especial, a la cual se ingresará exclusivamente mediante concurso de méritos, excepto los cargos de responsabilidad administrativa o electoral, que serán de libre nombramiento.

7.4 Asambleas departamentales: la reforma política modifica el inciso 1° del artículo 299 de la Constitución Nacional en lo que respecta a la entidad territorial denominada Departamento. En efecto, le asigna explícitamente el control político sobre los actos de los gobernadores, secretarios de despachos, directores y gerentes de institutos descentralizados. Aquí radica en esencia la verdadera función de las asambleas departamentales, ya que en la medida en que este control se ejercite en debida forma se estará forjando el verdadero desarrollo de los departamentos y se estarán poniendo obstáculos certeros a la corrup-

ción. De igual forma, se varía la composición de estas corporaciones; en efecto, para las antiguas comisarías, erigidas en departamentos por la Constitución de 1991 (Amazonas, Guaviare, Guainía, Vaupés y Vichada), se asigna un número de siete diputados, mientras para los demás departamentos la composición sigue igual, es decir, de once a treinta y un miembros.

7.5 Secretario General de las Cámaras: la Reforma Política modifica el numeral 2 del art. 135 de la Constitución Nacional en lo que tiene que ver con el período de los secretarios generales de Senado y Cámara. En adelante, el período será de cuatro años y no de dos, como estaba consagrado. Según lo dispone el párrafo transitorio, el período establecido rige a partir del 20 de julio de 2002, con lo cual, de hecho, se está reeligiendo a los actuales secretarios generales.

Bibliografía

ACTO LEGISLATIVO No. 1 DE 2003.

CAMINAL, Miguel, 1996, "La Representación y el Parlamento", en: *Manual de Ciencia Política*, Universitat de Barcelona, Madrid, Tecnos.

GONZALO, Eduard, 1996, "Las Democracias", en: *Manual de Ciencia Política*, Universidad Autónoma de Barcelona, Madrid, Tecnos.

HERNÁNDEZ BRAVO, Juan, 1997, *Los sistemas electorales*, Universidad de la Laguna. R. del Águila (Editor). Madrid, Trotta.

JÉREZ, Miguel, "Los Grupos de Presión", en: R. del Águila (Editor), *Manual de Ciencia Política*, Cap. 13, Madrid, Trotta.

MONTERO, José Ramón, 1997, "Elecciones en España", en: *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Trotta.

NARANJO MESA, Vladimiro, 2000, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, octava edición, Bogotá, Temis.

OÑATE, Pablo, 1997, "Los Partidos Políticos", en: R. del Águila (Editor), *Manual de Ciencia Política*, Cap. 11, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, Trotta.

SENADO DE LA REPÚBLICA, 1998, "Construyendo democracia", *Reglamento Interno del Congreso (Ley 5 de 1992)*, Segunda Edición, Publicaciones del Senado de la República, Bogotá.

YOUNES MORENO, Diego, 1997, *Derecho Constitucional Colombiano*, tercera edición, Bogotá, Legis.

VIDAL PERDOMO, Jaime, 1998, *Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas*, séptima edición, Bogotá, Legis.

Derecho y Realidad
Vol. 1 • No. 2 • II Semestre de 2003
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC
ISSN: 1692-3936

Globalización y sistemas jurídico-políticos en América Latina

Luis Bernardo Díaz Gamboa*

Resumen

Lo que impone la globalización es la privatización, que significa la socialización de las pérdidas y la individualización de las ganancias para los monopolios, nacionales o transnacionales. La juridicidad se pone, dentro de la internacionalización, al servicio del gran capital y de la *lex mercatoria*.

Palabras clave: globalización, mundialización, internacionalización, privatización.

Abstract

What globalization imposes is privatization, which means the socialization of losses and the individualization of profits for the monopolies, both national and transnational. The law's internationalization is placed at the service of the great capital and the *lex mercatoria*.

Key word: globalization, internationalization, privatization.

* Profesor Asociado UPTC. Presidente de la Asociación Académica-Sindical de Profesores UPTC. Presidente Instituto "María Cano" -ISMAC-. Directivo Asociación de Abogados Defensores de Derechos Humanos "Eduardo Umaña Mendoza". Coordinador de la Asamblea Permanente de la Sociedad Civil por la Paz en Boyacá. Vicepresidente de "Juristas Sin Fronteras". Integrante de la Mesa Ciudadana por los Derechos Humanos y la Convivencia Pacífica en Boyacá. Director de los programas "Al Derechos y al Revés" y "Meditango" de la UPTC-FM Radio.

1. Aproximación conceptual

La reorganización mundial de fin del siglo XX se ha denominado *globalización*, en lenguaje anglófono, y *mundialización*, en la literatura francófona. Curiosamente encontramos que en el *Diccionario de Política* de Bobbio, Matteucci y Pasquino (1976) no figuran estos términos, aunque sí *internacionalismo*, *mundialismo* y *cosmopolitismo*, con otras caracterizaciones. ¿Indica esto, quizá, que sea un concepto más económico que político?

Lo cierto es que la globalización es una ideología multiforme; no hay una, sino múltiples globalizaciones (Palacio, 1998: 11). Existe una simultaneidad de procesos globalizadores en el ámbito político, económico y cultural, que modifican sustancialmente los sistemas de control en los países semiperiféricos y periféricos, dentro del esquema utilizado por De Souza (1998). Para este autor portugués, lo que existe es una red de globalismos localizados y localismos globalizados. Los globalismos localizados consisten en "el impacto específico de las prácticas e imperativos transnacionales en las condiciones locales, que son así desestructuradas y reestructuradas con el fin de responder a dichos imperativos" (De Souza: 57), señalando algunos como la conversión de la agricultura de subsistencia orientada a la exportación, como parte del denominado «ajuste estructural» proveniente de las exigencias de la banca multilateral, los enclaves de libre comercio, la deforestación y el deterioro masivo de los recursos naturales para pagar la deuda externa, el uso turístico de los tesoros históricos, los lugares o ceremonias religiosas, las artes, la vida natural, etc. Por el contrario, cuando un fenómeno local es globalizado con éxito se denomina "localismo globalizado", como

por ejemplo la operación mundial de las empresas transnacionales, la utilización del inglés como lengua universal, el cine de Hollywood o la adopción mundial de las leyes de propiedad intelectual norteamericanas sobre *software*. "De golpe, la palabra imperialismo es suplantada por el término *globalización*, con toda la carga de positividad que a ésta ha insuflado la *mass media* planetarizada", dice el profesor Díaz Arenas (1998: 20).

Cuando hablamos de ideología, la globalización se enmarca dentro de lo que se ha denominado neoliberalismo, cuyo principio central es afirmar que la liberación de la economía y la supresión de las formas caducas y degradadas de intervención estatal son suficientes para garantizar nuestro desarrollo. Es decir, que la economía solo debe ser regulada por ella misma, por los bancos, por los bufetes de abogados (especialmente norteamericanos), por las agencias de "rating" y en las reuniones de los Jefes de los Estados más ricos y de los gobernadores de sus bancos centrales, que deben desligarse de la "perturbadora política partidista". Esta ideología inventó el concepto de globalización. Se trata de una construcción ideológica y no de la descripción de un nuevo entorno económico. Constatar el aumento de los intercambios mundiales, el papel de las nuevas tecnologías y la multipolarización del sistema de producción es una cosa; decir que constituye un sistema mundial autorregulado y, por tanto, que la economía escapa y debe escapar a los controles políticos es otra muy distinta. Se sustituye una descripción exacta por una interpretación errónea.

No sólo las economías siguen siendo ante todo nacionales—lo que es cierto sobre todo en los dos extremos del horizonte económico: E.U. y China—; no sólo el mundo parece encaminarse, *ceteris paribus*, hacia una

trilateralización—Norteamérica, Japón y la UE— más que hacia una globalización; no sólo en el terreno de las comunicaciones de masas asistimos a una hegemonía norteamericana más que a la internacionalización, sino que, lo que es aún más importante, asistimos a la creación de redes financieras mundiales en lugar de a la creación de una economía mundial. Todo ello se refleja en una cifra: sólo el 2% de los movimientos de capital corresponde a intercambios de bienes y servicios.

El término globalización, dentro del proceso de acumulación capitalista, implica una profunda transformación internacional, caracterizada por la superación valorativa del capital y el mercado con relación al trabajo y al Estado.

Para De Souza, "la globalización es el proceso por medio del cual una condición o entidad local dada tiene éxito en extender su rango de acción sobre todo el globo y, haciéndolo, desarrolla la capacidad de designar a una condición o entidad rival como local [...] Lo que llamamos globalización es siempre la globalización exitosa de un localismo dado" (1997: 5-6).

La globalización, así como genera oportunidades, también genera altos riesgos. Los inversionistas pueden encontrar oportunidades comerciales, de colocación, de aprovechamiento del desarrollo tecnológico; se facilita el intercambio cultural y el acceso a la tecnología informativa. Pero, siguiendo a De Sousa, el patrón de la división internacional del globalismo consiste en que los países centrales se especializan en localismos globalizados, mientras que a los países periféricos se les impone la escogencia de globalismos localizados.

La Comisión Colombia-Estados Unidos encontró los elementos más importantes y

contradictorios de la globalización en los siguientes aspectos (Tokatlian, 1998: 5):

- La globalización integra a las diversas sociedades, pero a la vez modifica las pautas de comportamiento prevalecientes.

- La globalización tiene una aspiración de mayor inclusión territorial, aunque desata simultáneamente una evidente exclusión de sectores ciudadanos.

- La globalización pretende una homogeneidad en los principios económicos y jurídicos básicos, y al mismo tiempo produce graves desequilibrios regionales y sociales.

- La globalización promueve una ideología presuntamente igualitaria en cuanto a los beneficios de su desarrollo y genera, en la práctica, una enorme desigualdad entre individuos y países.

- La globalización se presenta como un movimiento sincrónico en el tiempo y el espacio, a pesar de que se caracteriza por una notable asincronía temporal y espacial en su expansión y afianzamiento.

- La globalización fortalece o debilita de manera diferente a los distintos países. A la vez incorpora y fragmenta las diversas sociedades, y afecta de modo disímil el poder de los diferentes actores sociales y políticos.

2. La globalización económica

Podríamos caracterizar esta mundialización por los siguientes aspectos:

- A. Cambios en los patrones de producción. Se produce una nueva división interna-

cional del trabajo al ubicar las empresas transnacionales plantas de producción en la periferia, a fin de abaratar costes.

B. Unión de mercados financieros que garantice el libre flujo de inversión a través de las fronteras. La globalización económica ha estado acompañada de instituciones que la protegen: organismos de carácter mundial, como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM), la Organización Mundial de Comercio (OMC) y la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE); de carácter subcontinental, como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), e instancias informales, como las reuniones del Grupo de los Siete (G-7), que fijan las reglas del juego del sistema en conjunto.

C. Trascendencia de las empresas transnacionales, cada día más creciente por su capacidad de expandir la producción y otras operaciones alrededor del mundo, así como de movilizar plantas industriales de un país a otro, como las famosas maquilas.

D. Fortalecimiento de los bloques regionales de comercio. Se han creado áreas regionales de libre comercio y mercados comunes, superando barreras arancelarias. Las normas internacionales que promueven el libre comercio en bienes y servicios (por ejemplo, la Organización Mundial de Comercio -OMC-) tienen efectos directos e indirectos en muchos aspectos de la regulación nacional. En el ámbito regional se han construido bloques fuertemente constituidos, como la Unión Europea (UE), o acuerdos zonales sólidos, como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el Acuerdo de Libre Comercio entre Australia y Nueva Zelanda (ANZERTA), la Asociación de Naciones del

Sudeste Asiático (ASEAN), o instituciones muy influyentes, como el ya mencionado BID y el Banco Asiático de Desarrollo (ADB). También existen proyectos en lenta gestación como el Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA), así como iniciativas aduaneras y comerciales subregionales como la Comunidad Andina (CA), el Mercado Común del Sur (Mercosur), la Comunidad Económica del Caribe (Caricom) y el Mercado Común Centroamericano (MCCA).

En el ámbito binacional se destacan los acuerdos de comercio, aduanas e inversión, y los tratados en materia de patentes y derechos de propiedad intelectual, tanto entre Estados Unidos y varios países de América Latina y el Caribe, como entre naciones latinoamericanas y caribeñas.

E. Ajuste estructural y privatización. Tiene que ver con el achicamiento del aparato estatal, la desregulación, la privatización de sectores otrora claves en el manejo nacional y el desarrollo de las instituciones de mercado, incluyendo las estructuras jurídicas a su servicio, para lograr mayor estabilidad macroeconómica dentro de un claro modelo monetarista.

F. Hegemonía de los conceptos neoliberales sobre las relaciones económicas. Las instituciones financieras que tienen como base el capital estadounidense -denominadas el «Acuerdo de Washington»- procuran la desregulación de la actividad económica, el libre juego de los mercados privados, la reducción del papel del gobierno y el libre comercio internacional. Latinoamérica, la antigua Unión Soviética, Europa Oriental y buena parte de Asia reciben este influjo de manera directa.

3. La globalización jurídico-política

Como dice Tokatlián, “la esfera política se refiere al arreglo social para la coordinación, aplicación y legitimación del uso del poder en sus diversas formas, desde el aparato militar y policivo hasta la estructura jurisdiccional que vela por el cumplimiento de las ‘reglas de juego’ sobre las conductas ciudadanas y que regula el comportamiento de los agentes económicos” (1998: 7).

Es indudable que la globalización política no está desarrollada en la misma dimensión que la económica. Basta mirar lo que pasa con la Unión Europea: mientras se han dado pasos contundentes en la creación de la moneda única (euro), la Política Exterior de Seguridad y Defensa Común (PESC) está en ciernes y sigue dependiendo fundamentalmente de los Estados Unidos, como lo demuestran los acontecimientos de la invasión a Irak.

Sin embargo, los grandes problemas planetarios, tales como el medio ambiente, los derechos humanos y el desarrollo compartido, se abordan en foros internacionales como las Naciones Unidas y, crecientemente, en organizaciones no gubernamentales, como Greenpeace o Amnistía Internacional.

Podríamos señalar dos aspectos cruciales de la mundialización política:

A. La tendencia mundial hacia la democratización (formal) y la protección de los derechos humanos y el renovado interés en el “imperio del derecho”. Paralelamente a los ajustes económicos, en general, la comunidad internacional presiona la creación de gobiernos liberales, el control de la arbitrariedad gubernamental, la protección de los derechos individuales y el fortalecimiento del aparato jurídico¹.

B. El surgimiento de actores supranacionales y transnacionales que promueven los derechos humanos y la democracia: las ONG que impulsan la democratización, la protección de los derechos ciudadanos y del medio ambiente, así como la defensa de los desposeídos. Se destaca la creciente importancia de las leyes internacionales sobre derechos humanos, que inciden en los marcos jurídicos nacionales. La OEA, con su Comisión Interamericana y la Corte de Derechos Humanos, pretende jugar un papel interesante en esta vía, aunque con profundas limitaciones.

En cuanto a la seguridad internacional, Estados Unidos, convertido en el gendarme universal, impone los criterios de estabilización geopolítica en aras del mejor servicio a los intereses de la acumulación capitalista. La Escuela de las Américas, establecida para preparar militares latinoamericanos en la lucha contra opciones “desestabilizadoras” de su línea en el área, apelando a todo tipo de procedimientos, rayanos en delitos de lesa humanidad, es un ejemplo de su estilo². La Organización

¹ Por vía de ejemplo los intentos desestabilizadores en Paraguay, Ecuador y Venezuela, que tuvieron inmediato rechazo de la Comunidad Internacional, y en especial de los países centrales.

² “Las ONG y el Congreso presionan a Clinton. ¿Fin de la Escuela de las Américas?”. En: *El Espectador*, Bogotá, mayo 5 de 1999, p. 14 A. Se demostró que la Escuela capacitó en torturas y desapariciones a numerosos militares latinoamericanos dentro de la denominada “doctrina de la seguridad nacional”, muy en consonancia con la guerra fría y la constitución de un dique frente a la penetración del sovietismo en el subcontinente.

del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) tiende a expandirse más allá de su jurisdicción, como lo observamos en el caso serbio. Subsiste en las Américas un instrumento desusado denominado Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), y cumbres de ministros de defensa, así como cooperación militar y policial —especial para frenar el narcotráfico— desde E.U. hacia países como Bolivia, Perú, México y Colombia.

4. La globalización cultural

Huelga reconocer que el fenómeno local aún no ha sido totalmente desbordado por el tema mundialista; incluso se habla de "glocalización", para plantear una simbiosis entre lo local y lo global (Palacio, 1998: 29), pues la mayor parte de los problemas que afectan la vida cotidiana, a saber, la educación, la sanidad, la cultura, el deporte, los equipamientos sociales, el transporte urbano, la ecología local, la seguridad ciudadana y el placer de vivir en nuestro barrio y en nuestra ciudad, son competencia y práctica de las entidades locales y autonómicas. La identidad de la gente se expresa cada vez más en un ámbito territorial distinto del Estado-Nación moderno, con fuerza, como en el caso de Cataluña, Euzkadi o Escocia, naciones sin Estado, —por no hablar de los palestinos o los kurdos—, o con acentos más matizados, como en el caso de identidades locales o regionales en casi toda Europa o en Latinoamérica (regionalismos), en cualquier caso con mayor apego y legitimidad que las identidades históricas constituidas.

Estas identidades locales pueden producir tensiones y hasta enfrentamientos con la "cultura global" o común que pretenden homogeneizar desde diversos ápices

(étnicos, religiosos, ecológicos, humanitarios, etc.) la conciencia social representada por los valores y principios de la población. La configuración de una "aldea global" con un patrón cultural único es obvio que genere resistencias multiformes, como la desobediencia civil. Para Garay:

el proceso de relacionamiento intercultural se ha hecho cada vez más complejo y multidimensional por la tendencia conflictiva hacia una 'supercultura' basada en la ciencia y la tecnología, el desarrollo de un mercado simbólico mundial, el surgimiento y robustecimiento de organizaciones internacionales y la transformación del papel de los Estados-Nación en el desarrollo nacional [...] Así mismo, con la globalización no sólo se reconfigura la composición de clases dominantes en el espacio internacional sino además se reproducen nuevas dinámicas relacionales y redes de interacción entre las mismas. Así va emergiendo un prototipo de "clase transnacional" que incorpora, entre otros agentes sociales, a capitalistas transnacionalizados, empleados 'privilegiados' en el sector corporativo y otros vinculados con la producción y las finanzas transnacionales y que está comprometida con la profundización del capitalismo globalizante y la consolidación de la economía política neoliberal (1997: 40-41).

5. Globalización y sistemas jurídicos latinoamericanos

La modernización del aparato estatal tiene dentro de sus componentes la adecuación de los sistemas jurídicos a los nuevos requerimientos de la globalización. Podríamos dividir el análisis en las reformas político-constitucionales y en las puramente legales.

5.1 Constitucionalismo y democracia en América Latina

El constitucionalismo en América Latina, que en su evolución ya va para doscientos años, ha confirmado en los últimos tres decenios su lucha constante por lograr el sometimiento del poder a la ley y por realizar el Estado de Derecho. En este sentido, se confirman los principios fundamentales de las democracias liberales en todas las constituciones del subcontinente, con mayor o menor realismo jurídico-político en uno u otro país.

Las constituciones de los países latinoamericanos (López y Aguiar, 1992), desde cuando conquistaron la independencia —principios del siglo XIX—, no han consagrado forma de Estado diferente a la *republicana*, con excepción de Brasil que, teniendo en cuenta el origen de su independencia, tuvo por varios años la forma monárquica, al igual que México en el breve período de Maximiliano. A la forma republicana de Estado siempre se la ha acompañado con la forma de gobierno presidencial, siguiendo el modelo estadounidense y la experiencia de las presidencias de la época colonial española, con cortos períodos de experiencias parlamentarias o de gobierno de convención tipo suizo, como en los casos de Venezuela y de Uruguay. De la democracia liberal estos países han tomado en forma constante los principios fundamentales de la separación de poderes, la promulgación constitucional de un catálogo de derechos y garantías fundamentales y la supremacía de la Constitución y de la ley, que somete no solo a los ciudadanos sino también a los gobernantes, quienes no pueden hacer nada diferente a lo que expresamente les está normativamente facultado, siendo responsables por la acción, omisión o extralimitación en sus funciones. Igualmente, son

tomados los principios del origen popular del poder del gobernante, y, por lo tanto, la responsabilidad de los elegidos, la organización de un sistema de control judicial sobre los actos de los poderes del Estado y de un control político especial sobre el gobierno, ejercido por los representantes del pueblo en el Congreso, Asamblea o Parlamento. Se ha dado también especial atención a la rama judicial del poder, en modo de garantizar su más plena autonomía e independencia de los demás poderes.

¿Hasta dónde este sistema de organización política es más una formalidad que una realidad? Es algo bastante estudiado y sin discusión. Como diría el maestro Pablo Lucas Verdú, recordando a Loewenstein, una cosa es tener Constitución, y otra muy distinta es vivir en Constitución. Las desigualdades, la pobreza, la miseria, el analfabetismo, la existencia de fuertes grupos de poder hegemónico y de presión, no sólo internos sino también internacionales, las relaciones internacionales de dependencia, el papel de las fuerzas armadas y de la iglesia, todos estos fenómenos que caracterizan la vida de las sociedades y los Estados latinoamericanos pueden explicar en forma racional la incompleta práctica del constitucionalismo de la región y los largos períodos de suspensión (Díaz, 1991).

De todos modos, el constitucionalismo latinoamericano, así sea más semántico que normativo, es una realidad que se modifica y "moderniza" con la finalidad de lograr un Estado de Derecho y una democracia de participación, en un contexto nada favorable por los factores condicionantes. Por ello algunas constituciones se han transformado, cambiando la soberanía de la nación a la soberanía popular o ciudadana. Las Constituciones de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador

y Perú tienen elementos interesantes al respecto. Recientemente, el presidente de Venezuela, Hugo Chávez, en su posesión, juró sobre una "moribunda Constitución", indicando con esto su voluntad de transformación, que en efecto sacó adelante con la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por vía de ejemplo, la Lex Legum colombiana tiene dos artículos que tocan con el proceso internacional: el 58-4 y el 93. En el primero se dice que "Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio. En diversos foros internacionales, los representantes de las multinacionales extranjeras han solicitado la derogación de dicha norma, por considerarla riesgosa para sus inversiones en el territorio colombiano. Aunque el Congreso no la ha reglamentado, quizá por esa presión, tampoco la ha derogado.

Por su parte, el art. 93 de la Carta colombiana señala: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". Esta norma erige el denominado "bloque de constitucionalidad", de procedencia francesa, y abre un gran boquete por medio del cual se pueden proteger los derechos fundamentales en Colombia.

5.2 La reforma judicial y su contexto

Congestión, morosidad, impunidad, denegación de justicia y desconfianza en el aparato judicial latinoamericano se han venido denunciando desde 1970. Se plantea que tal situación de atraso en la administración de justicia vulnera la modernización del Estado y la democratización política. Desgraciadamente, el interés de las potencias del "Acuerdo de Washington" se refleja esencialmente en los efectos indeseables del errático funcionamiento del sistema de justicia en términos del desarrollo económico, ya que una justicia ineficiente, costosa, lenta e impredecible genera costos indeseables e impredecibles para la inversión internacional, hoy concebida como motor central del crecimiento económico.

Instituciones como la AID, el Banco Mundial o el BID, adscribiéndose a esta teoría, han promovido en Latinoamérica reformas legales y judiciales, con la realización de estudios e investigaciones y el otorgamiento de préstamos de mediano y largo plazo para el desarrollo de proyectos de reforma judicial.

Particularmente considero que es un error sostener que la reforma legal judicial, en una *lex mercatoria*, es el requisito sine qua non para el desarrollo económico. El objetivo de la reforma del sistema legal y judicial como requisito de las políticas de mercado radica en el respeto y la promoción del sector privado como agente privilegiado del desarrollo económico. Pretende elevar a sacrosanto el derecho a la propiedad y en intocables a sus protagonistas, que "generosamente" invierten en la periferia, con grandes riesgos.

Para el Banco Mundial y el BID el fracaso de las políticas de ajuste estructural se debe,

entre otras cosas, al deficiente funcionamiento del sistema de justicia, que afectó el desarrollo económico. Debe entonces implantarse, según ellos, el 'rule of law' anglosajón, para una gobernabilidad aceptable.

La crítica de los pretendidos reformistas parte de negar la justicia como un servicio público que resuelva controversias o conflictos. Al primar los criterios de eficacia y eficiencia —carentes en la justicia estatal— debe estudiarse la posibilidad de que este servicio pueda ser responsabilidad de agentes privados, como los tribunales de arbitramento.

El formalismo y el procesalismo jurídico son señalados como verdaderas cortapisas al desarrollo económico³.

Dentro de las líneas de la reforma judicial se extraen las siguientes:

- Creación de sistemas acusatorios en cabeza de fiscalías con fuertes poderes investigativos y en algunos casos facultades judiciales.
- Promover la organización del gremio de abogados como pilar central para garantizar el desarrollo eficaz del proceso de reforma.
- Especializar la organización administrativa del servicio de justicia a través de la creación de órganos superiores de la judicatura que a su vez cumplen tareas en el control de eficiencia de la labor de los jueces y en la planeación del sector justicia.

El Banco Mundial y el BID han otorgado préstamos para la reforma a varios países, tales como Argentina, Bolivia, Colombia, Honduras, Nicaragua, Panamá, Venezuela, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Haití, Paraguay y Perú. También la AID de E.U. y la GTZ de Alemania y Francia vienen prestando asistencia técnica para la reforma.

En todo caso, para honrar la verdad, muchas organizaciones sociales, ciudadanos y gobiernos también daman por una justicia más eficiente en la resolución de los conflictos; lo grave es circunscribir la reforma al tema economicista, sin mirar la protección de los derechos humanos y el desarrollo sostenible, con aplicación de discriminación positiva (acciones afirmativas) hacia los excluidos, por ejemplo.

Considerar, como lo hace el Banco Mundial, que con la reforma judicial vendrá el desarrollo económico es desconocer la influencia de otros factores reales, políticos y económicos, locales y globales, que juegan en su cristalización. ¿La reforma no aumentará la deuda externa? Es urgente, pues, establecer por lo menos una interrelación entre los diagnósticos sobre la crisis y los retos de la administración de justicia que, incluyendo la dimensión económica, valore igualmente los niveles políticos y sociales del tema. La agenda debe contener la vigencia de los derechos humanos en sentido integral, la lucha contra la discriminación de género, sexo y raza y la realización de las reivindicaciones sociales

³ cfr. CONSEJO LATINOAMERICANO DE DERECHO Y DESARROLLO. *La administración de justicia en América Latina*. Trabajos presentados a la V Conferencia de Derecho y Desarrollo. San José de Costa Rica. Agosto de 1980, Lima 1984. También: MARTÍNEZ, NÉSTOR HUMBERTO. *Justicia para la gente*. Una visión alternativa. 2a. ed., Bogotá, 1995.

de una población crecientemente empobrecida.

La internacionalización de la economía y del comercio implica simultáneamente la construcción de marcos jurídicos internacionales. "El espacio del mercado nacional, como ámbito territorial de Estado-Nación, ve resquebrarse sus murallas ante la consolidación de un nuevo orden económico y político mundial, donde los bloques económicos y la apertura de mercados son presentados como el paso necesario hacia el ansiado desarrollo" (Burgos, 1992).

La internacionalización de la administración judicial no ha sido ciertamente un propósito ajeno a los diferentes gobiernos. Este intento se configuró claramente con la sustitución del sistema de justicia colombiano por el sistema norteamericano, al juzgar y condenar nacionales instrumentalizando la **extradición**, so capa de esconder los intereses de la potencia para consolidar un sistema represivo legal a escala continental, que desde luego riñe con la soberanía nacional de los Estados latinoamericanos, así se disfrace con la "cooperación frente a un crimen internacional". Como dice Nemogá:

El impulso al mejoramiento de los sistemas de justicia proviene de los cambios globales de la economía dirigidos a acelerar su expansión. Ello supone mecanismos ágiles para la solución de conflictos, disminución de la impunidad y de la criminalidad. La modernización del Estado y los procesos de apertura económica para el libre juego de las oportunidades y agentes del mercado llevan a desregular la vida social y económica, y en consecuencia a restringir el campo de acción de la administración de justicia estatal [...] No en vano los

campos prioritarios en el proceso de adecuación del marco jurídico para la inversión de capital son las reglamentaciones sobre competencia, finanzas, moneda, seguros, seguridad social, bancario, propiedad industrial, aduanas, inversiones extranjeras, laboral, tributario y ambiental. La modernización no se limita al derecho sustancial, sino que tiene que ver también con el derecho procesal. Es aquí donde se menciona el acceso del ciudadano a la justicia. Pero no se trata del ciudadano que carece de riqueza o de bienes. Se trata de los actores económicos que necesitan seguridad jurídica para el desarrollo de la inversión a corto, mediano y largo plazo (1995: 118-119).

6. Los derechos humanos

El tema de los Derechos Humanos en Latinoamérica cobra especial relevancia. En la subregión existe un cúmulo de declaraciones, convenios y tratados suscritos y ratificados por los Estados, y se da la actuación de tribunales nacionales que han asumido competencias sobre crímenes de lesa humanidad, y de la OEA, por medio de la Comisión y la Corte, a la vez que países centrales han fijado cláusulas de condicionalidad democrática a países receptores de la cooperación internacional si vulneran los DD.HH.

6.1 El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Constituido por la Comisión Interamericana de DD. HH. y por la Corte, presenta limitaciones muy serias en planta de personal, presupuesto (a los miembros de la Corte no les pagan) y otros aspectos. La Comisión tardaría 24 años para ponerse al día con los temas sujetos a su conocimiento, lo cual entra-

ña la realidad de que justicia retardada no es justicia. De 1991 a 1996, la Comisión decidió 104 casos, escasamente. En el caso de la Corte las cosas no cambian mucho. Durante los primeros veinte años de existencia, la Corte había decidido solamente tres casos contenciosos.

La situación se torna más problemática en materia de reconocimiento del derecho e indemnización de las víctimas, cuando las resoluciones de la Comisión son consideradas como meras recomendaciones no vinculantes. Debido a la naturaleza no coercitiva de las resoluciones de la Comisión, no es sorpresa que muchos Estados las ignoren completamente o las denuncien como un intento por infringir su soberanía nacional. Perú ha ganado notoriedad por su extremo desconocimiento de las recomendaciones de la CIDH, especialmente bajo la égida fujimorista. Otros países sufren una debilidad institucional que hace difícil, cuando no imposible, el cumplimiento de las resoluciones. Además, como ni la Comisión ni la Corte tienen facultades de justicia en lo penal, sólo se limitan a ordenar soluciones tales como la indemnización a los familiares de las víctimas y a demandar que el Estado investigue y castigue a los responsables por la violación.

Una crítica reiterada al Sistema, que a su vez es fuente de su debilidad, ha sido la negativa de poderosas naciones hemisféricas a ratificar la Convención Americana y a aceptar la jurisdicción de la Corte. De ahí, de los 24 países que han ratificado la Convención Americana, 17 han aceptado la jurisdicción de la Corte.

6.2 La cláusula de condicionalidad democrática

Para el Consejo de Europa la cláusula de-

mocrática es un instrumento que, insertado en los acuerdos de cooperación con terceros países, permite promocionar y defender los derechos humanos y las libertades fundamentales. Se entiende que estos son elementos centrales del desarrollo, que se ha de centrar en el individuo. Si estos faltan, el desarrollo no es completo ni posible. De este modo, con la misión de promocionar la defensa de los valores del individuo y de su desarrollo, la cláusula democrática permitiría condicionar la ayuda tanto desde un punto de vista positivo (aumentarla) como negativo (hasta suspenderla).

La versión positiva, es decir, la posibilidad de incrementar la ayuda a los *países en vías de desarrollo* que hayan mejorado en derechos humanos, es la que según el Consejo ha de imperar. La misma Resolución expone los sectores en los que se debe centrar la actuación de la Comunidad. Con respecto a las zonas geográficas con las que existen relaciones privilegiadas, las orientaciones generales se ven completadas por compromisos y prioridades adaptados a situaciones concretas. Este es el caso del Reglamento 443/92, que enuncia las bases de la cooperación con los países de América Latina. Así se estimula el enfoque positivo, centrado, como afirma la Comisión, en "los valores de intercambio, participación y estímulo. Hacen resaltar el carácter global de la transformación de la sociedad y la participación activa que ésta induce" (Consejo de Europa, 1995: 25).

Se consideran preferentes las acciones de consolidación del Estado de Derecho (apoyo a las reformas de carácter institucional, fortalecimiento de la independencia del poder judicial, mejora del sistema penitenciario, promoción de la buena gestión pública); las acciones de apoyo al proceso de transición demo-

crática (operaciones electorales mediante el envío de observadores, compra de material para las elecciones, elaboración de códigos electorales, censo de electores, y ello dentro del respeto del principio de neutralidad política); así como acciones encaminadas a fortalecer el papel de las ONG y otras instituciones para garantizar el carácter pluralista de la sociedad civil (apoyo a la participación de estas asociaciones locales de defensa de los derechos humanos y fomento de su participación en los distintos ámbitos de desarrollo, apoyo a la libertad de prensa y a la intensificación de los programas de educación cívica, tanto en las escuelas como a través de los medios de comunicación).

En su versión negativa, la cláusula democrática supone la reacción de la Comunidad y de sus Estados miembros frente a las violaciones masivas de derechos humanos o interrupción de procesos democráticos que impiden el desarrollo y además ponen en peligro la paz y la seguridad internacionales. Las medidas por tomar como respuesta deberán ajustarse a cada circunstancia: el aplazamiento de nuevos proyectos, la reducción de los programas de cooperación, los embargos comerciales, la suspensión de las ventas de armas, la interrupción de la cooperación militar o la suspensión de la cooperación. Ninguna de estas medidas, según establece el Consejo, deberá afectar a la población menos favorecida. A tal fin se dispone que se haga llegar a estos sectores, por cauces no gubernamentales, como las ONG, la ayuda humanitaria y de emergencia. Para Héctor Moncayo

es evidente que el juicio sobre el respeto de los derechos humanos siempre se dirige a las regiones o países menos desarrollados. Es decir, en nues-

tro lenguaje, a la periferia. Si pensamos que una condicionalidad en esta materia forma parte de un desplazamiento de cierta porción de soberanía, debemos concluir que, a pesar de la utilidad que puede representar, es manifestación de que el desplazamiento se da en un solo sentido. Por eso, la cuestión de si el que condiciona es un país, o grupo de países, o un organismo multilateral, es una cuestión que no pertenece, en principio, al campo de las preferencias. El hecho es que la condicionalidad proviene del centro que, por cierto, es el único en capacidad de darle fuerza coactiva (1996: 27).

6.3 Los Tribunales Internacionales de Opinión

Se caracterizan por no recibir su investidura de algún poder estatal, sino de lo que denominan "conciencia ética de la humanidad", expresada en personalidades destacadas del mundo de la ciencia, el arte, la religión, la política y la juridicidad. Este género se inicia con el Tribunal Russell, que enjuició los crímenes cometidos por los Estados Unidos y otros Estados cómplices durante la Guerra de Vietnam.

Las sentencias del Tribunal no tienen una eficacia inmediata ni directa para corregir o cambiar las situaciones enjuiciadas (no vinculan), pues este Tribunal no tiene carácter interestatal. "La eficacia del Tribunal hay que evaluarla en otros planos: en la respuesta racional que ofrece a quienes se oponen al crimen institucionalizado; en la legitimación fundamentada de aspiraciones universales compartidas por la mayoría de los seres humanos; en el aporte que da a la evolución del derecho internacional; en el apoyo moral a las víctimas de los crímenes internacionales; en la sanción moral y deslegitimación a los victimarios,

sean personas o Estados" (ONG colombianas, 1976: 6). Pero también las sentencias del Tribunal son enviadas a las principales instancias internacionales, sobre todo de las Naciones Unidas.

Recientemente se conformó un Tribunal Internacional de Opinión (TIO), tanto en Canadá como en Colombia, para juzgar los hechos acaecidos en Barrancabermeja durante los días 16 y 17 de mayo de 1998, cuando un grupo de paramilitares dio muerte a 32 personas. El Tribunal determinó responsabilidad estatal, pues el gobierno colombiano "no sólo manifestó ceguera intencional durante la masacre, sino que también no realizó ningún esfuerzo para investigar con seriedad los crímenes del 16 y 17 de mayo, ni las violaciones posteriores que continúan sucediendo hasta la fecha".

6.4 La Audiencia Nacional Española

A raíz del caso del exdictador Augusto Pinochet Ugarte, pedido en extradición por el juez español Baltasar Garzón, y en tanto se desarrolla universalmente la Corte Penal Internacional, la Audiencia Nacional Española ha asumido la competencia para juzgar crímenes de lesa humanidad, en especial frente a los casos de las dictaduras argentina y chilena, existan o no ciudadanos españoles víctimas de ellas. Recientemente, la justicia alemana también siguió este parámetro al reclamar la responsabilidad de los militares argentinos cómplices en la dictadura argentina de numerosos crímenes.

Como novedad, nos parece pertinente citar el caso planteado por dos ONG españolas, la Asociación Argentina de Derechos Humanos y Juristas Sin Fronteras, ante la Audiencia Nacional, frente al caso colombiano durante el año 2000:

La presente querrela pretende incriminar a los siguientes ex presidentes de la República de Colombia:

Alfonso López Michelsen (Gobernó de 1974 a 1978)

Julio César Turbay Ayala (1978-1982)

Belisario Betancur Cuartas (1982-1986)
César Gaviria Trujillo (1990-1994) Y
Ernesto Samper Pizano (1994-1998)

También imputamos varios delitos al actual Mandatario de Colombia Andrés Pastrana Arango (1998-2002)

Acusamos a la totalidad de Ministros de Defensa de Colombia desde 1974 a la fecha, así como a los Comandantes del Ejército y la Policía en sus diferentes niveles, como luego se pasará a desglosar. A los Comandantes Generales de las Fuerzas Militares; a los Jefes del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Militares, así como a los distintos Comandantes de División y Comandantes de Brigadas, Unidades Especiales y otras Divisiones, debidamente relacionados y especificados en los numerosos cargos que presentaremos.

Incriminos a los Comandantes de las fuerzas paramilitares colombianas, encabezadas por los hermanos Fidel (de quien se sospecha vive en París) y Carlos Castaño, representantes de las Autodefensas Unidas de Córdoba y Urabá, al terrateniente Carlos Arturo Marulanda y a otros.

Denunciamos a los Comandantes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC, y del Ejército de Liberación Nacional, ELN, (así autodenominados): Secretariado General de las FARC (Manuel Marulanda Vélez, alias Tirofijo); Timoleón Jiménez; Alfonso Cano; Raúl Reyes; Jorge Briceño, alias «Mono» Jojoy; Iván

Márquez, y Juan Antonio Rojas, representante Internacional que vive, al parecer, en México, y Comando Central (COCE) del ELN-UC, incluidos sus distintos comandantes de frentes (Henry Castellanos Garzón, alias Comandante «Romaña» y otros de las FARC y Antonio García y Nicolás Rodríguez Bautista del ELN, junto con Pablo Beltrán, que vive en Alemania).

Imputamos responsabilidades penales a los representantes de varias Empresas Multinacionales, que realizan labores de extracción de recursos naturales en Colombia, por delitos de colaboración en la formación y mantenimiento de bandas armadas paramilitares.

Una vez comprobados los delitos, que son de carácter imprescriptible, solicitamos dictar orden de búsqueda y captura internacional por medio de la Interpol y su juzgamiento en España. En Colombia es imposible iniciar una acción de esta naturaleza, no sólo por el riesgo personal que entraña frente a la amenaza a la integridad personal, sino porque un delincuente en dicho país sólo tiene un 3% de posibilidades de ser juzgado y aprehendido, y el 97% de opción de estar por fuera, siendo éste uno de los mayores alicientes para el delito.

Se pretende en esta forma cumplir con la palabra empeñada en las Primeras Jornadas de Paz y Derechos Humanos celebradas en Madrid en diciembre de 1997 y donde nos comprometimos a atacar la impunidad en todas sus formas, rescatando la memoria histórica de la barbarie, para que se reconozca la justicia, así sea tarde para las víctimas, en una guerra que le cuesta a Colombia 8.000 millones de dólares cada año, la mitad de su deuda externa y el doble de su déficit fiscal, con el triste record mundial en asesinatos anuales.

BASAMENTOS DE LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL

Es competente la Audiencia Nacional Española para iniciar este proceso con base en el auto proferido el 30 de octubre de 1998 por el Pleno de la Sala de lo Penal, dentro del cual los 11 magistrados que la componen por unanimidad ratificaron que la justicia española es competente para juzgar los crímenes cometidos por las dictaduras militares de Chile y Argentina, por ser crímenes de lesa humanidad y existir una jurisdicción universal para investigarlos.

Es indubitable la competencia de la jurisdicción española, ya que suscribió en 1968 el Convenio de Naciones Unidas de 1948 -Declaración Universal de los Derechos Humanos- que reprime el delito de lesa humanidad y lo incorporó mediante ley el 15 de noviembre de 1971. Más tarde sistematizó la moderna jurisdicción universal. Para el caso de los ex mandatarios colombianos, no cabe invocar su «inmunidad», pues eran responsables política y penalmente, en tanto en cuanto fueron comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y conocieron, impulsaron y perpetraron numerosos actos ilícitos.

La competencia de la jurisdicción española para conocer hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, siempre que los mismos sean susceptibles de tipificarse, entre otros, como delitos de genocidio o terrorismo, deriva del art. 23.4 de la Ley Española, ha de interpretarse conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por España y para este caso concreto habrá de acudirse, además de los principios del Derecho

Internacional Humanitario, al Convenio contra el Crimen de Genocidio -1948-, Convenciones de Ginebra sobre Derecho Humanitario-1949-, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -1966-, Convención contra la Tortura -1984-, entre otros.

La Ley Orgánica del Poder Judicial español ha establecido un principio de competencia universal para la persecución de estos delitos, precisamente por ser los de mayor gravedad y afectar a toda la humanidad.

Por otra parte, el delito de genocidio se refiere a los que atentaren contra la vida o la integridad física de determinados grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos, categoría integrada y complementaria del concepto de crímenes contra la humanidad. Esta tipificación no excluye que el delito de genocidio se dirija contra un grupo de nacionales, pudiendo ser constitutivo del mismo no sólo la destrucción total de un grupo entero sino la parcial de éste y ser el destruido tanto el grupo mayoritario como el minoritario. Para la persecución de estos delitos el Convenio contra el Genocidio de 1948 establece la competencia del lugar donde se cometen los hechos o ante una Corte Penal Internacional establecida al efecto, pero sin excluir que los Estados parte puedan introducir en su legislación interna una cláusula de competencia universal para la persecución de uno de los delitos más graves contra la humanidad. Esto es lo que ha hecho el legislador español en el año 1985 al introducir la cláusula de competencia universal para estos delitos en su art. 23.4 LOPJ. Insistiendo en este argumento, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes establece un principio de competencia para la persecución de la tortura del Estado del que sea nacional la propia víctima.

Los crímenes de lesa humanidad fueron definidos por la Comisión de Derechos Humanos en 1954 como «los actos inhumanos, tales como asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúan por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia». Las modalidades más corrientes de este tipo de crímenes en Colombia son: 1) el asesinato por razones políticas; 2) el genocidio de sectores sociales y políticos; 3) la desaparición forzada de personas y 4) la tortura.

Tampoco es dable la excepción por la cual estos delitos ya han podido ser en algunos casos objeto de enjuiciamiento en los países en donde se cometieron (Argentina, Chile o Colombia), por lo que no es aplicable la cláusula contenida en el art. 23.2 c) de la LOPJ que impediría la competencia de la jurisdicción española para instruir los procedimientos por haber sido el delincuente absuelto, indultado o penado en el extranjero, así fuere con sanción meramente administrativa o disciplinaria (destitución, multa, etc.). Las normas de amnistía, punto final o indulto no pueden ser impetradas aquí como excepción a la jurisdicción universal prevista para estos delitos y además han sido declaradas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA como contrarias a lo establecido en el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional Española, mediante auto de 4 de noviembre de 1998, estableció por unanimidad la competencia para este tipo de delitos al afirmarse sobre la aplicabilidad actual de artículo 23, apartado cuatro, de la Ley

Orgánica del Poder Judicial, como norma procesal ahora vigente: «El artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en cuanto proclama la jurisdicción de España para el conocimiento de determinados hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley Penal Española, como alguno de los delitos que enumera- no se aplica retroactivamente cuando la jurisdicción proclamada se ejerce en el tiempo de la vigencia de la norma -tal sucede en este caso-, con independencia de cuál fue el tiempo de los hechos que se enjuician. El citado artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es norma de punición, sino procesal. No tipifica o pena ninguna acción u omisión y se limita a proclamar la jurisdicción de España para el enjuiciamiento de delitos definidos y sancionados en otras leyes. La norma procesal en cuestión ni es sancionadora desfavorable ni es restrictiva de derechos individuales, por lo que su aplicación a efectos de enjuiciamiento penal de hechos anteriores a su vigencia no contraviene el artículo 9, apartado tres, de la Constitución española. La consecuencia jurídica restrictiva de derechos derivada de la comisión de un delito de genocidio -la pena- trae causa de la norma penal que castiga el genocidio, no de la norma procesal que atribuye jurisdicción a España para castigar el delito.

Y concluye diciendo expresamente:

Así es que no es preciso acudir, para sentar la jurisdicción de España para enjuiciar un delito de genocidio cometido en el extranjero por nacionales o extranjeros en los años 1976 a 1983, a lo dispuesto en el artículo 336 de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 -derogada por la Orgánica del Poder Judicial de 1985-, que pasó a atri-

buir jurisdicción a los órganos judiciales españoles para juzgar a españoles o extranjeros que fuera del territorio de la nación hubiesen cometido delito de genocidio desde que este delito se incluye en el Código Penal a la sazón vigente por Ley 47/71, de 15 de noviembre, en el título de los delitos contra la seguridad exterior del Estado, sin que ninguna relevancia jurídica para la atribución jurisdiccional tenga que el fundamento de la persecución ultraterritorial de los restantes delitos contra la seguridad exterior del Estado se hallase en el principio real o de protección (p. 8 del mismo auto).

El mismo auto tipifica igualmente los hechos imputados como terrorismo y tortura, que para el caso que nos ocupa son de plena vigencia. En el caso de la tortura, este delito es de persecución universal. El artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16/12/66, ratificado por España el 27/4/77, prohíbe la tortura, los tratos inhumanos y degradantes; el artículo 5.1.c) de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, aprobado el 10 de diciembre de 1984 en New York, y ratificado por España el 21 de 1987, establece en su art. 5.1.c) que «todo Estado parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el art. 4... cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado; el artículo 3 de las Cuatro Convenciones de Ginebra de 12 de julio de 1949 ratificadas por España se refiere a las normas básicas aplicables a todo conflicto armado, incluyendo en ellos los no internacionales o internos, que prohíben en cualquier tiempo y en cualquier lugar las torturas y los tratos inhumanos. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 6.c) del Estatuto del Tribunal de Nüremberg, y el artículo 5.e) del Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia, creado en 1995.

Por su parte, el artículo 23.4.g) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1/7/85, dispone que es competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse como delito y que «según los Tratados o Convenios Internacionales, deba ser perseguido por España».

Finalmente, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19/12/66, después de establecer el principio de legalidad, afirma que «nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional». En todo caso, los hechos integrantes de las torturas necesariamente deben ser investigados -a partir de su tipificación como delito en julio de 1978-, como uno de los instrumentos a través de los cuales se ha ejecutado el delito de genocidio cometido y que aquí se investiga (artículo 607 Código Penal en relación con el 135 bis del Código Penal texto refundido en 1973).

Las acciones aquí investigadas, además de constituir presuntamente un delito de genocidio también pueden integrar el de terrorismo practicado desde el Estado -o desde fuera-, con los medios del Estado -o no-, utilizando las estructuras de la Administración y empleando para ejecución a militares, personal civil, organizaciones terroristas y grupos armados, todos ellos dirigidos y coordinados dentro del esquema general que guiaba el llamado proceso de escalada belicista interna diseñado por los responsables militares de una y otra facción.

El Código Penal y la doctrina del Tribunal Supremo no admite la obediencia como causa de justificación frente a órdenes ilegales. Las diferentes exenciones o amnistías o exculpaciones producidas por tribunales castrenses o la justicia penal ordinaria son incompatibles con el artículo XVII (derechos de justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es evidente, en consecuencia, que el órgano judicial competente en España para la instrucción y conocimiento de estos hechos son los Juzgados Centrales de Instrucción y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por aplicación del artículo 65.3) y 88 de la L.O.PJ.

A través de la citada disposición legal el Estado español ha incorporado a su legislación interna el mandato de sanción y persecución internacional del genocidio contenido en el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948 y que entrara en vigor el 12 de enero de 1951.

Dicho Convenio, que entró en vigor para España el 13 de diciembre de 1968, establece en su art. 1 que el genocidio es un delito de derecho internacional que puede cometerse tanto en tiempos de paz como de guerra y que las partes contratantes se comprometen a sancionar; asimismo, señala en su art. 4 que las personas que hayan cometido genocidio serán castigadas, se trate de gobernantes, funcionarios o particulares.

En su art. 2 el Convenio define como genocidio los siguientes actos perpetrados con

la intención de destruir total o parcialmente, entre otros, a un grupo nacional: matanza de los miembros del grupo, lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo, traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Los hechos denunciados en esta querrela son constitutivos, respecto a los imputados, de un delito de genocidio, que se integra por una serie de detenciones ilegales seguidas en unos casos de asesinato o desapariciones de las personas allí referidas y víctimas que se relacionan, y que, según los testimonios y datos obrantes en la causa, fueron precedidos de torturas en cada uno de los casos; delito tipificado en el art. 607 del Código Penal, en relación con el art. 139 (asesinato), 163, 166 y 167 (detención ilegal y secuestro), todos del Código Penal; de un delito de terrorismo de los artículos 515, 516.2, 571, 572 y 577 del Código Penal; de delitos de torturas del art. 174 del Código Penal; todos estos estaban tipificados como delitos en el Código Penal vigente en el momento de ocurrir los hechos.

Así mismo, la calificación jurídico-penal de los hechos se apoya en las normas de carácter internacional siguientes:

- a) El Estatuto del Tribunal de Núremberg de 1945.
- b) La resolución de 16 de diciembre de 1946 de la Asamblea General de Naciones Unidas aprobando los principios de los estatutos y de la sentencia de Núremberg.
- c) El Convenio de las Naciones Unidas de 9 de diciembre de 1948 contra el genocidio.

d) El Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966.

e) La resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de diciembre de 1973 sobre persecución de crímenes contra la humanidad.

f) La Convención contra la Tortura de NN.UU. y sobre la desaparición forzada de personas de 1992.

g) El Convenio Europeo sobre represión del terrorismo de 27 de enero de 1977.

Según tales disposiciones, aplicables para Colombia, los crímenes de esta naturaleza son imprescriptibles, sus responsables no disfrutan de inmunidad diplomática ni pueden obtener estatuto de refugiado, ni asilo político, y todos los Estados del Mundo están obligados a perseguirlos y a colaborar en la persecución que de tales crímenes hagan otros Estados.

En el Auto del Pleno de la Audiencia Nacional de 5/11/98, por unanimidad se estableció que

las torturas formarían parte del delito de mayor entidad de genocidio o terrorismo. Por ello resulta estéril examinar si el delito de tortura es, en nuestro derecho, delito de persecución universal por la vía del art. 23, apartado 4, letra g, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puesto en relación con el art. 5 de la Convención de 10 de diciembre de 1984 contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Si España tiene jurisdicción para la persecución del genocidio en el extranjero, la investigación y el enjuiciamiento tendrá necesariamente que alcanzar a delitos de tortura integrados en el

genocidio. Y no sólo en el caso de víctimas de nacionalidad española, conforme podría resultar del art. 5º, apartado 1, letra c, de la Convención citada, que no constituye una obligación ineludible para los Estados firmantes. España tendría jurisdicción propia como derivada de un tratado internacional en el caso del apartado dos del artículo 5 de la Convención mencionada, pero, como se ha dicho, la cuestión es irrelevante jurídicamente a los efectos de la apelación y del sumario.

Por su parte, y sin perjuicio de que, como advierte el razonamiento jurídico segundo del Auto dictado por el Juzgado de Instrucción No. 5, el 25 de marzo de 1997, han de precisarse en otro momento procesal el conjunto de preceptos penales sustantivos aplicables, el art. 607 del Código Penal español, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, cuya aplicación a los hechos deviene del carácter permanente de la mayoría de los delitos investigados, establece las penas aplicables a los distintos actos ilícitos que se han señalado anteriormente.

Todos y cada uno de dichos actos han sido cometidos por las personas cuya prisión se solicita.

El delito de terrorismo, cuyo conocimiento le viene dado igualmente a la jurisdicción española por el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, —se dice— ha sido cometido asimismo por dichas personas.

El Código Penal español prevé en sus arts. 571 a 580 las penas aplicables a los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas, organizaciones o grupos armados cometieran los delitos de los que son responsables los señalados como tales en el presente escrito.

El art. 23.4 de la L.O.P.J. determina la competencia jurisdiccional española cuando los delitos precedentemente señalados se cometieren por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional.

Conforme a lo dispuesto en el Art. 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal corresponde se decreten las medidas de prisión incondicional que se solicitan al constar en la causa la existencia de hechos delictivos que tienen señalada pena superior a la de prisión de tres meses a tres años —que sustituye conforme a lo previsto en la Disposición Transitoria Undécima del Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, a la de prisión menor a que hace referencia la circunstancia 2a del Art. 503 de la L.E. Cr.— y aparece plenamente acreditada la responsabilidad criminal en dichos delitos de aquellos contra quienes se solicita el dictado de auto de prisión.

El principio de legalidad (art. 25 de la Constitución española) impone que los hechos sean delito —conforme a las leyes españolas, según el art. 23, apartado cuatro, tan mencionado— cuando su ocurrencia, que la pena que pueda ser impuesta venga ya determinada por ley anterior a la perpetración del crimen, pero no que la norma de jurisdicción y de procedimiento sea preexistente al hecho enjuiciable. La jurisdicción es presupuesto del proceso, no del delito.

En materia de Derecho Internacional Humanitario, y para sustentar la inculpación a los ex Presidentes de la República de Colombia, en su calidad de comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas, el Protocolo adicional I, en su art. 87, señala entre los deberes de los jefes militares el de promover en caso necesario una acción disciplinaria o penal contra sus subordinados u

otras personas bajo su autoridad que sean autores de violaciones de los Convenios de 1949 o del propio Protocolo. Y dispone en su art. 91 que un Estado parte que violare las disposiciones de estos será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas (con independencia, pues, de la posible responsabilidad personal de estas, exigible en el orden interno de acuerdo con el art. 87). En el art. 86, apartado I, del Protocolo I, se añade una significativa cláusula orientada a evitar que queden exonerados de responsabilidad (penal o disciplinaria) los superiores por infracciones de sus subordinados si aquellos tuvieron conocimiento de la infracción y no tomaran las medidas a su alcance para impedir la o reprimirla.

Por otra parte, tanto los Convenios como el Protocolo adicional I consolidan la posibilidad de incriminación y castigo de los culpables de estos actos delictivos incorporando sendas cláusulas que responden en general al principio *aut dedere aut iudicare*.

Con lo anterior queda expuesta la opinión doctrinal y profesional de este libelo, pretendiendo aportar con ello elementos de discusión en un debate que es necesario, por cuanto cada vez más se observa el acceso a la aplicación del principio de jurisdicción universal (art. 23.4 de la LOPJ) en la investigación de hechos que afectan a la comunidad internacional, aunque todavía con muchas prevenciones por la desigualdad internacional.

Indudablemente, la decisión jurisprudencial de la Audiencia Española que obre

en el caso colombiano señalará futuros derroteros frente a temas como la extraterritorialidad de la Ley, la inmunidad de los mandatarios nacionales y de los representantes de los cuerpos diplomáticos, así como de los propios militares en ejercicio. En todo caso, agregaría que el desplazamiento forzado, que en Colombia suma tres millones personas a la fecha (CICR), también ha sido considerado como crimen de lesa humanidad por algunos tratadistas⁴, porque se produce un "desterramiento" fruto del despojo de sus bienes a la fuerza.

Los mandatarios latinoamericanos, en una cumbre realizada en 1998, luego de la primera resolución en el caso Pinochet, rechazaron unánimemente la interpretación de la Audiencia Nacional, por "vulnerar la territorialidad de la Ley Penal".

7. Conclusiones

El actual proceso de globalización puede definirse, sencillamente, como la marcha hacia un mercado único a escala planetaria. No se refiere tanto al incremento de las transacciones entre naciones, es decir, internacionales, sino a la virtual supresión de las fronteras. Conlleva nuevas formas de especialización o división del trabajo, ya no ubicables claramente según países, aunque sí entre zonas geográficas (centro-periferia), perpetuando las desigualdades.

El soporte de este proceso es la gran revolución tecnológica, con sus implicaciones en las comunicaciones, que ha facilitado no sólo la mayor movilidad de los factores de la producción sino la

⁴ Como el sacerdote Javier Giraldo S.J. de la Comisión Intercongregacional de Justicia y Paz.

conformación de una suerte de cultura masiva común de la cual hace parte la evidente estandarización de las normas de consumo y la homogeneización de los principios tecnológicos, además de la concepción económica del denominado pensamiento único⁵, basada en el libre mercado y la empresa privada. El mercado constituye una institución social regulada más o menos abiertamente por las políticas estatales y controlada en mayor o menor grado por los intereses económicos monopólicos y oligopólicos.

La reciente etapa de globalización, también llamada "mundialización", no es más que una réplica de la vieja dependencia, con algunos matices tecnológicos. La globalización es selectiva. Si bien toda la población sufre sus efectos, solamente unos cuantos participan activamente en ella. No en vano se ha mencionado que las élites latinoamericanas tienen más en común con sus congéneres de Nueva York y Londres, que con sus coterráneos.

Lo que impone la globalización es la privatización, que significa la socialización de las pérdidas y la individualización de las ganancias para los monopolios, nacionales o transnacionales.

Dentro de la internacionalización, la jurisdicción se pone al servicio del gran capital y de la *lex mercatoria*. Los valores no son la justicia, sino el ser humano como objeto de mediación —si es visible— para consumir las grandes transacciones, en un mundo que se volvió totalmente capitalista.

Sin embargo, los Derechos Humanos, su promoción y defensa, surgen como una

ínsula que pretende quebrar el monolítico imperio de los poderosos, como lo demuestran los Tribunales de Opinión y acciones aisladas de algunos tribunales, como la Audiencia Nacional Española.

Quizá podríamos decir en medio de la crisis, con Touraine, que para construir un nuevo modo de gestión política y social de la actividad económica es preciso realizar un cambio de conceptos y abandonar la ilusión de una sociedad liberal encerrada en ser un conjunto de mercados:

Abandonar, pues, el peligroso sueño de un Estado reducido a la función de vigilante nocturno, como decían los liberales del siglo XIX, precisamente cuando más necesitamos al Estado para garantizar las transformaciones necesarias para preparar las inversiones a largo plazo y para cerrar las divisiones sociales.

Ello será más fácil si definimos claramente los objetivos y los medios de la reconstrucción económica, una tarea que se puede definir brevemente: hay que crear o reforzar los actores sociales. En primer lugar, los innovadores y los empresarios, lo que supone una transformación de la función de los bancos, de la administración pública y del sistema educativo. En segundo lugar, e igual de importancia, la renovación de las reivindicaciones populares, que deben dirigirse ante todo contra la desigualdad, la exclusión y la segregación, y que siguen siendo demasiado débiles. Y en tercer y último lugar, reforzar la conciencia nacional, se trate de Europa, de España o de Cataluña, es decir, la voluntad de poner la economía al servicio de la sociedad y, más concretamente, de la justicia social (Touraine, 1996: 17-18).

⁵ Término acuñado por el periodista francés Ignacio Ramonet, Director de *Le Monde Diplomatique*.

Bibliografía

- AGUIRRE, John (compilador), y GIRALDO, Javier, 1998, *Colombia. Un pueblo sentenciado a muerte*. Donostía, Gakoa.
- ASOCIACIÓN NACIONAL DE ESPECIALISTAS EN DERECHOS HUMANOS, 1996, *La responsabilidad en Derechos Humanos*, Bogotá, UN-Fac. Derecho.
- BOBBIO, Matteucci y PASQUINO, 1976, *Diccionario de Política*, Madrid, Siglo XXI Editores.
- BURGOS, José Germán, 1992, "La justicia colombiana: en la hora del ajuste", *El Otro Derecho*, No. 11.
- CONSEJO DE EUROPA, 1995, *Informe de la Comisión sobre la aplicación de las acciones de fomento de los derechos humanos y de la democratización para 1994*, Bruselas, 12 de julio de 1995.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, 1997, "Hacia una concepción multicultural de los Derechos Humanos", *Análisis Político*, No. 31, mayo-agosto de 1997, Bogotá, UN-IEPRI, pp. 5-6.
- _____, 1998, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Fac. Derecho UN-ILSA.
- DÍAZ ARENAS, Pedro A., 1991, *Estado y Tercer Mundo. El Constitucionalismo*, Bogotá.
- _____, 1998, *Relaciones Internacionales de Dominación. Fases y facetas*. 2a. ed. Bogotá, UN, Facultad de Derecho.
- DÍEZ DE VELASCO, Manuel, 1997, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 11 edición, Madrid: TECNOS.
- GARAY, Jorge-Luis, 1997. "En torno a las relaciones internacionales y la globalización. Una síntesis analítica reflexiva", *Análisis Político*, Bogotá, Iepri-UN, N° 31.
- GASPAR, Edmund, 1989, *La diplomacia y política norteamericana en América Latina*, Bogotá, Cerec-U. Externado.

ILSA, 1996, *La condicionalidad en las relaciones internacionales: ¿sirve para la protección de los derechos humanos?*, Bogotá: ILSA.

_____, 1998, *El otro Derecho*, Vol. 8. No 1. Bogotá.

LÓPEZ GUERRA, Luis y AGUIAR, Luis, 1992, *Las Constituciones de Iberoamérica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

MONCAYO, Héctor-León, "Globalización y dependencia: las condiciones de la condicionalidad", 1996, En: ILSA, *La condicionalidad en las relaciones internacionales: ¿sirve para la protección de los derechos humanos?*, Bogotá: ILSA, p. 27.

MORENO FERNÁNDEZ, Almudena, 1996, *La cláusula democrática en la acción exterior de la Unión Europea*, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación, Univ. Complutense de Madrid, Madrid.

NEMOGÁ SOTO, Gabriel Ricardo, 1995, "Crisis judicial: enfoques diferentes y elementos constantes", *Pensamiento Jurídico*, Bogotá, Universidad Nacional-Fac. de Derecho, N° 4.

ONG colombianas, 1976, *El Tribunal Internacional de los Pueblos*, enero.

PALACIO CASTAÑEDA, Germán, 1998, *Globalizaciones, Estado y narcotráfico*, Facultad de Derecho UN-UNIJUS-Instituto Luis Carlos Galán.

RAMÍREZ SUÁREZ, Jesús, 1994, *La Constitución colombiana de 1991*, Bogotá, UN-Fac. Derecho.

TOKATLIAN, Juan Gabriel, 1998, *Colombia y Estados Unidos. Problemas y Perspectivas*, Bogotá: TM Editores-Colciencias-IEPRI.

TOURAINÉ, Alain, 1996, "La globalización como ideología", *El País*, Madrid, 29 de septiembre de 1996, pp. 17-18.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, FACULTAD DE DERECHO, *Pensamiento Jurídico*, Revistas Números 1, 2 y 4, Bogotá.

La reforma a la tutela: ¿Ajuste o desmonte?¹

*Mauricio García Villegas**
*Rodrigo Uprimny Yepes***

Resumen

Los autores reconocen en la acción de tutela un instrumento democrático de acceso del ciudadano común a la Administración de Justicia. Por lo tanto, cuestionan acerbamente la reforma que pretende introducirle el Gobierno Uribe a la tutela, restringiéndola de manera severa, al punto de volverla inane.

Palabras clave: tutela, reforma a la justicia, amparo de derechos, administración de gobierno, gobierno de los jueces, gobierno Uribe, tridivisión de los poderes.

Abstract

The authors acknowledge the tutelary action as a democratic access' instrument for common citizens to the Justice Administration. Thereby, they strongly question the Uribe's Government intent to reform it, by restricting it so severely which it will be turned powerless.

Key word: tutelary action, justice's reform, rights' shelter, government administration, judges' government, tridivision of powers, Uribe's government.

¹ Este artículo contó con la importante colaboración de Ethel Castellanos y Javier Tovar, quienes actuaron como asistentes de investigación.

* Profesor Facultad de Derecho Universidad Nacional.

** Profesor Facultad de Derecho Universidad Nacional.

1. Introducción

Una de las principales innovaciones de la Constitución colombiana de 1991 fue la introducción de la tutela para la protección inmediata de los derechos fundamentales. Pocos niegan el impacto de esta acción judicial: en estos diez años, los jueces no sólo han resuelto más de 600 mil tutelas sino que, además, han debido pronunciarse sobre temas muy disímiles: situación de presos, quejas de estudiantes, tragedia de los desplazados, peticiones de pensión y salud, derechos de los trabajadores, alcance de la libertad de información, etc. Sin embargo, la valoración de sus contribuciones genera controversias: para algunos, la tutela no sólo representa un avance democrático indudable sino que incluso constituye casi una revolución judicial, pues permitió materializar los derechos fundamentales en la vida cotidiana de los colombianos; otros, en cambio, ven en ella un nuevo factor de congestión judicial y de desarticulación institucional, que no sólo ha afectado gravemente la eficacia de la justicia y la seguridad jurídica sino que ha agravado los desequilibrios económicos y fiscales, por el ordenamiento de gasto por los jueces. Un ejemplo de esta distinta valoración son las opiniones disímiles sostenidas al respecto por dos importantes miembros del actual gobierno. Así, el 26 de julio del 2001, el entonces candidato, y hoy Presidente, Álvaro Uribe Vélez, pronunció un discurso de evaluación de los 10 años de la Constitución de 1991, en el que defendió la tutela de la siguiente manera:

Mi profesor y magistrado Carlos Gaviria Díaz ha dicho, con su habitual lucidez, que gracias a la acción de tutela hoy el derecho y la Rama Judicial

se han democratizado, se han hecho más asequibles al hombre de la calle. Sin duda alguna, es este el más relevante efecto de la acción de tutela: darle al ciudadano un instrumento expedito para hacer valer sus derechos, hacerle sentir que tiene algún poder frente al Estado cuando pisotea sus derechos fundamentales. Y eso ya de por sí la salva
(www.alvarouribevelez.com.co).

Algunos meses después, el entonces litigante y hoy ministro de justicia y del interior, Fernando Londoño², escribió un artículo sobre la Constitución de 1991, en el que criticaba la tutela en los siguientes términos:

El Estado Social de Derecho, con su séquito inagotable de equívocos, no iba a quedarse como fórmula escrita. Así que lo apuntalaron con la nunca bien lamentada tutela, camino por donde llegamos de un solo salto al gobierno de los jueces en materia económica. Que la Empresa de Acueducto no tenga dinero, o no considere económica o socialmente razonable llevar agua a un barrio, eso no importa. En un Estado Social de Derecho no puede haber barrio sin agua y basta la sentencia de cualquier juez para que en diez días el acueducto se extienda hasta ese barrio o el gerente pare con sus huesos en la cárcel. Y así, sucesiva e indefinitivamente, viene la marcha inexorable de la estupidez judicial, que ignorando todo en materia económica se volvió el factor esencial de la economía.

Esta diversa valoración de la tutela explica que haya habido varias propuestas para reformar el mecanismo y, en muchos casos, restringir su alcance, y el que, igualmente,

² Al editarse la revista, Fernando Londoño ya había dejado el cargo de Ministro del gabinete de Uribe Vélez.

2. La congestión

esas propuestas hayan suscitado también resistencias³. En tal contexto, la finalidad de este artículo es la de evaluar brevemente las principales reformas propuestas. Ahora bien, según nuestro parecer, la tutela ha provocado tres grandes controversias, a saber: a) en qué medida ella ha sido un factor de congestión y qué hacer con la posible congestión que ha provocado; b) en qué medida esa acción judicial ha provocado inseguridad jurídica y ha afectado la cosa juzgada, debido a la existencia de tutela contra providencias judiciales, y qué se debe hacer frente a ese fenómeno, y c) si debe o no mantenerse la tutela para los derechos sociales. El artículo analiza esos tres puntos, intentando en cada uno de ellos reseñar la situación y los términos del debate, para luego ofrecer algunas perspectivas de solución.

El texto comienza por la cuestión de la congestión, que es un tema más "pacífico" a nivel político, y por ello tal vez resulte posible un cierto consenso entre las distintas posiciones; sin embargo, las posibles soluciones no son fáciles de poner en marcha, debido a que son difíciles técnicamente. Luego discutimos el problema de la tutela contra providencias judiciales, cuya naturaleza parece opuesta a la anterior: la solución es fácil técnicamente, pero resulta muy difícil lograr acuerdos políticos. Finalmente, la discusión de la tutela en derechos sociales es la más difícil de todas, pues los acuerdos políticos son difíciles y las soluciones técnicas revisten enorme complejidad.

El tema de la congestión de casos de tutela en la justicia es complejo, pero puede dar lugar a algún consenso político entre los críticos y defensores de la tutela. Los datos al respecto son relativamente claros. La demanda por tutela en estos diez años se ha incrementado vertiginosamente. Pasamos de 20 mil tutelas en 1993—primer año completo con esta figura— a 133 mil tutelas en 2001⁴. Como el número de jueces en ese periodo se ha mantenido estable—alrededor de 3.250 jueces en el país—el número de tutelas por juez ha pasado de 6 a 40, aproximadamente, tal y como se puede ver en el cuadro No. 1.

Cuadro No. 1
Evolución demanda de tutela

Años	Total	Por juez
1992	10.732	3,3
1993	20.181	6,2
1994	26.715	8,2
1995	29.950	9,2
1996	31.248	9,2
1997	33.663	9,6
1998	38.248	10,3
1999	99.248	11,7
2000	131.765	27,7
2001	133.273	40,4

Fuente: Datos relatoría Corte Constitucional.

Este crecimiento del número de tutelas ha generado una importante presión sobre el aparato judicial. Ahora bien, la demanda de tutela no es la única que ha aumentado; la demanda judicial en general también ha

³ Las dos propuestas de reforma más importantes han sido el proyecto presentado conjuntamente en marzo de 1997 por el Consejo de Estado y la Corte Suprema, y el proyecto presentado en octubre del 2002 por el Gobierno Uribe.

⁴ Para estos datos, ver Base de datos Sala Administrativa Consejo Superior de la Judicatura en www.ramajudicial.gov.co Ver igualmente Fuentes, 2001.

crecido. Así, en la jurisdicción ordinaria, en 1993, ingresaron unos 750.000 casos nuevos y en el año 2000 entraron 1.422.904. Sin embargo, la demanda de tutela ha crecido mucho más rápido que la demanda general de justicia, pues mientras que el número total de nuevos casos en la jurisdicción ordinaria se ha multiplicado por aproximadamente dos, la demanda de tutela ha crecido más de seis veces. Esto ha hecho que la tutela represente una carga creciente de trabajo para los jueces. Así, el cuadro No. 2 muestra que en 1997 la tutela sólo representaba un 2,3 por ciento de la carga cuantitativa laboral de los jueces en la jurisdicción ordinaria, calculada por número de casos, y que ese porcentaje en el año 2000 es cercano al 10 por ciento.

Cuadro No. 2
Demanda justicia en
jurisdicción ordinaria (1)

Años	Total casos	Tutelas (2)	tutela/total %
1997	1.033.042	23.972	2,3
1998	1.135.637	37.180	3,3
1999	1.438.451	94.099	6,5
2000	1.422.904	184.187	12,9
2001	1.260.085	132.015	10,5

Notas: (1) Es la suma de los ingresos civiles, penales, laborales y de familia.

(2) Incluye únicamente tutelas en la justicia ordinaria.

Fuente: Base de datos Consejo Superior de la Judicatura en www.ramajudicial.gov.co

No hay duda, entonces, de que la tutela ejerce una importante presión sobre el aparato judicial, pues aproximadamente 10% de las nuevas demandas son tutelas. Pero hay que anotar que es posible que esa cifra podría sobrestimar el peso de la tutela en el sistema judicial, pues se basa en el número de casos y no en un cálculo sobre el tiempo o los recursos dedicados por los jueces a solucionar esas nuevas demandas. Ahora bien, como se mostrará posteriormente, la mayor parte de las tutelas recaen sobre problemas recurrentes, que se han vuelto, en cierta medida, rutinarios (como derechos de petición o solicitud de tratamientos médicos), y ello permite que los jueces las resuelvan muy rápidamente. Por ello, es muy probable que los jueces dediquen menos del 10 por ciento de su tiempo y recursos a examinar tutelas⁵. A pesar de esa precisión, es claro que de todos modos la tutela ejerce una presión creciente sobre el aparato judicial. Esta presión todavía no es crítica, pero en algunos años puede volverse dramática, si continúan las tendencias actuales; por eso es necesario tomar medidas desde ahora. Por el contrario, donde la situación es ya realmente dramática es en las altas cortes, en especial en la Corte Suprema de Justicia y, en menor medida, en el Consejo de Estado. En 1999, último año sobre el que contamos con datos consolidados disponibles, la Corte Suprema de Justicia resolvió aproximadamente 8.500 casos, de los cuales, aproximadamente, 4.400 fueron tutelas (Fuentes y Amaya, 2001: 55). Esto significa no sólo que más de la mitad de la carga laboral de la Corte Su-

⁵ Es posible que los datos de 1999 y 2000 para tutela estén sobreestimados. El número es mayor al suministrado por la secretaria de la Corte Constitucional para esos años.

⁶ Entrevistas informales con jueces indican que un gran porcentaje de las tutelas son rutinarias y son resueltas con sentencias-formato, por lo que no les dedican mucho tiempo.

prema de Justicia estuvo dedicada a la tutela⁷ sino que, además, cada magistrado debió proyectar, en promedio, 190 tutelas, sin contar las salas a las que tuvo

que asistir para decidir los casos de sus colegas. El cuadro No. 3 muestra esa situación creciente en la Corte Suprema de Justicia.

AÑOS	I	II	III	IV	V
1993	1.546	1.393	2.939	47,4	60,57
1994	2.309	1.779	4.088	43,5	77,35
1995	5.146	2.556	7.702	33,2	111,13
1996	3.148	2.809	5.957	47,2	122,13
1997	2.925	2.458	5.383	45,7	106,87
1998	4.680	2.562	7.242	35,4	111,39
1999	4.218	4.348	8.566	50,8	189,04

(I) Providencias distintas a tutela

(II) Tutelas

(III) Total: I+II

(IV) Porcentaje tutelas sobre total: II/III

(V) Tutelas por magistrado: II/23

Fuente: Fuentes y Amaya, p. 53.

Dos conclusiones surgen del anterior examen: la tutela ejerce una presión creciente sobre el aparato judicial en su conjunto, que aún no es crítica, pero que podría transformarse en un factor grave de congestión en el futuro cercano, y, de otro lado, las altas cortes enfrentan una situación grave de congestión en materia de tutelas que es insostenible y que debe ser remediada.

Sin embargo, cualquier reforma destinada a enfrentar el problema de la congestión judicial derivada de la tutela debe ser muy cuidadosa, pues el crecimiento de la demanda de tutela no debe verse sólo en términos negativos, como un aumento de la congestión judicial. Estos datos también muestran un incremento del acceso a la

justicia, lo cual es muy bueno. No hay duda de que los ciudadanos han encontrado en la tutela un mecanismo ágil para resolver sus conflictos, mecanismo que por lo general no encontraban en las acciones ordinarias ofrecidas por el sistema judicial. Y esto se explica por ciertos rasgos de la tutela, que le confieren un perfil definido: de un lado, es una acción judicial muy rápida, pues el juez de instancia resuelve la petición en diez días, y si hay apelación, el superior debe decidir en los siguientes veinte días. Unos pocos casos son seleccionados y revisados por la Corte Constitucional para unificar la jurisprudencia sobre derechos fundamentales; en tal evento, ese tribunal tiene dos meses para sentenciar. Eso significa que la mayor parte de

⁷ Entrevistas informales que hemos realizado a algunos magistrados auxiliares de la Corte Suprema de Justicia indican que más de la mitad del tiempo del trabajo efectivo de los despachos se dedica a evacuar tutelas.

las tutelas son resueltas en poco más de un mes, y aquellas que son revisadas por la Corte, en unos cuatro o cinco meses, lo cual es un récord de celeridad judicial en el país. De otro lado, la tutela es muy informal: no requiere de abogado y los jueces gozan de gran libertad para evaluar y practicar las pruebas, y deben evitar las ritualidades innecesarias. En tercer término, su finalidad es la protección inmediata de los derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados por las autoridades, e incluso, en ciertos casos, por los particulares. Por consiguiente, al decidir estas controversias, los jueces deben, en muchos casos, aplicar directamente la Constitución.

Las anteriores características hacen de la tutela un instrumento no sólo atractivo sino relativamente original en derecho comparado, pues es al mismo tiempo un mecanismo de protección constitucional y una tentativa por lograr una justicia rápida y asequible a los ciudadanos. Esto explica no sólo la popularidad de la tutela sino, además, que muchas personas hayan encontrado en ella un instrumento para que los derechos proclamados en la Constitución no se queden en el papel sino que se realicen en la vida cotidiana.

Además, teniendo en cuenta la morosidad de la justicia ordinaria, muchos colombianos vieron en la celeridad e informalidad de la tutela una posibilidad para resolver muchos conflictos, y por ello han recurrido masivamente a ella. La creciente demanda de tutela no es pues únicamente un factor de congestión: ella expresa no sólo un mejor acceso a la justicia para ciertos conflictos sino además una "constitucio-

nalización" del derecho ordinario y de parcelas importantes de la vida de los colombianos.

La solución de los problemas de congestión derivados de la tutela debe, entonces, hacerse sin afectar las virtudes democráticas de esta acción judicial, que son, entre otras cosas, haber facilitado el acceso a la justicia y haber permitido que la Constitución sea realmente aplicada. Dos preguntas surgen: ¿cómo enfrentar la presión creciente de la tutela sobre el conjunto del aparato judicial, pero sin introducir obstáculos al acceso a la justicia?, y ¿cómo afrontar la crítica congestión en las altas cortes, pero sin que esos tribunales abandonen la aplicación de la Constitución? A continuación intentamos resolver estos interrogantes.

Para enfrentar la presión sobre el sistema judicial en su conjunto, creemos que el punto de partida debe ser repensar el tema de demanda judicial. Es necesario preguntarse cuáles son los factores que llevan a los ciudadanos a presentar tutelas. En efecto, si los análisis sociojurídicos muestran que una gran parte de las tutelas proviene de cierto tipo de abusos recurrentes, que pueden ser enfrentados con otras medidas estatales, entonces podría aminorarse la demanda de tutela, sin vulnerar la eficacia de esa acción constitucional, tratando de incidir en la demanda por medio de políticas públicas destinadas a reducir los abusos que llevan a los ciudadanos a utilizar este mecanismo judicial⁸. Por decirlo coloquialmente, la mejor forma de evitar la congestión judicial derivada de la "tutelitis", sin afectar el derecho de acceso a la justicia, es reducir la "abusitis".

⁸ En un sentido similar, ver Fuentes, 2001, y García Villegas, 1997.

Los problemas de congestión de la tutela se deben a su éxito como mecanismo para solucionar toda suerte de problemas. Intentar remediar las causas que originan tales problemas es una tarea indispensable, no sólo para descongestionar la tutela sino para mejorar los servicios que presta la administración pública. Y proponemos esa estrategia no sólo porque creemos que la mejor forma de solucionar democráticamente la posible congestión derivada de la tutela es atendiendo, por otras vías, la demanda que la alimenta, sino además porque consideramos que, como lo han puesto de presente ciertas reflexiones contemporáneas en psicología jurídica, las acciones judiciales son no sólo un instrumento para resolver controversias específicas sino que, por esa misma razón, representan igualmente un sistema de información muy útil que tiene el Estado para detectar en dónde existen problemas sociales que ameritan intervenciones públicas. Y la razón es obvia: salvo casos aislados, las personas solo presentan una demanda judicial cuando se encuentran insatisfechas con la situación existente, y consideran que puede ser mejorada.

Al respecto, las investigaciones muestran que aproximadamente en un 50 por ciento de los casos, las peticiones hechas a través de la tutela podrían solucionarse con medidas distintas, de tipo administrativo, que evitarían el recurso a la justicia. En efecto, como lo muestran los cuadros 4 y 5, una gran cantidad de peticiones –aproximadamente un 20%– son derechos de petición no resueltos, concentrados fundamentalmente en el Seguro Social y Cajanal. Medidas fuertes contra estas entidades para que cumplan los derechos de petición de los ciudadanos reducirían de manera significativa la demanda de tutela.

Cuadro No. 4
Derechos invocados
(primer semestre de 1999)

DERECHOS	%
Petición	15,3
Debido proceso	6,3
Igualdad	11,2
Trabajo	8,6
Vida	14,8
Salud	14,4
Seguridad social	13,8
Educación	3,3
Pago pensiones	2
Salarios	
Otros	10,3
Total	100

Fuente: Estadísticas acción de tutela, p. 64.

Cuadro No. 5 Entidades demandadas
(primer semestre de 1999)

Entidad	%
Cajanal	6,4
Autoridad departamental	11,2
Gobernaciones	7,5
Alcaldías	10,5
Autoridad municipal	4,8
Despachos Judiciales	6,5
EPS	2,8
Hospitales	2,1
Seguro Social	28,3
Empresas privadas	5,1
Otras	14,8
Total	100

Fuente: Estadísticas acción de tutela, p. 68.

Un segundo factor que congestiona la tutela, como lo indican estos cuadros, está relacionado con la crisis del sistema de salud, que requiere soluciones de tipo político y administrativo. Políticas efectivas dirigidas a resolver los problemas estructurales de la salud reducirían considerablemente las tutelas por este concepto.

Un tercer factor proviene de los denominados conflictos de convivencia. En la medida en que existan mecanismos adecuados de resolución de conflictos a los que las personas acudan antes de optar por una demanda de justicia, no sólo se descongestiona la tutela sino que se contribuye a la paz social.

En cuarto lugar, muchas tutelas se originan en las disfunciones de la justicia ordinaria. El mejor ejemplo es la tutela para el pago de acreencias laborales; muchos de los casos en donde los actores invocan el derecho al trabajo se refieren a la falta de pago de salarios y prestaciones. Si el ejecutivo laboral funcionara adecuadamente no habría tutela por este concepto. Habría entonces que pensar en reformas profundas a los procedimientos judiciales para que adquirieran agilidad semejante, guardadas las proporciones, a la tutela. Por ello, recurriendo nuevamente al lenguaje coloquial, para evitar la "tutelitis" bien valdría la pena intentar "tutelizar" el conjunto del ordenamiento procesal colombiano.

Finalmente, un elemento que alimenta la demanda de tutela es la falta de claridad sobre el alcance de los derechos fundamentales y la ausencia de una fuerza vinculante clara de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia. Una posibilidad, como lo ha destacado Cepeda (2000), es expedir leyes estatutarias sobre los derechos que más demanda de tutela

generan, y que más controversia hayan suscitado. Estas leyes estatutarias, basadas en los criterios y "subreglas" jurisprudenciales elaboradas por la propia Corte Constitucional, no sólo tendrían clara fuerza vinculante sino que darían mayor seguridad jurídica sobre el alcance de los derechos fundamentales, lo cual es importante, pues los jueces distan de tener el monopolio de estas discusiones.

Lo anterior muestra que una de las primeras medidas para evitar la congestión es enfrentar los factores estructurales que alimentan la demanda de la acción de tutela. Creemos que en la actual situación hay medidas que se pueden tomar; ellas darían lugar a un crecimiento más razonable de la demanda de tutela y evitarían la congestión del aparato judicial. Esto no significa, obviamente, que esas medidas sean fáciles de diseñar y poner en marcha. Pero todo indica que esa es la vía democrática más adecuada para enfrentar la situación.

Sin embargo, estas medidas no resuelven el problema de la congestión en las altas cortes, que es grave y debe ser enfrentado. ¿Qué hacer entonces? Creemos que la propuesta del Gobierno de excluir a las altas cortes del conocimiento de tutelas es adecuada, pues si la congestión está localizada en esas corporaciones, mientras que en el conjunto del sistema judicial la situación no es crítica, entonces la solución parece ser diluir esa demanda en otros jueces. Pero esta estrategia tiene un costo, y es que acentúa la falta de sensibilidad y aprecio de los magistrados de las altas cortes respecto de la aplicación de las normas constitucionales. En muchos de estos magistrados todavía prevalece una concepción de la Constitución no normativa, sobre todo en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales en el ámbi-

to de los procesos ordinarios⁹. Excluir a las altas Cortes del conocimiento de la tutela podría estimular la falta de compromiso que allí existe por las normas constitucionales. Por ello nos distanciamos de aquellos críticos que han menospreciado la participación de las altas cortes en la decisión de tutelas argumentando despectivamente que se trata de "asuntos de vecindario". El argumento es inaceptable: en primer lugar, los casos de vecindario son muy importantes, y en segundo lugar, la tutela es una acción para proteger derechos fundamentales en todos los ámbitos, incluso en aquellos casos que parecen de poca monta, por lo cual nada indigno tiene que un alto tribunal se preocupe de esos asuntos. Por ello sería deseable preservar la participación de altas cortes en la decisión de tutelas. Sin embargo, no hay muchas alternativas. Las propuestas que se planteaban en el pasado resultan hoy insuficientes debido a los niveles actuales de congestión¹⁰.

Bajo las condiciones presentes parece necesario aceptar la reforma propuesta por

el gobierno, que consiste en excluir a las altas cortes del conocimiento de la tutela. Sin embargo, creemos que se debe aceptar bajo dos condiciones: a) convendría que en los procesos ante altas cortes, las partes pudieran reclamar directamente la aplicación de las normas constitucionales. Una posibilidad, defendida por algunos magistrados de la Corte Suprema, podría ser que se introdujera explícitamente como causal de casación la vulneración de normas constitucionales de derechos fundamentales¹¹, y b) es indispensable que se preserve la posibilidad de que exista tutela contra sentencias, cuya necesidad y legitimidad justificaremos en el siguiente punto de este artículo. Dos razones apoyan esta propuesta. En primer lugar, porque con la vía de la tutela contra sentencias se logra una cierta constitucionalización del derecho, que se pierde con la exclusión de la tutela de las altas cortes. Y en segundo lugar, porque de todos modos las altas cortes tendrían que conocer al menos de la tutela contra sentencias.

⁹ Un ejemplo cuantitativo de esa situación es el siguiente. Entre las sentencias distintas a la tutela de la Sala de Casación Civil del primer semestre del 2001, solo ocho citaron la Constitución mientras que 400 citaron el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil (datos construidos por los autores a partir del índice normativo de la Relatoria de esa Sala). Es cierto que se trata de una sala civil y que muchas sentencias son de casación, que es todavía vista como un control de legalidad de la sentencia; sin embargo, ello muestra una falta de aprecio normativo, tanto de los jueces como de los litigantes, por una norma —la constitucionalidad— que es superior y directamente aplicable. Y eso sucede en esa Sala Civil, que es tal vez la que más ha intentado en las altas cortes aplicar los principios y valores constitucionales en su jurisdicción.

¹⁰ Algunas propuestas eran las siguientes: a) El juzgamiento de la tutela en las altas cortes podía hacerse de tal manera que en él no participaran la totalidad de las salas de casación o las secciones, sino salas de tres magistrados o incluso que fueran resueltas por magistrados únicos; b) Podría también preverse su mecanismo para que sólo algunas tutelas llegaran a las altas cortes. Ver al respecto, Botero, 1997.

¹¹ En sentido estricto, esa reforma legislativa resulta innecesaria, pues la violación directa de una norma de derecho sustancial es la causal clásica de casación, y es obvio que las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales son normas de derecho sustancial. Pero la reforma tendría la virtud de mostrar expresamente que la casación, en un estado social de derecho, fundado en la prevalencia de la Constitución y de los derechos fundamentales, es un mecanismo que no está al servicio del principio de legalidad, sino que también opera, dentro de ciertos límites, en función del principio de constitucionalidad, y en especial de la protección efectiva de los derechos fundamentales, como lo señaló uno de nosotros en una aclaración de voto sobre el tema. (Ver aclaración de voto de Rodrigo Uprimny a la sentencia T-1306 de 2001).

En síntesis, en el tema de la congestión se pueden lograr consensos relativamente razonables; en primer lugar, la tutela conlleva una presión sobre el aparato judicial, que no es dramática pero es necesario estar atentos a su evolución; segundo, es necesario estudiar los factores que alimentan la demanda de tutela, para encontrar soluciones a los problemas de la gente, que pasen por la administración y el gobierno, antes de que se conviertan en casos judiciales; finalmente, frente a las altas cortes es necesario distribuir la carga de trabajo que actualmente tienen en el conjunto del aparato judicial, pero intentando preservar la vinculación preferente de esas corporaciones a la Constitución y a los derechos fundamentales.

3. Tutela contra sentencias

El Gobierno propone una reforma que elimina cualquier posibilidad de tutela contra providencias judiciales. En este punto hay un enfrentamiento que toca no sólo con la concepción misma del tipo de justicia constitucional consagrado en la Constitución de 1991 para proteger los derechos fundamentales, sino que además implica una cierta disputa institucional sobre quién es el intérprete último del significado de los derechos fundamentales. Por eso este tema ha generado múltiples susceptibilidades en las altas esferas del Estado, que han enrarecido el debate y oscurecido los argumentos de fondo que cada parte defiende. Una reformulación del debate mos-

traré, sin embargo, que las soluciones a este problema son relativamente simples desde el punto de vista técnico, aunque no por ello más capaces de generar consenso, pues existen conflictos de poder y se oponen visiones distintas del derecho. Mientras en el tema anterior, de la congestión, los acuerdos políticos pueden ser fáciles, pero difíciles las soluciones prácticas y técnicas, aquí pasa lo contrario: los consensos son difíciles, pero las soluciones técnicas son relativamente fáciles.

¿Cuál es el problema de la tutela contra providencias judiciales y cómo ha sido planteado el tema en Colombia? Para responder a esta pregunta hay que empezar por un breve recuento histórico.

La Constitución de 1991 no define claramente si puede o no puede haber tutela contra decisiones judiciales. El texto constitucional sólo se refiere a la posibilidad de entablar tutela contra la actuación de las autoridades públicas, lo cual sugiere que procede contra las providencias judiciales, pues los jueces son una autoridad pública. El derecho reglamentario de la tutela (decreto 2591 de 1991) incorporaba la posibilidad de entablar tutela contra providencias judiciales. En la sentencia T-006 de 1992, la Sala Segunda de Revisión revocó una sentencia de tutela decidida por la Corte Suprema de Justicia -Sala Civil- en la cual se denegó una acción interpuesta contra la Sala Penal de esa misma corporación¹². La Corte Constitucional intentó

¹² El argumento de la Corte Suprema se basaba en que una de sus salas no podía conocer de las tutelas interpuestas contra decisiones judiciales de otras salas. La tutela fue revocada por la Corte Constitucional, que conoció la protección del derecho alegado. Para esta corporación, la decisión proferida por la Corte Suprema desconoció que el asunto planteado en la acción de tutela tenía como fondo la búsqueda de protección de un derecho fundamental. En consecuencia, su análisis no debió ser meramente formal o procesal sino que debió resolver de fondo el problema allí presentado, a cuyo estudio no podía sustraerse ese tribunal. Según la argumentación de la Corte Constitucional, la acción de tutela es un mecanismo idóneo para evitar que a las personas les sean vulnerados sus derechos, sin importar si la vulneración tiene como origen una sentencia.

consolidar y expandir la doctrina de la tutela contra sentencias en la sentencia T-494 de 1992; en esta decisión, la Corte Constitucional revocó la decisión de tutela de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en la cual se denegaba el amparo a los derechos de posesión, debido proceso e igualdad de una mujer que buscaba la herencia de su compañero permanente. La Corte Constitucional utilizó casi los mismos argumentos expresados en la T-006 de 1992. Entre estos argumentos sobresale el siguiente: si una sentencia no tiene un mínimo de justicia material, no puede aspirar a la cosa juzgada, y entonces puede atacarse a través de la acción de tutela, para evitar la vulneración a los derechos fundamentales.

En ese estado de la discusión, se presentó una demanda de inexequibilidad contra los artículos 11 y 40 del decreto 2591 de 1991, que regulaban la tutela contra providencias judiciales. La sentencia C-543 de 1992 decidió entonces declarar la inexequibilidad de las disposiciones demandadas, con el argumento de que ellas afectaban los principios de seguridad jurídica, cosa juzgada, especialidad de las jurisdicciones y autonomía de los jueces. Sin embargo, esa misma sentencia abrió la posibilidad de que la tutela procediera contra las actuaciones de hecho de los jueces. Posteriormente, la sentencia T-079 de 1993 revisó una decisión de tutela emitida por la sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que precisamente había amparado a un ciudadano contra una providencia judicial que configuraba una actuación de hecho. La Corte Constitucional empezó entonces a formular la doctrina de la vía de hecho, según la cual la tutela procede contra una

decisión judicial cuando esta incurra en un error de tal magnitud que pueda concluirse que se aparta de manera tan ostensible del ordenamiento jurídico, que en el fondo no es realmente una providencia sino una vía de hecho. La Corte ha precisado que existen cuatro defectos o yerros que transforman una providencia en vía de hecho, susceptible de tutela: a) el defecto sustantivo, si la norma invocada es claramente inaplicable al caso concreto, b) el defecto fáctico, o error grosero en la valoración probatoria, c) el defecto orgánico, por falta absoluta de competencia, y d) el defecto procedimental, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite al proceso respectivo¹³.

Como vemos, desde 1992 el debate sobre la tutela contra sentencias se ha planteado como una polémica entre defensores de la justicia material y defensores de la seguridad jurídica.

Así, los defensores de la justicia material estaban llamados a defender la tutela contra sentencias, dado que, según lo dicho por los magistrados de la Corte Constitucional defensores de esa tesis, sólo puede aspirar a la cosa juzgada una sentencia que tenga un mínimo de justicia material¹⁴. Y ese mínimo de justicia material es el respeto de los derechos fundamentales. Y por ello, argumentan esos magistrados, la anulación por medio de la tutela de una sentencia ejecutoriada, por violar los derechos fundamentales, en realidad no afecta la cosa juzgada, pues esa providencia no había alcanzado ese mínimo de justicia material que requiere toda providencia para poder aspirar a tener firmeza e inmutabilidad.

¹³ Para el desarrollo de esta doctrina, ver, entre otras, las Sentencias T231/94, T008/98, T567/98 y T654 de 1998. Ver también, Quinche, 2001.

¹⁴ Al respecto, ver no sólo las sentencias T-06 de 1992 y T-494 de 1992, sino además el salvamento de voto de los magistrados Angarita, Cifuentes y Martínez a la sentencia C-543 de 1992.

De otra parte, los defensores de la seguridad jurídica consideraban que la tutela contra sentencias destruía los principios de la cosa juzgada, la autonomía funcional de los jueces y el principio de especialidad, pues permitía no sólo que un juez revocara una sentencia ejecutoriada sino que además ese juez diera órdenes al funcionario que había decidido el caso inicial.

Así, la tutela contra sentencias era vista como sinónimo de la defensa de la justicia material, mientras que la interdicción de la tutela contra providencias era concebida como sinónimo de la defensa de la seguridad jurídica. Sin embargo creemos que en estos términos el debate está mal planteado. En efecto, como veremos, la tesis inicial de los defensores de la tutela contra sentencias es tan admirable como insostenible, y la tesis de los críticos de la tutela contra providencias, por su parte, es simplemente contradictoria.

La primera tesis es insostenible porque si siempre se requiere de un mínimo de justicia material para que una sentencia haga tránsito a cosa juzgada, entonces siempre se mantendrá la posibilidad de impugnar una decisión judicial sin importar el paso del tiempo, lo cual es desde luego inconveniente, pues la función pacificadora del derecho depende, en gran medida, de que las decisiones judiciales adquieran firmeza y hagan tránsito a cosa juzgada, de tal manera que la determinación del juez sea definitiva y el asunto decidido no pueda ser nuevamente discutido. La tesis del mínimo de justicia material como presupuesto de la cosa juzga-

da elimina toda posibilidad de lograr un mínimo de seguridad jurídica.

De otra parte, la tesis de que la tutela contra sentencias afecta la seguridad jurídica es contradictoria. Más aún, la tutela contra sentencias tiene justamente por finalidad proteger la seguridad jurídica. Así como la casación es el mecanismo mediante el cual se unifica la interpretación de la ley, la tutela o el amparo ante el tribunal constitucional son los mecanismos que garantizan uniformidad en la interpretación de la Constitución, teniendo en cuenta que distintas personas razonables pueden llegar a defender interpretaciones diversas sobre el alcance de una disposición constitucional. Un buen ejemplo que ilustra este argumento se encuentra en una sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en 1816, en el caso *Martín v Hunter's Lessee*. En aquel momento, el Tribunal Supremo del Estado de Virginia se opuso a la aplicación de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU., con el argumento de que, debido a la cláusula federal, la Corte estatal era suprema en el Estado respectivo, y no podía recibir orden de nadie. Con todo y dicha oposición, la Corte Suprema de E.U. revocó la sentencia de la Corte de Virginia y defendió la competencia de la Corte Suprema Federal para revocar sentencias de los tribunales supremos de los Estados. Luego de indicar algunos argumentos textuales e históricos que justificarían esa competencia, el juez Story, magistrado que redactó la sentencia, que es considerada una de las más importantes de la historia de los Estados Unidos¹⁵, señaló el argumento decisivo, que es el siguiente:

¹⁵ Por ejemplo, Oliver Wendell Holmes, uno de los más prestigiosos magistrados y juristas de Estados Unidos, argumentó que esa sentencia era incluso más importante que el Fallo *Marbury y Madison*, que inventó el control constitucional. Según Holmes, es posible construir una nación sin control de constitucionalidad de las leyes, pero resulta difícil lograr ese propósito sin la existencia de una instancia que unifique la interpretación de las normas básicas.

Un motivo de otra naturaleza perfectamente compatible con el respeto más sincero por los tribunales estatales, induce a la concesión de un poder de apelación sobre sus decisiones. Este motivo es la importancia, incluso la necesidad, de que se dicten decisiones uniformes en todos los Estados Unidos sobre todos los temas al amparo de la Constitución.

Jueces igualmente conocedores e íntegros en diferentes Estados pueden interpretar en forma diversa la ley, un tratado o la propia Constitución. Si no existiera una autoridad con competencia para revisar esas sentencias, discordantes y disonantes a fin de armonizarlas y unificarlas, las leyes, los tratados y la Constitución de los EE.UU. serían diferentes en los diferentes Estados y no tendrían tal vez nunca la misma interpretación, fuerza vinculante y eficacia en dos Estados.

Esta sentencia es perfectamente aplicable al debate colombiano sobre la tutela contra sentencias, pues la relación entre jurisdicción federal y jurisdicción de los Estados es semejante a aquella que existe entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria. Así, si no se admite la tutela contra sentencias, no hay la posibilidad de unificar la interpretación que los jueces del país hacen de la Constitución. Por eso resulta extraño que un proyecto de reforma a la tutela, que pretende introducir un sistema de precedentes y, a través de dicho sistema, pretende generar seguridad jurídica y uniformidad en la interpretación de la ley, no acepte que también debe existir un órgano que determine la uniformidad en la interpretación de la Constitución.

Sin tutela contra sentencias no existe aquello que en todo régimen constitucional se desdoblara, de hecho, al menos en cuatro

palabras: la de la jurisdicción ordinaria (Corte Suprema), la de la jurisdicción contenciosa (Consejo de Estado), la de la jurisdicción disciplinaria (Sala Disciplinaria del Consejo de la Judicatura) y la de la propia jurisdicción constitucional, que en tal evento, dejaría de hacer honor a su nombre. Cada derecho estaría sujeto a interpretaciones diferentes en cada corte sin que hubiese posibilidad de unificar un sentido constitucional. Así, por ejemplo, el juez contencioso administrativo tendría que someterse a la doctrina de la Corte Constitucional cuando un determinado asunto se le presente por medio de una acción de tutela; sin embargo, se acogerá a lo dicho por el Consejo de Estado si el mismo asunto se le presenta a través de una acción de nulidad. Si, por ejemplo, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado no se ponen de acuerdo sobre el alcance de la consulta necesaria para expedir una licencia de explotación minera, ¿qué debe hacer el funcionario cuando intenta acatar la Constitución? ¿Y el particular?

Un ejemplo más específico aclara lo anterior. Supongamos que la Corte Suprema tienda a privilegiar la protección del honor sobre la libertad de expresión, mientras que la Corte Constitucional tiene la posición contraria. Ambas interpretaciones son plausibles, pero que las dos coexistan como interpretaciones últimas de la Constitución genera inseguridad jurídica total. Así, un periodista podría ser encarcelado por injuria, conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema, por un hecho que podría ser tutelado por la Corte Constitucional como legítimo ejercicio de la libertad de expresión. Y este caso no es tan hipotético, como lo muestra la sentencia T-322 de 1996 de la Corte Constitucional, en donde este tribunal, en defensa de la libertad de expresión de los congresistas, revocó una decisión de la Sala Civil

de la Corte Suprema, que había ordenado a unos congresistas abstenerse de efectuar declaraciones en contra del secretario de gobierno de Antioquia. Así, según la Corte Suprema había habido violación a la intimidad y al buen nombre del secretario de gobierno, mientras que la Corte Constitucional consideró que se trataba del legítimo derecho a la libertad de expresión y del control político de parte de los congresistas.

Incertidumbre total: un nuevo y promisorio campo para la argucia jurídica que tan maltracheo tiene el derecho en Colombia. Esta situación de incertidumbre sobre el sentido del derecho era considerada por Kelsen como una característica del derecho primitivo.

En todo régimen constitucional, que asuma que la Constitución es norma vinculante, es esencial que exista un tribunal judicial que diga la última palabra sobre el sentido y alcance de los derechos fundamentales. Por ello, como dice Pérez Tremps (1985), la supremacía de la interpretación del tribunal constitucional es la consecuencia lógica de la supremacía de la constitución y de la necesidad de unificar su interpretación.

La importancia de la función que cumple este tribunal explica, además, el hecho de que su origen sea parcialmente político, a diferencia de lo que sucede, en general, con los demás órganos judiciales. Por esto, el Congreso, al eliminar el carácter unitario de la jurisdicción constitucional en materia de derechos fundamentales y dividirla en cuatro, está perdiendo la posibilidad de ejercer un cierto control sobre esta función jurisdiccional. En otros términos, la elec-

ción política de los magistrados de la Corte Constitucional crea un vínculo entre control constitucional de derechos y la democracia representativa, vínculo que está ausente en el caso de la Corte Suprema y del Consejo de Estado. Esto es de una gran importancia en sistemas jurídicos que poseen una constitución principialista, valorativa y abierta a la interpretación judicial, como es el caso colombiano.

La reforma propone varias interpretaciones sobre los derechos fundamentales, cada una de ellas en cabeza de un alto tribunal y todas ellas con alguna dosis inevitable de subjetividad política. Es el peor sistema posible. El único sistema razonable es el que establece una sola visión de los derechos en cabeza del órgano más próximo a la democracia política y ante el cual puede tener lugar una cierta responsabilidad frente a los ciudadanos. Este órgano es la Corte Constitucional.

Por lo anterior creemos que el argumento de la seguridad jurídica es contradictorio. Si uno defiende la seguridad jurídica debe defender una cierta consistencia en la interpretación de las normas, tal vez no uniformidad absoluta, pero sí una cierta uniformidad en la interpretación jurídica. Y dicha coherencia solo puede ser lograda por medio de la existencia de un órgano de cierre que asegure una consistencia en la interpretación de las cláusulas esencialmente abiertas del contexto constitucional¹⁶.

Pero si no fuere suficiente lo anotado hasta el momento, podemos agregar que la revisión de amparos o tutelas provenientes de la jurisdicción ordinaria es un mecanismo acogido por la casi totalidad

¹⁶ En el mismo sentido véase Botero (2002).

de los sistemas jurídicos dotados de un tribunal constitucional. En España y Alemania, por ejemplo, existe la posibilidad de que el tribunal constitucional, vía amparo, revoque sentencias no sólo de todos los jueces, sino incluso de la Corte Suprema. Más aún, la decisión de los amparos contra decisiones judiciales es considerada como la labor más importante de esos tribunales constitucionales (Favoreu, 1994). En el ámbito latinoamericano también hay países que tienen tutela contra providencias judiciales. En México se contempla el amparo de casación, que es una forma de tutela contra providencias judiciales (Losing, 2002). También es cierto que en otros países no existe la tutela contra sentencias; por ejemplo, en Europa, Austria limita el amparo a las decisiones administrativas (Favoreu), mientras que Ecuador, en América Latina, excluye el amparo contra providencias judiciales (Losing). Sin embargo, esta breve referencia de derecho comparado muestra que no tiene pues nada de estrambótico, ni es ningún "imposible jurídico"¹⁷, que el tribunal constitucional revise y revoque las sentencias de los tribunales supremos, pues dicha práctica es muy usual en otros países con jurisdicción constitucional. Eso no

significa que dicha competencia no haya suscitado controversias, y por ello en esos sistemas jurídicos también se ha hablado de la guerra entre las cortes (en Italia en los años sesenta) o han ocurrido enfrentamientos intensos entre el tribunal supremo y el tribunal constitucional¹⁸. Sin embargo, en esos países, a pesar de esas controversias ocasionales, la doctrina es uniforme en defender el amparo contra providencias judiciales y la posibilidad de que el tribunal constitucional revoque las decisiones de los jueces, incluso del tribunal supremo, pues considera que es la única forma de que la Constitución tenga verdaderamente fuerza normativa y exista una cierta unificación de la interpretación¹⁹. Esto es, el amparo contra providencias judiciales visto como el mecanismo para lograr la seguridad jurídica en el respeto de los derechos fundamentales.

Así las cosas, si la tutela contra sentencias no sólo no atenta contra la seguridad jurídica, sino que incluso la protege, ¿cuál es entonces la verdadera razón de la oposición de ciertos sectores de la doctrina y de la judicatura a esa figura? Según nuestro criterio, dos pueden ser las motivaciones: de un lado, un distinto entendimiento de

¹⁷ La sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, en auto del 19 de marzo de 2002, Rad 13396, MP Luis Gonzalo Toro Correa, al negarse a cumplir una decisión de la Corte Constitucional que había dejado sin efectos una sentencia de casación, calificó de "imposible jurídico" toda orden judicial "contraria a una decisión de casación". Todo implica que en España y Alemania proliferan esos imposibles jurídicos.

¹⁸ Sobre la disputa entre el tribunal constitucional español y el tribunal supremo de ese país, ver Marín, 1998, capítulo 7, que relata en detalle esos conflictos, en especial el suscitado por la sentencia T-7 de 1994, que llevó al tribunal supremo a solicitar la intervención del rey, para evitar lo que veía como extralimitaciones del tribunal constitucional.

¹⁹ La bibliografía sobre el tema es muy extensa, pero tiende a ser uniforme en este aspecto. Para no sobrecargar al lector con referencias bibliográficas, ver: Pérez Tremps, 1985. Como dice este autor, el amparo contra providencias "garantiza la unidad interpretativa de los derechos fundamentales, ya que cualquier actuación opuesta a dicha interpretación, y en su caso, las sentencias de los tribunales ordinarios que pudieran confirmar esa actuación, acabarán quedando sin efectos al poder ser recurridas ante el Tribunal Constitucional" (p. 237).

la fuerza normativa de la Constitución, y, de otro lado, una disputa sobre quién tiene la última palabra sobre el alcance de los derechos fundamentales.

El debate conceptual no se desarrolla entonces entre los defensores de la justicia material y los defensores de la seguridad jurídica, sino entre los defensores de la constitucionalización del derecho y sus opositores. Es decir, el verdadero debate se libra entre una visión constitucional del derecho y una visión legal del derecho. Alguien que admita una visión constitucional del derecho de manera razonable admitirá que exista tutela contra providencias judiciales. Alguien que, en cambio, rechace dicha visión, sólo aceptará la unificación legal a partir del tribunal de casación. Cerrar la Corte Constitucional y excluir el control constitucional —dado que la ley es considerada como la única fuente del ordenamiento— es una consecuencia perfectamente consistente con esta visión. Si muchos de los opositores de la tutela contra sentencias no se atreven a llegar a esta conclusión, ello se debe a que quieren lograr los efectos legitimadores y simbólicos del constitucionalismo contemporáneo sin asumir plenamente sus implicaciones.

Y la disputa política se da por la resistencia de la Corte Suprema y del Consejo de Estado a admitir que la supremacía de la Constitución implica lógicamente una supremacía hermenéutica del órgano encargado de ejercer la justicia constitucional. Esas altas corporaciones no aceptan que en una democracia constitucional la interpretación que de la Constitución hace el tribunal constitucional debe ser la interpretación autorizada y vinculante de la Carta, no tanto porque sea siempre la mejor, sino exclusivamente porque es la única forma de asegurar una cierta consistencia en la interpretación de la norma básica. En con-

secuencia, tanto la Corte Suprema como el Consejo de Estado se resisten a admitir que la Corte Constitucional pueda revocar sus decisiones, porque comprenden que esa posibilidad implica reconocer una supremacía funcional del tribunal constitucional sobre los otros órganos judiciales. El ataque a la tutela contra sentencias, desarrollado por esos tribunales, es, pues, una tentativa por mantener la intangibilidad de sus decisiones. Pero como resulta poco elegante admitir que la crítica a la tutela contra sentencias es simplemente una lucha por mantener la supremacía de esos tribunales, el Consejo de Estado y la Corte Suprema han envuelto su ataque en el argumento de la seguridad jurídica, cuando, como creemos haberlo mostrado, el amparo contra providencias judiciales busca proteger ese trascendental valor.

Fuera de la anterior discusión conceptual, varios ejemplos ponen en evidencia que la verdadera razón del ataque a la tutela contra sentencias es la resistencia de esos tribunales, y en especial de la Corte Suprema, a admitir el valor normativo de la Constitución y la fuerza preferente que debe tener la doctrina del tribunal constitucional. Un primer ejemplo es la sentencia T-13.561 de la Sala de Casación Laboral (del 11 de mayo de 2000, MP Germán Valdés). En esta decisión, dicha Sala reconoce que la Corte Constitucional, en la C-470 de 1997 (que es una sentencia de control), concluyó que existe un deber de reintegro en el caso de una mujer embarazada que haya sido despedida sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo. Sin embargo, la Sala Laboral no acepta esa doctrina constitucional, y adopta su propia interpretación. Resulta pues paradójico que los defensores de la seguridad jurídica y de la cosa juzgada, a través de una acción de casación, desconozcan una sentencia de control constitucional que había hecho

tránsito a cosa juzgada constitucional y tiene fuerza *erga omnes*. Esto indicaría que el problema no es tanto de seguridad jurídica sino de resistencia a la doctrina constitucional elaborada por la Corte Constitucional, con el fin de defender la supremacía interpretativa de la Corte Suprema. La consideración 10 de la sentencia en mención de la Sala de Casación Laboral es significativa, pues expresa claramente el rechazo a la fuerza normativa de la Constitución y a la relevancia normativa de la doctrina constitucional sobre el derecho a la estabilidad reforzada que ampara a las mujeres embarazadas. Dice ese párrafo:

Se traen estas reflexiones porque el Tribunal parece considerar viable recoger el entendimiento que le propone la parte demandante (que es la doctrina constitucional elaborada por la sentencia C-470 de 1997), pero como se vio, ello no es posible. La realidad es, como ya se dijo, que si una norma se declara exequible, ella continúa intacta y con su texto original, el cual podrá ser aplicado o interpretado según el criterio del juez, quien solo está sometido al imperio de la ley, como claramente lo determina el artículo 230 de la Carta Política. La jurisprudencia y la doctrina, según esa misma norma, solo "son criterios auxiliares de la actividad judicial", por lo que no se le pueden imponer como obligatorios al fallador. En rigor, si una norma brinda diferentes posibilidades de entendimiento o de aplicación, la definición en uno u otro sentido corresponde precisamente a la actividad judicial y el señalamiento de la orientación jurisprudencial para el efecto es la función de la Corte Suprema en la jurisdicción ordinaria, por la vía del recurso de casación, cuya finalidad es precisamente la unificación de la jurisper-

dencia nacional como medio, a su vez, de procurar la seguridad jurídica. Por vía general el intérprete de la ley es el Congreso de la República y por vía particular, el intérprete de la misma es el juez.

Otro ejemplo es la propuesta de reforma constitucional presentada en 1997 conjuntamente por la Corte Suprema y por el Consejo de Estado, que planteaba sustituir la tutela contra sentencias por una acción o recurso extraordinario por violación de derechos fundamentales²⁰. Aparentemente, esta propuesta parece ser simplemente un dispositivo para ajustar la tutela contra sentencias, sin embargo, la motivación era otra, pues su implícito es que el recurso debía ser planteado ante la misma Corte Suprema o ante el Consejo de Estado, con lo cual esas corporaciones quedaban desvinculadas de la doctrina constitucional.

Finalmente, el auto de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema del 19 de marzo de 2002, proceso 15285 (MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón), expresa esa misma tendencia. En esa ocasión, esa Sala se negó a cumplir una decisión de tutela que había revocado una sentencia de casación. La Corte Suprema argumentó que sus decisiones eran "inmodificables e intangibles" y no podían ser atacadas por tutela, "quizás exclusión hecha de la posibilidad de que por caso, presentada una demanda de búsqueda de amparo contra la Corte Suprema de Justicia, ella misma, y sólo ella, y jamás otros organismos, sería la encargada del trámite correspondiente dentro de su propio seno". Nuevamente es claro que el ataque a la tutela contra sentencias no busca tanto proteger la seguridad jurídica sino desvincular al tribunal supremo de la doctrina sobre derechos fundamentales elaborada por la Corte Constitucional,

²⁰ Ver proyecto de Acto Legislativo 259 de 1997 (Cámara) y 34 de 1997 (Senado).

lo cual obviamente incrementa la inseguridad jurídica.

Por lo anterior, estamos convencidos de que si uno cree en la constitucionalización del derecho ordinario y en la seguridad jurídica, debe entonces reconocer la necesidad de que exista un órgano unificador de la jurisprudencia, y, por ende, aceptar alguna forma de tutela contra providencias judiciales.

¿Quiere decir eso que en Colombia la situación es ideal, en la medida en que existe la tutela contra aquellas providencias judiciales, y mientras no se convierta en un mecanismo de última instancia en todos los procesos? Creemos que no, y que, en consecuencia, se requieren reformas que son relativamente simples.

En primer lugar, se deben establecer competencias especiales para resolver los casos de tutelas contra sentencias; así se evita, por ejemplo, que una sentencia de la Corte Suprema sea anulada por un juez del circuito, lo cual es contrario al principio de jerarquía judicial. Ahora bien, esto ya fue en parte solucionado por el Decreto 1382 de 2000, que reguló algunas competencias especiales en esta materia y que fue declarado exequible por la sentencia del 18 de julio de 2002 de la Sección Primera del Consejo de Estado²¹. Sin embargo, algunos ajustes siguen siendo necesarios.

En segundo lugar, la tutela contra sentencias debe tener un término de caducidad, como cualquier otra acción judicial. Vencido ese término, la sentencia queda en firme por más de que no tenga el mínimo de justicia material²². De esa manera se evita que la tutela afecte la cosa juzgada, pues simplemente se entiende que, como lo dice la doctrina española, toda decisión judicial que ponga fin a un proceso no hace tránsito a cosa juzgada hasta que no haya transcurrido el plazo para interponer el recurso de amparo (Pérez Tremps, 1985).

En tercer lugar, las tutelas contra providencias judiciales deberían requerir de abogado si el proceso originario necesitaba también de abogado. Esto es importante, pues evitaría la proliferación de tutelas injustificadas, ya que los jueces podrían imponer sanciones a aquellos abogados que abusen de esta acción judicial. Y no puede considerarse que este requisito implique un obstáculo al acceso a la justicia, pues si el demandante ya se valió de un abogado en el proceso original, no es desproporcionado exigirle que también recurra a un abogado para presentar la tutela.

En cuarto término, la ley debería establecer que quien quiera presentar una tutela contra una providencia judicial que ponga a fin un proceso, tendría la carga de haber invocado previamente la violación de ese derecho fundamental dentro del propio proceso, salvo que la vulneración ocurra en la propia sentencia²³. Esta exigencia

²¹ Esta conclusión es obviamente independiente de la opinión que se pueda tener sobre la calidad jurídica de esa providencia, que es muy discutible, pues erosiona la reserva de la ley estatutaria en esta materia.

²² En todos los países que aceptan el amparo contra providencias judiciales, esta acción constitucional tiene un término de caducidad. Así, Alemania prevé un mes y España veinte días (Favoreu, 1994).

²³ Así lo prevé la regulación en otros países. Por ejemplo, en España, el Artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que para que la acción prospere es necesario "que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar a ello".

tendría un doble propósito: a) fomentar la protección de los derechos fundamentales en el propio proceso ordinario, lo cual no sólo estimula la constitucionalización del derecho sino que además controla el incremento de la demanda de tutela, y b) evitar que aquellos que pierden un caso recurran a la tutela como un mecanismo desesperado, e inventen posteriormente el derecho violado, pues la vulneración debe haber sido invocada desde el proceso ordinario.

En quinto término, la doctrina sobre la vía de hecho debería ser perfeccionada y clarificada. En la actualidad, al menos en su enunciación formal, la tutela solo procede contra actuaciones caprichosas o manifiestamente equivocadas de los jueces, que puedan ser calificadas como vías de hecho. Y la procedencia en esos eventos debe ser mantenida, a fin de que la tutela pueda operar como un remedio último contra graves injusticias. Sin embargo, como hemos visto, tal vez la función esencial de la tutela contra sentencias es la necesidad de unificar la interpretación del alcance de los derechos fundamentales. Y es claro que pueden existir discrepancias razonables sobre el alcance de los derechos fundamentales; sin embargo, la seguridad jurídica obliga a que sólo una de las interpretaciones pueda tener fuerza vinculante y, obviamente, debe ser aquella del juez constitucional. Por ello la Corte Constitucional ha aceptado también que la tutela procede

contra aquellas decisiones judiciales que se aparten de la doctrina fijada por la propia Corte sobre el alcance de un derecho fundamental²⁴. Sin embargo, resulta discutible denominar "vía de hecho" esas decisiones, que expresan una visión distinta, pero que pueden ser razonables, sobre el significado de la Carta. La procedencia de la tutela no proviene en estos casos del carácter caprichoso de la decisión judicial revisada sino de la necesidad de unificar los criterios sobre el alcance de los derechos fundamentales. Esto muestra pues que la doctrina de la vía de hecho resulta insuficiente.

Finalicemos señalando que, salvo los casos de omisiones o situaciones que generen perjuicios irremediables, las acciones de tutela contra providencias que han puesto fin a un proceso podrían estar sujetas a plazos un poco más largos, pues si la persona ya esperó el trámite de un proceso ordinario, no parece existir la necesidad de que el juez constitucional deba decidir el asunto en el apremiante término de diez días. Podría preverse un término de uno a dos meses para decidir esos asuntos.

Con estos ajustes podría mantenerse una razonable legislación que permita lograr una seguridad jurídica compatible con el respeto a la cosa juzgada, la autonomía judicial y el principio de especialidad²⁵. Se evitaría también el llamado "choque de trenes" del que hablan algunos: habría una

²⁴ Ver, entre otras, la sentencia T-1342 del 2001, fundamento 3.1 que dice que la tutela también procede "cuando los jueces se apartan en sus decisiones de los lineamientos fijados por esta Corporación, como intérprete autorizado de la Constitución Política, toda vez que a las autoridades judiciales y administrativas les corresponde aplicar en sus decisiones y actuaciones primeramente el ordenamiento constitucional, tal y como ha sido interpretado por la doctrina constitucional".

²⁵ Respecto a este último punto es importante anotar que uno de los argumentos contra la tutela contra providencias judiciales sostiene que ella rompe el principio de especialidad, debido a que, por ejemplo, un juez penal estaría decidiendo una tutela laboral. Sin embargo, la crítica está mal planteada. La tutela está concebida para proteger el derecho fundamental y no para pronunciarse sobre las consideraciones legales en litigio.

instancia clara de unificación de la doctrina legal en el tribunal supremo o en el Contencioso o un tribunal supremo disciplinario en el Consejo Superior de la Judicatura. Sin tutela contra sentencias no habrá ningún mecanismo para que los colombianos nos entendamos en materia judicial, lo cual es agregar un motivo más para los ya demasiados desencuentros y conflictos que vive el país.

4. La tutela y los derechos sociales

Una de las discusiones más recurrentes, importantes y difíciles del constitucionalismo colombiano contemporáneo se refiere a la posibilidad de que los jueces protejan derechos sociales a través de decisiones de tutela, de tal manera que, al hacerlo, afecten los presupuestos y el gasto público. Como dijimos, mientras en el tema de la congestión los consensos son fáciles y las soluciones difíciles, y en el tema de tutela contra sentencias los consensos son difíciles y las soluciones fáciles, aquí, en el tema de derechos sociales, tanto los consensos como las soluciones son difíciles.

Para desarrollar este tema procederemos de la siguiente manera: inicialmente esbozaremos el problema teórico y práctico que

plantean los derechos sociales en el ámbito judicial y mostraremos algunas soluciones que dicho problema ha tenido en el derecho comparado; enseguida nos ocuparemos de la solución que en Colombia se le ha dado a este problema a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de los efectos que ella ha ocasionado; luego explicaremos el debate que dicha solución ha causado entre defensores y opositores a la judicialización de los derechos sociales; finalmente, intentaremos una reorientación del debate.

4.1 Problema teórico y derecho comparado

El tema de la judicialidad de los derechos sociales adquiere matices especialmente intensos hoy en nuestro país debido a la dificultad de conciliar una Constitución muy progresista en materia de derechos sociales con una realidad social colmada de necesidades e injusticias. Sin embargo, este no es solamente un debate colombiano; la tutela de derechos sociales suscita polémica en muchos otros países²⁶. La judicialización de los derechos sociales plantea un problema de interpretación singular que consiste en la evaluación de los medios para lograr el fin constitucional propuesto. En efecto, mientras que en los derechos de libertad—o derechos negativos—la simple acción u omisión del Esta-

²⁶ La inclusión de los derechos sociales en el constitucionalismo temprano del siglo XX es obra de la crítica socialista y marxista al principio liberal de igualdad ante la ley. Según esta crítica, de nada sirve la igualdad legal si no se complementa con una igualdad material que suponga las diferencias entre las personas e intente remediarlas al menos parcialmente. En el contrato social, Rousseau dice: "Respecto de la igualdad, no hay que entender por esta palabra que el nivel de poder y de riqueza sea absolutamente el mismo, sino que en cuanto poder, este quede por encima de toda violencia y nunca se ejerza sino en virtud del rango y de las leyes, y en cuanto a la riqueza, que ningún ciudadano sea suficientemente opulento como para comprar a otro, ni ninguno tan pobre como para ser obligado a venderse" (Rousseau, 1993). Siguiendo a Rousseau, se considera que una cierta igualdad mínima es necesaria para el ejercicio de la libertad. Se habla entonces de la necesidad de proteger la *libertad fáctica*, incluso por vía judicial, cuando la simple mayoría parlamentaria, por acción o por omisión, la deje en situación de desprotección (Alexy, 1993).

do es, por lo general, un elemento suficiente para determinar la violación o la protección del derecho, en los derechos sociales se requiere de la evaluación de las acciones de protección—que pueden ser múltiples y variadas— para emitir un juicio de eficacia. Mientras en los derechos de libertad los problemas de la realización resultan, por lo general, de obstáculos jurídicos, en los derechos sociales tales problemas provienen casi siempre de obstáculos fácticos. ¿Cómo determinar cuáles prestaciones son las requeridas por el derecho social? (Alexy, 1994: 453). Esta dificultad hace de los debates propios de la aplicación de los derechos sociales asuntos directamente ligados a la justicia distributiva y, por ende, a la actividad política. De ahí el problema que se origina en la atribución judicial—prevista por el constitucionalismo contemporáneo—de interpretar y proteger tales derechos, incluso, en ocasiones, en contra de lo previsto por las mayorías políticas en las disposiciones legales.

En el derecho comparado existen dos vías para la protección judicial de los derechos sociales²⁷. La primera es una vía directa, que se origina en la aplicación de normas de derecho positivo, de origen constitucional o legal, en las cuales consagran derechos sociales judicializables. La segunda es una vía indirecta, que se construye judicialmente a través de la conexidad que, en casos concretos, los derechos sociales

guardan con otros derechos considerados judicializables por vía directa.

Casos de exigibilidad directa se encuentran en países como Argentina, México, Venezuela y Sudáfrica, entre otros. En Argentina, por ejemplo, a través del amparo colectivo, los jueces han justificado la protección de los derechos sociales sin necesidad de establecer su conexidad con otros derechos civiles judicializables. Así, por ejemplo, se ha logrado que el Estado produzca una vacuna contra la fiebre hemorrágica, que las empresas farmacéuticas habían decidido no producir debido a la escasa rentabilidad económica que representaba²⁸. De igual forma, los tribunales de justicia han concedido el amparo al derecho a la salud en el caso Paynemil, en donde una contaminación del agua con mercurio y plomo afectó a una comunidad indígena²⁹. También merece destacarse el proceso iniciado por la asociación *Benghalensis*, con el cual pudo lograrse que el Estado diera asistencia, tratamiento y suministro de medicamentos a los enfermos de VIH-Sida³⁰.

En México, desde 1917, la exigibilidad de derechos sociales tiene su fundamento en la misma Constitución³¹. Aunque en la mayoría de los casos el juicio de amparo no es el mecanismo principal para lograr la exigibilidad de los derechos sociales, en ciertos eventos ha sido aplicado directa-

²⁷ Los datos que citamos a continuación fueron extraídos de Abramovich (2002) y de Maistegui (2002). Sobre el caso argentino puede consultarse Sabsay (2002).

²⁸ Véase Maistegui (2002).

²⁹ Defensoría de menores No. 3. Poder ejecutivo municipal. Acción de amparo 46-99 (1999). Cf. Abramovich (2002).

³⁰ Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo. Sala I. Caso asociación *Benghalensis* y otros vs. Ministerio de Salud, amparo ley 16.986 del 5 de marzo de 1998. Confirmada por la Corte Suprema de Justicia en el año 2000. Citado por Abramovich (2002).

³¹ Véase De la Rosa Rodríguez (2002).

mente. Un ejemplo de ello es la protección de los derechos de los campesinos sometidos al régimen de reforma agraria³².

En Venezuela también existen derechos sociales cuya exigibilidad está consagrada en la Constitución a través del amparo. Si bien la carta venezolana sugiere que la protección de los derechos sociales se origina a partir de su conexidad con los derechos civiles, en ciertos eventos los derechos sociales han sido aplicados de manera directa. Así, por ejemplo, en 1998 se interpuso un amparo contra la Universidad Simón Bolívar por el cobro de aportes obligatorios a los estudiantes. La Corte sostuvo en ese entonces que el cobro establecido por la Universidad era una excepción a la gratuidad de la educación en instituciones oficiales, y por tanto violaba la Constitución.

En Sudáfrica la Corte Constitucional ha protegido los derechos sociales por aplicación directa de la Constitución. Son célebres los siguientes dos casos. El primero, ocurrido en 1997, cuando un grupo de personas privadas de la libertad y que padecían VIH-SIDA interpusieron un recurso para que el Estado les brindara un tratamiento médico adecuado. La Corte del Cabo Sud-oriental les concedió el amparo, argumentando, por un lado, que el Estado no podía justificar la carencia de recursos para brindar el tratamiento a los reclusos, y, por otro, que el tratamiento solicitado

por los accionantes era imprescindible para mantener la salud (Abramovich, 2002). El segundo caso fue fallado por la Corte Constitucional de Sudáfrica en el año 2000; en esa oportunidad, la Corte estableció que la falta de diseño de políticas públicas efectivas en materia de vivienda afectaba los derechos de los residentes de una población sobre la cual existía una orden de desalojo³³. Sin embargo, si bien la Corte sudafricana ha recibido un gran respaldo a su política de exigibilidad directa de los derechos sociales³⁴, también ha denegado la protección cuando demuestra que no obstante la ausencia de políticas diseñadas al respecto, no existe la apropiación de recursos para su satisfacción³⁵.

En derecho comparado, los derechos sociales también suelen ser protegidos por vía indirecta. En estos casos la protección no se origina en una aplicación de normas constitucionales sino que se lleva a cabo a través de otros derechos y mediante la jurisprudencia. Los Estados Unidos adoptaron este sistema. El caso más célebre es quizás *Brown vs. Board of Education*³⁶, en el cual la Corte apeló al criterio de igualdad para condenar la discriminación racial en las escuelas e imponer un modelo de educación integrada. En Canadá, por su parte, es muy conocido el proceso seguido por John y Linda Warren contra hospitales públicos que prestaban un servicio de salud discriminatorio en relación con la población sorda³⁷.

³² Cf. Cossio, José, "Justicia Constitucional en Iberoamérica", <http://www.uc3m.in/inst/MGP/JCI/02mexico.htm>, visitada el 4 de noviembre del 2002.

³³ Cf. Constitutional Court of South Africa, *Grootboen vs. The Government of South Africa*, Case CCT 11, October 2000, al respecto véase Sunstein (2002).

³⁴ Por ejemplo, respecto del artículo 38 de la Constitución sobre derecho a la libertad de asociación.

³⁵ Constitutional Court Of South Africa, *Soobramoney Vs. Minister of Health*, Case CCT 32 November 1997. En esa oportunidad, la Corte denegó el amparo al derecho a la salud.

³⁶ También puede consultarse Corte Suprema Estadounidense, 394 U.S. 618 (1969) *Shapiro vs. Thompson*.

³⁷ Corte Suprema Canadiense, *Eldridge Vs. British Columbia (ATTORNEY General)* 577,616, año 1997.

En India, la Corte Suprema ha sido muy activa en la defensa de los derechos sociales de la población, al menos desde finales de los años setenta. En especial, ese tribunal ha intentado crear nuevos remedios judiciales para enfrentar tanto la situación de pobreza y marginalidad en ese país, como la explotación de ciertos grupos sociales. Por ejemplo, para evitar la explotación laboral de los niños, la sentencia *Metha y State of Tamil Nadu* ordenó que si un patrón empleaba ilegalmente a un niño debía pagar una multa de 20.000 rupias, destinadas a un fondo en beneficio de la infancia. Adicionalmente ordenó al Estado que asegurara que un miembro adulto de la familia del niño explotado recibiera un empleo, para satisfacer las necesidades del menor. Como si esto fuera poco sostuvo que si el Estado no era capaz de encontrarle empleo, entonces debía contribuir con 5.000 rupias al fondo. En otro caso conocido como *Paschim Banga*³⁸ la Corte protegió a unos moradores que intentaron, mediante demanda judicial, evitar ser desalojados de sus residencias, no obstante haberlas ocupado por la fuerza. En este caso la Corte sostuvo que el derecho a la vida resultaba afectado si no se encontraba una solución habitacional para los demandantes³⁹.

En Israel también ha sido protegido el derecho a la salud de comunidades de beduinos que eran objeto de un trato discriminatorio por parte del Estado. Fue así como la Corte determinó que el Estado israelí debía garantizar servicios de salud y políticas de vivienda a estas poblaciones,

tal como lo hacía para las comunidades israelitas (Abramovich, 2002).

Por otras vías, los derechos sociales también han sido protegidos en Francia, por ejemplo, a través de la declaratoria de inconstitucionalidad de leyes que establecían un trato discriminatorio en materia de seguridad social⁴⁰, y en España, en donde la Corte consideró discriminatorias las leyes que limitaban el otorgamiento de pensiones únicamente a las viudas.

Por último, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha impuesto a ciertos Estados la obligación de proteger los derechos sociales. Tal es el caso *Osman* en Reino Unido⁴¹, en donde el Tribunal indicó que era una obligación del Estado proteger a individuos cuya vida estaba en peligro por actos criminales. Si bien este no es un caso de derechos sociales, muestra cómo los jueces pueden imponer deberes positivos de prestación. Igualmente en España, en el caso *Ostra*⁴², el Tribunal determinó que era una obligación del Estado controlar una planta depuradora que emitía gases nocivos para la salud de la población.

4.2 La solución dada por la jurisprudencia de la Corte y sus efectos recientes

La Corte Constitucional ha defendido la posibilidad de que los derechos sociales sean protegidos por los jueces por la vía indirecta. La Corte diferencia entonces entre derechos fundamentales y otros, como los derechos

³⁸ Abramovich (2002). También puede consultarse el caso *Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation*.

³⁹ Sobre la evolución de la jurisprudencia india, ver Cassels (1989).

⁴⁰ Consejo Constitucional Francés, Decisión No. 96-387 DC del 21 de enero de 1997.

⁴¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Osman vs. Reino Unido*, sentencia del 28 de octubre de 1998.

⁴² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Ostra vs. España* A 303 - C, 1994.

sociales, que solo resultan protegidos por conexidad con aquellos. Para que un derecho social sea protegido se requiere que la desprotección que se invoca ante el juez implique la afectación de otro derecho que se considera fundamental y de aplicación inmediata, como es el caso, por ejemplo, de los derechos a la vida, a la salud o a la dignidad humana.

Hasta 1998, la protección de derechos sociales por vía judicial, no obstante el carácter progresista de la jurisprudencia, no trajo consigo mayores conflictos entre jueces y funcionarios de las otras ramas del poder público. Las decisiones de tutela que fueron concedidas por derechos sociales, en sentido estricto⁴³, no superaban el 2 por ciento; de tal manera, el activismo judicial sólo aparecía como algo inaceptable para los más aguerridos opositores del constitucionalismo social. La mayoría de estas decisiones, además, se referían a casos de personas vinculadas por contrato a un sistema estatal de prestación de servicios de salud, educación o seguridad social⁴⁴.

⁴³ Hay una diferencia entre casos de derecho social, casos de derecho social prestacional y casos de derecho social prestacional en sentido estricto: los primeros son casos de tutela que se refieren a derechos sociales simplemente; los segundos implican una erogación económica por parte del Estado para proteger el derecho social invocado y, los últimos, es decir, los casos de derecho social en sentido estricto, son aquellos casos prestacionales, menos los casos que implican el pago de dineros debidos por el Estado, como por ejemplo cuando por medio de la tutela se paga una pensión de jubilación que había sido reconocida anteriormente. Son sólo estos últimos los que implican un activismo judicial en sentido estricto. Al respecto ver García Villegas (2001).

⁴⁴ Las personas no vinculadas a estos ámbitos de protección de derechos, esto es, los más pobres, los marginados sociales, no eran objeto de ninguna protección. La mayor necesidad iba de la mano con el menor uso de la acción de tutela. La población marginada de los círculos de protección de derechos sociales no considera que la tutela es un instrumento adecuado para garantizar sus derechos constitucionales. Existe una especie de escepticismo de la población excluida en relación con las posibilidades reivindicativas de la acción de tutela. Esta actitud puede encontrar explicación en la falta de información, o quizás en el conocimiento del carácter restrictivo de las decisiones de los jueces.

⁴⁵ El ISS es una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, vinculada al Ministerio del Trabajo. Desde 1995 se autorizó al Instituto para competir dentro del mercado de las EPS.

⁴⁶ Véase: (Las Tutelas al ISS: un problema por fallas jurídicas, 2000); igualmente (Sotelo, 2000).

⁴⁷ Ver "Estadísticas sobre la tutela 1999". Las cifras exactas son las siguientes. En 1995 fueron presentadas 1.178 tutelas por vida (4,6%) y 1.525 (5,3%) por salud. En el primer semestre de 1999 hubo 9.383 (14,8%) tutelas por vida y 9.118 (14,4%) por salud.

Desde 1998 la situación cambia dramáticamente, debido al aumento extraordinario de demandas de tutela por derecho a la salud contra el Instituto de los Seguros Sociales-EPS⁴⁵. De 2.999 demandas contra el Instituto se pasó a 10.771 en 1998. Los costos se multiplicaron por tres: mientras en 1998 se necesitaron 4.793 millones de pesos, en 1999 fueron requeridos 15.878 para responder a la demanda de salud por tutela⁴⁶. Las tutelas que invocan formalmente los derechos a la salud o a la vida, en las que, en general, el peticionario reclama un tratamiento que considera necesario para preservar una vida digna, representaron en 1995 más o menos el 10% del total de tutelas presentadas y fueron, aproximadamente, unas 3.000. En el primer semestre de 1999, ese porcentaje se incrementó al 30%, y el total de tutelas por ese concepto, en ese semestre, fue de casi 20.000, esto es, unas 40.000 al año⁴⁷.

Nos parece entonces que, por los hechos anotados, el tema de la salud ha pasado a ser el más importante dentro del debate

sobre la tutela por derechos sociales, y por eso, en lo que sigue, nos concentramos en este tema más específico.

El aumento de las demandas de tutela por salud encontró apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según la cual una persona puede instaurar una tutela para proteger su derecho a la salud cuando la prestación médica sea necesaria para llevar una vida digna y el demandante haga parte del sistema de seguridad social contributivo y se encuentre vinculada a una EPS. Incluso en aquellos eventos en los cuales tales prestaciones se encuentran excluidas del plan obligatorio de salud (POS), el paciente tiene derecho a demandar el servicio por medio de la tutela cuando se cumplen las siguientes tres condiciones: a) un médico de la EPS respectiva haya ordenado el tratamiento, b) no exista un tratamiento equivalente en el POS y c) la persona no cuente con los recursos para pagar directamente el servicio. Con el fin de no alterar el equilibrio contractual de las EPS, la Corte ha admitido que estas pueden repetir contra la cuenta pertinente del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga). La Corte ha desarrollado, con algunas varia-

ciones, una doctrina similar para las personas que hacen parte del régimen subsidiado. En determinados casos, en especial vinculados con portadores del VIH, la Corte ha protegido incluso a personas que no hacen parte del régimen subsidiado ni del contributivo, y se encuentran entonces tan sólo vinculadas al sistema por subsidios a la oferta.

4.3 El debate

Esta jurisprudencia de la Corte Constitucional desencadenó, a partir de 1999, severas críticas en contra de la entidad. Las objeciones planteadas despiertan entusiasmo entre quienes defienden la economía de mercado y la separación clásica entre los poderes del Estado, de tal manera que se facilite la precedibilidad de las reglas de juego económicas. Según esta concepción, los derechos sociales que consagra la Constitución limitan la actuación de los jueces al desarrollo de programas decididos de conformidad con el proceso democrático y consagrados en ley⁴⁸. Los más radicales estiman incluso que los textos constitucionales que consagran derechos sociales no generan obligación alguna para el Estado

⁴⁸ Estos economistas reaccionaron no sólo contra las tutelas por derechos sociales, que, como se dijo, tuvieron un fuerte aumento a partir de 1998, sino contra sentencias de constitucionalidad de la Corte que desmontaron el sistema UPAEC. Al respecto véase Uprimny (2000). Así, por ejemplo, a finales de 1999 Miguel Urrutia sostuvo que la Corte Constitucional carecía de sentido común y de conocimientos económicos (El Espectador, 29 de octubre de 2000, sección 1 B). Rudolf Homes y María Mercedes Cuellar, por su parte, sostuvieron que los fallos constitucionales mantendrían las nefastas condiciones de desempleo y que resultaría mejor elegir popularmente a los jueces, para evitar la dictadura judicial que impusieron en materia económica (citados en: ¿Aquí quién manda? En Semana, 30 de octubre a 11 de noviembre de 2000, págs. 35-42). Sergio Clavijo, de su lado, sostuvo que "en materia económica la escogencia de alternativas conlleva a una subjetiva ponderación entre costos y beneficios cuyo resultado le corresponde a los elegidos en el proceso democrático" (Clavijo, 2000). De igual forma, en su texto "Banca central y coordinación económica", sostuvo que la Corte genera inseguridad jurídica con sus fallos "por la extralimitación en sus funciones legales (que) cubre amplios aspectos económicos". Según su opinión, los efectos de las decisiones de la Corte repercuten negativamente en el presupuesto nacional, "agravando los efectos que ya han tenido los fallos que extendieron la mesada adicional para los regímenes especiales; la aplicación de la pensión gracia a casi todos los maestros; la prestación de salud sin atención a preexistencias; limitaciones en la provisión de medicamentos o la falta de pago en las contribuciones" (Cf. pp. 21 y ss.). Afirma, igualmente, que su posición parte de los análisis que ha realizado J. C. Restrepo ("Memorias de Hacienda 1999-2000") y J. H. Botero ("Una crítica al funcionamiento de la Corte Constitucional").

y, por lo tanto, no contemplan derechos sino meros ideales⁴⁹.

Del conjunto de críticas lanzadas contra la Corte sobresalen cuatro, íntimamente relacionadas: 1) Los costosos tratamientos ordenados por vía de tutela para salvar unas pocas vidas drenan recursos que podrían ser utilizados más eficientemente para ampliar la cobertura de la salud a los sectores más pobres de la población. De esa manera, la Corte estaría produciendo decisiones que, por concentrarse en la protección de individuos de manera aislada, no tendría en cuenta los problemas de inequidad que resultan una vez se relacionan los recursos disponibles con las necesidades. 2) Esta inequidad resultaría de asignarle a los jueces una función que no les corresponde, como es la de decidir sobre la repartición de los recursos estatales. Los jueces, al no tener una visión de conjunto de las necesidades de salud de la población, repartirán los recursos de manera arbitraria. 3) Las sentencias de la Corte desconocen la

necesidad de llevar a cabo un debate democrático sobre el alcance del derecho a la salud. Y 4) En una sociedad pobre, como la nuestra, los tratados internacionales sobre la materia solo exigen que esos derechos se realicen de manera progresiva. Mientras no pueda satisfacerse integralmente el contenido de todos los derechos sociales, la sociedad debe tomar decisiones trágicas, como reducir los recursos para enfermedades de alto costo a fin de ampliar la salud básica.

La Corte y sus defensores han respondido a esas objeciones con una defensa vigorosa de la cláusula de inmunidad de los derechos fundamentales⁵⁰. Según esta cláusula, los derechos fundamentales son derechos subjetivos que la Constitución reconoce, y lo hace por su enorme importancia para amparar la dignidad de las personas y para proteger incluso el propio procedimiento democrático. Al amparar los derechos sociales de las personas, cuando su desprotección conlleva una afeción de la

⁴⁹ Seguidores de Nozick y Hayek, por ejemplo, podrían argumentar que los derechos sociales son espejismos de justicia incompatibles con el Estado constitucional y la protección de los verdaderos derechos, esto es, los derechos individuales. Por ejemplo, Hayek (1985) señala que "los derechos civiles y los nuevos derechos económicos y sociales no sólo no pueden ser realizados al mismo tiempo sino que son de hecho incompatibles; estos nuevos derechos no pueden ser aplicados sin destruir al mismo tiempo el orden liberal que persiguen los viejos derechos civiles". Esta tesis niega, pues, la legitimidad de los derechos sociales. Obviamente no la compartimos.

⁵⁰ Entre los defensores de la jurisprudencia de la Corte vale la pena destacar la teoría elaborada por Rodolfo Arango, y destinada a la fundamentación dogmática de los derechos sociales. Según este autor es necesario crear un modelo de protección de derechos sociales que desplace el énfasis desde el contenido del derecho hacia la situación fáctica del individuo. En este nuevo enfoque el derecho subjetivo queda definido como "una posición normativa basada en razones válidas y suficientes, cuyo no-reconocimiento injustificado amenaza causar daño inminente a su titular" (Arango, 2001 y 2002). Esta tesis encuentra en el concepto de urgencia un signo fundamental para el reconocimiento del derecho por parte de los jueces. El modelo propuesto por Arango se apoya en tres presupuestos teóricos. En primer lugar, el concepto de libertad fáctica, en contraste con los conceptos de libertad positiva y negativa. La libertad fáctica se origina en las condiciones materiales necesarias para elegir efectivamente y, en consecuencia, para poder hacer uso de la libertad negativa. Desconocer esta dimensión de la libertad implica defender una noción idealista de la libertad que no toma en cuenta las condiciones de desigualdad existentes entre unos y otros. En segundo lugar, el concepto de justicia compensatoria, en contraste con la idea de la justicia distributiva y en sintonía con la función correctora del control constitucional, y, finalmente, el concepto de dignidad humana, como fuente de obligaciones en el Estado social de derecho. Bajo estos presupuestos, cuando las condiciones fácticas conllevan un atentado contra la dignidad, el Estado, a través de los jueces, debe acudir en auxilio de la persona afectada. Sin embargo, aclara Arango, no se trata de cualquier protección judicial, sino sólo de aquella indispensable y necesaria para restablecer el sentido de la vida humana. En un escrito reciente, Arango sostiene que el Estado está *prima facie* obligado a brindar una prestación positiva a través de los jueces cuando se cumplan las siguientes condiciones: 1) la persona se encuentra en una situación de necesidad que amenaza en forma inminente sus derechos fundamentales, 2) el legislador no ha tomado las medidas para enfrentar esta situación, 3) la actuación positiva del Estado puede evitar dicha situación y 4) la omisión del Estado en este caso implica una violación de sus derechos fundamentales (Arango, 2002).

vida digna, los jueces solo están cumpliendo con el deber aplicar una Constitución que en esta materia es clara y enfática. Suponer que la realización de esos derechos se encuentra sujeta a una negociación política o a la disponibilidad de recursos es acabar con el sentido normativo que la Constitución le otorga a la protección efectiva de la vida digna. Es al poder legislativo al que le corresponde resolver los problemas presupuestales y otros problemas que resultan de la protección de tales derechos. El impacto económico de las decisiones no es un argumento que justifica la no protección de estos derechos. Las consecuencias económicas de los fallos son el precio que se debe pagar por la realización de un Estado Social de Derecho en una sociedad con tantas carencias como la nuestra.

4.4 Reformulación del debate

Una conclusión inicial acerca de este debate es que ha sido indebidamente radicalizado. Pareciera como si todo se juzgara entre quienes defienden la tutela por derechos sociales y quienes se oponen. Sin embargo, en estos términos el debate es insuficiente y equivoco, debido a que supone una claridad del significado de justiciabilidad de los derechos sociales que en realidad no existe. Puede haber distintas formas de protección judicial de los derechos sociales. Quienes se oponen a la jurisprudencia de la Corte en esta materia desconocen el hecho de que se oponen a

un tipo específico de justiciabilidad de derechos sociales y que, en consecuencia, podrían eventualmente estar de acuerdo con otro tipo de protección judicial en el cual se eviten las consecuencias perjudiciales que ellos critican. Adicionalmente, el debate se encuentra viciado por una argumentación crítica que se apoya en casos concretos y aislados y no en un análisis general de tipo teórico o empírico⁵¹. El debate no parece haber dejado claro que quienes defienden la tutela por los derechos sociales no tienen que ser defensores incondicionales de toda la jurisprudencia de la Corte Constitucional en esa materia.

Creemos, entonces, que esta polémica debe ser replanteada. Aquí proponemos una posible manera de hacerlo. En primer lugar, se debe reconocer que ambas partes poseen argumentos de peso. A favor de la tutela para derechos sociales cuenta no solo el énfasis normativo de la carta de derechos, sino también los pactos internacionales de protección de los derechos sociales. A favor de la desjudicialización de los derechos sociales cuentan algunas preocupaciones bien fundadas sobre las consecuencias inequitativas de las dogmáticas desarrolladas por la Corte Constitucional en el tema.

En segundo lugar creemos que la pregunta que debemos hacernos no es la de si debe o no haber tutela para derechos sociales, sino, más bien, la de cuál debe ser la dogmática adecuada en materia de derechos

⁵¹ Por eso los opositores a la justiciabilidad de los derechos sociales no disponen de un buen argumento cuando intentan mostrar las consecuencias graves de la tutela por derechos sociales a partir de lo sucedido en una decisión judicial específica. Un ejemplo que terminó siendo célebre entre los críticos de la Corte fue el de un niño que obtuvo tutela para obtener un tratamiento contra la leucemia que sólo podía llevarse a cabo con un trasplante en los Estados Unidos. Dicho tratamiento costó aproximadamente unos 2.000 millones de pesos del año 1999. Con ese dinero, decían los opositores a la Corte, dejó de proteger a cientos de personas. ¿Dónde queda el principio de igualdad y la deliberación democrática del gasto público? Sin embargo, este no es un buen argumento debido a que generaliza a partir de un caso aislado y además supone que se trata de una decisión adecuada.

sociales y cuáles deben ser los procedimientos para obtener dicha tutela. Esto supone, desde luego, tomar partido a favor de la judicialización de los derechos sociales. Algunos discutirán ese supuesto, sin embargo, creemos que en la medida en que se acepte el carácter normativo de la Constitución colombiana hay que aceptar alguna forma de protección de estos derechos. Lo que debemos preguntarnos, repetimos, es por el tipo de protección para los derechos sociales. Para responder a esta pregunta creemos que se podrían repensar algunos de los desarrollos jurisprudenciales de la Corte. No todos aquellos que defienden el carácter normativo de los derechos sociales y, en consecuencia, su judicialidad están satisfechos con la manera como la Corte ha elaborado su jurisprudencia de derechos sociales⁵². El problema radica en que con un tal acento en la dignidad, la Corte desatiende posibles efectos inequitativos que resultan de la protección del derecho a la salud caso por caso. En este punto parecen tener razón los críticos de la Corte reseñados. En efecto, la teoría de la Corte corre el riesgo de provocar profundas desigualdades cuando la prestación otorgada es tan costosa que no puede ser concedida por el sistema de salud a todos los que la requieren; entonces, la decisión

judicial estaría consagrando privilegios contrarios al principio de igualdad de trato, según el cual, todas las personas que se encuentren en una misma situación deben recibir un mismo tratamiento por las autoridades. Más aún, incluso si la prestación fuera universalizable y su concesión por vía de tutela fuera entonces compatible con la igualdad de trato, ¿hasta qué punto la adjudicación de un tratamiento por fuera del POS afecta el principio de igualdad material, según el cual el Estado debe esforzarse por lograr que la igualdad entre los colombianos sea real y efectiva? La protección del derecho a la salud debe entonces intentar construir una teoría capaz de articular la protección del derecho a la vida digna con el respeto de la igualdad. Lo primero que advierte esta posición es que dicha articulación es difícil; hasta el momento no se ha logrado construir una dogmática constitucional satisfactoria al respecto. Sin embargo, esta dificultad no hace menos urgente la reflexión al respecto.

En relación con el derecho a la salud, uno de nosotros ha propuesto una posible articulación entre dignidad humana e igualdad⁵³. Esta propuesta consiste en asumir la visión del derecho a la salud como un derecho en sí mismo fundamental, pero re-

⁵² Sin embargo, en ambos casos se acepta el carácter normativo -no simplemente programático- de los derechos sociales, y en consecuencia se acepta la posibilidad de que estos sean protegidos, en ciertos eventos, por los jueces. En este sentido ambas posiciones comparten los siguientes postulados: 1) Por tratarse de normas que se aplican en una realidad social colmada de carencias, su aceptación como normas constitucionales implica una redistribución de recursos importante, 2) Por tratarse de normas, y no simplemente de aspiraciones, dicha redistribución debe llevarse a cabo en el presente, 3) Debido a que es imposible transformar una sociedad en donde predomina la inequidad social y la marginalidad económica, parte del contenido normativo de los derechos sociales es de aplicación inmediata, ¿quién determina dicha parte y cómo?, 4) La respuesta a estos últimos interrogantes implica pensar el problema no solo desde la perspectiva del juez sino también a partir de la elaboración de un modelo de protección de derechos sociales, en el cual participa el legislador, cada uno de estos operadores mantiene sus respectivos ámbitos de definición y sus respectivas posibilidades de control y limitación de la actividad del otro.

⁵³ Se trata de una aclaración de voto a la Sentencia T-1207 de 2001, redactada por Rodrigo Uprimny, quien en ese entonces actuaba como magistrado (e) de la Corte Constitucional.

ducido a unos mínimos universalizables. La integración entre ambas concepciones podría operar así: en principio, el derecho a la salud debe ser asumido como fundamental, y el Estado tiene entonces el deber de ampararlo a toda la población.

El derecho a la salud debería, pues, ser en sí mismo tutelable. Sin embargo, dado que solo existen recursos limitados, el deber del Estado no consiste en proveer inmediatamente todos los servicios de salud que requieren las personas, sino que se limita a unos componentes básicos que se encuentran señalados en los artículos 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, y 10 del Protocolo de San Salvador, los cuales definen las obligaciones básicas y las prioridades elementales en este campo⁵⁴.

Estas prestaciones podrían ser eventualmente consideradas como el contenido esencial de este derecho. A partir de ese mínimo, el Estado tiene entonces la obligación de desarrollar progresivamente la satisfacción de ese derecho, por medio de planes de salud asegurados a toda la población. La extensión de esos planes dependerá de la disponibilidad de recursos y del propio debate democrático, pero una vez establecidos, por el carácter fundamental del derecho a la salud, esos componentes de desarrollo progresivo serían también tutelables, en caso de que

existan omisiones o retardos injustificados por parte de las instituciones prestadoras de esos servicios.

La definición del alcance de los servicios de salud -que hace parte del contenido de desarrollo progresivo del derecho- corresponde a las autoridades políticas, de conformidad con un proceso democrático de deliberación social. Sin embargo, la libertad de las autoridades y de las mayorías en el diseño de esos planes tiene dos limitaciones: de un lado, toda restricción a un grado de protección ya alcanzado por la sociedad colombiana debe presumirse inconstitucional, pues sería regresiva en vez de progresiva, y, de otro lado (y es en este aspecto que la tradición jurisprudencial colombiana muestra toda su riqueza), en principio todas las prestaciones necesarias para proteger la vida digna de las personas deben ser incorporadas en esos planes, y por ello debe presumirse que la omisión de una prestación de esa naturaleza es inconstitucional.

Esto significa que la función del juez constitucional no sería la de añadir al POS todos aquellos servicios y medicamentos que pueden ser necesarios para preservar la vida digna del peticionario, sin importar su costo, pues esa jurisprudencia es problemática en términos de igualdad. Pero tampoco la definición del alcance del POS puede estar librada totalmente a la discre-

⁵⁴ Así, por ejemplo, dice al respecto el ordinal 2° del artículo 10 del Protocolo de San Salvador: "2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud, los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y, particularmente, a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a) la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad, b) la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado, c) la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, d) la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole, e) la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud y f) la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza son más vulnerables."

ción de las autoridades políticas, ya que una tal jurisprudencia desprotege el derecho a la vida digna de las personas. Por ello, la solución podría ser que cada vez que se constate que se encuentra excluida del POS una prestación médica necesaria para amparar la vida digna del peticionario, entonces el juez constitucional debe exigir a las autoridades políticas encargadas del diseño de esos planes que justifiquen claramente esa exclusión. En tales circunstancias, si la justificación es insuficiente, la presunción de inconstitucionalidad operaría y la tutela debería entonces ser concedida.

La anterior visión debe ser complementada con una referencia especial a la situación de las poblaciones potencialmente discriminadas. El juez constitucional debe dar tratamiento especial a aquellas personas que por ciertas condiciones sociales o por las enfermedades que padecen están sujetas a discriminaciones sociales. En estos casos, la exclusión en los planes de salud de los tratamientos y medicamentos que esas personas requieren para llevar una vida digna estaría cubierta por una doble presunción de inconstitucionalidad, por lo cual las autoridades tendrían que explicar, convincentemente, no sólo por qué esos tratamientos no pueden ser concedidos, sino, además, que la decisión de excluirlos del plan no obedeció a motivaciones discriminatorias. Por ello la Corte ha tenido razón en proteger especialmente a los portadores de VIH y a los enfermos de SIDA.

Esta concepción estimula un diálogo creativo entre el juez constitucional y las autoridades políticas en el desarrollo progresivo de los derechos sociales en general, y del derecho a la salud en particular. Así, corresponde al proceso democrático definir el alcance de esos programas, pero el juez constitucional, al exigir una espe-

cial justificación de ciertas omisiones o regresiones en el diseño de esos planes, racionaliza la deliberación social y política sobre el derecho a la salud. Esta doctrina incita, entonces, una cooperación entre el legislador, la ciudadanía y el juez constitucional, que vigoriza la democracia, al mismo tiempo que protege los derechos individuales, y por ello parece deseable. Y es que el juez constitucional, al proteger los derechos fundamentales, debe evitar adoptar fórmulas demasiado rígidas, salvo que el texto constitucional se las imponga inequívocamente, por cuanto estaría cerrando las posibilidades de que exista una deliberación democrática que permita encontrar distintas opciones a un determinado problema. Por ello, como bien lo destaca Nino, los jueces, al ejercer el control constitucional, no deben descartar políticas que resulten del debate democrático, únicamente porque consideran que existen otras mejores, pero en cambio "pueden y deben, adoptar medidas que promuevan el proceso de deliberación pública o la consideración más cuidadosa por parte de los cuerpos políticos" (Nino, 1997). Los jueces deben, entonces, preferir las decisiones que hagan más vigoroso el debate democrático, y rechazar aquellas determinaciones que arrebatan, sin razones convincentes, la resolución de un problema a la decisión ciudadana, pues una de las funciones decisivas del control constitucional es "contribuir a mejorar la calidad del proceso de discusión democrática y toma de decisiones, estimulando el debate público y promoviendo decisiones más reflexivas" (Nino: 293).

Esta propuesta, sin embargo, puede ser objeto de una crítica fundada en la debilidad del sistema democrático en nuestro país y en la consecuente dificultad de defender derechos a través de la legislación. Dicha crítica apunta a lo siguiente: el de-

bate sobre la protección de los derechos sociales por vía de tutela no se reduce ni al problema de sus efectos económicos, ni tampoco al problema interpretativo o dogmático. El contexto interinstitucional, en el que deciden los jueces, también parece ser importante. En materia de derechos sociales tal contexto está marcado por las relaciones entre jueces y gasto público. O mejor aún, entre los jueces y la legislación, entendida como la expresión democrática encargada de definir el gasto público. Los derechos sociales deben ser desarrollados prioritariamente a través de las leyes. Los jueces, en cambio, están llamados a cumplir una función remedial, en aquellos casos en los cuales la legislación ha sido insuficiente para proteger los derechos. La Constitución contempla, pues, una situación ideal de división del trabajo, control y complementariedad entre legislador y juez. Hasta aquí lo que dice la Constitución. Pero ¿qué pasa cuando esta situación ideal no se cumple en la práctica? ¿Qué pasa cuando los jueces perciben que la intervención del legislador ha sido deficiente? Dicho en otros términos, ¿cambia el sentido de la interpretación de las normas de derechos constitucionales cuando los jueces estiman que se encuentran frente a una omisión del legislador que viola los derechos consagrados en la Constitución? Todo indica que sí. Desde el punto de vista de la interpretación judicial, la percepción de un sistema legislativo inoperante sirve como razón para justificar el activismo, como un remedio contra la ausencia de la ley. La valoración del activismo judicial en materia de derechos sociales no parece ser la misma cuando existe un desarrollo legislativo adecuado de la Constitución que cuando no existe. En este último caso, la brecha entre la situación de desamparo de quienes acuden a la justicia a través de la tutela, por una parte, y la fuerza normativa y protectora de los derechos sociales cons-

titucionales, por otra, crea en el juez una justificación axiológica de su activismo y de su intervención en las competencias atribuidas a otros funcionarios del Estado. No es fácil asumir una actitud pasiva cuando se es el guardián de una Constitución tan progresista como la colombiana y se vive en medio de tanta indolencia social e institucional frente al sufrimiento y el ostracismo de una buena parte de la población (García Villegas, 2001).

Estas consideraciones sociojurídicas sobre el funcionamiento del sistema político colombiano son importantes. Sin embargo, no creemos que pongan en tela de juicio la solución que aquí hemos planteado y que se funda en un esquema de protección doble: debe haber, por un lado, unas autoridades políticas que mantengan la competencia de definir el sentido y alcance de los derechos sociales, de conformidad con un proceso democrático de deliberación social y, por el otro lado, debe haber una justicia constitucional que guarde la posibilidad de intervenir en defensa de los derechos cuando se incumplan los mínimos -no negociables en el ámbito político- que consagra la Constitución. Entre esos mínimos estaría la incorporación a la ley de todas las prestaciones necesarias para proteger una vida digna. Quedaría entonces abierta la posibilidad de la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión en aquellos casos en los cuales el legislador no desarrolle la Constitución. La inconstitucionalidad por omisión sería la manera como los jueces constitucionales podrían ejercer una presión sobre el legislativo para que asuma sus responsabilidades en materia de derechos sociales. El modelo contempla así una dosis de activismo judicial, necesaria para jalonar la intervención de las instancias políticas en el desarrollo de los derechos sociales, sin que ello implique una subordinación de tales instancias frente al

poder judicial. La experiencia que hemos tenido con la Constitución de 1991 en materia de derechos sociales muestra cómo la intervención de los jueces, y de la Corte en particular, ha sido útil para movilizar al gobierno y a los legisladores en beneficio de políticas sociales que de otro modo no habrían visto la luz pública. Es deseable que eso continúe. Sin embargo, es mejor que la Corte consiga el propósito de la protección de derechos sociales por la vía indirecta de la presión sobre legisladores y no asumiendo ella misma dicha función. Esto no solo evita el desgaste político de la Corte, también fortalece la función del Congreso.

5. Conclusiones

En este ensayo nos hemos ocupado de tres propuestas de reforma a la acción de tutela presentadas recientemente por el gobierno nacional. Ellas son: La exclusión del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia del conocimiento de tutelas, la exclusión de la tutela contra sentencias y la supresión de la tutela por derechos sociales. En la justificación dada por el gobierno, estas tres reformas son respuestas adecuadas para resolver, respectivamente, los siguientes problemas: en primer lugar, la congestión que la tutela ha producido en las altas Cortes; en segundo lugar, el riesgo de menoscabo del principio de la cosa juzgada como consecuencia de la existencia potencial de las tutelas contra sentencias, y, finalmente, el descalabro de las finanzas públicas y el desconocimiento de las competencias de los órganos políticos del Estado como consecuencia de la posibilidad de obtener protección de derechos sociales por medio de la tutela.

Hemos reconocido la gravedad del problema de la congestión y, con ella, la necesidad de la propuesta gubernamental; sin embargo, creemos que esta solución es

un mal necesario que sólo sería aceptable si, por un lado, se reconoce la posibilidad de entablar tutela contra sentencias y, por otro, se hace un mayor énfasis en la constitucionalización de los procesos ordinarios, por ejemplo, previendo como causal de casación la violación de normas constitucionales. La tutela contra sentencias compensaría en algo los efectos perversos de una cultura de desapego, e incluso de desdén, que la Corte Suprema y el Consejo de Estado hoy en día exhiben respecto de la acción de tutela, cultura que se vería acentuada por la propuesta de excluir las sentencias del conocimiento de la tutela.

Esta acepción condicionada de la primera propuesta del gobierno es tanto más razonable cuanto que la condición que proponemos, es decir, la tutela contra sentencias, está plenamente justificada en el marco de la Constitución. Como también lo está, creemos, la posibilidad de que los derechos sociales sean protegidos por vía de tutela.

Nuestros desacuerdos con las otras dos propuestas de reforma presentadas por el gobierno (exclusión de la tutela contra sentencias y de la tutela por derechos sociales) son de fondo. Diferencias radicales de concepción jurídico-política median entre nuestros puntos de vista y aquellos plasmados en la reforma. Sin embargo, ni el gobierno ni sus defensores en esta materia se atreven a poner de presente la profundidad de tales diferencias -que implican incluso poner en tela de juicio el andamiaje constitucional actual, lo cual no parece muy rentable desde el punto de vista político- y, en cambio, se refugian en una argumentación puntual de tipo dogmático y en ocasiones procesalista para defender su proyecto.

Estos desacuerdos profundos son de dos tipos. El primero se refiere a la concepción misma del sistema constitucional y, en par-

ticular, al papel que una Corte Constitucional cumple en tal sistema. El rechazo de la tutela contra sentencias, por ejemplo, con el argumento de que atenta contra la cosa juzgada se origina en una profunda confusión sobre el significado del sistema constitucional, a tal punto que solo puede explicarse como un intento de esconder una oposición política más o menos velada al control que ejerce la Corte, con la máscara procesalista de la defensa de la cosa juzgada, cuya protección es justamente una de las razones fundamentales de la existencia de la tutela contra sentencias.

El segundo se refiere a la concepción de la justicia y en particular del papel de la justicia constitucional en la protección de los derechos fundamentales. La exclusión de la tutela por derechos sociales, por ejemplo, obedece a un tipo de justicia constitucional de muy buen recibo hoy en día entre los defensores de doctrinas neoliberales y los promotores de la reciente ola de reformas judiciales en América Latina, más interesa-

dos en la protección del mercado que en la defensa de los derechos sociales, justicia que plantea problemas agudos de distribución de competencias y de diseño dogmático; sin embargo, estas dificultades no son insuperables, como hemos intentado mostrarlo en este ensayo. Pero los opositores a la tutela social no se interesan en explorar otras vías de solución, por la simple razón de que su desacuerdo fundamental no es tanto con la vulneración de las competencias de las instancias de representación política, sino sobre todo con un tipo de protección de los derechos fundamentales que implica una cierta redistribución económica en beneficio de los pobres, que es contraria a los principios neoliberales. Su insistencia en la separación de competencias entre jueces y entidades de representación política es en realidad una manera elegante de esconder una concepción restrictiva del papel del juez de tutela, concepción que encaja mal en el andamiaje normativo ideado por la Constitución de 1991.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor y Chistian Courtis, 2002, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta.
- ALEXY, Robert, 1993, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ARANGO, Rodolfo, 2001, "La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales", *Revista de derecho público* - Facultad de Derecho Universidad de Los Andes, 12.
- _____, 2002, "Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial", *El Otro Derecho*, 28.
- BOTERO, Catalina, 2002, *Acción de Tutela contra providencias judiciales en el ordenamiento jurídico*, Bogotá.

- BOTERO Catalina, Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimmy, 1997, "Comentarios al proyecto que intenta reformar la acción de tutela", En García Villegas, Mauricio (Ed.), *Incidencia social de la acción de tutela*, Bogotá: Cijus-Universidad de los Andes.
- CASSELLS, Jaime, 1989, "Judicial Activism and Public Interest in India: Attempting the imposible?", *The American Journal Of Comparative Law*.
- CEPEDA, Manuel José, 2000, "¿Qué hacer con la tutela?", *Justicia y desarrollo*, Año III (11).
- CLAVIJO, Sergio, 2000, *Fallos y fallas económicas de las altas Cortes: el caso de Colombia 1991-2001*, Bogotá.
- CUBAS, Raúl, 2002, "La defensa y promoción de los DESC: una síntesis de la reflexión teórica y de la experiencia práctica en Venezuela", En: Maistegui, Graciela (Ed.), *El derecho a exigir nuestros derechos*, Barcelona: Observatorio de derechos económicos, sociales y culturales – Terre des Homes.
- DE LA ROSA R., Javier, 2002, "Alternar sin alterar", En: Maistegui, G. (Ed.), *El derecho a exigir nuestros derechos*, Barcelona: Observatorio DESC - Terre des Homes.
- CORTE Constitucional – Consejo Superior de la Judicatura, 1999, *Estadísticas sobre la tutela*, Bogotá.
- FAVOREU, Louis, 1994, *Los Tribunales Constitucionales*, Madrid: Ariel.
- FUENTES, Alfredo y Carlos Amaya, 2001, "Demanda y oferta judicial: dificultades de ajuste", En: *Estudios sobre justicia en Colombia. Estudios Ocasionales*. Bogotá: CIJUS – Universidad de los Andes.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, 2001, "Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano", En: B. D. S. S. y M. G. Villegas (Ed.), *El Calidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá: Siglo del Hombre-Ediciones Uniandes.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, Elena Olea, César Rodríguez, 1997, *Justicia constitucional y acción de tutela*, Bogotá: CIJUS – Universidad de Los Andes.
- HAYEK, 1985, *Derecho, legislación y libertad*, Madrid: Unión Editorial.
- "LAS TUTELAS al ISS: un problema por fallas jurídicas", 2000, *Revista Económica Colombiana y coyuntura política* (278).
- LONDOÑO, Fernando, 2001, "La economía en la Constitución de 1991", *Revista Iaveriana* 137 (678).
- LOSING, Norbert, 2002, *La jurisdiccionalidad constitucional en América Latina*, Madrid: Dykinson, Konrad Adenauer Stiftung.

- MAISTEGUI, Graciela, 2002, "La integración de estrategias complementarias de exigibilidad de DESC", En: *El derecho a exigir nuestros derechos*, Barcelona: Observatorio de derechos económicos, sociales y culturales – Terre des Homes.
- MARÍN, José Ángel, 1998, *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, Barcelona: Ariel.
- NINO, Carlos Santiago, 1997, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona: Gedisa.
- PÉREZ TREMPES, Pablo, 1985, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- QUINCHE, R. Manuel Fernando, 2001, *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias*, Bogotá: Huella de la ley.
- RODRÍGUEZ, César y Rodrigo Uprimmy, 2002, *¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia y en América Latina*, Bogotá.
- ROUSSEAU, Jean Jaques, 1993, *El contrato social*, Barcelona: Tecnos.
- SABSAY, Daniel, 2002, "El amparo como garantía para la defensa de los derechos fundamentales" (Argentina), En: *Éxitos y fracasos en la defensa jurídica del medio ambiente*, Santiago: Tarsa publicaciones.
- SATHE, S. P., 1998, "Judicial Activism", *Journal of the Indian Scholl of Political Economy* 10.
- SOTELO, Luis Carlos, 2000, "Los derechos constitucionales de prestación y sus implicaciones económico-políticas", *Archivos de macroeconomía*, Documento 133 – Departamento Nación al de Planeación.
- SUNSTEIN, Cass, 2002, *Social and Economic Rights? Lessons From South Africa*, at Chicago.
- UPRIMMY, Rodrigo, 2000, "Justicia constitucional, derechos sociales y economía: una análisis teórico y una discusión de las sentencias de UPAC", *Pensamiento Jurídico* 13.
- VAN BUEREN, Geraldine, 1999, "Alleviating Poverty Through the Constitutional Court", *South African Journal of Human Rights* 15.

Instrucciones para los autores

Derecho y Realidad es la revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, UPTC. Su periodicidad es semestral y acepta para publicar en sus páginas documentos de carácter experimental o teórico que aporten al desarrollo del Derecho y las Ciencias Sociales en general.

Los documentos publicables en la revista pueden ser: Artículos originales de investigación científica y tecnológica; Artículos de reflexión original; Artículos de revisión (reviews); Notas (letters, short papers); Comunicaciones breves (rapid communications); Cartas de los lectores; Noticias; Reseñas bibliográficas; Ponencias; Traducciones.

Se reciben colaboraciones de profesores, estudiantes y administrativos de la Universidad y de otras Universidades, tanto del país como del exterior, y de escritores en general y tratadistas de la temática de la revista.

Requisitos

Deben ser documentos originales e inéditos. Excepcionalmente se podrán reproducir documentos ya publicados, dada su importancia y dificultad de consecución. Las colaboraciones deben cumplir las exigencias necesarias de coherencia, cohesión, claridad, concreción, pertinencia y centralidad que las hagan comunicables.

Extensión: máximo 25 páginas tamaño carta, en letra arial de 12 puntos y a doble espacio.

El original debe ser enviado al Comité Editorial en archivo electrónico (disquete o CD) y con una copia impresa en papel, a doble espacio, en tamaño carta y letra arial de 12 puntos. Se debe acompañar el original de una carta o declaración en la que se cede a la revista los derechos patrimoniales de autor o de reproducción del artículo.

Si se utilizan fotografías, gráficos o cualquier otro material tomados de otro autor y protegidos por derechos de reproducción se debe adjuntar todos los datos para el respectivo crédito, junto con la autorización escrita del autor o editor de la publicación original.

Las colaboraciones deben ceñirse al las siguientes normas de estilo editorial:

Las **notas de pie de página** numeradas en orden consecutivo se utilizarán para aclaraciones, comentarios, discusiones, digresiones, envíos, etc., por parte del autor.

Las **notas de pie de página** con asterisco se utilizará para notas aclaratorias de Comité Editorial o del traductor, cuando sean del caso.

Para las **referencias bibliográficas** adoptamos el sistema **autor, año página** o sistema Harvard. Con este sistema se da la referencia no al pie de la página, sino en el mismo texto, inmediatamente después de lo citado, entre paréntesis así: *Apellido del autor citado, año de publicación de la obra citada y página de donde se tomó lo citado*.

La **bibliografía** debe citar todos los textos a los cuales se refirió el autor en el suyo y solo esos. Se presenta en orden alfabético el apellido del autor o del primer autor. El segundo dato que se escribe es el año de la obra, el tercero el título (y subtítulo) de la obra, en cursiva seguido de la edición (diferente a la primera), lugar de publicación y editorial.

Las citas

La **cita textual**, directa, debe ser transcrita con sumo cuidado para garantizar total fidelidad al original; se deben respetar las cursivas, los entrecuillados, negrillas, ortografía, puntuación, etc., originales, incluso los posibles errores sintácticos, de cifras u otro tipo; en estos casos, para advertir que el error es original se usa la sigla *sic* entre corchetes: [sic]. En caso de que el autor introduzca en la cita cualquier elemento lo debe hacer entre corchetes o advertir entre corchetes; por ejemplo, si subraya parte de la cita debe anotar: [subrayado mío]; si se introducen palabras para facilitar la cohesión o coherencia de lo citado estas deben ir también entre corchetes. Cuando se omite una parte de la cita se indica con puntos suspensivos entre corchetes: [...].

La cita textual debe diferenciarse nítidamente en el texto, ya sea entrecuillándola o indentándola, por lo que es un error transcribirla con cursiva o negrilla, pues esto significaría alterarla.

La cita textual breve (menos de cinco líneas) va entre comillas, y antes del signo de puntuación van los paréntesis con la respectiva referencia. En este caso, si el fragmento citado tiene palabras entre comillas dobles, estas en la cita se transforman en comillas sencillas: 'el negro bombón'.

Si la cita es extensa (más de cinco líneas) se escribe en el renglón siguiente, indentada o sangrada (sangría de cuatro espacios tanto de margen izquierdo como del derecho), a espacio sencillo, con un tamaño de letra menor (en nuestro caso a 11 puntos) y sin comillas.

La **paráfrasis** va en la misma línea del texto normal y sin comillas, y la referencia se anota, por lo general, inmediatamente después de mencionar el nombre del autor.

La **cita de cita**, que no es aconsejable en los trabajos académicos, va igual que la cita directa, atendiendo la extensión; la referencia se da así: (en: León, 1997: 174), si ya se mencionó el autor original, o "citado por León Gómez (1997: 174)".

En la bibliografía aparecerá, en consecuencia, sólo el libro de León Gómez.

Tablas y figuras. Son auxiliares del texto, complementan lo dicho en el texto, no lo repiten.

Todas las tablas y las figuras deben estar numeradas por capítulos y referidas en el texto: ejemplo: (véase tabla 2.4), donde 2 indica el capítulo y 4 el consecutivo de la tabla en tal capítulo; la figura 1.5 permite apreciar... (quinta figura del capítulo 1).

Las tablas y figuras deben llevar título, explicaciones sobre escalas, convenciones utilizadas, etc., así como la fuente (si es propia o tomada).

Las tablas van dentro del texto, en lugar correspondiente.

Las figuras, como fotografías, ilustraciones o dibujos, gráficos, diagramas, esquemas y similares se deben enviar en archivos electrónicos aparte o los originales en papel. En el texto irán las leyendas respectivas: título y número de la figura, pie de figura, fuente, etc.

Revisión por árbitros

La recepción de una colaboración no implica automáticamente su publicación; todas las colaboraciones serán sometidas a revisión y aprobación. Los artículos originales, en particular, luego de ser preseleccionados por el Comité Editorial serán enviados a árbitros externos o pares evaluadores para su respectivo concepto o evaluación sobre su originalidad y calidad.

Proceso editorial

Los documentos aprobados se someterán al proceso editorial, que incluye corrección de estilo y adecuación a las normas de estilo editorial de la revista. Al autor se le enviará la versión final para su correspondiente conformidad.

Los artículos deben llevar:

TÍTULO y, si es del caso, subtítulo. El título debe ser informativo, claro, preciso, breve (no más de 12 palabras), sin siglas y sin abreviaturas.

AUTOR(ES), nombres y apellidos completos, afiliación institucional, cargo y dirección electrónica.

RESUMEN. De 150 a 200 palabras máximo (en español e inglés). Contiene los puntos fundamentales del trabajo.

PALABRAS CLAVE. De 3 a 7 (en español e inglés). Se recomienda para éstas apoyarse en tesauros especializados según el tema tratado.